



## O PROBLEMA DA JUSTIÇA: TOTALITARISMO, DIREITO E A ASCENSÃO DAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS<sup>1</sup>

*Gabriel Campos Soares da Fonseca<sup>2</sup>*

### RESUMO

O presente artigo trata, em linhas gerais, dos impactos do contexto do fim da 2ª Guerra Mundial no Direito, em especial na Filosofia do Direito e no Direito Constitucional. Para tanto, analisou-se criticamente a literatura acerca do tema, partindo-se da seguinte indagação: de que forma os paradigmas jusfilosófico e constitucional da época foram alterados? Visando responder esta pergunta, toma-se o conceito de “Justiça” – essencial para o sistema jurídico – como exemplo para investigar tal questionamento na seara da Filosofia do Direito. Em seguida, explora-se a consolidação do modelo de Democracia Constitucional como dominante após as atrocidades cometidas no período.

**Palavras-chave:** Justiça. Totalitarismo. Democracia Constitucional.

### 1 INTRODUÇÃO

A 2ª Guerra Mundial representou um período de mudanças nas diversas áreas do conhecimento e da vida em sociedade. Com a derrocada dos regimes totalitários e autoritários, diversas alterações sociais, políticas, econômicas e jurídicas abriram espaço para a expansão de uma visão mais humanista e pragmática do Direito. Tal ponto de vista passou a se preocupar mais com a proteção e o provimento dos direitos tidos como salvaguardas dos indivíduos frente

<sup>1</sup> Agradeço ao Professor Otavio Maciel pelos comentários essenciais para este artigo.

<sup>2</sup> Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Visiting Student (2016) em “Democrazia e Sviluppo” na Università degli Studi di Siena (UniSi-Itália). Bolsista (FUB) do Programa de Iniciação Científica (PIBIC/UnB).

às possíveis novas ingerências abusivas de líderes de Governo. Além disso, tal cenário elucidou também a relevância de um sistema jurídico estruturado e afeito aos ideais democráticos. Nessa linha, o presente artigo busca explorar, como panorama geral, os impactos do contexto do fim da 2ª Guerra Mundial no Direito, em especial no âmbito da Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Para tanto, indaga-se: de que forma os paradigmas jusfilosófico e constitucional foram alterados pelo advento da 2ª Guerra Mundial?

Visando responder a tal pergunta, toma-se o conceito de Justiça – essencial para o sistema jurídico – como exemplo para investigar este questionamento acerca das alterações radicais das estruturas do paradigma jusfilosófico da época. Destarte, almeja-se expor um panorama geral do contraste entre as concepções de Justiça de dois prestigiosos autores: Hannah Arendt e Hans Kelsen. Essa escolha se dá não somente pela importância de ambos para o contexto, tampouco pela discrepância das linhas argumentativas deles. Em verdade, ambos os autores sofreram perseguições por parte do regime nazista à vista de inclinações político-ideológicas e de preferências religiosas, em especial ao judaísmo. Por isso, aparentam, ao fundo de suas obras, ter a preocupação precípua de instituir mecanismos sólidos de luta contra as mazelas do totalitarismo.

Outrossim, é preciso analisar as exposições críticas externadas por ambos, para então, diferenciá-los e, posteriormente, explorar o possível encontro desses dois marcos teóricos. Com isso, intenta-se em visualizar o legado e a importância de ambos para o pensamento jusfilosófico ulterior. Assim, a despeito da concomitante análise bibliográfica de diversos escritos de ambos os autores, tem-se como foco desta parte da investigação duas obras: “*O Problema da Justiça*”<sup>3</sup>, de Hans Kelsen e “*As Origens do Totalitarismo*”<sup>4</sup>, de Hannah Arendt.

Na primeira parte deste trabalho, almeja-se compreender a concepção de Hans Kelsen acerca do problema da Justiça. Tendo em vista a missão do autor de realizar uma teoria pura do Direito capaz de isolá-lo da Moral, a Justiça, para ele, se situaria como algo fora do campo de estudo da Ciência do Direito, pois carregaria forte conteúdo moral intrínseco a qualquer discussão que a envolvesse. Nesse sentido, o direito positivo estaria autorizado a ir de encontro com mandamentos de justiça de modo que isso não o tornaria inválido. Dessa maneira, o autor prossegue e demonstra a necessidade de se ver com maior cautela o problema da “Justiça” à vista das possíveis manipulações ideológicas que o conceito pode vir a receber.

A segunda parte do trabalho intenta em observar, igualmente, a visão de Hannah Arendt no que diz respeito ao conceito de Justiça. Sua perspectiva diferencia-se da de Kelsen na medida em que, de forma diluída, suscita um entrelaço entre Direito, Moral e Política. Nesse raciocínio, expõe seu pensamento no qual a Justiça, sob uma perspectiva pragmática, parece se apresentar somente no caso em concreto. Para tanto, a autora expõe os riscos que uma visão abstrata de direitos (humanos) pode acarretar, bem como os perigos de se olhar os indivíduos

3 KELSEN, Hans, *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

4 ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

sob uma perspectiva genérica e abstrata. Argumenta, então, que tal postura acabou por permitir que esses humanos ficassem legalmente desprotegidos e que se propagasse um forte desinteresse pela vida humana. Dessa maneira, para a autora, o efetivo provimento de direitos gera a necessidade de se estabelecer mecanismos práticos e Instituições fortes capazes de garanti-los no caso concreto. Em suma, Arendt visa efetivar um modelo de Justiça particular e concreto e evitar uma abstração da própria vida humana, sob pena de se perder a dimensão de sua real relevância.

Não obstante as visíveis diferenças e os caminhos percorridos distantes entre si, na terceira parte deste artigo, objetiva-se evidenciar os possíveis entrelaçamentos entre as ideias expostas pelos dois autores. Isso, com o propósito de demonstrar que, apesar de linhas argumentativas bem distintas, ambos almejam os mesmos fins: o provimento de direitos, a formulação de procedimentos normativos legítimos capazes de garantir concretamente tais direitos e a desconstrução de um paradigma totalitário. Indo além, na persecução desses fins, os pensamentos da Filosofia do Direito e do Direito Constitucional da época acabaram por se influenciar mutua e reciprocamente, encontrando-se no intuito de proteger os cidadãos contra as barbáries do totalitarismo e no apego à escolha de procedimentos normativos seguros e legítimos que visassem a consolidação e a fruição dos direitos fundamentais.

Por fim, a última parte deste artigo se preocupa em esclarecer como a 2ª Guerra Mundial foi importante para a mudança do paradigma constitucional da época. A maioria da literatura<sup>5</sup> a respeito do tema acaba por dar maior foco na derrocada do positivismo jurídico e a conseqüente ascensão do pós-positivismo, especialmente no que tange à passagem de uma visão do Direito mais afeita à rigidez das regras para a ascensão das teorias principiológicas e o reencontro do Direito com a Moral. Diferentemente, aqui, a intenção é demonstrar que este cenário foi responsável por: (i) permitir a ascensão das Democracias Constitucionais ao redor de diversos países do mundo; (ii) solidificar a compreensão de que Constitucionalismo e Democracia exercem uma relação tensa e conflitiva, porém crucial; (iii) fazer com que os direitos fundamentais passassem a ser a razão de existência e de legitimidade das Constituições posteriores; e (iv) fortificar o papel do Poder Judiciário na manutenção da Democracia;

## 2 A JUSTIÇA PARA HANS KELSEN

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a abordagem de Kelsen acerca da Justiça deve ser lida em vista de sua luta contra as concepções que, ao seu ver, desarmavam os indivíduos contra o advento de regimes totalitários (NETO, 2010, p. 94). Isso, porque o autor acreditava que as “fórmulas de justiça” poderiam ser utilizadas para “maquiar” ideologicamente uma série de abusos.

5 Ver: BICALHO, Guilherme P.D.; FERNANDES, Ricardo VC. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 48, n. 189, jan. /mar. 2011.

Hans Kelsen, ao postular sua teoria, buscava alicerçar a pureza do Direito com o fato de que esse não deveria se entrelaçar com a Moral, assim, evitando sincretismos metodológicos entre o Direito e outras áreas na medida em que isso obscureceria a essência do estudo jurídico. Para ele, o Direito seria sempre o dito direito positivo e tal positividade repousaria no fato de que sua anulação e sua criação residiriam em decisões de seres humanos sendo, portanto, independentes da moralidade de sistemas (KELSEN, 2009, pp. 166-168). O Direito, assim, sob um giro decisionista, adviria, em última instância, da autoridade.

Por conseguinte, sob tal óptica normativista, Kelsen trata a Justiça como algo para além de sua Teoria Pura e, conseqüentemente, fora da Ciência Jurídica. Sendo assim, ela poderia ser relacionada a um agente ou a um ato, todavia não a uma norma. Dessa forma, a Justiça estaria relacionada com o âmbito das virtudes e seria simplesmente um atributo humano específico a um indivíduo ou frente à sua conduta social. Por exemplo, um juiz poderia ser justo ou injusto, porém esta constatação não seria aplicável às normas que ele aplica, mas sim apenas ao modo em que ele as aplica. Dessa maneira, o problema da Justiça pertenceria a reflexões do âmbito da Ética e da Filosofia, mas não do Direito. Isso à vista de que as ditas “normas de justiça” seriam, ao fundo, normas morais (NETO, 2010, p. 95). Nessa perspectiva, portanto, o autor somente se preocupava com a autoridade válida positivamente.

Seguindo tal adensamento teórico, a visão kelseniana de Justiça demonstra que essa virtude e as normas advindas dela estariam relacionadas com qualidades morais fora do direito positivo. Havendo choque ou contradição entre “normas de justiça” e “normas positivas”, Kelsen criticava o jusnaturalismo e afirmava a inexistência de tal conflito, pois não seria juridicamente possível avaliar se uma norma positiva era justa ou não. A corrente teórica jusnaturalista afirmava que as normas positivas estariam vinculadas ao direito natural e só seriam válidas – vinculariam as pessoas obrigando-as à conduzirem-se de acordo com o seu mandamento – em face de sua consonância com as “normas naturais” ou com as “normas de justiça”. Malgrado, o autor austríaco realizou uma abordagem na qual ele concluía com o posicionamento de que não seria possível realizar juízos de valor sob normas. Assim, as normas positivas, sob o ponto de vista da validade, existiriam independentemente de estarem em conformidade com as normas de justiça (KELSEN, 1998, pp. 5-9).

Diferentemente, para a doutrina jusnaturalista, como já afirmado, o direito positivo apenas seria válido na medida em que estivesse adequado ao direito natural, isto é, somente o “Direito justo” seria, de fato, Direito (MATOS, 2004, p. 81). Por isso, na visão kelseniana, a avaliação se uma norma seria justa ou injusta seria um verdadeiro erro lógico, pois normas jurídicas somente poderiam ser analisadas a partir de critérios de validade, ou seja, só seria possível avaliar se elas seriam válidas ou inválidas. Caso contrário, chegar-se-ia ao absurdo de reconhecer que duas normas igualmente válidas seriam contraditórias (MATOS, 2004, p. 78).

Destarte, Kelsen, ao tratar deste assunto, perpassa por diferentes tipos de “normas de justiça” buscando demonstrar tal característica ideológica intrínseca a elas. Basicamente, dividiu tais normas em: (i) metafísico-religiosas – com a pretensão de fundar um ideal de justiça

absoluto que seja oriundo de uma instância superior propagadora de um conhecimento inatingível ao conhecimento humano experimental – expondo como exemplo a justiça na concepção de Platão e a justiça no ideário cristão e (ii) racionais – passíveis de compreensão pela racionalidade humana, assim como instituídas por atos humanos de vontade – exemplificando o ideário de justiça comunista de Karl Marx, o meio termo de Aristóteles e muitos outros meandros que envolvem até mesmo o dito preceito do “amor ao próximo” (KELSEN, 1998, pp. 16-17). A Justiça, em não raras vezes, poderia ser utilizada como um instrumento de legitimação da dominação (KELSEN, 2008, p. 151).

Portanto, Kelsen busca demonstrar que o Direito não necessita respeitar um dito mínimo moral para ser, assim, aceito como tal, pois sua validade e sua própria natureza requerem somente valor jurídico (KELSEN, 1976, p. 104). Em outras palavras, a lei tal como posta pelo legislador, caso tenha seguido os procedimentos adequados e tenha respeitado os moldes hierárquicos necessários, firma-se no ordenamento jurídico e assim “adquire” validade. Desse modo, a discussão acerca da Justiça é extremamente relevante, todavia não constitui objeto de estudo da Ciência do Direito, mas, sim, da Ética, tendo em vista o inerente conteúdo moral de tais normas de justiça. Sucintamente, o raciocínio jurídico deveria, em verdade, se preocupar apenas sobre os seguintes juízos acerca das normas: lícito/ilícito, o legal/ilegal, constitucional/inconstitucional, válido/inválido. Por isso, Kelsen se preocupa em estudar este tão importante conceito, no entanto, faz questão de deixar explícito que tal juízo de valor não encontra solo em sua Teoria Pura, pois, para ele, tal discussão se situa fora do escopo de estudo do próprio Direito.

Kelsen, como neokantiano, trata a Justiça de modo relativizado, isto é, excluindo a possibilidade de um ideal de Justiça absoluto e universal. O autor apresenta esta visão relativista do conceito na qual não seria possível elucidar, conceituar ou conceber a Justiça de maneira absoluta, pois ela não seria um conceito estanque e inerte comum a todos os homens (BITTAR, 2000, p. 554). Ao contrário disso, em verdade, a Justiça só poderia ser entendida sob uma concepção particular que contemplasse sua adequação ao caso em concreto. Assim, sucintamente, não seria possível, portanto, observar uma espécie de “Justiça universal”.

Vale ressaltar que o autor, entretanto, na obra estudada com maior enfoque, não adentrou explicitamente no mérito da existência ou inexistência da Justiça, apenas pressupõe a impossibilidade de se formular juízos de valor jurídico acerca dela e da possível manipulação que normas de justiça podem sofrer. Todavia, ao longo de seus escritos, ele fornece fortes e claros indícios de acreditar que só seria possível verificar tal conceito no caso em concreto e fora do raciocínio estritamente jurídico.

### 3 A JUSTIÇA PARA HANNAH ARENDT

Hannah Arendt buscou expor as atrocidades advindas do totalitarismo e do contexto que permitiu o surgimento dos apátridas no decorrer de suas obras. Esses grupos de indivíduos acabavam por perder os ditos “direitos do homem” na medida em que viviam sem nação e eram,

consequentemente, regidos por leis de exceção como o “Tratados de Minorias”. Além disso, eles tinham como seu organismo protetor uma entidade abstrata e distante comandada pelos mesmos países que negavam o reconhecimento da sua cidadania, a Liga das Nações (ARENDR, 1998, p. 306). Dessa forma, a condição de apátrida, por exemplo, na verdade, para ela, foi resultado do próprio desinteresse pela vida humana<sup>6</sup>e não do inchaço populacional dos países ou até mesmo da aversão ao “outro” (estrangeiro) à vista da conjectura que se passava.

Em sua exposição, Hannah Arendt demonstrou a contradição e o paradoxo do apego ao discurso da época da presença de direitos humanos vistos como inalienáveis, não obstante em notável contraste com a presença de milhões de indivíduos vivendo sem direito algum (ARENDR, 1998, p. 312). Nessa linha, também suscitou uma importante crítica em relação à ideia abstrata de direitos humanos para questionar sua relevância no contexto prático e real: quem seriam, de verdade, os homens protegidos pelos “direitos do homem”? Ao se formular generalizações e formatar um indivíduo comum e abstrato, perdeu-se a essência e a particularidade de todos os homens. Consequentemente, impossibilitou-se a concretização real dos direitos prometidos na medida em que eles necessitam ser particularizados à luz das demandas do caso concreto para de fato existirem. A autora questiona, dessa forma, a validade pragmática da propagação retórica de direitos humanos abstratos e da efetividade de se intentar em tutelar uma condição humana universal.

Ao deixar tais pessoas à mercê da sorte e sem nenhuma jurisdição, os ordenamentos legais de diversos países foram afetados, pois tais pessoas sem direito algum começaram, por exemplo, a transgredir a lei à vista de que os criminosos detinham uma melhor posição jurídica e um melhor tratamento legal do que os apátridas (ARENDR, 1998, p. 320) em diversos Estados. Todo esse descaso com a dignidade da pessoa humana acabou por causar uma grande crise de confiança acerca da universalidade dos direitos humanos e das próprias leis baseadas neles (ARENDR, 1998, p. 324). Tal desconfiança foi gerada pela percepção prática de que os direitos humanos, que deveriam existir independentemente de governos, acabavam não sendo garantidos na ausência de Instituições sólidas que pudessem assegurá-los. Assim, ao ser expulso de uma nação, o indivíduo acabava sendo expulso de todas as nações, consequentemente, posicionando-se fora de toda legalidade (ARENDR, 1998, pp. 327-328). Tais situações fáticas deixavam os afetados com uma última baliza legal: o direito a se ter direitos.

Em tal situação, em que a única coisa que resta a alguém é o fato de ser humano e por isso ter direito a ter direitos, nota-se que o sentido e a essência humana foram esvaziados e a vida acaba por perder o seu real valor. Assim, no momento em que o sentido de algo escapa aos homens, o mundo manifesta sua inospitalidade, tendo em vista que o mundo e os laços que vinculam os homens dependem, ao fundo, da significação que estes lhe dão (SILVA, 2011, p. 112).

6 É válido ressaltar, nesse mesmo raciocínio, que “ao atribuir as culpas [das atrocidades oriundas destes regimes] não devemos esquecer que os nazistas, na verdade, aplicaram em prática diversas teorias e políticas dominantes desde o fim da década de 20 na Europa. Essa variável nos ajuda a compreender o ‘espírito colaboracionista’ de tantos cidadãos (tanto alemães quanto de outros países dominados por este regime) com as políticas de extermínio “ (tradução livre). Para uma maior compreensão, ver: GALAIN PALERMO, Pablo. **La culpa de la guerra en Hannah Arendt y Karl Jaspers**. São Leopoldo: RECHTD, v. 7, n. 2, 2015. p. 129

Os direitos fundamentais, anteriormente, eram justificados sob uma espécie de lei imutável da natureza pela qual existiriam direitos naturais coletivos referentes às castas sociais. Isto é, o pensamento vigente via o lugar social de cada indivíduo como algo pré-estabelecido e os seus respectivos direitos seriam providos sob a ideia de “dar a cada um o que é seu”. Não obstante, na modernidade, buscou-se estruturar um suposto mais individual. Com o surgimento do jusnaturalismo racionalista, intentou-se em propiciar os direitos como supostos individuais na medida em que cada pessoa seria titular desses, independentemente de seu lugar na sociedade. A partir dessa visão individualista, em verdade, é que se formatou a ideia de universalidade dos direitos.

Arendt, nesse raciocínio, expôs uma espécie de jusnaturalismo bem diferente daquele advindo das teorias do mundo Clássico, pois notava-se nele ainda resquícios da religião, mais especificamente da mitologia grega. Criticando tal concepção Clássica, Arendt acaba por demonstrar que em tal condição fundamental de privação de direitos, a natureza não traz leis inerentes à condição humana capazes de proteger os indivíduos. Na verdade, para ela, mais do que isso, seria necessário que houvesse a presença de governos, de Instituições e de mecanismos responsáveis por um efetivo abrigo. Em suma, tal contexto totalitário demonstrou que paradoxalmente era possível perder os direitos humanos em geral na medida em que o indivíduo era considerado, unicamente e meramente, humano (ARENDR, 1998, p. 335). Destarte, o ideal da Justiça, para Arendt, não diria respeito a uma virtude moral primordial que alicerça todas as outras, tampouco significaria a conformidade da conduta com a norma (SILVA, 2011, p. 113).

A autora, assim, expõe um conceito de Justiça que é, sim, universal no qual todos os homens têm o direito a ter direitos. No entanto, observa, também, que isso não é forte o bastante para proteger tais indivíduos. Assim, o esvaziamento das Instituições e do próprio Poder-Nação acabaria por desproteger, como um todo, os direitos humanos e as garantias fundamentais. Isso, pois, com isso, ficam ausentes os mecanismos capazes de concretizá-los e efetivá-los sob uma óptica pragmática. O ideal da Justiça, então, acaba deixando de ser um bem em si, inatingível, e passa a se tornar uma ideia teórica, todavia que só poderia ser observada nas particularidades do caso em concreto.

Portanto, a Justiça para Hannah Arendt encontra-se diluída em suas obras. Sob sua óptica, o Direito, alicerçado em padrões jurídicos fortes, traz legitimidade jurídica, política e social à comunidade tornando-se, então, um elemento crucial para a concretização da Justiça. Nessa linha, ela se sustenta a partir da legitimidade advinda do Direito aplicado por referenciais claros oriundos de um corpo estruturado de leis, regras e princípios. Na mesma medida, tal conceito, em Arendt, passa a ser observado a partir da noção de equidade – entendida como um elemento de adequação do Direito ao caso concreto (FREITAS, 2014, p. 136), essencialmente, fugindo de tais abstrações e generalidades que permitiram o desamparo de inúmeros indivíduos à luz dos horrores do totalitarismo.

#### 4 CAMINHOS DIFERENTES PARA UM MESMO FIM: PROCEDIMENTOS NORMATIVOS E O PROVIMENTO DE DIREITOS

À vista dos males oriundos da Segunda Guerra Mundial, Kelsen e Arendt foram perseguidos por causa de suas ideias. Em consequência disso, sempre criticaram as consequências que tais regimes ofereciam a diferentes áreas da vida e do conhecimento. Apesar dos métodos extremamente diferentes e da divergência de perspectivas especialmente no que tange à relevância do conceito de Justiça, o apego aos procedimentos normativos seguros<sup>7</sup> para o caso concreto acabou por unir tais posicionamentos teóricos. Ou seja, apesar de apresentarem pontos de vista bem diferentes, ambos, em verdade, lutam contra a mesma coisa: a onda totalitária que abarcou o contexto vivenciado por eles. Para tanto, observavam que era preciso propagar um maior apreço aos moldes teóricos e institucionais capazes de garantir mais segurança aos procedimentos legislativos e normativos.

No caso de Kelsen, nota-se tal apego de forma clara durante toda a estruturação e formatação de sua obra. Isso, pois ele dedicou-se até mesmo à elucidação de possibilidades de atuação de tais procedimentos dentro do sistema jurídico, bem como de possíveis modelos seguros para a operacionalização deles<sup>8</sup>, pois sem eles o Direito seria somente mera abstração. Por isso, para o autor, uma concepção meramente abstrata de Justiça dentro do Direito poderia permitir que ele fosse corrompido por ideologias e que sua aplicação ficasse passível de manipulação. Afinal, como outrora o autor afirmou “a guerra é o pai de todas as coisas, o rei de todas elas. [...] Alguns, ela demonstra serem deuses; outros, homens. A alguns, ela faz escravos; a outros, homens livres” (KELSEN, 2008, p. 22). Arendt, por outro lado, vinculou-se de certa forma ao jusnaturalismo demonstrando uma espécie de apego ao “direito natural a ter direitos” pelo qual qualquer pessoa teria “direito a ter direitos”. Todavia, o que é relevante para tal comparação é que a própria autora demonstra que isso não é suficiente. Para ela, a presença de procedimentos normativos que permitam a garantia de tais direitos é o elemento essencial para a garantia pragmática e concreta desse “direito a ter direitos”. Nesse sentido, Arendt postula que seria importante promover a existência de mecanismos institucionais e de instituições fortes a fim de defender, fiscalizar e garantir tais direitos quando afrontados e violados.

Em suma, partindo-se do pressuposto de que as pessoas têm direito a ter direitos, Arendt observava a Justiça de forma universal, porém concreta, porque visualizava a importância de sua realização na prática e acreditava que ela somente poderia ser densificada no caso concreto. Kelsen, de outra maneira, acreditava que os estudos acerca do problema da Justiça representam uma reflexão extrajurídica, isto é, fora de sua Teoria Pura, isso implicava em dizer, então, que esta reflexão não seria objeto de análise da Ciência do Direito. No entanto, apesar de

7 Esta expressão, aqui, abarca os procedimentos legislativos realizados a partir da deliberação de autoridades legítimas e que têm o intuito de construir previsões legais de proteção dos indivíduos, em especial de minorias, blindando-os contra as possíveis ingerências abusivas do Estado frente aos direitos fundamentais dos cidadãos. Cabe expor que, para ambos, tais procedimentos normativos deveriam prever a existência de Instituições fortes e independentes capazes de garantir o “*enforcement*” e a fiscalização de suas previsões legais.

8 Para melhor compreender como tal modelo é operacionalizado, ver: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Coimbra: Armênio Armado, 1976.

tais diferenças no que tange ao papel da Justiça, ambos concebiam a importância de uma visão pragmática e concreta dessa, assim como partilham da noção de que dever-se-ia prestar maior atenção aos procedimentos normativos/institucionais do Estado com o intuito de superar as atrocidades dos regimes totalitários para que elas não se repetissem.

## 5 A 2ª GUERRA MUNDIAL E A DIFUSÃO DAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS

Karl Loewenstein, ao escrever neste mesmo contexto durante a Guerra e no pós-Guerra, abordou a expansão do constitucionalismo<sup>9</sup> como um fenômeno relativamente difundido pelo mundo. As Constituições, especialmente ao longo da Europa, detinham inegáveis semelhanças, todavia apresentavam enormes diferenças na maneira em que eram operadas. O autor classificava, assim, as Constituições de sua época em três tipos: as Constituições Normativas, as Constituições Nominais e, por fim, as Constituições Semânticas (LOEWENSTEIN, 1976, pp. 215-216). Entretanto, para os fins deste trabalho, é interessante observar especificamente somente as Constituições Semânticas - as Constituições que seriam, em verdade, meros instrumentos de governo a fim de concentrar poder na mão de poucos e desproteger os governados. Desse modo, elas teriam sido responsáveis por trair o sentido original atinente à qualquer Constituição e, assim, mascarar os males trazidos por esses governos totalitários e autoritários (LOEWENSTEIN, 1976, p. 217).

Não obstante as incontáveis atrocidades geradas, tais Constituições permitiram, também, após o final da Guerra, a ascensão de um ideal democrático que, agora, no entanto, pressupunha a limitação e a contenção do poder (FONSECA, 2016, p. 308) de forma substancial. Consequentemente, o constitucionalismo - entendido tal como é hoje - acabou por reforçar a centralidade de características como a observância de direitos fundamentais e a estipulação dos limites ao poder de Governo (ROSENFELD, 2003, pp. 36-37). Outrossim, talvez a maior contribuição dada pelo século XX ao pensamento constitucional foi a de alertar os atores políticos e jurídicos da época da necessidade de conformar os textos constitucionais aos direitos fundamentais (FURTADO, 2016, p. 31). Isso implicou em dizer que os direitos fundamentais não somente começaram a impregnar a fundamentação do ordenamento constitucional e a estruturação do Estado, como também passaram a fazer parte de sua própria essência, sua razão de ser.

Em consequência disso, os direitos fundamentais passaram a ser entendidos como aquisições evolutivas, isto é, oriundos de um percurso histórico-constitucional socialmente criado. Em outras palavras, nessa linha, tais direitos passaram a se apresentar como “direitos institucionalizados em uma sociedade improvável, complexa” (CARVALHO NETTO, 2003, p.

9 Faz-se necessário ressaltar que esta expressão apresenta diversos significados e diferentes posicionamentos ideológicos e intelectuais. Existem vários “constitucionalismos”, no entanto, a estrondosa maioria apresenta bases comuns mencionadas ao longo do texto como, por exemplo, a limitação do poder de Governo e o respeito aos direitos fundamentais. Para uma boa explanação acerca do tema, ver: SOUSA, Inês Alves de; MARÓN, Manuel Fondevila. **Divergências e convergências entre as teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse na interpretação dos direitos fundamentais**. São Leopoldo: RECHTD, v. 9, n. 1, 2017. pp. 12-14

142) afeita ao respeito à diversidade e à defesa do pluralismo social. Desse modo, é fácil perceber que os direitos fundamentais se firmaram, de fato, como limites materiais à deliberação democrática, fixando eles longe do alcance de maiorias eventuais.

Portanto, a 2ª Guerra Mundial serviu como evento paradigmático para reestruturar o sistema jurídico à luz dos horrores advindos da utilização da estrutura burocrática do Estado para massacres (ARENDR, 1964, p. 135). Por exemplo, na esteira da lição do professor Bruce Ackerman, a situação alemã pós-nazismo criou um cenário de “Novo Começo” no qual a Constituição se apresentou como um marco simbólico de grande transição na vida política da nação (ACKERMAN, 1996, p. 778). Nesse diapasão, grande parte dos atos de reminiscência do holocausto, inclusive a própria posterior Constituição alemã, fixaram-se como símbolos relacionados à luta contra o totalitarismo. Outrossim, o intento era o de se evidenciar o potencial democrático do uso da memória para informar a comunidade internacional acerca da violação sistemático e/ou generalizada de direitos (PAIXÃO; FRISSE, 2016, p. 192) que ocorreu.

À luz disso, é preciso perceber que essa mudança paradigmática não influenciou apenas o conceito de Justiça no âmbito da Filosofia do Direito e da Teoria do Direito, mas também propagou a difusão do modelo de Democracia Constitucional ao redor do mundo. Nesse caminho, tem-se um novo paradigma jusfilosófico e constitucional em que o apego à escolha de procedimentos normativos seguros com o intuito de consolidar a fruição dos direitos fundamentais – semelhança apontada entre Kelsen e Arendt - consubstanciou-se como égide do pensamento político-constitucional posterior. Aqui, Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Direito Constitucional parecem ter se encontrado.

Com a consolidação deste modelo de democracia constitucional, especialmente nos países ocidentais, após as terríveis experiências de totalitarismo e autoritarismo, a ideia da existência de uma tensão inexorável entre constitucionalismo e democracia tornou-se cada vez mais forte (CHUEIRI, 2012, p. 2). A legitimidade popular de alguns governantes para cometer barbáries e a adesão massiva da população a estes regimes fizeram com que se chegasse à conclusão de que o princípio majoritário, sozinho, não seria capaz de assegurar por completo a igualdade política. Em verdade, a expressão das urnas – voto majoritário, por exemplo, diria respeito à voz dos vencedores e não necessariamente ao dito “bem comum” ou ao interesse da sociedade como um todo (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 152). A democracia firmou-se, então, como expressão da vontade da maioria, todavia respeitando as minorias existentes.

Mais do que isso, o Poder Judiciário começou a realizar um importante papel na proteção, realização e interpretação dos direitos fundamentais positivados nas Constituições dessa nova era. Assim, foi possível perceber, com clareza solar, a difusão de Cortes Constitucionais ao redor do planeta, bem como seu paulatino ganho de força com a implementação e consolidação do controle de constitucionalidade (BARBOZA, 2013, pp. 43-44) como meio para proteger

minorias, prover direitos e expandir a autoridade do Judiciário.<sup>10</sup>

Nesse cenário, por conseguinte, tal tensão demonstrou que ambos elementos precisariam conviver de forma conflituosa e paradoxal a fim de se produzir uma relação produtiva e rica entre eles. Dessa forma, democracia e constitucionalismo passaram a se apresentar como fundamentos co-originais e reciprocamente constitutivos na medida em que se constatou que sem um não há, efetivamente, o outro, sob pena de se ver novamente instauradas as mazelas geradas pelos regimes totalitários. Em suma, a democracia sem o constitucionalismo poderia gerar uma vontade ilimitada da maioria, uma ditadura da maioria. Por outro lado, o constitucionalismo só é constitucional e íntegro, caso esteja inserido em um ambiente democrático (CARVALHO NETTO, 2003, p. 15).

Em decorrência disso, constituiu-se uma sociedade em que o fundamento filosófico da legitimidade do Estado tornou-se o de que o povo se autogoverna à luz das bases teóricas do governo majoritário, porém tal governo e tais decisões populares deveriam ser limitadas pela lei das leis, a Constituição (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 159). Invertendo o entendimento anterior, as normas constitucionais não seriam mais os instrumentos de legitimidade dos direitos fundamentais, pelo contrário, a Constituição só adquiriria legitimidade na medida em que fosse balizada pelos direitos fundamentais (STRECK, 2010, p. 51). Afinal, defender a legitimidade democrática de um regime constitucional significa dizer que ele é compatível com o exercício da democracia na dimensão da relação do povo com sua Constituição (COLON-RÍOS, 2011, p. 2).

Por isso, o advento da Segunda Guerra Mundial e as discussões tocantes aos efeitos do totalitarismo fixaram a tarefa básica dos constitucionalistas e jusfilósofos posteriores:

“Sem abrir mão do conhecimento crítico acerca das inegáveis possibilidades de usos abusivos do Direito em geral, do Constitucional em especial, [deve-se] resgatar, em um contexto de racionalidade que se sabe limitada, o reencantamento com o Direito e com a Democracia; enfim, com os direitos fundamentais e com o constitucionalismo” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 40)

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito aqui, portanto, é demonstrar que a 2ª Guerra Mundial representou um evento paradigmático para o Direito na medida em que fez com que o modo em que ele era operado e legitimado fosse radicalmente alterado. Indo além, a banalização da vida humana e a propaga-

<sup>10</sup> É preciso perceber que atualmente, em especial no Brasil, observa-se a inversão do problema. A dita legitimidade “contramajoritária” do Judiciário tem feito com que ele se hipertrofiasse de maneira perigosa à luz de uma postura ativista além dos limites benéficos a um ambiente democrático. Nessa linha, atualmente, as Supremas Cortes aparentam ser as detentoras da última palavra sobre assuntos relevantes para a sociedade. No entanto, a premissa deve ser clara: busca-se uma Supremacia Constitucional e não Judicial. Para uma crítica mais atenta, ver: GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo**: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

ção de atrocidades por via do aparato estatal acabaram por, paradoxalmente, gerar a consciência social e teórica posterior capaz de instaurar um modelo de Estado Democrático de Direito substancial e material. A literatura costuma indicar que, à luz do percurso histórico-político da humanidade, inúmeros processos de escrita de uma Constituição mais democrática costumam se originar a partir de revoluções populares (HUTCHINSON; COLON-RÍOS, 2013, p. 1). Na mesma linha, historicamente, constata-se a visão de que, em não raras vezes, momentos de extremo sofrimento humano e de sacrifício dos direitos fundamentais parecem propagar, posteriormente, movimentos sociais e teóricos inclusivos e afeitos à fruição e à proteção de direitos.

Para além de uma aproximação entre as duas teorias, é possível perceber, ao analisar criticamente as obras de ambos autores, a importância que tal debate acerca do conceito de Justiça trouxe para a prática jurídica posterior e para o próprio pensamento jusfilosófico subsequente. As elucidações a respeito da relevância da Justiça para o direito positivo permitiram, a partir das concatenações de Kelsen, a percepção dos perigos que possíveis manipulações ideológicas de normas jurídicas podem acarretar. Por outro lado, a partir de Arendt, constatou-se, então, a importância da existência de mecanismos e de instituições capazes de garantir, efetivamente, o provimento de direitos aos indivíduos e de propagar o próprio ideário de Justiça no caso concreto.

Constatou-se, portanto, sucintamente, a complexidade das questões atinentes à possível instrumentalização da prática jurídica e a importância da criação de bases teóricas de legitimação das instituições, das Constituições e dos governos por meio de procedimentos normativos seguros arraigados em princípios democráticos.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The Rise of World Constitutionalism**. Virginia: Virginia Law Review, v. 83, n. 771. 1996.

ARENDRT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

\_\_\_\_\_. **Eichman in Jerusalem: a Report on the Banality of Evil**. New York: The Viking Press, 1964.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A Revolução dos Direitos Humanos e a Expansão do Judicial Review nos Estados Contemporâneos**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13, janeiro/junho, 2013.

BICALHO, Guilherme P.D.; FERNANDES, Ricardo VC. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 48, n. 189, jan. /mar. 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Justiça Kelseniana**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick. **A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais**. In: José Adécio Leite Sampaio. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. **Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 88, pp. 81-108, dez. 2003.

\_\_\_\_\_; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Judicial Review, reasons and technology: a glance at constitutionalism and democracy**. Frankfurt am Main: Goethe Universitat Paper Series n. 19, Series B, 2012.

\_\_\_\_\_; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e Democracia –Soberania e Poder Constituinte**. Revista Direito GV, v. 6, n. 1, p. 159-174. Jan-jun 2010.

COLON-RÍOS, Joel I. **The Second Dimension of Democracy: The People and Their Constitution**. Victoria University of Wellington Legal Research Papers, paper nº 25, v. 1, n. 4, 2011.

FONSECA, Gabriel C. S. **O Dilema da Última Palavra: Cortes Constitucionais, Democracia e Deliberação**. Juiz de Fora: Periódico Alethes – UFJF, v. 06, n. 12, set/dez, 2016.

FREITAS, Gustavo Jaccottet. **Existe um Conceito de Justiça em Hannah Arendt?** Natal: Revista Saberes, v.1, n. 10, nov. 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GALAIN PALERMO, Pablo. **La culpa de la guerra en Hannah Arendt y Karl Jaspers**. São Leopoldo: RECHTD, v. 7, n. 2, 2015.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: EditoraFórum, 2017.

HUTCHINSON, Allan; COLON-RÍOS, Joel I. **Democracy and Revolution: An Enduring**

Relationship? Victoria University of Wellington Legal Research Papers, paper n° 19, v. 3, n. 5, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Coimbra: Armênio Armado, 1976.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **A ilusão da Justiça**. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**. Florianópolis: Sequência, n. 56, jun. 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **A Concepção de Justiça de Hans Kelsen em Face do Positivismo Relativista e do Jusnaturalismo Absolutista**. Belo Horizonte: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

NETO, Arnaldo Bastos Santos. **A Questão da Justiça de Kelsen a Luhmann: do abandono à recuperação**. São Leopoldo: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos, 2010.

PAIXÃO, Cristiano. FRISSO, Giovanna Maria. **Usos da Memória: As Experiências do Holocausto e da Ditadura no Brasil**. São Paulo: Lua Nova, v. 97, 2016.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Cacilda Bonfim e. **Hannah Arendt: A Justiça como Julgamento**. Brasília: Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de Brasília, 2011.

SOUSA, Inês Alves de; MARÓN, Manuel Fondevila. **Divergências e convergências entre as teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse na interpretação dos direitos fundamentais**. São Leopoldo: RECHTD, v. 9, n. 1, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva**. São Paulo: Malheiros, 2010.

**THE PROBLEM OF JUSTICE: TOTALITARISM, LAW AND THE RISE OF**

## CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES

## ABSTRACT

This paper aims to provide an overview about the World War II's impacts on Law, particularly on Philosophy of Law and Constitutional Law. In order to do so, I critically analyze the previous literature on the subject, starting from the following question: how the paradigms of these legal subjects were changed? To answer this question, the concept of "Justice" – essential for the legal system – is taken as an example to investigate the impacts on the first legal field (Philosophy of Law). Therefore, first, I present Hans Kelsen's vision of Justice, which is, for him, an issue that is outside Law's scope of study. Secondly, I present Hannah Arendt's perspective on the matter of "Justice" which is seen in a pragmatic way, that is, it must be strengthened in the "real life cases". Next, despite the distant argumentative lines, I try to present the similarities between both theories. That is, both theories aim to combat the totalitarian wave by means of safe normative procedures in order to protect and promote fundamental rights. Finally, then, I explore the consolidation of the Constitutional Democracy's model- seen as dominant after the atrocities that happened in World War II.

**Keywords:** Justice. Totalitarianism. Constitutional Democracy. Hans Kelsen. Hannah Arendt.