

Sobre as doutrinas jurídicas da era fascista e sua continuidade até os nossos dias*

Thaís Fernanda Tenório SÊCO**

“Para ficar claro, todo pensamento e pesquisa depende da situação política. Mas há diferença se o pensamento e a pesquisa são forçados e usados pelo poder político nos seus próprios propósitos; ou se são deixados livres porque o poder político deseja a pesquisa livre, como um campo preservado, independente de sua influência imediata”.

-- Karl JASPERS

Curso ministrado na Universidade de Heidelberg, 1945

“Pode o político, que você considera superado, desaparecer? Não terá apenas mudado sua forma e seu meio? E não se deve reconhecer isto?”

-- Karl JASPERS

Carta a Martin Heidegger, 1952

RESUMO: A história do direito do período fascista é indicativa de ter havido continuidade da produção doutrinária onde se supôs ter havido ruptura. O direito privado é especialmente susceptível a essa continuidade, considerando a resistência em admitir suas conexões com as circunstâncias político-sociais. Este trabalho retoma a narrativa dessa continuidade, e expõe algumas reflexões sobre os desafios metodológicos que essa percepção nos coloca.

PALAVRAS-CHAVE: Fascismo; história do direito; história das ideias jurídicas; direito privado; direito civil; metodologia.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Os fascismos – no plural; – 3. “Desfascistização” frustrada; – 3.1 A história de uma falta; – 3.2. O pano-de-fundo; – 4. O que as biografias (não) revelam; – 5. Autorrevisão; – 6. Vontade totalitária e direito privado; – 7. Especificidade brasileira; – 8. Considerações finais.

TITLE: *On the Juridical Doctrine of the Fascist Era and their Continuity until our Days*

ABSTRACT: *History of Law from the fascist period shows there were continuities of the doctrinal production where we supposed there were rupture. Private Law Private law is especially susceptible to this continuity, considering the resistance on admitting its connections with social-political circumstances. This work takes back the narrative of this continuity and exposes some reflections about methodological challenges resulting from this perception.*

* Este texto conta com uma sensível contribuição da Professora Theresa Calvet de Magalhães, que atribuo particularmente a sua leitura e audição minuciosa e atenta, ponto indispensável ao diálogo, mesmo quando é diálogo de questionamento, refutação, e confronto e não de confirmação narcísica. O contato com a Professora abriu um universo bibliográfico antes desconhecido e a possibilidade de avançar em reflexões que antes estavam emperradas pela falta de pistas filosóficas. Em razão disso, lhe é dedicado este trabalho.

** Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras.

KEYWORDS: *Fascism; history of law; history of juridical ideas; private law; civil law; methodology.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Fascisms – on plural; – 3. Frustrated “defascistization”; – 3.1. The history of an absence; – 3.2. The background; – 4. What biographies (do not) reveal; – 5. Self-revisionism; – 6. Totalitarian will and private law; – 7. Brazilian specificity; – 8. Ultimate considerations.*

1. Introdução

Quando o filósofo alemão Karl Jaspers foi reincorporado à Universidade de Heidelberg em 1945, não adiou por nenhum instante a discussão sobre o papel e o destino do campo acadêmico no processo político de transição da Alemanha. A apresentação inicial do seu curso *A questão da culpa (Die Schuldfrage)* traçou reflexões delicadas sobre os rumos que o pensamento deveria tomar nos anos seguintes para lidar com a falsificação do conhecimento promovida durante o regime totalitário:

Pela nossa maneira de ensinar, nós professores teremos que mostrar que a diferença radical – apesar de marcada em certos conteúdos – encontra-se decisivamente no próprio modo de pensar. Se o que foi ensinado antes era propaganda, não era nem ciência nem filosofia, nós não vamos, agora, adotar outro ponto de vista, mas retornar ao modo de pensar como um movimento crítico, pesquisar o que é cognição verdadeira.¹

Não é nada diferente disso o que parece necessário realizar em relação ao direito privado atual. Tomar um *modo de pensar*, que seja um movimento crítico. O ponto mais importante desta provocação parte da constatação de que isso não foi feito.

Presumimos que este movimento de ideias aconteceu nos anos que se seguiram a 1945, e que aquela ocasião marcou uma sólida ruptura no pensamento. Três quartos de século depois, o olhar para o passado dá conta de que a ideia de uma ruptura valorativa significativa é, ela mesma, fruto de uma falsificação movida por interesses de sobrevivência intelectual dos acadêmicos que conseguiram se estabilizar plenamente em suas cátedras. Nas palavras do historiador alemão Michael Stolleis:

Não há modo simples de resumir a estado da jurisprudência depois de 1945. Quase todos os colegas levados a exílio pelo Nacional Socialismo estavam

¹ Cf. JASPERS, Karl. *The question of German Guilt* [1947]. Tradução de E. B. Ashton. Frodham University Press: Nova Iorque, 2000, p. 3. Em tradução livre do original: “By our manner of teaching we professors will have to show that the radical difference-though also marked in certain contents-decisively lies in the very way of thinking. If what was taught before was propaganda, neither science nor philosophy, we are now not to adopt another point of view but to return to the way of thinking as a critical movement, to research which is true cognition”.

fazendo falta. Muitos outros morreram ou foram mortos. Com tão poucos qualificados como professores durante a era Nazi, não havia uma ampla base de gerações mais jovens politicamente imaculadas para levar a adianta a tarefa de ensinar e treinar. O núcleo das faculdades que agora começavam a se reagrupar era ainda formado pelos mesmos professores que ensinaram nas universidades de 1933 a 1945. (...) Em 1950, quase todos eles estavam de volta às suas antigas escrivaninhas.²

Com relação ao campo jurídico-acadêmico italiano, o historiador Italo Birocchi pontua:

Permanece a imagem de uma ciência jurídica essencialmente autorreferencial, em que os escritos dos juristas se comparam a si próprios, enquanto a afirmada autonomia teórica das várias disciplinas implica mais separação do que relação com o ambiente cultural e político. Fosse antes certo pudor no temor de macular a memória de tantos mestres, ou fosse agora a crença de que, há muitos anos de distância, levantar o véu do passado seria um exercício de estéril erudição, que comumente requer investigações transversais e “contaminadas”, talvez, na intersecção com a política e a sociologia. Persiste, no fundo, o tradicional apego à concepção do direito como esfera em si, com seus instrumentos e com os homens que são especialistas. O resultado é que certas perguntas são consideradas, agora, irreverentes ou ingênuas, comumente, irreversíveis.³

Em casos como o da França, que viveu a República de Vichy (1940-1944), a passagem de um fascismo como movimento e como regime brevemente no poder, por vezes leva a subestimar a possibilidade de suas projeções sobre as ideias e o pensamento produzido na época. Entretanto, constatando que o totalitarismo é um projeto nunca plenamente

² Cf. STOLLEIS, Michael. Reluctance to glance in the mirror. In C. Joerges; N. Ghaleigh, S. Navraj (org.). *Darker legacies of Law in Europe: the shadow of national socialism and fascism over Europe and its legal traditions*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 5-6. Em tradução livre de: “There is no simple way of summing up the shape of jurisprudence after 1945. Almost all the colleagues driven to exile by National Socialism were missing. Many others had died or been murdered. With so few qualifying as professors during the Nazi era, there was no broad-based, politically untainted younger generation to take over the task of teaching and training. The core of the faculties that now began to regroup was still formed by the same professors who had taught at the universities from 1933 to 1945. (...) By 1950, almost all of them were back at their old desk”.

³ Cf. BIROCHI, Italo; LOSCHIAVO, Luca (org.). *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*. Roma: Roma Tre-Press: 2015, p. 11. No original: “permane l’immagine di una scienza giuridica essenzialmente autoreferenziale, ove gli scritti dei giuristi si misurano con se stessi, mentre l’affermata autonomia teoretica delle varie discipline sottende più separatezza che non legami con l’ambiente culturale e politico. Forse gioca un certo pudore nel timore di intaccare la memoria di tanti maestri, o forse ancora si ritiene che, a molti anni di distanza, sollevare il velo sul passato sia un esercizio di sterile erudizione, che comunque richiede indagini trasversali e ‘contaminate’, magari all’incrocio con la politica e la sociologia. Persiste, in fondo, il tradizionale attaccamento alla concezione del diritto come sfera a sé, con i suoi strumenti e con gli uomini che ne sono specialisti. Il risultato è che certe domande sono considerate ancora irriverenti o ingenua, comunque irricevibili”.

realizado, o historiador francês Pierre Milza, indaga sobre a pertinência de pensá-lo no país como uma “experiência interrompida”.⁴

O totalitarismo invade as ideias e molda-as ao seu serviço. Ao fim do tempo em que uma vontade totalitária se dirige ao poder, e mais ainda, se essa vontade totalitária alcança e exerce o poder, as ideias produzidas no e para o totalitarismo precisam ser analisadas com espírito crítico. De outro modo, aquelas mesmas ideias permaneceriam, com o acobertamento de seus propósitos originais. No caso do direito, os propósitos totalitários de uma doutrina jurídica são inconciliáveis com os propósitos de realização e preservação de um Estado Democrático de Direito. A frustração do chamado processo de “desfascistização”, com a possibilidade da continuidade da produção intelectual do tempo dos fascismos onde se supôs ter havido ruptura abre um campo de investigação urgente.

Este trabalho se propõe a alertar sobre essa continuidade, de acordo com a produção dos últimos anos dos historiadores do direito, principalmente da Itália e da Alemanha, com atenção especial à sua repercussão sobre a produção doutrinária do Brasil.

2. Os fascismos – no plural

Retomar a questão dos contornos ideológicos das obras jurídicas produzidas ao tempo dos fascismos passa pela compreensão prévia do que tenham sido os fascismos. O que tomamos, aqui, por “fascismo” refere especificamente às experiências histórico-políticas ocorridas no entre-guerras europeu (com eventuais repercussões fora da

⁴ v. MILZA, Pierre, Le totalitarisme fasciste, illusion ou expérience interrompue?, *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* 2008/4 (n° 100), p. 63-67. Ainda, com relação ao direito francês, o historiador brasileiro Airton Seelander faz alguns apontamentos provocativos a respeito da trajetória de Rippert. v. SEELANDER, Airton. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In R. M. Fonseca; A. C. L. Seelander (orgs.). *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

Europa, como é o caso brasileiro do movimento integralista).⁵ Tratamos, pois, os fascismos no plural para que se tenham em vista as particularidades de cada experiência nacional do fascismo.⁶

Em 1919, na Itália, foi fundado o partido que adotou o *fascio* como símbolo – um feixe de gravetos bem amarrado a representar a força dos indivíduos unidos contra a fragilidade do indivíduo isolado. Vem daí a palavra “fascismo”. O movimento italiano foi exaltado além da Itália e, em outros países, outros grupos políticos trataram de

⁵ Sobre a caracterização do integralismo brasileiro como um fascismo, é interessante o detalhismo da obra de Héglio Trindade que se dedicou a estudar o movimento (v. TRINDADE, Héglio. *Integralismo: o fascismo brasileiro na década de 1930* [1974]. 3ª ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2016). Na mesma obra, vale atentar ao prefácio do historiador norte-americano especialista no tema Juan Linz, a respeito dos elementos que caracterizam o integralismo como um fascismo. De nossa parte, e considerando nossas especiais preocupações de identificação das continuidades, descontinuidades e rupturas do discurso fascista, parece importante atentar especialmente aos discursos produzidos pelos próprios personagens da história, como é o caso do jurista Miguel Reale, uma das três lideranças mais importantes do movimento integralista. Sua obra política de primeira fase, de 1931 a 1937 expressa de modo bem explícito o desejo de mirar-se no modelo fascista para a construção do movimento. Afora outras passagens, que mencionam nominalmente a Hitler e a Mussolini, ao nazismo, ao fascismo e até mesmo ao Stalinismo de modo positivo, cabe trazer a luz a passagem a seguir, que parece mais significativa da visão de mundo do jurista na fase integralista. Na obra *O Estado Moderno*, de 1934, ele constrói uma narrativa do Estado Moderno, que passa pelo que chama de “Estado demo-liberal” como uma fase de decadência em que “o cidadão sufocava-se sob o peso dos próprios direitos...”. (Cf. REALE, Miguel. *O Estado Moderno* [1934]. In *Obras Políticas* (1ª fase 1931/1937). Tomo II. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1983, p. 81). Nesta narrativa, o fascismo aparecerá como a solução natural que “restitui” a soberania do Estado: “Na necessidade bélica, de natureza política, econômica e moral, restituíram novamente ao *Estado* a soberania plena que o liberalismo lhe havia roubado. (...) Estabelecida a paz, o liberalismo lírico novamente triunfou. As rédeas foram soltas e foi o descalabro, a anarquia crescente. E a anarquia durou na Itália e na Alemanha até o dia em que os ex-combatentes souberam afastar os estadistas do século passado para governar o mundo com os estadistas do século XX”. (*Ibid.*, p. 110). Segue: “E o mesmo deverá acontecer nos demais países, se é que não queremos perder a maior lição da sangueira de 1918: a prova de que é necessário um governo forte, um profundo sentimento de hierarquia e de disciplina, porque o equilíbrio não pode, de modo algum, ser estabelecido espontaneamente entre as forças sociais, sem que haja unidade moral de coordenação e direção. Só então é que se poderá alcançar uma unidade internacional orgânica: a síntese dos valores mais altos de todos os povos”. (*Ib. idem*).

⁶ Cf. MILZA, Pierre. Qu'est-ce que le fascisme? in *Les Fascismes*. Paris: Seuil, 1989, p. 157: “Les grands monographies historiques comme celles de De Felice pour l'Italie, Karl D Bracher pour l'Allemagne (...), etc., por les autres formese de dicature fascistes de l'entre-deux-guerres, inclinent à établir un même constat : il est impossible considérer le fascisme comme un phénomène simple el immuable et d'en donner une explicación monovalente”. Veja-se, também, a este respeito: GENTILE, Emilio. *Fascismo. Storia e interpretazione*. Bari: Giuseppe Laterza & Figli, 2013, pp. 68-74. O mundo vive atualmente a emersão de populismos de extrema direita em diversos países, o que tem despertado o interesse semântico pelo fascismo. O fascismo foi também uma onda de populismos de extrema direita. Mas, apesar das semelhanças, se tomarmos um fenômeno pelo outro, prejudicaremos a compreensão dos traços distintivos. A obra de Jason Stanley, *How fascism works*, por exemplo, trata indistintamente por fascismo tanto a Mussolini quanto a Donald Trump e, com isso, parece por vezes colocar-se uma crítica que investe mais sobre a atinência da palavra “fascismo” para Trump, do que sobre os pontos que se deseje, deveras, criticar. Investe-se, assim, sobre o *afeto* gerado pela palavra, para que esse afeto alcance a Trump (v. STANLEY, Jason. *How fascism works: the politics of us and them*. Nova Iorque: Randon House: 2018). Afinal, vislumbra-se com clareza que a experiência histórica dos fascismos deveria ter nos ensinado algo. E observa-se, do mesmo modo, que é chegado o tempo de testar se nos ensinou (como em: ALBRIGHT, Madeleine. *Fascism: a warning*. HarperCollins, 2018). Essa reflexão pode ser mantida, sem que para isso se descaracterizem os fenômenos reais, do passado e o do presente, para equipará-los nos seus termos que contêm diversas diferenças. Em ambos os casos, de todo modo, trata-se de “populismos” de “extremas direitas”, categorias analíticas que podem ser úteis na compreensão e na comparação entre os fenômenos. Essa posição, que acompanha um argumento da Prof. Theresa Calvet, torna conveniente a indicação, também, de sua obra, para uma reflexão mais abrangente sobre o potencial elucidador da filosofia analítica para a filosofia política: MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia analítica e filosofia política: a dimensão pública da linguagem*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, *passim*, pp. 259 e ss.

tomá-lo como modelo.⁷ O apelo provocado pelas lideranças e movimentos fascistas advém de um substrato social em comum, um ambiente de crise política e econômica decorrente de fatores internacionais que atingiram diversos países, cada qual com sua peculiaridade. Um cenário que provocava a desconfiança da sociedade em relação à classe dirigente do país. Foi nessas circunstâncias que o fascismo se colocou como alternativa.⁸

Sem prejuízo, desde seu princípio o discurso fascista anunciava abertamente as atrocidades que se consumariam anos mais tarde, falava-se da violência de modo glamourizado, como a expressar força e virtude, o elemento coletivo era valorizado no seu potencial para definir o mais forte com base da organização para a guerra. A linguagem aberta anunciava os fatos, e ia avançando progressivamente, em um “pôr-se em marcha”, em direção à sua consumação.⁹ O ritmo desses avanços, e o ponto em que chegam, varia em cada experiência fascista. Nem sempre, o movimento chega a alcançar o poder do Estado e não é porque alcançou o poder que irá realizar um totalitarismo. Mas é do impulso original dos movimentos que chamamos “fascismo” a *vocação* ao totalitarismo, que se demarca no seu próprio discurso e na sua própria linguagem a informar a *vontade totalitária*, ainda que genericamente, e com desconhecimento preciso dos meios para alcançá-lo.

O historiador Pierre Milza propôs um modelo histórico-evolutivo de compreensão, considerando o sentido geral que vai do surgimento do movimento até a instauração de

⁷ Cf. KERTZER, David I. *The Pope and Mussolini*. Nova Iorque: Randon House, 2014, p. 207: “While Mussolini kept a bust of Napoleon in his study, Adolf Hitler, who became chancellor of Germany in January 1933, had long kept a bust of Benito Mussolini in his. The Duce was his role model”.

⁸ Cf. ALBRIGHT, Madeleine. *Fascism: a warning*. HarperCollins, 2018, p. 21: “To the industrial and agricultural establishment, the protests were deeply unsettling. It was one thing for workers to demand a few more cents an hour, or fewer hours to earn the same weekly wage; it was another when they asserted the right to do away with bosses altogether, take and operate factories, and seize and redistribute land. The extremity of the tensions, the high stakes that were involved, and the blood already shed put barriers in the way of those trying to identify a middle ground. Politicians who sought to calm both sides were trusted by neither”.

⁹ Assim termina o discurso de posse da reitoria de Martin Heidegger, de 1933: “A magnificência, porém, e a grandeza desse pôr-se em marcha [*Aufbruch*], só a compreenderemos se trouxermos em nós mesmos aquela profunda e ampla circunspeção onde a antiga filosofia grega foi buscar a seguinte palavra: *Tà megála pánta apisphalé* ‘Tudo o que é grande está na tempestade...’”. (Cf. HEIDEGGER, Martin. A autoafirmação da Universidade alemã (o discurso da Reitoria) [1933]. Traduzido por Daniel Pucciarelli. *Terceira Margem*, n. 17, Rio de Janeiro, jul./dez. 2007, pp. 163). Jean-Pierre Faye dá conta de que, em 1935, em um curso de verão, Heidegger expressaria desapontamento com a hegemonia da filosofia de Kriek e de Rosenberg no regime, em desfavor da sua: “O que hoje, em suma, se faz circular como filosofia do nacional-socialismo, mas que não tem nada a ver com a verdade interna e a grandeza deste movimento (isto é, com o encontro entre a técnica determinada planetariamente e o homem moderno), tudo isso faz sua pesca nessas águas turvas dos ‘valores’ e das ‘totalidades’”. (*Apud.* FAYE, Jean-Pierre. *A razão narrativa: a filosofia heideggeriana e o nacional-socialismo*. Traduzido por Paula Martins. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 36). Na obra *Introdução às linguagens totalitárias*, Faye traça uma interessante reflexão sobre a relevância do discurso na potencialização dos fatos políticos, ou no mecanismo pelo qual as palavras pronunciadas na vida política precisam ser investigadas, e não deveriam ser tomadas como ‘só’ palavras (v. FAYE, Jean-Pierre. *Introdução às linguagens totalitárias: teoria e transformação do relato*. Tradução de Fábio Landa e Eva Landa. São Paulo: Perspectiva, 2009).

um totalitarismo, identificando quatro etapas fundamentais.¹⁰ O historiador italiano Emilio Gentile (não confundir com o ideólogo do fascismo Giovanni Gentile) realça a importância de se levar em conta as diferenças do fascismo como *movimento* e do fascismo como *regime*, o que vem ao encontro das quatro etapas de Milza.¹¹ As duas primeiras, tratam do fascismo como movimento, as duas últimas do fascismo como regime. De todo modo, nem todo movimento fascista gera um regime fascista. Os processos históricos de cada fascismo em cada experiência nacional podem ter sido interrompidos em quaisquer desses pontos.

O *primeiro fascismo* está ligado a fatores tais como a desestruturação da sociedade tradicional, a proletarianização de parte da pequena burguesia e o temor diante dos avanços de movimentos de reivindicação de direitos, como o movimento feminista, e principalmente os movimentos revolucionários marxistas. Esses elementos, em geral, estiveram presentes na base social de onde as primeiras organizações fascistas surgiram, partindo predominantemente da pequena burguesia, insufladas por certo desejo de contenção das mudanças sociais e de retorno social a tradições perdidas pela modernidade.¹²

Segue-se um *segundo fascismo* que se caracteriza por uma aliança mais ou menos formal entre as elites industriais e agrárias locais e os movimentos sociais fascistas já em operação, com vistas à conquista do poder do Estado. Corroboram com a evolução para esta segunda etapa fatores tais como a crise profunda do sistema político liberal que deixa de ser visto como hábil a salvaguardar interesses da sociedade, uma situação econômica catastrófica e o medo de uma revolução proletária a exemplo da experiência soviética.¹³ Nessas circunstâncias, os movimentos do primeiro fascismo são vistos por esta elite como alternativa viável para refrear as paixões de uma sociedade em crise, e acabam sendo admitidos também pelo *stablishment* político que recorre a eles para conter o estado de crise (e evitar as linhas políticas de inspiração marxista como alternativa).¹⁴

¹⁰ MILZA, Pierre. *Qu'est-ce que le fascisme?*, cit.

¹¹ GENTILE, Emilio. *Fascismo*, cit., p. 40.

¹² Cf. MILZA, Pierre. *Qu'est-ce que le fascisme?*, cit., p. 158: "Le stade du « premier fascisme » voit se développer dans un contexte de crise des mouvements extrémistes incarnant les intérêts et les sentiments d'une large fraction des classes moyennes. Ils sont à la fois dirigés contre le capitalisme et contre les forces révolutionnaires d'extrême gauche".

¹³ MILZA, Pierre. *Qu'est-ce que le fascisme?*, cit., p. 158, 161.

¹⁴ Cf. ALBRIGHT, Madeleine. *Fascism: a warning*, cit. p. 26: "Given that centrist politicians were divided to the point of paralysis, the responsibility for countering Mussolini's bold move rested on the narrow shoulders of King Victor Emmanuel. He had to choose between the Socialists who wanted to destroy the monarchy and the roughneck Fascist who might, he hoped, still prove malleable; the middle ground had collapsed".

Na sequência, o *terceiro fascismo* alcançou o poder do Estado, e governa de modo a preservar, inicialmente, os compromissos feitos entre classes e interesses divergentes (pela fórmula da “conciliação de classes”).¹⁵ Contudo, as elites econômicas cuja aliança caracteriza o fascismo em seu segundo estado não chegam a exercer um poder hegemônico. A figura do líder carismático enaltecida perante sua base de apoio, geralmente a pequena burguesia, lhe garante bastante autonomia na direção do Estado.¹⁶ Apesar disso, não poderá perder de vista essa mesma base de apoio, a qual deverá satisfazer o que, para Milza, será uma grande contradição, pois a pequena burguesia é extremamente prejudicada pelo fascismo, mas mantém sua fé carismática no líder. Este mantém a base de apoio fazendo concessões à classe proletária, mas que carecem de potencial transformador das estruturas econômicas.¹⁷

Neste ponto, começam os passos para o *quarto fascismo*, em direção ao totalitarismo fascista, dedicado especialmente à máquina de propaganda capaz de manter a adesão contraditória da base de apoio:

isso leva ao estabelecimento de um sistema totalitário puro em que o partido e / ou o líder carismático acabam por impor sua ação autônoma às forças socioeconômicas que os levaram ao poder. Esta quarta fase do fascismo (fascismo pleno), caracterizada pela primazia da política e da ideologia sobre a economia, pelo fortalecimento dos métodos de terror físico e psicológico e pelo desejo de substituir uma nova ordem pela ordem burguesa (...).¹⁸

Embora tenha se propagado a ideia de que o totalitarismo só chegou a ser implementado realmente na experiência alemã e também no stalinismo soviético, os

¹⁵ MILZA, Pierre. Mussolini entre fascisme et populisme. *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, n°56, octobre-décembre 1997, pp. 115-120.

¹⁶ Cf. ALBRIGHT, Madeleine. *Facism: a warning*, cit., p. 26: “Two weeks after taking office, he made his first address to the legislature. [...] Hands on his lips, Mussolini declared: ‘I could have turned this drag grey hall into a bivouac for my Blackshirts and made an end of parliament. It was my power to do so, but it was not my wish – at least not yet’”.

¹⁷ MILZA, Pierre. Qu’est-ce que le fascisme?, cit., p. 162.

¹⁸ Cf. MILZA, Pierre. Qu’est-ce que le fascisme?, cit., p. 164. No original: “on aboutit à la mise en place d’un système totalitaire pur dans lequel le parti et/ou le chef charismatique finissent par imposer leur action autonome aux forces socio-économiques qui les ont portés au pouvoir. Ce quatrième stade du fascisme (*full fascism*), caractérisé par la primauté du politique et de l’idéologie sur l’économique, par le renforcement des méthodes de terreur physique et psychologique et la volonté de substituer un ordre nouveau à l’ordre bourgeois (...)”.

historiadores atuais são críticos dessa concepção por razões diversas.¹⁹ A esse respeito, parece importante atentar, particularmente, à palavra “totalitarismo”, no seu surgimento histórico e nos sentidos que lhe foram atribuídos na época, simultaneamente ao curso dos acontecimentos.²⁰ Em 1925, Mussolini proferiu um famoso discurso em que anunciava: “O que se chamou nossa feroz vontade totalitária, será perseguido de modo ainda mais feroz”.²¹

Essa declaração é um dos enigmas a desvendar para a nossa compreensão da projeção do totalitário sobre a doutrina do direito privado. Esta anunciação tem inscrita em si uma distinção importante entre o totalitarismo como *fato consumado* e o totalitarismo como *fato anunciado*, ao que chamamos, neste ponto, como chamou o próprio Mussolini, “*vontade totalitária*”.²² Ainda antes de ser realizado, pois, o totalitarismo se encontra presente no discurso, e se expressa como um ímpeto que quer realizar-se, e irá esquadriñar os meios de sua realização.

¹⁹ De nossa parte, no que toca ao totalitarismo do regime stalinista, parece fundamental a diferença apontada por Jean-Pierre Faye, com relação ao próprio objetivo estabelecido discursivamente pelo partido bolchevista em comparação com o que foi o objetivo desde o princípio anunciado pelo nazismo e pelo fascismo italiano: “Quaisquer que sejam as similitudes maciças a nível das sequências terminais – sistemas concentracionários, execuções em cadeia, exterminações arbitrárias e maciças, Grandes Expurgos ou Noite dos Longos Punhais –, seria preciso tomar literalmente uma diferença semântica que os historiadores, sobretudo anglo-saxões, decidiram, com frequência, considerar de menor importância. No entanto, o Estado fundado pelo Partido bolchevista nunca se *autodenominou totalitário* (...). Esse traço negativo pertence, efetivamente, a essa constelação e não deveria em nenhum momento passar despercebido, para quem queira ter alguma chance de apreender o engendramento das estruturas efetivas de poder pelo processo fundamental que as sustenta”. (Cf. FAYE, Jean-Pierre. *Introdução às linguagens totalitárias*, cit. p. 146).

²⁰ Cf. GENTILE, Emilio. *Fascismo*, cit., p. 64: “L’uso che del concetto di ‘totalitarismo’ hanno fatto taluni politologi e storici, limitandone l’applicazione allo stalinismo e al nazismo – per ragioni che spesso rivelano, se attentamente verificate, una grave carenza di conoscenza della storia del fascismo e della sua natura come partito e come regime – ha fatto dimenticare che il concetto de ‘totalitarismo’ è nato con il fascismo e dal fascismo”.

²¹ *Apud*. FAYE, Jean-Pierre. *Introdução às linguagens totalitárias*, cit., p. 58.

²² Cf. FAYE, Jean-Pierre. *Introdução às linguagens totalitárias*, cit., p. 55 “O que é o Estado total, segundo Ernst Forsthoff? É uma ‘fórmula’. *Der totale Staat ist eine Formel*. Define essa fórmula pelo *serviço* que ela vai propiciar: deve ‘servir para *anunciar* o começo de um Estado novo ou universo do conceito liberal’. (...) A fórmula Estado total, ‘porque é uma fórmula polêmica, não contém em si a plenitude inteira do Estado presente. A fórmula Estado total ‘toca o Estado nacional-socialista numa de suas propriedades essenciais, na sua reivindicação de uma soberania envolvente (*umfassenden*), destruindo todas as autonomias”. Heidegger que não foi adepto das “águas das totalidades”, indagaria, em relação à “autonomia universitária”: “será que estamos corpo docente e corpo discente desta escola superior, enraizados verdadeiramente e coletivamente na essência da universidade alemã? Possui essa essência uma força genuína para imprimir sua marca em nossa existência [*Dasein*]? Sim, mas só quando queremos essa essência radicalmente. Mas quem há de duvidar disso? Em geral, é na ‘autonomia administrativa’ [*Selbverwaltung*] que se vê o caráter essencial mais importante da universidade; essa autonomia deve ser mantida. Contudo, será que temos considerado tudo o que essa pretensão de ‘autonomia administrativa’ exige de nós? Com efeito, autonomia administrativa significa: pôr a tarefa nós mesmos e determinarmos o caminho de sua realização, a fim de nela sermos nós mesmos *o que devemos ser*”. (Cf. HEIDEGGER, Martin. A auto-afirmação da Universidade alemã, cit., p. 155). Adiante: “A tão decantada ‘liberdade acadêmica’ se vê expulsa da universidade alemã; pois essa liberdade era inautêntica, visto que se limitava a negar. Ela significava despreocupação, arbitrariedade das intenções e inclinações, descompromisso em suas ações e omissões” (Cf. *Ibid.* p. 159). Notemos, aqui, a presença da palavra “autonomia” (embora referida a uma autonomia administrativa) combinada com a exclusão da “liberdade”.

O primeiro registro do termo “totalitarismo” data de 1923, e parte da oposição a Mussolini. Por “totalitarismo” visava expressar um objetivo de sujeição de toda a sociedade ao poder político. Em 1925, pois, Mussolini se apropriou definitivamente do termo. “Totalitarismo” tornou-se a fórmula linguística que sintetiza o objetivo fascista de refundação da própria identidade humana, criação de um *nuovo uomo* (novo homem).

Anos mais tarde, em 1931, Carl Schmitt falaria em “Estado total” (*totale Staat*) na sua obra *O guardião da constituição (Der Hüter der Verfassung)*, sem admitir o empréstimo tomado da língua italiana. Atribuía a colocação a um dos escritos de Ernst Jünger, alemão que ficou famoso como autor de romances de guerra. Este, inspirado na mobilização social para o tempo de guerra, defendera em um de seus textos políticos de inclinação à extrema direita nazista, uma “mobilização total” (*totale mobilmachung*) da sociedade. A constância desses sentidos é a da visão da sociedade como extensão do Estado. Isso consta dos esforços mais claros de definição dos termos, como nas falas de Ernst Forsthoff, discípulo de Schmitt e autor da obra *O Estado total (Der totale Staat)* ou nos textos de Giovanni Gentile, ideólogo do fascismo italiano. Nestas falas da época, o “totalitário” será definido em oposição ao “fragmentário”.

A “fragmentação” da sociedade, em indivíduos (pelo discurso liberal), ou em classes (pelo discurso marxista), é vista como explicação para o sentimento de decadência. A “fragmentação” é alvejada em todos os modos pelos quais se manifeste, seja pela divisão dos três poderes, pelo pluripartidarismo, ou nas oposições analíticas conceituais (entre direito e moral, por exemplo), em tudo quanto represente uma distinção.²³ A “fórmula” Estado total anuncia o projeto de uma sociedade orgânica, sem oposições internas, unificada como um só organismo nacional. A nação é posta como a célula fundamental que divide os grupos humanos, e a união nacional se volta à guerra com as outras nações. A única grande distinção é a que separa “*nós e eles*”. Nós: as pessoas que estão juntas, amarradas no feixe, o *fascio*, que se torna forte pela sua adesão, e cuja adesão significa lealdade absoluta. Eles: as pessoas que não são aceitas

²³ Segundo nos conta Jean-Pierre Faye (*Introdução às linguagens totalitárias*, p. 50): “Em 2 de outubro de 1933, um chanceler recém-designado pelo rei proclamará: ‘O Estado total – *der totale Staat* – ignora qualquer diferença entre direito e moral”. Diante constatará o otimismo de Forsthoff com a recepção de Hitler à “fórmula” de seu mestre: “ ‘É neste sentido’, sublinha Forsthoff alegremente, ‘que o Führer a fez sua em seu discurso ao Congresso Alemão dos juristas (2 de outubro de 1933)’. – Esse sentido. Mas que sentido? Neste sentido, prossegue Forsthoff: ‘A designação Estado total é importante porque ela é imune a todas as tentativas reacionárias de renovar as legislações particularistas no seu estilo antigo’. Este aspecto não deve levar a malentendidos porque, no sentido oposto: ‘O Estado total não é a expressão de uma estatização total, porque não tem nada em comum com a mecânica grosseira do socialismo marxista’”. (Cf. *Ibid.*, p. 55-6).

no feixe, ou que não aceitam se amarrar a ele, que negam sua lealdade absoluta, e, com isso, o fragilizam. O destino delas, nos discursos fascistas, é a aniquilação exemplar.²⁴

3. “Desfascistização” frustrada

Se temos fortes razões para suspeitar que a ideologia fascista penetrou as doutrinas de direito privado na época, nós, entretanto, tendemos a crer que as formulações enviesadas foram abandonadas àquele tempo e que, passada a II Guerra, o pensamento e a produção intelectual puderam ser restituídos ao seu modo anterior. Esta primeira reação intelectual ao fascismo, que o tomou com um acidente histórico, sem conexão com os fatos imediatamente anteriores ou posteriores, se manifestou de modo particular no direito. Porém, os estudos feitos ao longo dos anos levarão a conclusões diferentes. Delineia-se hoje o quadro de uma interpenetração dos discursos dialeticamente opostos, e o reposicionamento estratégico de seus atores. Podemos dar conta deste mecanismo através de uma narrativa exemplar.

3.1. A história de uma falta

Não é muito conhecido no Brasil e, na verdade, nem mesmo na Alemanha, o nome de Gerhart Husserl. Sua fama não se compara a de Karl Larenz, que dispensa apresentações. Todavia, este G. Husserl – que vem a ser filho de Edmund Husserl, fundador da fenomenologia – tem muito em comum com Karl Larenz. Ambos foram professores da mesma cátedra de filosofia do direito na Universidade de Kiel, e o ano de 1933 foi decisivo em suas carreiras. Foi o ano em que G. Husserl foi destituído da cátedra e substituído por Larenz que a assumiu. A “Lei para a Restauração do Serviço Público”, de 7 de abril daquele ano, determinava que fossem demitidos dos cargos

²⁴ Karl Larenz foi o autor de uma teoria da pena, pela qual sua justificativa estava apenas em que, a pessoa que se põe fora da “comunidade”, se fragiliza e pode ser trucidada. Para o historiador Carlos Aguilar Blanc esta é a própria fundamentação jurídica do terror característico do totalitarismo alemão. (v. BLANC, Carlos Aguilar. La fundamentación teórica del terror de Estado y la filosofía jurídica nacional-socialista del Karl Larenz. *Revista Internacional de Pensamiento Político*. I Época. Vol. 9. 2014, 213-248). A respeito da obra radicalmente nazista de Larenz publicada durante o *III Reich* v. LA TORRE, Massimo. *Nostalgia for the Homogeneous Community: Karl Larenz and the National Socialist Theory of Contract*. Florença: European University Institute, 1990. Citando um texto de Larenz datado 1938, Massimo La Torre expõe: “Larenz denies that all men are subjects of full right, ‘persons’. It is instead, in his view, only the members of the folk community, the so-called *Volksgenossen*, that are truly ‘persons’. ‘The core of the National Socialist renewal of law,’ writes Larenz, ‘lies in the overcoming of the idea of equality by the principle of the folk community determined by race’. (*Apud. Ibid.*, p. 16). Segue adiante: “According to Larenz the capacity of being a member of the *Volksgemeinschaft* is no longer the capacity to have and to exercise rights, but that to ‘take part’ in the life of the folk community. ‘Legal capacity does not mean the capacity to possess subjective rights, but the capacity to participate in the legal life of the community and in particular positions as member within the folk community” (*Ibid.*, p. 17).

administrativos os judeus e as pessoas “não confiáveis politicamente”. O filho de Edmund Husserl possuía ascendência judaica.²⁵

Passando por algumas presumíveis dificuldades nos anos que se seguiram, e preservando certa esperança de ser readmitido em função de ter lutado na I Guerra Mundial, este G. Husserl acabou emigrando para os Estados Unidos depois da morte de seu pai em 1938. A Universidade de Washington voltou a empregá-lo como professor de filosofia do direito em 1940. Lá, ele fundou uma escola de fenomenologia jurídica. Sua linha de estudos, porém, não ficou tão famosa quanto aquela da hermenêutica-fenomenológica baseada no pensamento de Martin Heidegger.

Heidegger foi aluno de Edmund Husserl e dedicou a ele sua obra mais importante, *Ser e tempo*, publicada originalmente em 1927. (Na segunda edição, que é de 1941, a dedicatória foi suprimida, não necessariamente por questões políticas, mas pode ter havido também o ressentimento pelo fato de que Edmund Husserl não havia respaldado a obra e considerou-a fruto de incompreensão de sua filosofia.) No ano decisivo de 1933, Heidegger fez-se Reitor da Universidade de Friborgh. Entre toques marciais e estandartes com suásticas, pronunciou um discurso significativo que anunciava, na linguagem articulada em sua filosofia de *Ser e tempo*, este “pôr-em-marcha” da universidade alemã, representado por um “começo” da filosofia e da ciência da Grécia antiga, o qual passava “por cima” dos acontecimentos de então e da visão científica moderna, exercido na “vontade para a essência” que é “vontade para a ciência” que é “vontade para a missão histórico-espiritual do povo alemão” afirmada, desde então, por uma juventude; “a jovem e a mais jovem força do povo que já passa por cima de nós procurando algo além”.²⁶ Marchando à frente desta “jovem força”, vinha o próprio Karl Larenz em avanço intrépido sobre o destino de G. Husserl. Naquele mesmo ano, o velho Edmund Husserl seria também impedido de frequentar a biblioteca da Universidade em que Heidegger era reitor.²⁷

Karl Jaspers – autor das epígrafes deste trabalho, uma delas tirada de uma carta a Heidegger – teve sua vivência sobrecarregada de narrativas deste tipo, testemunhadas em primeira mão, o que dá conta do caráter dramático do curso ministrado em 1945. Amigo pessoal de Heidegger, esteve rompido com ele por razões políticas. Em 1937,

²⁵ Uma breve biografia de Gerhart Husserl se encontra na tese de doutorado de José Carlos Henriques a respeito de sua obra (*Direito e justiça na fenomenologia de Gerhart Husserl*. 2018, 304f. Tese (doutorado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018).

²⁶ Cf. HEIDDEGER, Martin. A auto-afirmação da Universidade alemã, *cit.*, p. 163

²⁷ Edmund Husserl, por sua vez, se aposentara em 1928. Morreu em 1938 em Friborgh. Mesmo ano em que seu filho Gerhart emigrou para os Estados Unidos. Seu outro filho, Wolfgang Husserl, havia morrido em campo na I Guerra Mundial.

afastou-se da Universidade. Pesou o fato de ser casado com Gertrude, que era judia. Quando retorna em 1945, são significativas as suas primeiras palavras e a temática de seu primeiro curso. Ele não perdia de vista a gravidade do momento, e não abandona o tom circunspeto na colocação sobre a missão da atividade intelectual nos anos que se seguiriam, expressando o que não deixa de ser uma esperança. Uma esperança circunspecta que não se realiza.

Gerhart Husserl retornou à Alemanha em 1952 e conseguiu ser readmitido, agora na Universidade de Colonia. Karl Larenz, por outro lado, ao longo deste tempo, havia feito nome e carreira nos anos do *III Reich*, tornando-se um dos mais famosos juristas alemães já naquela época. Em 1945, no processo de desnazificação, foi afastado da cátedra, mas logrou sua readmissão em 1949 – ainda antes de G. Husserl.

Essa história é a história de entrecruzamentos biográficos enfeixados por uma supressão. As motivações dos partícipes vão do entusiasmo com um regime iníquo ao oportunismo de carreira mesmo quando não convicto. As portas se abriram aos convictos ou aos “flexíveis”, as mesmas que se fecharam aos opositores, aos que mantiveram resistência, ou àqueles que, por questões raciais, ou pelos preconceitos tornados em política de Estado, nunca foi dada qualquer oportunidade – em milhões de casos, nem a de sobreviver.

Essa história, é a história da retirada de cena Gerhart Husserl, cuja supressão será preenchida por uma híper-presença, a de Karl Larenz e mesmo da hermenêutica-fenomenológica fundada em Heidegger.²⁸ Essa narrativa só existe por causa de um pano-de-fundo histórico, que foi compartilhado em muitos e muitos outros casos. É uma narrativa que dá conta da dinamicidade com que se opera uma desavisada *continuidade* das doutrinas jurídicas dos fascismos até a atualidade, de modo nunca apropriadamente questionado na esfera da dogmática até hoje.

²⁸ De modo curioso, o tradutor da *Metodologia da ciência do direito* de Karl Larenz, José Lamego, noticia que a obra sofreu modificações substanciais na sua 3ª edição, em 1975, quando Larenz: “afasta-se do neo-hegelianismo e apoia-se nas doutrinas da Hermenêutica-filosófica [baseada na filosofia de Heidegger], reformulando as bases filosóficas da sua crítica a um pensamento jurídico formalista abstracto, crítica essa que tinha constituído o mote dos seus trabalhos de filosofia do Direito e de metodologia da ciência do Direito desde os tempos da juventude”. (Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* [1960]. 7ª ed [1991]. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014., p. 701). Sobre o neo-hegelianismo em que se assentavam as duas primeiras edições, Lamego comentará adiante: “A crítica hegeliana ao formalismo abstracto da *Moralität* e do Direito natural racionalista constitui a base filosófica das concepções ‘organicistas’ do neo-hegelianismo jurídico, que no período nacional-socialista reinterpreta Hegel a partir de um pano de fundo romântico, quando não mítico”. (*Ibid.*, p. 705).

3.2. O pano-de-fundo

A identificação dos traços do fascismo nas produções jurídicas e sua revisão deveriam ter sido parte dos processos históricos chamados de “desfascistização” (ou “desnazificação”, no caso da Alemanha), que consistiam na reforma do Estado e das instituições, com o fim de neutralizar o aparelhamento que fora promovido pela visão corporativa do Estado segundo o fascismo. Este processo foi iniciado, mas ao longo do seu desenvolvimento foi frustrado, poder-se-ia dizer que por “falta de pessoal”.

O historiador Michael Stolleis demarca algumas trajetórias possíveis para aqueles nazistas de poucos anos antes. Em algumas raras exceções, não foram readmitidos, como Carl Schmitt – e julgaram-se, por tudo, muito injustiçados, pois casos de relações bem estreitas com o nazismo, como o de Reihard Höhn, que fora advogado da SS, não encontraram barreiras, embora ele tenha adotado um estilo discreto nos anos seguintes. Outros, como Hans-Carl Nipperdey experimentaram “sucesso meteórico”:

Eles podiam cumprimentar uns aos outros com um enigmático sorriso, unidos em silêncio sobre o passado. Hoje, agora que temos a oportunidade de examinar as correspondência pós-guerra de figuras tais como Carl Schmitt, Erich Kaufmann, Friedrich Giese e outros, descobrimos que eles de fato expressavam de modo bem claro as suas opiniões. (...) Gerhard Leibholz, que retornara do exílio, falou depreciativamente em 1950 sobre o que ele chamou de “sombra Nacional Socialista da faculdade” [*National Socialist shadow faculty*], Jellinek escreveu na época que “há mais Nazis entre nossos colegas do que nós, em nossa inocência poderíamos suspeitar”.²⁹

“*National Socialist shadow faculty*” – Stolleis dá conta de um verdadeiro tabu no ambiente acadêmico alemão. Não se podia falar do assunto. Dizia-se que somente quem viveu naqueles anos poderia falar do que se passou, ou que não se poderia falar

²⁹ Cf. STOLLEIS, Michael. Reluctance to glance in the mirror, cit., p. 6-7. No original: “They could greet one another with an enigmatic smile, united in silence about the past. Today, now that we have the opportunity of examining the post-war correspondence of such figures as Carl Schmitt, Erich Kaufmann, Friedrich Giese and others, we find that they did indeed express their opinions quite clearly. (...). Gerhard Leibholz, who returned from exile, spoke disparagingly in 1950 of what he called the ‘National Socialist shadow faculty’, Jellinek wrote at the time that ‘there are more Nazis among our colleagues than we in our harmlessness might suspect’”.

do que se passou enquanto estivessem vivas as gerações daquele tempo.³⁰ E, assim, sem conhecimento histórico específico do período, estabelece-se uma ideia, uma imagem, do que teria sido o direito dos fascismos, imagem essa construída por seus próprios atores, nada imparciais. Neste processo, o positivismo jurídico de Hans Kelsen, e as visões formalistas do direito foram invocadas para justificar a atuação supostamente neutra dos juristas que teriam se restringido a comentar a ordem jurídica vigente à época. O historiador brasileiro Airton Seelander nos dá um exemplo relacionado à privatística francesa:

Maurice Duverger havia escrito, no início de sua carreira, comentários à “situação dos funcionários depois da Revolução de 1940”. Vendo na ascensão de Pétain após a derrota francesa uma “revolução” autoritária e nacional, Duverger descrevera como algo normal a vedação do acesso de judeus e cidadãos naturalizados aos cargos públicos. Tentando décadas depois se justificar do ocorrido, o pensador francês invocou um acórdão de 1968, que declarava seu texto “*um estudo puramente jurídico, técnico e crítico da legislação racial então em vigor*”.³¹

Sem prejuízo, parece acertado o comentário de Seelander logo adiante: “O civilista que se promovia pontificando sobre ‘casamentos inter-raciais’ bem que podia estar escrevendo sobre árvores limítrofes, se a legislação sobre o primeiro tema o houvesse levado mesmo à indignação”.³² Fato é que a tomada das visões formalistas sobre o direito como pretexto não era condizente com a própria doutrina do direito que circulava à época dos fascismos. Falava-se, então do positivismo como “formalismo” e “abstracionismo”, de todo modo, em referências bastante pejorativas.

Isso significou que o criticismo polêmico do positivismo legal que havia prevalecido deste o período de Weimar até o período Nazi continuou não sendo debatido. Apenas o aspecto anti-judaico dos argumentos, como os ataques contra Hans Kelsen, desapareceram. Isso também significou que as cláusulas gerais ou abertas foram favorecidas quando a nova ordem política poderia reverter à antiga lei, repetindo precisamente os padrões de 1933 –

³⁰ Cf. STOLLEIS, Michael. *The law under the swastika: studies on legal history in nazi Germany*. Tradução de Thomas Dunlap à 2ª ed. em alemão (1992). Chicago: The University of Chicago Press, 1998, p. 51: “It is also plausible to assume that an attempt to write a *Habilitation* thesis on this topic before 1965 would have run into great difficulties. In any case, nobody made such an effort, which in itself is quite revealing. (...) the reticence of academic legal history and the prominent presence of former judges among those who have written on Nazi legal history, the inescapable emotionalization of the topic, the division of Germany and its political consequences, and the generational problem within the field – form the background to some widely used ways of talking about the subject that reflect many of the problems that beset the study of Nazi law. To begin with, one often hears that ‘it is too soon to speak about National Socialism.’ Others argue, conversely, that it is already too late to do so, at least for the younger generation, since ‘only someone who lived through that time can understand it’”.

³¹ Cf. SEELANDER, Airton. *Juristas e ditaduras*, cit., p. 417.

³² Cf. *Ibid.*, p. 418.

porém, naquele tempo isso pareceu aceitável porque os “conteúdos” agora estavam certos.³³

A ruptura, pois, não se deu para o futuro, mas para o passado. Não se tratava de transformar radicalmente o pensamento jurídico diante dos acontecimentos, mas de reescrever qual tenha sido o pensamento jurídico sustentado em meio aos acontecimentos. A mesma ideia de um vício formalista do positivismo jurídico viria a calhar para justificar o que, na melhor das hipóteses, foi apatia dos juristas ante aos acontecimentos, e em muitos casos, foi mesmo entusiasmo ou ambição de carreira. Retratou-se, assim, a pensamento jurídico da era fascista como positivista, quando era anti-positivista e preservou o mesmo anti-positivismo de antes como se fosse reação ao fascismo.

No meio jurídico privatista esta falha conta com a resistência teórico-metodológica que persiste entre nós a respeito das ligações de uma doutrina jurídica com as circunstâncias históricas do seu tempo. Ao tomar como premissa que tais ligações não devem existir, não só são ignoradas as ligações deveras existentes, como também deixamos de refletir sobre um *modo de pensar* que seja hábil e adequado à identificação dessas relações, de maneira a preservar-se de preconceitos ideológicos. Sem essa reflexão anterior, que é de *método*, corre-se o risco de recair na mesma trivialização da produção intelectual, quando muito, com mera inversão dos sinais.

4. O que as biografias (não) revelam

Para os fins a que nos propomos, fica clara a importância de se levar em conta a trajetória biográfica de certo jurista. Mas é igualmente importante advertir que não se deve, por isso, recair na falácia *ad hominem*, tomando a biografia pela obra. Cumpre-nos fazer de Franz Wieacker um caso exemplar dessa advertência especialmente por causa das dúvidas que foram lançadas ao valor de sua *História do direito privado moderno*, com base em que seria ele “ligado a Karl Larenz por circunstâncias acadêmicas”; fala de Otávio Luiz Rodrigues Jr., na marcante obra *Direito civil contemporâneo*.³⁴

³³ Cf. STOLLEIS, Michael. Reluctance to glance in the mirror, cit., p. 3. No original: “This meant that the polemical criticism of legal positivism that had prevailed throughout the Weimar period and the Nazi period continued unabated. Only the anti-Jewish aspect of the arguments, such as the attacks against Hans Kelsen, disappeared. It also meant that general or blanket clauses found favour as points where the new political order could revert to older law, precisely repeating the patterns of 1933 – though this time around it seemed excusable because the ‘contents’ were now right”.

³⁴ RODRIGUES Jr., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 5.

Naturalmente, estar “ligado” por “circunstâncias acadêmicas” não diz o suficiente. Gerhart Husserl também está ligado a Karl Larenz por circunstâncias acadêmicas; Karl Jaspers, Edmund Husserl e Martin Heidegger estão ligados entre si, e poderiam ser citados tantos quantos viveram naqueles mesmos anos, compartilhando este mesmo pano-de-fundo. Todos tiveram uma biografia, e todos se colocaram de algum modo perante os acontecimentos. No que diz respeito à Franz Wieacker, o conhecimento de sua trajetória biográfica justifica suspeitas. Assim como Karl Larenz, ainda durante a República de Weimar, Wieacker foi frequentador dos círculos dos “jovens conservadores” de onde saíram alguns importantes expoentes do nacional-socialismo, e especialmente, algumas importantes construções ideológicas do seu projeto político. Era amigo pessoal de Ernst Forsthoff, o discípulo de Carl Schmitt.³⁵ Estas ligações são o embrião dos vínculos corporativos que se formariam adiante nas Universidades, e favoreceram a todos eles – Forsthoff, Larenz e Wieacker – na sua admissão em cátedras das Universidades alemãs, justamente no ano de 1933.

Eram, pois, aquela “jovem força” referida no discurso de Heidegger. Essa geração de jovens “intelectuais” que “passava por cima” da Universidade alemã.³⁶ Chamada também “geração da guerra” (*war generation*), considerando uma especificidade histórica de sua formação cultural. Os nascidos entre 1903 e 1908, ao contrário dos filhos de Edmund Husserl, não tinham idade suficiente para lutar na I Guerra, mas acompanhavam as notícias da guerra. Cresceram em um ambiente cultural que fetichizava o nacionalismo beligerante; uma possível explicação para o seu radicalismo ideológico.³⁷

Há de ser em razão desses elementos biográficos que, em um artigo que avalia a “influência” do BGB e da doutrina alemã no Brasil, Rodrigues Jr. diz:

(...) Franz Wieacker e Karl Larenz são particularmente relevantes (...). Suas obras-chave foram escritas nos anos 1950-1970 e, como afirma Joachim Rückert, conseguiram retratar o BGB de uma maneira bastante negativa. Ocorre, porém, que muitas das críticas ao BGB, identificáveis nas obras desses dois autores, refletem concepções dos anos 1940 ou mesmo anteriores, o que implicaria a recepção de ideias ultrapassadas, mesmo em 1950, e de conteúdo nacional-socialista. Sobre este último ponto, nem seria que se estranhar, dado o comprometimento de amplos setores da universidade e da magistratura alemãs com o nazismo, como os membros

³⁵ ERKKILÄ, Ville. *The conceptual change of conscience: Franz Wieacker and German Legal Historiography 1933-1968*. p. 60. Tübinga: Mohr Siebeck, 2019, p. 60.

³⁶ *Ibid.*, p. 59 e ss.; STOLLEIS, Michael. *The law under the swastika*, p. 115.

³⁷ Cf. ERKKILÄ, Ville. *The conceptual change of conscience*, cit., 2019, p. 60.

da Escola de Kiel (*Kieler Rechtschule*), um dos radicais centros da ‘renovação jurídica’ promovida pelo regime hitlerista.³⁸

“Nem seria de se estranhar”, deveras. Mas o que se tem aqui é uma suspeita bem lançada, não uma constatação.

No que toca aos nossos restritos interesses neste trabalho, o desacordo se coloca com relação à escolha do verbo “implicar” (“refletem concepções dos anos 1940 ou mesmo anteriores, o que *implicaria* a recepção de ideias ultrapassadas” – grifo nosso). Por “implicação” entende-se o estabelecimento de uma relação de causalidade necessária, à ideia de que aquilo que se produziu na década de 1940, ou nos anos anteriores é *necessariamente* algo que deveria ser superado, nomeadamente, algo representativo do pensamento nazifascista. Mas a continuidade e a ruptura do pensamento de um jurista daqueles anos precisam ser vistas de modo detido.

No caso de Wieacker, o historiador finlandês Ville Erkkilä se dedicou pontualmente à reconstrução do seu pensamento, em uma perspectiva de história das ideias, levando em consideração as suas convicções pessoais e o seu contexto político. De fato, não verificou qualquer abrupta ruptura no seu pensamento desde antes de 1933 até depois de 1945.³⁹ Mas isso não *implica* que o pensamento posterior a 1945 contenha vieses ideológicos referentes às posições assumidas antes, contando que as posições assumidas antes também não fossem enviesadas, o que parece ter sido o caso de Wieacker. A este respeito, é significativa sua postura em relação à disciplina do direito romano.

O direito romano foi apreendido pela nuvem obscurantista do partido nazista e foi associado até mesmo à narrativa da conspiração judaica. A ideia de *jus commune* que subjaz ao direito romano serviria a promover a internacionalização dos modelos de solução, em detrimento do germanismo que deveria ser visto como “autêntico direito

³⁸ Cf. RODRIGUES Jr., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo, cit.*, p. 6; RODRIGUES Jr., Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, v. 938, dez. 2013, São Paulo, p. 141.

³⁹ v. ERKKILÄ, Ville. Roman Law as Wisdom: Justice and Truth, Honour and Disappointment in Franz Wieacker’s Ideas on Roman Law. In Tuori, Kaius; Björklund, Heta. *Roman Law and the Idea of Europe*. Londres: Bloomsbury Academic, 2020, p. 202.

alemão”.⁴⁰ Como o próprio Rodrigues Jr. dará conta adiante no seu artigo sobre a “influência” do BGB, a respeito da resistência do regime hitlerista ao código:

Essa aversão também se justificava pelo código genético romanístico do *BGB*. O Partido Nacional Socialista, no item 19 de seu programa, estabeleceu como meta a abolição do Direito Romano, que é subserviente a uma visão de mundo materialista, e sua substituição por um Direito comum alemão. É notável que essa qualificação haja sido transposta para o Código Civil brasileiro de 1916 em muitas obras doutrinárias, teses e dissertações nacionais. De uma crítica nazista ao *BGB*, reproduzida ironicamente por Franz Wieacker, um professor da escola-modelo da universidade hitlerista, chegou-se ao respeitável Código Bevilacqua. São realmente curiosos os efeitos de certa recepção do Direito estrangeiro no Brasil.

Rodrigues Jr. atribui, assim, a Wieacker, a crítica “nazista” ao “código genético romanístico do BGB”, o que não condiz com a obra de Wieacker, nem mesmo no âmbito do regime nacional-socialista. No contexto do ataque ideológico ao direito romano, Wieacker, que era romanista, se fez em defensor da disciplina, e de sua manutenção no currículo jurídico.⁴¹ Como marca da continuidade do seu pensamento depois de 1945, ele dirá, adiante, na *História do direito privado moderno*, que a divisão do estudo do direito privado em romanistas e germanistas: “enriqueceu a ciência jurídica alemã, embora tenha também fomentado preconceitos e polêmicas inúteis”.⁴²

Assim, a ausência de ruptura não *implica* “recepção de ideias ultrapassadas”, mas pode significar manutenção das mesmas convicções pela razão de que eram, desde o princípio, fidedignas.⁴³ Do mesmo modo, a ruptura em si pode não ser suficiente, quando resgate e remodele elementos teóricos que foram pensados e construídos para os propósitos políticos do totalitarismo em marcha. Retomando uma vez mais a advertência de Karl Jaspers, não há outro meio de lidar com o assunto, senão aquele com que devemos lidar com qualquer assunto, com qualquer produção intelectual, tomando-as para leitura com espírito crítico. Não é a ruptura ou a continuidade do

⁴⁰ v. STOLLEIS, Michael. *The Law under the swastika*, cit. p. 63: “An important role would have to be assigned to the characteristically German distinction between scholars of Roman law (Romanists) and scholars of Germanic law (Germanists). This distinction not only concerned the topics of scholarly work, but also affected the “atmosphere” and “feel” of the disciplines. As a generalization one could say that the representatives of Roman law were far more international and multilingual, and more deeply rooted in the world of liberal-humanistic education, the latter in part due to a higher proportion of Jewish scholars. The broadening of the field of Roman law into ‘ancient legal history’ (L. Mitteis, L. Wenger) in the 1920s precluded a narrow nationalistic perspective”.

⁴¹ Para uma abordagem mais detalhada das controvérsias sobre o direito romano na época do regime nazismo com especial atenção às posições de Wieacker, v. *Ibid*, pp. 68 e ss.

⁴² Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 5ª ed. Tradução da 2ª ed. em alemão [1967] por Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 430.

⁴³ Particularmente instrutivo a esse respeito é o capítulo de Michael STOLLEIS. ‘Was there progress in Legal History during the Nazi Period?’. In *The Law under the swastika*, cit. pp. 68 e ss.

pensamento entre os anos anteriores e os anos posteriores a 1945 o que dá indicação sobre o viés ideológico do pensamento, nem mesmo as ligações acadêmicas do autor, ou o seu histórico biográfico são suficientes (embora devam ser levados em conta) para supor que aderisse a convicções marcadamente ideológicas do tempo. Nem se pode abrir mão dessas leituras, mesmo quando ideológicas, ainda que seja para tomar conhecimento de sua ideologia, e dos *modus* como a ideologia se manifesta no discurso jurídico, mas tendo sempre clareza sobre o que chamamos ideológico, testando as ideias para sua permanência, aperfeiçoamento ou rejeição. Em todo e qualquer caso nosso trabalho é de diálogo com a obra, mesmo quando é diálogo de refutação.

Essa é uma reflexão que podemos tributar, de certo modo, ao próprio Franz Wieacker, na significativa contribuição que ele faz no seu excurso sobre o conceito de continuidade, o qual é tomado, depois, para discussão, por António Manuel Hespanha, que o sucede com a consideração sobre a “rutura” (ruptura).⁴⁴ Para Michael Stolleis, ao invés de permitir que seu pensamento fosse envergado pelas pressões ideológicas de seu tempo, o caso de Wieacker pode ter sido, talvez, o de ter sido desafiado de forma ainda mais consciente e profunda sobre o seu papel e a sua missão no processo de construção e transmissão do conhecimento.⁴⁵ Para fechar nossas redes de referências biográficas, Wieacker cita neste excurso justamente a Karl Jaspers:

A apropriação cultural chamada “continuidade” e a consciência deste fenômeno por parte do apropriante é uma manifestação da compreensão inter-humana designada por Max Scheller como “co-ratificação” e, desde Jaspers, como “comunicação”: concretamente o caso especial de uma tal compreensão, não na contemporaneidade da coexistência, mas na sucessão da tradição. Ela é, ao mesmo tempo, o fenômeno colectivo comparável ao individual “ensinar-aprender”.⁴⁶

Afinal, o caso de Wieacker chama-nos de volta ao equilíbrio em relação às nossas paixões quanto à produção ligada historicamente ao tempo dos fascismos. É possível que tenha sido justamente em decorrência dessas paixões, bastante afloradas à época, que o trabalho de revisão não tenha sido feito ao seu próprio tempo. É também pela

⁴⁴ v. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 36 e ss.; HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Lisboa: Almedina, 2015, pp. 47 e ss.

⁴⁵ Cf. STOLLEIS, Michael. *The law under the swastika*, cit. p. 83: “In 1942 Wieacker also complained emphatically that the common opinion about the reception of Roman law was still not taking into consideration “the revolutionary changes in the most recent insights, methods, and opinions in legal history”. To be sure, the party’s propaganda against Roman law had fallen silent during the war, the discipline had recovered its self-confidence, and its language was becoming freer again. Now, moreover, during a time of great danger, the European connections came into view again with greater clarity”.

⁴⁶ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 36. A obra de Jaspers referida é *Vom Ursprung u. Ziel d. Geschichte*, com referência ao ano de 1949, a qual tem tradução para o inglês como *The origin and goal of History*.

mesma razão que o distanciamento, que conta já com pelo menos três gerações, torna possível este trabalho agora.

5. Autorrevisão

Após 1945, nem Carl Schmitt assumiria os traços ideológicos de sua fórmula do “Estado total”. Em 1960, alegou que sua produção teórica não fora “orientada de maneira fascista”.⁴⁷ No Brasil, Miguel Reale adotou postura semelhante ao longo de toda uma vida de tentativas sucessivas de depositar camadas interpretativas próprias sobre os fatos históricos em que tomou parte. Sem nunca renegar a sua participação no integralismo, buscou negar a inspiração fascista do movimento, ao contrário do que diria, segundo ele, a “esquerda festiva”⁴⁸ – e ao contrário do que dissera ele mesmo na época de seu ativismo no integralismo.⁴⁹

Schmitt e Reale têm muito em comum nessas passagens. A similaridade dos significantes “total” e “integral” como qualificadores da sua visão política, e especialmente o enredo criado, que reduzia a inspiração tomada da ditadura de Mussolini de principal a coadjuvante, ou mesmo irrelevante. Essa tática é facilitada quando se pode explorar, no interlocutor, o desconhecimento do que tenha sido o fascismo, de como ele tenha se manifestado e se produzido na sua especificidade. Quais foram seus discursos, seus apelos, suas propostas. Quais foram as construções

⁴⁷ *Apud* FAYE, Jean-Pierre. *Introdução às linguagens totalitárias*, cit., p. 53: “Sob a impressão desta dissolução irresistível das diferenças e dos limites tradicionais no direito das pessoas, e da *mesma dissolução das diferenças* no plano do direito constitucional e estatal (assim Estado e sociedade, Estado e economia, política e cultura, etc.), seguiu-se a fórmula de Estado total, porém, é verdade, como pura análise da realidade e *sem nenhum interesse ideológico*”. E, como observa Faye na sequência a essa citação: “ele crê ser conveniente acrescentar, ‘ela não estava orientada de maneira fascista’”. Conforme Faye demonstrará adiante na obra, a “fórmula” aparece primeiramente na língua italiana, em um discurso de Mussolini proferido em 22 de junho de 1925, ao qual se sucederam outras colocações, ainda em italiano, antes que adentrasse a língua alemã por intermédio de Schmitt (*Ibid.* pp. 56-ss.).

⁴⁸ Nas palavras de Reale em entrevista concedida já no ano 2000 ao jornal da Universidade de São Paulo: “O integralismo não tem nada que ver com essa imagem que a esquerda criou por aí, sobretudo a esquerda festiva. O integralismo era um grande movimento nacionalista – e nisso vai uma crítica, porque acho que o nacionalismo está superado. Mas naquela época o Brasil vivia sem ter consciência de sua própria identidade político-social-intelectual. Era um movimento nacionalista que correspondia ao nacionalismo fascista, mas com características próprias, completamente diferente. O fascismo era uma doutrina fechada e o integralismo tinha várias correntes diferentes, num diálogo muito vivo”. (REALE, Miguel. A entrevista concedida por Miguel Reale ao *Jornal USP. Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 de abril de 2006. Entrevista concedida a Roberto C. G. Castro. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/>>, acesso em 04 de julho de 2019).

⁴⁹ Cf. REALE, Miguel. *O Estado Moderno [1934]*, cit., p. 115: “A mocidade acordou do sonho dogmático. Revelou-se-lhe, de repente, a falsidade de todas as fórmulas liberal-democráticas. E os homens perceberam que, acima das Nações, havia a supremação do capitalismo sem pátria; que era preciso apelar para todas as energias do país para evitar a escravidão. Perceberam que a causa do anticapitalismo era a mesma causa do nacionalismo; que as exigências naturais e lógicas do ideal socialista deviam-se libertar do joio do materialismo histórico, do internacionalismo econômico e do quadro estreito das lutas de classe. O espírito burguês de Marx apareceu com toda clareza (...). E os filhos da guerra bem sabiam que era necessário primeiro abandonar o espírito burguês – fundamentalmente mercantilista, racionalista e utilitário – para poder combater o capitalismo e afirmar os ideais éticos da Nação. (...) é o nacionalismo dos novos tempos. Chama-se Fascismo e Nazismo, Integralismo e Rooseveltismo, e tende a inspirar cada vez mais a obra de Stalin que os Trotskystas já acusam de social patriotismo”.

ideológicas, as versões filosóficas, doutrinárias e teóricas que lhe foram dadas. E quais os mitos que se construíram sobre o fascismo passado o seu advento, como forma de operacionalizar a palavra no seu potencial retórico de argumento do espantinho, e buscando colocar o espantinho longe daqueles que, antes, estiveram perto dele.

É então que falaremos em “autorrevisão” como uma forma de “negacionismo” do empreendimento intelectual próprio em colaboração aos fascismos.

O termo “revisão” remete a certa corrente “histórica” que dizia que o Holocausto não aconteceu.⁵⁰ Uma negativa eloquente, já que o fato histórico do Holocausto está na base do arrefecimento episódico de um antissemitismo de séculos, e também da rejeição aos fascismos como experiências políticas que promoveram atrocidades inimagináveis. A historiadora Deborah Lipstadt se dedicou a investigar a questão. Tomando a expressão “revisão” como um eufemismo, propôs sua substituição por “negacionismo”. Na atualidade, o termo “negacionismo” foi abrangido aos movimentos anti-intelectuais que negam uma demonstração científica de importância política, como o aquecimento global ou, mais recentemente, aspectos diversos em torno do vírus que causa a Covid-19.⁵¹

Chamamos, aqui, “autorrevisão”, a tentativa de certos personagens, outrora colaboradores dos regimes ou ativistas dos movimentos, de se colocarem como narradores para editar *a história de seu lado na história*. Tentativas de mudar o passado – seu passado – e desarticular os conceitos operacionais para sua compreensão.

Interessa-nos especialmente os usos da *autoridade sobre a própria autoria* para a remodelação das próprias obras e teorias, de modo a acobertar os elementos que

⁵⁰ V. LIPSTADT, Deborah. *Denying the Holocaust: the growing assault on truth and memory* [kindle edition]. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

⁵¹ Para Lipstadt, o fato elementar sobre o negacionismo muitas vezes passa despercebido. Os negacionistas não buscam a aproximação científica da verdade, eles buscam, pelo contrário, obnubilar a opinião pública e o senso comum. Não se trata de convencer que o Holocausto não aconteceu, mas apenas de convencer que a questão é cientificamente controversa, neutralizando o potencial político de um consenso científico: “My refusal to appear on such [tv] shows with deniers is inevitably met by producers with some variation on the following challenge: Shouldn't we hear their *ideas, opinions, or point of views?* (...) Unable to make the distinction between genuine historiography and the deniers' purely ideological exercise, those who see the issue in this light are important assets in deniers' attempts to spread their claims. This is precisely the deniers' goal: They aim to confuse the matter by making it appear as if they engaged in a genuine scholarly effort when, of course, they are not”. (Cf. LIPSTADT, Deborah. *Denying the Holocaust*, cit., p. 2) “What has also shocked me is the success deniers have in convincing good-hearted people that Holocaust denial is an ‘other side’ of history” (*Ibid.*, p. 3). Trata-se de enganar a opinião pública devido ao potencial de mobilização das massas no Estado Moderno. O princípio fundamental de ação dos fascismos é que, do ponto de vista da mobilização das massas, não se faz diferenciação entre mito e verdade, contando apenas a *crença* sedimentada na população, seja no verdadeiro ou no falso.

apontariam mais evidentemente a sua rejeição crítica. Karl Larenz que se manteve um “crítico” da concepção de direito subjetivo, “crítica” esta que repercute em nossa doutrina jurídica privatística atual, desenvolveu essa “crítica”, originalmente, em texto publicado em 1935 no ímpeto declarado de remodelação da ciência jurídica para o ideal nazista.⁵² A *Metodologia da ciência do direito*, cuja 1ª edição é de 1960, conserva elementos que já estavam presentes em 1935, mas retira as remissões explícitas de entusiasmo com o nacional-socialismo. Não estamos impedidos de criticar o modelo teórico do direito subjetivo. É preciso evitar todo uso do fascismo como espantalho. Mas devemos retomar o contato com a base dessa crítica, e discutir se é mesmo um modelo a ser criticado e por que razões, mantendo o foco nas estruturas jurídicas hábeis à promoção, consolidação e preservação de um Estado Democrático de Direito, ao invés de um “Estado total” (ou de um “Estado integral”).

O que chamamos “ideologia”, afinal, é justamente a camuflagem das inclinações políticas efetivamente presentes em certo pensamento, desarticulando sua contestação igualmente política.⁵³ A continuidade do pensamento fascista não trará consigo o seu próprio reconhecimento. Um pensamento fundado em Kant não se envergonha de fazer remissões à obra de Kant (embora não se dispense os riscos de distorção do seu conteúdo, a referência estará transparente para ser retomada, estudada e mesmo questionada). Um pensamento fundado em discursos de Mussolini terá razões históricas para se envergonhar disso, e procurará camuflar as marcas que o ligam a Mussolini. Isso torna mais aberto para crítica o pensamento kantiano do que o

⁵² Veja-se, a respeito, a discussão exposta em LA TORRE, Massimo. *Nostalgia for the Homogeneous Community*, cit. p. 20 e ss.

⁵³ A esse respeito, veja-se a obra de Duncan Kennedy, filósofo da escola dos *Critical Legal Studies*. Para este ponto em particular ver: KENNEDY, Duncan. Legal education and the reproduction of hierarchy. *Journal of Legal Education*, v. 32, p. 591-615, 1982.

mussoliniano, o que é uma contradição. Essa continuidade não é inofensiva, e tende a revelar-se mais saliente se a oportunidade política surgir para tanto.⁵⁴

Aqui, cabe apontar alguns aspectos que advertem sobre armadilhas no empreendimento crítico de identificação das continuidades do fascismo até os nossos dias.

Em primeiro lugar, tanto no caso de Schmitt quanto no caso de Reale, a obra de conteúdo fascista, cujo conteúdo fascista foi negado, foi escrita e publicada sem que o fascismo estivesse no poder do Estado. No Brasil, o integralismo não chegou ao poder. Na Alemanha, *O Guardiã da constituição* é de 1931. Tratava-se, então, do fascismo como *movimento*, não como *regime*. Entretanto, para os fins de uma leitura crítica de obras jurídicas, é mais importante, como dito, a *vontade totalitária* dos seus idealizadores, que pode se traduzir em *vocação totalitária* da doutrina em si.

Assim como a divisão dos três poderes foi pensada originalmente por Montesquieu, antes de ser implementada em Constituições pelo mundo, e assim como o garantismo penal foi idealizado por Beccaria, assim também os planos para um totalitarismo passam por ideias. É a partir dessa intenção manifesta que o jurista colaboracionista trabalha para que o totalitarismo ganhe forma, tornando o direito o instrumento para sua consolidação. As estruturas jurídicas pensadas para um totalitarismo podem estar intactas ainda quando o totalitarismo não tenha chegado a se realizar localmente por quaisquer outras contingências. A datação anterior ao momento do fascismo no poder do Estado não elimina a suspeita de que a obra traga marcas de fascismo, como é explicitado nesses dois casos.

⁵⁴ Na obra *Da revolução à democracia*, de 1977, Miguel Reale expressa, em tom de relato, sua frustração com a “Revolução de Março de 1964”, não pelas perseguições políticas, pelos exílios, pelas torturas, pelos eufêmicos “desaparecimentos”, pela suspensão do *habeas corpus* e pela censura, menos ainda por não ter restituído a normalidade democrática no primeiro momento, como parte da classe média que erroneamente apoiou o golpe de Estado havia esperado (aqui, lamentavelmente representada por figuras jurídicas tais como Sobral Pinto, cuja biografia é merecedora de muitas mesuras). Pelo contrário, o que frustrou a Reale foi que os generais titubearam, e ao invés de promoverem uma reforma “orgânica” do Estado, deixaram acontecer o “desperdício do tempo revolucionário”. As diretrizes para essa reforma se encontravam, segundo ele, no Ato Institucional n. 1, especialmente por quanto liberava o poder executivo dos complicados trâmites legislativos. Mas, segundo Reale, a utilização dos poderes (auto)conferidos pelo ato foi tímida e não fez jus aos anseios do “povo”. (v. REALE, Miguel. *Da revolução à democracia*. Rio de Janeiro: Convívio, 1977, *passim*). Cabe acrescentar que esta paradoxal instituição autocrática da autocracia teve como autor do seu texto o mesmo Miguel Reale, que foi muito prestigiado na ditadura. Além de ser nomeado para posições lucrativas, e de ter publicado a vontade sem nenhuma censura, com possibilidades indistintas de fala, quando seus rivais estavam cuidando de medir palavras e sobreviver, consolidou sua posição com honrarias diversas e, anos mais tarde, dir-se-ia dele que suas qualidades para presidir a comissão de redação do código civil que temos hoje em vigor “dispensam apresentações” (Cf. DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação, recodificação do direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 290) – vem a calhar que as apresentações sejam dispensadas.

Entretanto, é importante preservar a palavra “fascismo” a um conteúdo semântico hábil a alguma significação, daí que defendamos sua atinência ao seu advento histórico. Isso não impede a crítica a qualquer doutrina, fascista ou não, surgida em qualquer tempo, pois, como temos afirmado, o que se há de fazer para a percepção crítica da continuidade fascista é o mesmo que se há de fazer em qualquer caso, como atitude investigativa e crítica. Daí que a regressão *ad eternam* na identificação de marcas de fascismo em uma obra não sirva a nenhuma crítica da obra, nem a nenhuma elucidação do que seja o fascismo. Não se dirá da peça *O mercador de Veneza*, por exemplo, que ela fosse nazista, embora contenha vários dos elementos ínsitos ao nazismo. Os fascismos não inventaram o racismo, o sexismo, o antissemitismo, nem tampouco foram as únicas vozes antiliberais, antimarxistas, antidemocráticas, antiparlamentares, anti-iluministas, anti-legalistas e daí por diante. Mas em um contexto de crise social e frustração com a modernidade, o fascismo soube bem cooptar certas sentimentalidades pré-constituídas na sociedade e transformá-las em um movimento social e em um partido com vistas ao poder. Este *movimento* e, adiante, este partido, são o fascismo na sua primeira forma. E desde este momento, pode-se falar propriamente em fascismo. Antes disso, o que se tem são prévias, tendências, anunciações.

Observamos esse cuidado em uma análise feita pelo romanista italiano Massimo Brutti no texto *‘Emilio Betti e l’incontro con il fascismo’*. Depois de expor sinteticamente a obra de Betti desde sua formação na Graduação, observa:

As ideias e as premissas de valor que marcam em grande profundidade a obra de Betti são a origem do seu encontro com o fascismo. A princípio, seus escritos antecipam alguns dos motivos inspiradores do novo movimento; mais tarde, ele vem a ser um dos sustentadores da ditadura mussoliniana. Sempre – se pode dizer – seguindo uma via pessoal e solitária. As escolhas políticas que alcança são determinadas.⁵⁵

A exemplo dessa abordagem, parece mais adequado, em certos casos, falar-se em um “encontro” com o fascismo, uma convergência entre a trajetória de pensamento de certo autor que já vinha se inclinando a percepções e posições tais que, adiante, encontrariam esteio em um movimento organizado. Isto favorece, inclusive, a compreensão do fenômeno histórico dos fascismos de modo mais amplo. Soma esforços à identificação da ânsia social que promoveu sua ascensão. Favorece também a

⁵⁵ Cf. BRUTTI, Massimo. Emilio Betti e l’incontro con il fascismo. In Italo Birochi; Luca Loschiavo (org.). *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, cit. p. 65. No original: “Le idee e le premesse di valore che segnano più in profondità le opere di Betti sono anche all’origine del suo incontro con il fascismo. Dapprima, i suoi scritti anticipano alcuni motivi ispiratori del nuovo movimento; più tardi, egli diviene un sostenitore della dittatura mussoliniana. Sempre – si può dire – seguendo una via personale e solitaria. Le scelte politiche cui giunge sono determinate”.

compreensão específica da própria obra analisada e será indicativa das motivações de fundo para uma obra ideologicamente enviesada, desde a convicção entusiasmada, até o oportunismo de carreira.

Já no que toca à obra posterior aos fascismos, a questão é particularmente delicada. É neste ponto que falamos do “autorrevisão”. É a obra posterior que buscará depositar, sobre a obra anterior, camadas de sentido que camuflam suas originais orientações. A crítica da obra anterior se imbricará a crítica da obra posterior, rejeitando a fala do autor sobre sua própria obra como ilegítima, processo analítico delicado.

Os esforços desses personagens de preservarem o seu próprio prestígio, conquistado no impulso de vínculos corporativos reforçados pelo autoritarismo que veda o questionamento de seus méritos, provocaram a tentativa de edição falsificadora da história e dos conceitos úteis à elaboração do entendimento e da crítica. A manutenção dessas posições dependia do constrangimento ao questionamento delas o que vem a se projetar sobre o processo de educação e formação jurídica que desestimula a crítica nesses termos.⁵⁶ Tomando por indevido o viés ideológico, será tomado por indevido o questionamento sobre a existência do viés ideológico, mantendo protegida a revelação

⁵⁶ Cf. SEELANDER, Airton. *Juristas e ditaduras*, *cit.*, p. 416: “Há que se contar com a resistência dos antigos professores, muitos dos quais capazes de mobilizar amplas redes de apoio e de produzir autojustificações de alta qualidade literária. Há que se esperar a resistência de assistentes, sucessores, ex-colaboradores e antigos orientandos – enfim, de todos que precisem ‘defender o velho’, para impedir o questionamento do seu próprio pedigree acadêmico. (...) O silêncio sobre a colaboração com as ditaduras tende a se acentuar no meio jurídico, no qual a ascensão a posições de destaque e mesmo o êxito na advocacia tendem a ser mais fáceis para quem sabe manter canais abertos, não provocar ‘antipatias’, impedir vetos informais e evitar a fama de ‘criador de caso’. Não obstante, posturas defensivas análogas podem ser encontradas mesmo em faculdades de história”.

do viés deveras existente, e desengajando a reflexão de método sobre como revelar um viés, desarticulando a capacidade crítica.⁵⁷

Cabe aqui lembrar, em complemento à reflexão de Karl Jaspers, a *Pedagogia do Oprimido* de Paulo Freire, particularmente a caracterização que ele faz da concepção “bancária” de “educação”: “O educador, que aliena a ignorância, se mantém em posições fixas, invariáveis. Será sempre o que sabe, enquanto os educandos serão sempre os que não sabem. A rigidez destas posições nega a educação e o conhecimento como processos de busca”.⁵⁸ Segue adiante:

Refletindo a sociedade opressora, sendo dimensão da “cultura do silêncio”, a “educação” “bancária” mantém e estimula a contradição. Daí, então, que nela: a) o educador é o que educa; os educandos, os que são educados; b) o educador é o que sabe; os educandos os que não sabem; c) o educador é o que pensa; os educandos, os que são pensados; d) o educador é o que diz a palavra; os educandos, os que a escutam docilmente; (...) i) o educador identifica a autoridade do saber com sua autoridade funcional, que opõe antagonicamente à liberdade dos educandos, estes devem adaptar-se às determinações daquele (...).⁵⁹

⁵⁷ Em 1990, Reale acusaria de *totalitária*, não a sua doutrina, ou às suas contribuições políticas, mas a Constituição de 1988. Em suas palavras: “o problema de conteúdo (...) alberga uma das mais graves ameaças ao destino da democracia, podendo levar ao que já denominei alhures *totalitarismo constitucional*. O totalitarismo é uma hidra de muitas cabeças, e cada uma delas quando nasce, faz nascer as demais”. – Não terá sido o Ato Institucional n. 1 uma dessas cabeças, que ele lamentou não ter feito nascer às demais? – “É grande erro temer, sob o impacto do totalitarismo nazista ou soviético apenas o bloqueio global de todas as formas de vida, subtraída a liberdade criadora a cada uma das expressões de existência humana. Embora possa parecer paradoxal” – e podemos garantir que é – “há um totalitarismo global e outro parcial, este como elemento ou momento preparatório daquele”. – O que para Reale, não é o caso do Ato Institucional n. 1, mas da Constituição de 1988. (Cf. REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 7). Não existe “totalitarismo parcial”, justamente porque não existe “totalitarismo global”, ou, poderíamos dizer, “totalitarismo total”. A expressão que provoca uma redundância é expressão desnecessária. Existe, sim, a via ao totalitarismo, os avanços que são feitos por um regime autoritário, em direção a um totalitarismo, com vistas a englobar a existência humana por inteiro, algo que nunca se realiza em sua plenitude. O totalitarismo acontece como um projeto que visa essa supressão global da pluralidade e da diversidade humana. Tal qual a oposição ao “totalitário” é o “fragmentário”, o que marca o ímpeto totalitário é a tentativa de supressão e mesmo aniquilação da diversidade – as, quais no entanto, não poderão ser, nunca, suprimidas. A Constituição de 1988, com todas as críticas que se pretenda fazer a ela, não é, de modo algum, um diploma supressor de diversidades e pluralidades políticas e sociais. O que Reale diz sobre o totalitarismo, portanto, não condiz com a realidade histórica dos totalitarismos. Entretanto, com certa discricção e investindo sobre o estilo retórico, é justamente isso o que Reale propõe, que a compreensão do totalitarismo se desprenda do fenômeno histórico que faz nascer a palavra, para investir sobre o mítico: “É grande erro temer, sob o impacto do totalitarismo nazista ou soviético apenas o bloqueio global de todas as formas de vida (...)”, ao contrário disso, “o totalitarismo é uma hydra de muitas cabeças”. É assim que, segundo seu sacerdócio, posição de quem tem acesso transcendente ao mítico e transmite e revelação aos fiéis, é a Constituição de 1988 que aparece como uma das cabeças da hydra do totalitarismo, não o Ato Institucional n. 1 que ele mesmo redigiu e de que lamentou não ter realizado o projeto de reforma “orgânica” do Estado, como defendera.

⁵⁸ Cf. FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 66ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018, p. 81.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 82-3.

6. Vontade totalitária e direito privado

Falar em “*vontade totalitária*” e, portanto, falar no totalitarismo como *fato anunciado*, e não como fato consumado, é provocar uma compreensão do processo histórico que retorne à perspectiva anterior à ocorrência dos avanços institucionais em direção ao totalitarismo. É reconstruir, na verdade, não os fatos do totalitarismo em si, mas os fatos que levaram ao totalitarismo, e que estão ligados ao querer que se anuncia nas palavras e se projeta nas ações; que passa, portanto, pela articulação das ideias. Os juristas que compartilhassem desse querer fariam a sua parte em prol da realização deste projeto através do repensar das estruturas para funções de um Estado corporativo que disciplina a sociedade com o fim de torná-la “orgânica”.

Pensar o direito privado em relação a este processo é abrir a reflexão em uma dupla frente. Primeiro, verificar o modo como doutrinadores pertencentes às gerações que vivenciaram este tempo colaboraram (ou não) com os fascismos através de suas produções teóricas, e como essas doutrinas foram (ou não) mantidas nos anos seguintes. O tema é de absoluta relevância, considerando que, se foram doutrinas pensadas *para* a realização do totalitarismo, seus objetivos são radicalmente diversos daqueles que norteiam a doutrina atual, que busca (ou deveria buscar) a realização de um Estado Democrático de Direito.

As investidas sobre o direito público foram mais explícitas do que as investidas sobre o direito privado, a começar pela própria concentração do poder de legislar nas mãos do líder autocrático. Daí porque, em relação ao direito privado persiste certa ilusão de independência em relação aos processos políticos de cada tempo. Uma ilusão que não deixa de ser contraditória, já que a independência do direito privado em relação à política é uma construção *política* liberal, e os fascismos eram francamente antiliberais.⁶⁰ Temos marcado entre nós, de modo muito claro, os ecos de uma rejeição ao “liberal”, “individualista”, “oitocentista”, “voluntarista”, “abstracionista”, “normativista”, “burguês”, “formalista”, “legalista”, etc., sem que se tenha clareza com relação à referência teórica que dá base a essas rejeições construídas, por vezes, de modo meramente pejorativo. Quando se rejeita o modelo “liberal”, afinal, o que se rejeita? E qual modelo é proposto em substituição?

Se buscarmos as bases dessa rejeição nesses termos, vamos dar em textos fundamentais como a *Teoria geral do negócio jurídico* de Emilio Betti, onde ele se propõe a traçar

⁶⁰ Sobre os aspectos filosóficos e sociológicos da rejeição ao liberalismo, v. FROMM, Erich. *Escape from freedom* [1941]. 2^a ed. Nova Iorque: Avon Books, 1969.

uma “crítica ao dogma da vontade”. Mas a crítica de Betti, nesta ocasião, afigura-se do mesmo modo meramente pejorativa: “O instituto do negócio jurídico não consagra a faculdade de ‘querer’ no vácuo, como apraz afirmar certo individualismo, que ainda não foi estirpado da hodierna dogmática”.⁶¹ Porém, a terminologia “autonomia da vontade”, rejeitada por Betti, não refere a uma vontade nascida “no vácuo”. Pelo contrário, remete à filosofia kantiana, que é filosofia robusta, e passa, não só pela fundação de um imperativo categórico de difícil refutação, como também por reflexões sobre o que se chamou mais tarde um tema de “psicologia moral”.⁶² Kant, na *Metafísica dos costumes*, é bastante específico na colocação sobre as faculdades da mente humana, dentre as quais estão o “desejo”, o “sentimento”, o “livre-arbítrio”, o “apetite”, a “inclinação”, o “gosto”, a “aspiração”, o “arbítrio” e, enfim, a “vontade”, todos eles analiticamente distinguidos entre si.⁶³

Na melhor luz que poderíamos lançar sobre a crítica de Emilio Betti, suporíamos que se trata da indicação de que aquele pensamento que é rejeitado, o é por seus vieses ideológicos, a saber, os do liberalismo. Porém, se uma crítica deste tipo é reconhecida como válida pelo próprio Betti em sua obra, caberia agora indagar, do mesmo modo, sobre projeções das convicções pessoais de Betti sobre sua própria doutrina. No caso,

⁶¹ V. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico* [1942]. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda à 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

⁶² SCHNEEWIND, J. B. *A invenção da autonomia* [1998]. Tradução de Magda França Lopes. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2005, pp. 563 e ss.

⁶³ Da vontade, diz Kant: “A faculdade do desejo cujo fundamento determinante – e daí até mesmo o que lhe é agradável – se encontra na razão do sujeito é chamada de *vontade*. A vontade é, portanto, a faculdade do desejo considerada não tanto em relação à ação (como o é a escolha), porém mais em relação ao fundamento que determina a escolha para a ação. A vontade, ela mesma, estritamente falando, não possui fundamento determinante; na medida em que é capaz de determinar a escolha, ela é, ao contrário, a própria razão prática” (Cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edison Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 44).

nós o temos enraizado justamente neste período histórico, e entusiasmado com os acontecimentos políticos da Itália naqueles anos da ditadura de Mussolini.⁶⁴

A questão que se põe diz respeito à manutenção da independência de uma doutrina de direito privado em relação ao político, quando a inclinação política pessoal do doutrinador é em favor de uma ideologia avessa a preservação dessa independência, não só da produção intelectual em si, mas também da própria vida privada. Uma vez assumida essa postura metodológica, é esperado que se desenvolva a capacidade de discernir o valor de uma obra privatista considerando o seu mérito, e não o prestígio que algum jurista tenha alcançado com o favor de circunstâncias históricas e sociais opressivas.

Por tudo, o caminho que se coloca não é de reforçar alguma hegemonia das “metódicas” próprias do campo jurídico privatístico, como é o escopo da obra *Direito civil contemporâneo* de Otávio Luiz Rodrigues Jr.⁶⁵ Não se trata de alcançar nenhuma hegemonia, nem é isso qualquer sinal de excelência “metódica”. Trata-se de compreender os processos culturais que resultam em normas jurídicas e sociais que se projetam sobre a vida das pessoas reais, e trabalhar para conferir racionalidade a esses processos, com vistas ao alcance de objetivos politicamente definidos na sociedade historicamente constituída, tais como a justiça, a democracia, a liberdade e a igualdade.

Os métodos tradicionais do direito privado, obstinados na convicção de que o campo se desenvolve algo apartado do ambiente político, não dão conta de captar esses traços, e

⁶⁴ Assim consta na obra de Emilio Betti, publicada originalmente em 1953, porém escrita em 1944, quando ele se encontrava preso e seria julgado por cooperação intelectual com o fascismo *Notazione autobiografiche* (a cura de Eloisa Mura. Milão: CEDAM, 2014). No prefácio que o próprio Betti escreve à 2ª edição de sua *Teoria geral do negócio jurídico*, em que consta a assinatura datada de 1950, ele escreve abertamente: “A primeira edição desta obra, publicada em Abril de 1943, era dedicada às cidades mártires da Itália, como símbolo da nobreza milenária do nosso povo e da civilização europeia, em luta pela sobrevivência. Pretendia-se que o seu martírio fosse recordado séculos em fora, como penhor seguro do grande futuro reservado à Europa e a nossa Itália. Aos valores autênticos e perenes da civilização europeia, e a quem, dentro e fora do nosso país, se vê neles ofendido e humilhado, é dedicada também a presente edição (...). É uma forma de inumanidade, pior que a guerra guerreada, pressupor no adversário a intenção hostil e agressiva, e imputar-lhe a imoralidade da causa e hipocrisia das atitudes, reservando só para si o monopólio da moralidade e da pureza das intenções. (...) Não se iludam certos ingênuos zelotes que, prontos a prestar homenagem a presumidos ideais de justiça, não reparam que, fazendo-o, estão a ajudar a submeter a sagrada força do direito e da autonomia da nação, a uma política farisaica, ignara dos problemas vitais (...), tendenciosamente alicerçada em inadmissíveis alternativas ideológicas (...). Se, amanhã, os pretensos defensores da ‘liberdade’ ou da ‘paz’, na acreditada missão de indicar à humanidade inteira (não obstante as diferenças de horizonte espiritual) o verdadeiro caminho a seguir, considerassem conveniente, e imprescindível às necessidades de luta, pôr em acção esse seu poder, então veríamos (...) de novo em atividade ‘uma força cega, que esmaga tudo aquilo que, nem que seja só por disciplina e valor, procure ainda emergir deste inferno e destruição: a segurança brutal e imunda do martelo, manejado pelo operário vulgar, contra pessoas de valor.’” Cf. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, cit., p. 9, 10, 11.

⁶⁵ V. RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

conduzir essa crítica. Será preciso, ao contrário disso, aprender com os métodos desenvolvidos em outros campos do saber, da filosofia à história, e particularmente, o que já tem sido desenvolvido como história das ideias jurídicas.

7. Especificidade brasileira

Reportamo-nos, aqui, a duas das experiências históricas nacionais que mais avançaram nas etapas de fascismo individualizadas por Pierre Milza: a alemã e a italiana. Há diversas outras experiências nacionais com o fascismo, a maioria delas, “experiências interrompidas”, como a do caso brasileiro que não foi além da primeira etapa e que, nem assim, se mostra inofensiva. De que modo essas questões históricas se reportam à produção doutrinária brasileira atual?

Em primeiro lugar, com enfoque sobre as experiências estrangeiras, devemos observar que os países que vivenciaram de modo mais intenso uma experiência do fascismo no poder são justamente os países continentais europeus, classificados como países da tradição romano-germânica, dentre os quais, Alemanha, Itália, França, Espanha e Portugal. A doutrina brasileira de direito privado mantém diálogo constante com a doutrina desses países. Isso não significa, é claro, que as repercussões desse processo

histórico de outros países tenham sido tão significativas, no Brasil, quanto foram nos próprios países; menos ainda poderá ser idêntica.⁶⁶

Sem prejuízo, é necessária a consideração sobre quais tenham sido as repercussões da ideologia fascista ostentada por juristas de outros países para a produção jurídica do Brasil. E, neste processo, vale-nos retomar as fontes de estudo dos próprios países, cujos teóricos e historiadores estão em melhores condições materiais de rever este legado, pelo domínio linguístico, pela inserção cultural, ou pelo acesso às fontes primárias de estudo, especialmente os textos publicados à época, as cartas trocadas, os registros de arquivo, etc. Ou seja, afirmar a independência dos processos culturais brasileiros, não significa negar a *relação* que esses processos culturais estabelecem com outros processos de outros países, em particular, quanto ao direito civil, os países do continente europeu. Menos ainda negar a importância de se manter aberto o diálogo

⁶⁶ É importante demarcar, uma vez mais, nossas diferenças com relação à obra já citada de Otávio Luiz Rodrigues Jr., particularmente, o artigo sobre a “influência” do BGB e da doutrina alemã sobre o direito civil brasileiro. As diferenças começam no próprio uso da palavra “influência”, por vezes combinada com a palavra “recepção”. Embora advirta que suas colocações devem ser vistas como “exame das relações entre Brasil e Alemanha, no âmbito do Direito Civil, sem que isso represente admitir a colonização de um Direito (e sua doutrina) por outro” (RODRIGUES JR., Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX, *cit.*, p. 207), dirá adiante que: “N’alguns casos, é um risco para a seriedade do manual ou do livro-texto fazer certas afirmações sobre um instituto jurídico que não mais existe ou que não tem mais sentido para um estudante do século XXI. Exemplos não faltam de teorias arruinadas na Alemanha, como a das ‘relações contratuais de fato’, no Direito das Obrigações, ou a ‘teoria das esferas’, no campo dos direitos da personalidade, que são recitadas no Brasil como grandes novidades”. (*Ibid.*, p. 256). No mesmo texto, põe em suspeição a qualidade de obras de direito civil que não se reportem à doutrina alemã: “O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) é o símbolo mais reluzente desse processo de recepção e de influência da cultura jurídica germânica no Brasil (...). É (quase) impossível encontrar um manual, um tratado, ou um curso de Direito Civil brasileiro, de algum nível, que desconheça o BGB ou que não cite seus dispositivos”. (*Ibid.*, p. 205). Assim, para Rodrigues Jr., não só é importante que uma obra doutrinária brasileira “de algum nível” faça remissão ao BGB, mas seria importante fazê-la de um modo específico, a saber, o modo como os alemães fazem entre si (v. *Ibid.*, p. 206-207). Em certos pontos, a relação extrapola para sugerir que uma crítica alemã feita ao BGB foi transplantada para as críticas feitas, no Brasil, ao código civil de 1916, sem adentar o mérito das críticas brasileiras ao código brasileiro, a tal ponto que sugere que a refutação da crítica ao BGB, que, para ele, teria sido promovida com sucesso por Joachim Rückert, é também refutação a críticas feitas, no Brasil ao código brasileiro. Veja-se: “Joachim Rückert é devastador nesse ponto: o formalismo de que é acusado o BGB nada tem que ver com uma dicotomia entre forma e substância e, sim, com um questionável substancialismo político-filosófico, que pretende extrair sentido da ‘vida’, ao tempo em que nega essa ‘vida’ ao BGB. Trazendo essa questão para a contemporaneidade, é muito comum se dizer que o Código de 1916 era divorciado da realidade, da ‘vida’ e que o atual Código Civil, ou a interpretação que dele se faz (à luz dos princípios), é que trouxe a ‘vida’ para dentro de suas normas. Devolvendo-se a palavra a Rückert, essa acusação ao BGB foi manifestada nos tempos da República de Weimar, no período do Nazismo e mesmo após-1945”. (*Ibid.*, p. 269). Chama a atenção, neste ponto, a inserção pela qual a fala de Joachim Rückert, mencionada por Rodrigues Jr., é trazida para a “contemporaneidade”. Por “contemporâneo”, entende-se aquilo que é do nosso próprio tempo. As críticas ao código civil de 1916, porém, já não são do nosso próprio tempo, e possuem valor histórico. Mais contemporânea que isso, é a própria fala de Rückert, voltada para o código em vigor no seu próprio país (v. RÜCKERT, Joachim. O BGB - um código que não teve oportunidade? Tradução de Thiago Reis. *Revista da faculdade de direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 34, p. 5-37, ago. 2016). Posto em contexto o “contemporâneo” da fala de Rodrigues Jr., a palavra assume o sentido de trazer, não uma fala do passado para o presente, mas uma fala da Alemanha para o Brasil. Isso parece ser confirmado na tese *Direito civil contemporâneo*, que se estrutura justamente em torno da exposição pela qual uma teoria estaria superada na Alemanha, a saber, a da eficácia horizontal dos direitos fundamentais de Claus Wilhelm-Canaris, e essa descrição dos movimentos doutrinários alemães seria por si uma refutação ao pensamento doutrinário brasileiro, particularmente do direito civil-constitucional (v. Rodrigues Jr. *Direito civil contemporâneo*, *cit.*, *passim*). Apesar de falar em “contemporâneo”, vê-se um salto que não é temporal, mas territorial, o que nos leva da reflexão sobre a história do direito, para a reflexão sobre o direito comparado, ou, para a história comparada do direito.

com as fontes teóricas da Europa (e, aliás, de abri-los ou aprofundá-los com outros países).⁶⁷

Por fim, ao avaliar a relevância dessas questões para a especificidade brasileira, cabe levar em conta a doutrina propriamente nacional e as representações de pensamentos políticos autoritários na própria doutrina e teoria jurídica brasileira. Temos nossa própria experiência de fascismo, com o movimento integralista de Plínio Salgado, que coloca em primeiro plano a figura de Miguel Reale. O historiador do direito Airton Seelander indica a Aliança Integralista Nacional (AIN) como formadora de quadros administrativos para a ditadura militar. É desde sempre enigmática a nomeação de Miguel Reale para presidir a comissão de redação do código civil atualmente em vigor e, isso, em desfavor do outro projeto de autoria de Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes.

O fato de que se encontrava na Itália na época da discussão para o código italiano foi sempre pontuado como uma das razões para a escolha. Mas Reale se encontrava na Itália por ter se sentido inseguro no Brasil da Era Vargas em função de seu ativismo integralista. E foi buscar asilo justamente no regime de Mussolini. As deliberações para o código italiano, do mesmo modo, se deram no âmbito do regime fascista, o código é de 1942, assinado por Mussolini. A inspiração italiana de nosso código é conhecida. Mas é importante ter em conta, também, as discussões travadas, hoje, na Itália, sobre as marcações ideológicas de seu código civil, e especialmente sobre o tema da técnica legislativa das cláusulas abertas.⁶⁸ Pontue-se ainda que a nomeação de Reale para a

⁶⁷ É um processo típico da modernidade o trânsito de ideias jurídicas entre diferentes países, potencializado pela imposição do poder político nas colonizações. Mas desde o início, e mesmo quando esteve formalmente em vigor o direito da matriz, a colônia sempre apresentou especificidades no seu modo de operação do direito (v. HESPANHA, António Manuel. Por que é que existe e no que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, , Vol. 35, Nº 1, 2006, págs. 59-81). Assim, sem deixar de reconhecer a importância de se proceder à análise das relações entre a doutrina civilística alemã e brasileira, por exemplo, os processos históricos brasileiros não deixam de ser independentes dos processos alemães, e não podem ser reduzidos a ele. Pensar a relação entre um e outro processo não significa supor que seja essa uma relação de causalidade, em que o pensamento alemão é visto como causa, e o pensamento brasileiro como consequência. Nem pode o pensamento alemão ser buscado como fonte empírico-metafísica do pensamento brasileiro. O comparatista italiano Alessandro Somma é autor de uma interessante reflexão metodológica sobre a disciplina do direito comparado considerando as formas de poder geopolítico que por vezes se expressam através dela, com foco na questão sobre a relação entre Europa e América Latina: v. SOMMA, Alessandro. Le parole della modernizzazione latinoamericana: centro, periferia, individuo e ordine. In Polotto, M. R.; Keiser, T.; Duve, T. (eds.). *Derecho privado y modernización*. Max Plank Institute for European Legal History: Frankfurt am Main, 2015. Global Perspectives on Legal History, vol. 2. Para a reflexão sobre a convergências entre a história do direito e o direito comparado, tema que parece particularmente interessante ao pensamento jurídico brasileiro, v. BRUTTI, Massimo. Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica. In Massimo Brutti; Alessandro Somma (eds.). *Diritto: storia e comparazione – nuovi propositi per un binomio antico*. Max Planck Institute for European Legal History: Frankfurt am Main, 2018, Global Perspective on Legal History, vol. 11. pp. 49-80.

⁶⁸ v. CAPPELLINI, Paolo. Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime. *Quaderni Fiorentini*, XVIII (1999), p. 175-292. Disponível em <<http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/28/index.htm>>, acesso em 6 de agosto de 2020.

presidência da comissão de redação do código civil se deu no governo do Marechal Costa e Silva, e por intermédio do então Ministro da Justiça Luís Antônio da Gama e Silva, que foi também o autor do Ato Institucional n. 5.

É importante ter em mente que, seja com relação ao legado fascista europeu, ou com relação ao legado do fascismo brasileiro, o pensamento jurídico contemporâneo, brasileiro, europeu, e de diversos países, compartilha o propósito fundamental de construção de uma sociedade livre e justa (no caso brasileiro, considerando a disposição do art. 3º, inc. I da Constituição, “livre, justa e solidária”). O propósito lançado de construir uma sociedade melhor do que a que temos hoje, é um propósito, por tudo, *político*, o que não significa dizer partidário. Mas a persecução *democrática* desse propósito político implica abrir à participação a todas as “partes” (todos os partidos), com suas diferentes concepções e mentalidades, com abertura ao pluralismo e à diversidade. A concepção, de *construção democrática de uma sociedade livre e justa*, contraria a concepção do fascismo nos seus aspectos fundamentais; é o antifascismo. Do mesmo modo, sendo o fascismo francamente nacionalista, para um antifascismo também são de menor importância as origens nacionais de uma ideia, contando que tome parte neste propósito, e que possa ser discutida, elaborada, amadurecida e mesmo refutada.

8. Considerações finais

“Depois de cada guerra, alguém tem que fazer a faxina”.

Wisława Szymborska, poeta polonesa que escreveu este verso, também teve sua vivência sobrecarregada pelo mesmo pano-de-fundo histórico a que nos reportamos.

“A cena não rende foto e leva anos. E todas as câmaras já debandaram para outra guerra”. No poema que se chama *Fim e começo*, os versos vão se sucedendo com a lentidão dos progressos do recomeço social depois do fim da guerra. As primeiras palavras são aflitivas: *“Alguém tem que jogar o entulho para o lado da estrada para que possam passar os carros carregando corpos”.* E o processo demarca o labor humano: *“Alguém tem que arrastar a viga para apoiar a parede, pôr a porta nos caixilhos, envidraçar a janela”.* Depois vão surgindo palavras familiares ao cotidiano: *“Alguém de vassoura na mão ainda lembra como foi. Alguém escuta e concorda assentindo com a cabeça ilesa”.* Chega-se ao ponto em que é dado repensar as ideias:

“Às vezes alguém desenterra de sob um arbusto velhos argumentos enferrujados e os arrasta ao lixo”. Neste processo, é preciso atentar para algumas armadilhas ainda presentes.

Ao fim da II Guerra Mundial, diversos países europeus adotaram políticas econômicas de índole social-democrática, o que promoveu maior afeição a intervenções do Estado no domínio econômico privado. Ante a continuidade dos quadros jurídico-acadêmicos dos fascismos, é esperado constatar-se a interpenetração dos processos, com manutenção de doutrinas intervencionistas de índole originalmente totalitária, remodeladas para endereçar as finalidades mais interventivas no domínio econômico de uma socialdemocracia. Uma constatação deste tipo seria importante e poderia ter implicações teóricas diversas no campo da dogmática. Especialmente pelo quanto já temos bastante sedimentada entre nós a ideia de uma conexão entre “crítica do liberalismo e crise do contrato” que é, na verdade, como já temos igualmente assentado, não a crise do contrato em si, mas a crise do modelo liberal de contrato.

Não seria de se estranhar, porém, se, diante disso, os ímpetos neoliberais de agora se antecipassem em confundir com fascismo o que é socialdemocracia. De modo que, tendo sido o fascismo antiliberal, ao se revelar o legado sombrio do fascismo, poder-se-ia, precipitadamente, associá-lo ao movimento político mais amplo que refere historicamente a outra fase, que é da socialdemocracia. Haveria nessa confusão um contrassenso, pela razão ostensiva de que os fascistas rejeitavam violentamente a socialdemocracia, ou de que o partido socialdemocrata alemão, ao lado do ativismo marxista, foi destinatário dos discursos mais violentos de Hitler em *Mein Kampf* tanto quanto foram os judeus. Hitler não distinguia entre judaísmo, marxismo, e a atividade do partido socialdemocrata.

A crítica ao liberalismo não é indevida, nem a crítica à socialdemocracia ou ao marxismo. Elas apenas não devem ser admitidas em termos meramente pejorativos, como não propomos que seja admitida sequer a crítica ao fascismo. Contando que o fascismo fosse antiliberal, isso não resgata o liberalismo como tal, como se as ideias pudessem ser avaliadas com base no magnetismo da atração e repulsão dos polos. A insensibilidade do liberalismo ao problema da justiça distributiva será ainda tema a ser discutido, e que, aliás, é discutido na própria tradição do pensamento liberal, em obras como a de John Rawls e Amartya Sen. Os temas da economia política não atuam sobre as próprias estruturas específicas da dogmática jurídica, mas repropõem as suas metas, os seus propósitos, seus desafios, suas *funções*. Quando se constata, de algum modo, a

impropriedade de velhas estruturas para novas funções (*politicamente* definidas), isso não refuta a eleição das novas funções (que não pertencem propriamente à seara do direito, embora o saber jurídico tenha parte a tomar nelas), apenas indica a necessidade de pensar novas estruturas, que é o nosso trabalho.

A provocação fundamental deste trabalho, que remete à reflexão sobre o *modo de pensar*, conduz à reconexão com a filosofia, inclusive, com as questões mais abrangentes de nosso próprio tempo. O trabalho de retomar esse estudo, rever essas continuidades, é o trabalho de reconstrução, cena que não rende foto, cotidiana, como é o direito privado o campo do direito que trata do cotidiano. Cabe manter a atenção, pois, às nossas tarefas cotidianas, particularmente às que dizem respeito ao trabalho acadêmico de ensino jurídico, seleção de indicações bibliográficas, exposição crítica de correntes de pensamento. E também o trabalho de tradução linguística e didática, apresentação e prefaciação das obras publicadas, circulação do conteúdo científico, das conclusões alcançadas e seus fundamentos, com exposição aberta à indagação e à crítica.

É assim que, progredindo sobre a reflexão de Franz Wieacker a respeito da continuidade na história do direito, Manuel Hespanha lembra de introduzir também a ruptura (ruptura). A ruptura pode ser fruto de uma vontade consciente de romper. Romper com a desarticulação da crítica, pela renovação constante da reflexão de método, do *modo de pensar* que seja transmitido às novas gerações de juristas na consciência do propósito de construir uma ordem jurídica que auxilia a construção da sociedade livre e justa que se deseja ter. “*Na relva que cobriu as causas os efeitos alguém deve se deitar com um capim entre os dentes e namorar as nuvens*”.

Referências bibliográficas

ALBRIGHT, Madeleine. *Fascism: a warning*. HarperCollins, 2018.

BETTI, Emilio. *Notazione autobiografiche* [1953] – a cura di Eloisa Mura. Milão: CEDAM, 2014.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico* [1942]. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda à 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BIROCHI, Italo; LOSCHIAVO, Luca (org.). *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*. Roma: Roma Tre-Press: 2015.

BLANC, Carlos Aguilar. La fundamentación teórica del terror de Estado y la filosofía jurídica nacional-socialista del Karl Larenz. *Revista Internacional de Pensamiento Político*. I Época. Vol. 9. 2014, 213-248.

BRUTTI, Massimo. *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013.

- BRUTTI, Massimo. Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica. In Massimo Brutti; Alessandro Somma (eds.). *Diritto: storia e comparazione – nuovi propositi per un binomio antico*. Max Planck Institute for European Legal History: Frankfurt am Main, 2018, Global Perspective on Legal History, vol. 11. pp. 49-80.
- CANDIDO, Antônio. Prefácio. in Chasin, J. *O integralismo de Plínio Salgado*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1978.
- CAPPELLINI, Paolo. Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime. *Quaderni Fiorentini*, XVIII (1999), p. 175-292. Disponível em <<http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/28/index.htm>>, acesso em 6 de agosto de 2020.
- DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação, recodificação do direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ECO, Humberto. Ur-fascism. *The New York Review of Books*, v. 42, n. 11, p. 12-15, 1995.
- ERKKILÄ, Ville. Roman Law as Wisdom: Justice and Truth, Honour and Disappointment in Franz Wieacker's Ideas on Roman Law. In Tuori, Kaius; Björklund, Heta. *Roman Law and the Idea of Europe*. Londres: Bloomsbury Academic, 2020. 201-220.
- ERKKILÄ, Ville. *The conceptual change of conscience: Franz Wieacker and German Legal Historiography 1933-1968*. p. 60. Tübinga: Mohr Siebeck, 2019.
- FAYE, Jean-Pierre. *A razão narrativa: a filosofia heideggeriana e o nacional-socialismo*. Traduzido por Paula Martins. São Paulo: Editora 34, 1996.
- FAYE, Jean-Pierre. *Introdução às linguagens totalitárias: teoria e transformação do relato*. Tradução de Fábio Landa e Eva Landa. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 66ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.
- FROMM, Erich. *Escape from freedom* [1941]. 2ª ed. Nova Iorque: Avon Books, 1969.
- GENTILE, Emilio. *Fascismo. Storia e interpretazione*. Bari: Giuseppe Laterza & Figli, 2013.
- GENTILE, Emilio. *La Via italiana al totalitarismo: il partito e lo Stato nel regime fascista*. Roma: NIS, 1995.
- HEIDEGGER, Martin. A auto-afirmação da Universidade alemã (o discurso da Reitoria) [1933]. Traduzido por Daniel Pucciarelli. *Terceira Margem*, n. 17, Rio de Janeiro, jul./dez. 2007.
- HENRIQUES, José Carlos. *Direito e justiça na jusfenomenologia de Gerhart Husserl*. 2018, 304f. Tese (doutorado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.
- HESPANHA, António Manuel. Por que é que existe e no que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 35, Nº 1, 2006, págs. 59-81.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia*. Lisboa: Almedina, 2015.
- JASPERS, Karl. *The question of German Guilt* [1947]. Tradução de E. B. Ashton. Frodham University Press: Nova Iorque, 2000.
- JOERGES, Christian; GHALEIGH, Navraj Singh. *Darker legacies of Law in Europe: the shadow of national socialism and fascism over Europe and its legal traditions*. Oxford: Hart Publishing, 2003.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edison Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.
- KENNEDY, Duncan. Legal education and the reproduction of hierarchy. *Journal of Legal Education*, v. 32, p. 591-615, 1982.
- KERTZER, David I. *The Pope and Mussolini*. Nova Iorque: Randon House, 2014.
- KLEMPERER, Victor. *Language of the Third Reich*. Tradução da 3ª ed. [1957] por Martin Brady. Lonres: Bloomsburry, 2013.
- LA TORRE, Massimo. *Nostalgia for the Homogeneous Community: Karl Larenz and the National Socialist Theory of Contract*. Florença: European University Institute, 1990.

- LANCHESTER, F. Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale. In *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*. a cura de E. Genille; F. Lanchester; A. Traquini. Carocci: Roma, 2010.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* [1960]. 7ª ed [1991]. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- LIPSTADT, Deborah. *Denying the Holocaust: the growing assault on truth and memory* [kindle edition]. Nova Iorque: The Free Press, 1993.
- LIPSTADT, Deborah. *The Eichmann Trial*. New York: Schocken, 2011.
- MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia analítica e filosofia política: a dimensão pública da linguagem*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.
- MILZA, Pierre, Le totalitarisme fasciste, illusion ou expérience interrompue?, *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* 2008/4 (n° 100), p. 63-67.
- MILZA, Pierre. Mussolini entre fascisme et populisme. *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, n°56, octobre-décembre 1997. Les populismes. pp. 115-120.
- MILZA, Pierre. Qu'est-ce que le fascisme? in *Les Fascismes*. Paris: Seuil, 1989, pp. 127-166.
- NEVES, Marcelo. Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil. *Revista brasileira de ciências sociais*, vol. 30, n°88, 2015.
- REALE, Miguel. A entrevista concedida por Miguel Reale ao Jornal USP. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 de abril de 2006. Entrevista concedida a Roberto C. G. Castro. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/>>, acesso em 04 de julho de 2019.
- Reale, Miguel. *Da revolução à democracia*. São Paulo: Convívio, 1977.
- REALE, Miguel. O Estado Moderno [1934]. In *Obras Políticas – 1ª fase 1931/1937*. Tomo II. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1983.
- REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- RODRIGUES Jr., Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, v. 938, dez. 2013, São Paulo, pp. 79-155.
- RODRIGUES Jr., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- RÜCKERT, Joachim. O BGB - um código que não teve oportunidade? Tradução de Thiago Reis. *Revista da faculdade de direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 34, p. 5-37, ago. 2016.
- SCHNEEWIND, J. B. *A invenção da autonomia* [1998]. Tradução de Magda França Lopes. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2005, pp. 563 e ss.
- SEELANDER, Airton. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In R. M. Fonseca; A. C. L. Seelander (org.). *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SOMMA, Alessandro. Le parole della modernizzazione latinoamericana: centro, periferia, individuo e ordine. In Polotto, M. R.; Keiser, T.; Duvé, T. (eds.). *Derecho privado y modernización*. Max Plank Institute for European Legal History: Frankfurt am Main, 2015. *Global Perspectives on Legal History*, vol. 2.
- STANLEY, Jason. *How fascism works: the politics of us and them*. Nova Iorque: Random House: 2018.
- STOLLEIS, Michael. *The law under the swastika: studies on legal history in nazi Germany*. Tradução de Thomas Dunlap à 2ª ed. em alemão (1992). Chicago: The University of Chicago Press, 1998.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis* [1858]. Ed. Fac-sim. v. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- TRINDADE, Hélió. *Integralismo: o fascismo brasileiro na década de 1930* [1974]. 3ª ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2016.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 5ª ed. Tradução da 2ª ed. em alemão [1967] por Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

civilistica.com

Recebido em: 22.8.2020

Publicação a convite.

Como citar: SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Sobre as doutrinas jurídicas da era fascista e sua continuidade até os nossos dias. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/sobre-as-doutrinas-juridicas/>>. Data de acesso.