



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

LUCCA DE OLIVEIRA MOSCOSO

**A PERSPECTIVA CRÍTICA DE NIETZSCHE FRENTE AO DIREITO E SUA
EXPRESSÃO NO DECISIONISMO JURÍDICO DE CARL SCHMITT**

**JOÃO PESSOA
2021**

LUCCA DE OLIVEIRA MOSCOSO

**A PERSPECTIVA CRÍTICA DE NIETZSCHE FRENTE AO DIREITO E SUA
EXPRESSÃO NO DECISIONISMO JURÍDICO DE CARL SCHMITT**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Enoque Feitosa
Sobreira Filho

**JOÃO PESSOA
2021**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

M896p Moscoso, Lucca de Oliveira.

A perspectiva crítica de Nietzsche frente ao Direito e sua expressão no decisionismo jurídico de Carl Schmitt / Lucca de Oliveira Moscoso. - João Pessoa, 2021. 52f.

Orientação: Enoque Feitosa.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Friedrich Nietzsche. 2. Carl Schmitt. 3. Decisionismo jurídico. 4. Filosofia do direito. 5. Teoria da decisão. I. Feitosa, Enoque. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

LUCCA DE OLIVEIRA MOSCOSO

**A PERSPECTIVA CRÍTICA DE NIETZSCHE FRENTE AO DIREITO E SUA
EXPRESSÃO NO DECISIONISMO JURÍDICO DE CARL SCHMITT**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Enoque Feitosa
Sobreira Filho

DATA DA APROVAÇÃO: 08/07/2021

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho (Orientador)
Universidade federal da Paraíba (UFPB)

Prof. Dra. Lorena de Melo Freitas
Universidade federal da Paraíba (UFPB)

Prof. Dr. João Adolfo Ribeiro Bandeira
Universidade Federal do Cariri (UFCA)

Aos meus pais, Adilma e Miranilo, e à
minha irmã, Giulia, meus mais sólidos
pilares, pela força e amor incondicionais.
À Sezinha, meu anjinho e eterna
companheira, que me guarda lá de cima.

AGRADECIMENTOS

A Miranilo e Adilma, meus pais e espelho maior, por todo o suporte a mim dispensado desde a infância, seja financeiramente, expressado no apoio e incentivo incondicionais às minhas empreitadas intelectuais e artísticas, seja afetuosamente, nos ternos momentos dedicados para me ver feliz.

À Giulia, minha irmã e melhor amiga, com quem desde sempre pude e espero poder contar, pela amizade incondicional e pelos atemporais ensinamentos, sem os quais eu não seria tão empático quanto sou hoje.

A Eronita e Arlindo, meus avós maternos, pelo carinho mais sincero, os valorosos conselhos desde sempre repassados e o religioso café da tarde, que para sempre estarão insculpidos em minha memória.

A Ely (*in memoriam*) e Miranilo (*in memoriam*), meus avós paternos, que deixaram imensa saudade, na certeza de, um dia, poder agradecer por todo o amor que, desde criança, sinto reverberar em meu ser.

À Adelma Araújo, minha tia, pelo carinho e paciência infindáveis e pelas incontáveis horas dedicadas à minha orientação, quer como familiar que, carinhosamente, nunca deixou de torcer pelo meu sucesso, quer como a mais erudita das acadêmicas.

A Juliana, minha prima, e Wellington, seu esposo e também meu grande amigo, por terem me acolhido em seu lar durante um dos períodos mais turbulentos de minha vida e proporcionado todo o suporte necessário durante os meus dias mais difíceis, aos quais jamais conseguirei retribuir.

A todos os meus familiares, cuja individualização me vejo impossibilitado de promover, pelo incentivo e amor de sempre e pela fé em mim depositada.

À Fabrícia, vulgo Bolinha, pelos cuidados e carinhos maternos diários que afortunadamente experimento desde criança.

À Dona Teresinha, minha segunda avó, pela preocupação com a minha pessoa e pelos almoços de domingo que fazem tanta falta.

Ao meu orientador, professor Enoque, por ter confiado em meu potencial desde o início da Graduação e me concedido todas as condições intelectuais e assistenciais necessárias à minha formação.

À professora Lorena e ao Grupo de Pesquisa Marxismo e Realismo no Direito, igualmente integrado e dirigido pelo professor Enoque, pelas quartas-feiras de infindáveis aprendizados e crescimento pessoal.

Aos meus amigos mais próximos, pela cumplicidade e momentos prazerosos que tornaram todo este processo muito mais fácil.

Aos meus colegas de estágio, pelos momentos de alegria descontração, e a todos os integrantes do 1º Ofício do Ministério Público Federal, divisores de água na minha vida pessoal e intelectual.

A Deus, Nossa Senhora, Jesus Cristo e Santo Amaro, pelo amparo e proteção espirituais, imprescindíveis para que eu pudesse chegar até aqui.

Vi, então, uma Besta que subia do mar. Tinha dez chifres e sete cabeças. Em cima dos chifres havia dez diademas, e nomes blasfemos sobre as cabeças. [...] O Dragão entregou para a Besta o seu poder, o seu trono e uma grande autoridade. [...] A Terra inteira se encheu de admiração e seguiu a Besta, e adorou o Dragão por ter entregue autoridade à Besta. E adoraram também a Besta, dizendo: “Quem é como a Besta? E quem pode lutar contra ela?”¹

¹ Apocalipse de João, capítulo 13, versículos 1-4. A presente passagem, apesar de ter sido proferida em um outro contexto, se relaciona perfeitamente com a temática estudada por este trabalho, qual seja, a teoria da decisão. Dessarte, debruçando-se este sobre o julgamento naturalmente parcial procedido pelo juiz e o perigo da excessiva concentração de poderes nas mãos de um único órgão julgante, é possível atribuir, naquele excerto, o papel do Dragão ao Estado e o da Besta ao julgador. O último trecho, por sua vez, poderia dizer respeito aos jurisdicionados, os quais, na medida em que padecem frente à incerteza de sua condição social falar mais alto que seu pleito perante o juiz, reconhecem a autoridade deste e se resignam quanto à impossibilidade de contestar as decisões de tamanho bastião.

MOSCOSO, Lucca de Oliveira. **A perspectiva crítica de Nietzsche frente ao direito e sua expressão no decisionismo jurídico de Carl Schmitt**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Faculdade de Direito de João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2021.

RESUMO

Este trabalho tem como objeto de estudo a perspectiva crítica assumida pelo filósofo niilista Friedrich Nietzsche frente ao processo de tomada de decisão encampado pelo juiz no caso concreto. Adota-se como ponto de partida para esta análise também a doutrina do decisionismo jurídico do jurista Carl Schmitt. Este é considerado o principal expoente desta vertente por ter se debruçado sobre o referido assunto. Friedrich Nietzsche e Carl Schmitt são as principais referenciais que fundamentam esta pesquisa. Quanto à metodologia utilizada do ponto de vista de abordagem do problema é uma pesquisa qualitativa; com relação aos objetivos e procedimentos técnicos têm caráter descritivo e bibliográfico e quanto ao método utilizado fez-se a escolha pelo dedutivo. A partir desta abordagem em tela propõe-se como problema de pesquisa se analisar as convergências entre as doutrinas dos pensadores acima já evidenciados. Como hipótese, acena-se no sentido de ser possível haver uma conexão entre as correntes defendidas por Nietzsche e Carl Schmitt, que de forma desinencial ou explícita, alertam sobre o perigo da pretensão punitiva estatal concentrar-se nas mãos de uma única figura e representante.

Palavras-chave: Friedrich Nietzsche. Carl Schmitt. Decisionismo jurídico. Filosofia do direito. Teoria da decisão.

MOSCOSO, Lucca de Oliveira. **A perspectiva crítica de Nietzsche frente ao direito e sua expressão no decisionismo jurídico de Carl Schmitt**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Faculdade de Direito de João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2021.

ABSTRACT

The present work aims at studying the critical perspective assumed by the nihilist philosopher Friedrich Nietzsche regarding the decision-making process undertaken by the judge in the concrete case. The legal decisionism doctrine, credited to the jurist Carl Schmitt, is also adopted as a starting point for this analysis. He is considered the main exponent on this subject. Friedrich Nietzsche and Carl Schmitt are the main references that support this research. Concerning the methodology adopted in the approach of the problem, one mentions that a qualitative research is conducted. In addition, the technical objectives and procedures are descriptive and bibliographical, and the investigation method used is deductive. Based on the approach at hand, one proposes as a research topic the analysis of convergences between the doctrines of the thinkers mentioned above. As a hypothesis, one supposes the possible connection between the movements defended by Nietzsche and Carl Schmitt, which, in an unintended or explicit way, warn about the danger of the punitive state claim being concentrated in the hands of a single figure and leader.

Keywords: Friedrich Nietzsche. Carl Schmitt. Legal decisionism. Philosophy of law. Decision theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DAS CRÍTICAS DE NIETZSCHE AO DIREITO	12
1.1 Da discordância com a escola penal clássica	13
1.1.1 Críticas ao princípio da igualdade de direitos entre os homens	15
1.1.2 Críticas ao princípio do livre arbítrio	21
1.1.3 Críticas ao princípio do julgamento imparcial da lide pelo juiz	26
2 CARL SCHMITT E O DECISIONISMO JURÍDICO	33
2.1 Sobre os três tipos do pensamento jurídico	34
2.1.1 Do pensar o direito com enfoque na decisão	38
3 DA RELAÇÃO ENTRE O CRITICISMO NIETZSCHIANO E O DECISIONISMO JURÍDICO DE CARL SCHMITT	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O veredito prolatado pelo juiz no caso concreto constitui, possivelmente, um dos principais agentes materializadores do que se entende por Direito nos dias de hoje. Entretanto, tão intrigante quanto as suas reverberações é o estudo, há séculos delineado pelos juristas, voltado à compreensão de que forma o sinuoso esforço intelectual engendrado pelo órgão judicante conduz os litigantes àquela razão essencialmente dicotômica, que na medida em que confere a um a validade de sua pretensão, tolhe de outro a possibilidade de ver o seu pleito prosperar. Nesse sentido, várias doutrinas buscaram agasalhar esta preocupação, merecendo destaque entre elas a do decisionismo jurídico, corrente formulada pelo jurista Carl Schmitt e sobre a qual planeja o presente trabalho se debruçar.

Entretanto, é importante registrar que apesar de tanto Nietzsche quanto Schmitt terem erigido seus pensamentos em áreas do conhecimento distintas, revelarão as produções de ambos os autores que o suposto abismo existente entre os mesmos restringe-se, na verdade, tão somente à natureza da *episteme* por eles produzida, não necessariamente alcançando o seu teor, que, por vezes, parece coincidir.

Isto posto, tem o trabalho em tela o escopo de, enquanto *problema de pesquisa*, verificar a possibilidade de se estabelecer uma relação entre a doutrina decisionista defendida por Carl Schmitt e as críticas direcionadas por Nietzsche ao direito, sendo esses dois autores os principais *referenciais teóricos* da presente abordagem.

Para lograr este objetivo de forma didática, será este trabalho subdividido em três capítulos distintos.

O primeiro deles buscará delinear o contexto em que a Escola Penal Clássica se encontrou inserida à sua época, destacando a importância da corrente para o período e se debruçando sobre os seus princípios mais basilares, voltados à afirmação do livre arbítrio, da igualdade de direitos entre os homens e do julgamento imparcial da lide pelo juiz. Superada esta etapa, proceder-se-á, então, à análise das críticas tecidas por Nietzsche a essa corrente do Direito, especificamente no que diz respeito a cada um dos preceitos aventados.

O segundo capítulo, por sua vez, se ocupará de estudar a doutrina decisionista formulada por Carl Schmitt, adotando como ponto de partida as

reflexões delineadas pelo autor naquela que é, provavelmente, a sua produção mais célebre, o ensaio “Sobre os três tipos do pensamento jurídico”, publicado em 1934. Isto posto, ancorando-se, especificamente, sobre o tipo centrado no elemento “decisão”, serão analisadas as consequências que o veredito do soberano, que encerra o caos social e inaugura uma nova era de paz e harmonia, gera na ordem jurídica nova, concebida no bojo deste evento.

Finalmente, o terceiro e último capítulo deste trabalho buscará, com base nas discussões tecidas até então, solucionar o problema suscitado no início desta pesquisa, respondendo, assim, a respeito da existência/ausência de pontos de contato entre as reflexões costuradas pelos autores citados alhures.

À guisa de conclusão, acerca da forma que este estudo se desdobrará, lançar-se-á mão de uma metodologia de caráter descritivo, dedutivo, qualitativo e bibliográfico. Desta forma, entende-se que esta abordagem é descritiva porque, a partir de um ancoramento em um robusto arcabouço teórico – o que, por si só, já justifica a sua matriz bibliográfica desta incursão –, buscará esmiuçar as variáveis que caracterizam os seus objetos de estudo, a fim de, posteriormente, relacioná-las.

É, também, dedutiva porque o raciocínio empregado em seu bojo se dará partindo de premissa menores, quais sejam, o decisionismo jurídico schmittiano e as reflexões de Nietzsche sobre o processo de tomada de decisão pelo juiz, em direção a uma premissa maior e mais geral, materializada, literalmente, na hipótese agasalhada por esta incursão.

Por fim, no que tange à abordagem da pesquisa, tal entende-se qualitativa, pois tem o fito de interpretar e, ao fim e ao cabo, relacionar as informações colhidas ao longo do projeto.

1 DAS CRÍTICAS DE NIETZSCHE AO DIREITO

Quer porque não aceitava com tranquilidade a dominação do homem pelas instituições sociais, quer porque nutria profunda ojeriza aos movimentos que, apesar de se proporem igualitários, se encontravam marcados por uma chaga de profunda hipocrisia², é bem verdade que sobre uma questão não restam dúvidas: nunca constituiu um dever moral para Nietzsche poupar o senso comum de suas críticas, por mais incisivas que essas fossem.

Com a esfera jurídica não foi diferente, sobretudo no tocante ao seu processo de tomada de decisão. Ao estudar essa vertente da aplicação do poder jurisdicional do Estado, sobre a qual já se debruçaram incontáveis juristas e correntes doutrinárias ao longo dos anos, Nietzsche percebeu que muitos dos vereditos prolatados pelos juízes percorrem um trajeto de profunda arbitrariedade até, enfim, lograrem o seu intuito precípua, qual seja, o de resolver os litígios trazidos à sua apreciação.

Certamente, alguns agentes exógenos ao Direito, como a moral coletiva e os fatores culturais, interferem de alguma maneira nesse contexto (o que é inevitável, de certa forma, pois seria utópico promover uma cisão desta natureza). Até mesmo o texto normativo parece deixar sua contribuição, vez que, muitas vezes, apesar de bem intencionado, acaba não acompanhando a realidade social, gerando um descompasso entre a sua previsão formal pela igualdade dos indivíduos e a ineficácia de tal dispositivo quando analisado na práxis³.

Contudo, para o autor, esses elementos não são nada mais do que apêndices daquele que, provavelmente, é o principal problema que eiva a decisão, o ponto nevralgico de boa parte das injustiças constatadas no Direito de seu tempo. Nessa lógica, aqueles vícios orbitam uma única questão, cuja materialização, diferentemente dos eventos elencados alhures, opera mais de dentro para fora do

² Esta última premissa foi extraída de uma reflexão feita por Nietzsche na sua obra “Assim falou Zaratustra”, publicada em 1883, no capítulo “Das tarântulas”, ao analisar os movimentos defensores da igualdade que emergiram com o iluminismo francês, sobre a qual serão tecidas algumas considerações oportunamente. Por outro lado, no que diz respeito à primeira proposição, embora tal seja uma constante em outras obras icônicas do autor, a exemplo de “Genealogia da Moral” e “O Anticristo”, não necessariamente constitui o foco da presente pesquisa, razão pela qual não experimentará o nosso aprofundamento.

³MARX, Karl. Sobre a questão judaica. São Paulo: Moraes, 1991, p.35. Já no século XVIII, e.g., ao refletir sobre o pleito dos judeus por emancipação política, constatava Bruno Bauer que, na França, a liberdade não parecia ser lei, já que, experimentando restrições na vida real, retroagia sobre a vida das pessoas e forçava-as a diferenciar os cidadãos, em tese, livres, em oprimidos e opressores.

que vice-versa, a saber: o temor oculto dos juízes, tidos como inabaláveis arautos da moral, de perceberem que, em essência, são tão frágeis e vulneráveis quanto aqueles que estão prostrados perante o cadafalso.

De antemão, é possível perceber como Nietzsche inovou ao propor tal conjectura, vez que, conforme se atestará, recorreu às raízes da evolução do homem na sociedade e aos impactos causados no mesmo pelas facetas dessa metamorfose para chegar àquela conclusão. Contudo, é preciso primeiro identificar quais bases o alemão necessitou renegar para desenvolver esta reflexão em seus escritos, razão pela qual trataremos a seguir, sinteticamente, da tradição penalista clássica, a quem Nietzsche teceu contundentes e oportunas críticas.

1.1 Da discordância com a escola penal clássica

Fruto de um período símbolo de profundas injustiças nos processos criminais, estes essencialmente inquisitivos e marcados por um parco, senão inexistente, respeito às bases primitivas do contraditório e da ampla defesa, a Escola Penal Clássica, fomentada pelos ideais iluministas, buscou imbuir esta seara do Direito com um viés mais humanitário, a fim de garantir uma maior justiça e proporcionalidade nas sanções aplicadas e efetivar em prol dos jurisdicionados um sentimento de segurança jurídica.

Por óbvio, tal conjuntura não deixou de ser confrontada pelo idealizador da corrente em estudo, o jurista Cesare Beccaria, que, nas primeiras passagens de sua obra mais célebre, intitulada “Dos delitos e das penas”, publicada em 1764, registrou o seu evidente descontentamento com o cenário jurídico que vigia à sua época.

Para o autor, incomodava-o o fato de que, até a publicação de seu opúsculo, ninguém, nem mesmo os filósofos e pensadores que lhe eram contemporâneos chegaram a se pronunciar suficientemente contra a selvageria punitiva que se vislumbrava nos tribunais do período. Além disso, para piorar, aparentemente sequer constitui uma preocupação para essa classe de pessoas que a manutenção da legislação em voga, dos vícios dela decorrentes e dos abusos de um poder sem limites, geralmente concentrado na mão dos magistrados, viessem a institucionalizar

a insegurança jurídica no seio coletivo, assim como já a vinha fazendo a passos largos naquela sociedade⁴.

Assim, frente a esta lastimosa conjuntura, e incitado, principalmente, pelos escritos de Montesquieu, por quem nutria visíveis respeito e admiração, inúmeras foram as propostas ventiladas por Beccaria para inovar o penalismo de sua época. Dentre elas, merecem destaque as seguintes: a positivação das leis, agora com uma textura mais aberta; a abolição da tortura como meio de obtenção da “verdade”; a condenação com base apenas em provas, excluída a predominância absoluta dos indícios; e a abolição definitiva da pena de morte.

Discorrendo, e.g., sobre a tortura, na contramão dos juristas de sua época, foi cirúrgico o autor ao contestar o emprego desta prática no desnudamento da autoria dos delitos, sobretudo em razão da ineficiência e incoerência a ela inerentes. Para o milanês, ignorada a possibilidade de um delito cujo infrator já se conhece – o que, por si só, dispensaria a submissão do acusado a suplícios, vez que a “verdade” do crime não se encontra mais oculta –, seria contraproducente, na hipótese de ser trazido à apreciação do juiz um caso sobre o qual paira, pelo menos, uma fagulha de incerteza, este proceder àquela espécie de interrogatório, pois não estaria fazendo outra coisa senão contando com a sorte para não martirizar um inocente.

Além disso, não bastando a descabida lógica desse método segundo a qual são lícitas as confissões extraídas do acusado no curso de seu padecimento físico, aduz Beccaria, acertadamente, que aquele que é, de fato, culpado, nessas circunstâncias, nada tem nada a perder com as imolações que lhe forem submetidas, vez que, caso as suporte, contará com uma grande chance de escapar da aplicação da sanção relativa ao crime que cometera. Tal raciocínio é diferente quando analisado sob o prisma do acusado que é inocente, mas contra quem, injustamente, também se insurgirá esta prática hedionda. Vejamos:

Com efeito, o inocente submetido à tortura tem tudo contra si: ou será condenado, se confessar o crime que não cometeu, ou será absolvido, mas depois de sofrer tormentos que não mereceu.

O culpado, ao contrário, tem por si um conjunto favorável: será absolvido se suportar a tortura com firmeza, e evitará os suplícios de que foi ameaçado, sofrendo uma pena muito mais leve. Assim, o inocente tem tudo que perder, o culpado só pode ganhar.⁵

⁴BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p.20.

⁵ Ibidem, p.42.

Esta louvável compaixão do autor para com aqueles sentados no lado passivo da lide também se manifesta em outros pensamentos seus, como nas considerações por ele tecidas acerca da abolição da pena de morte. Sobre este aspecto, e.g., foi cirúrgico o jurista ao dispor da seguinte forma:

A soberania e as leis não são mais do que a soma das pequenas porções de liberdade que cada um cedeu à sociedade. Representam a vontade geral, resultado da união das vontades particulares. Masquem já pensou em dar a outros homens o *direito* de tirar-lhes a vida? Será o caso de supor que, no sacrifício que faz de uma pequena parte de sua liberdade, tenha cada indivíduo querido arriscar a própria existência, o mais precioso de todos os bens?

Se assim fosse, como conciliar esse princípio com a máxima que proíbe o suicídio? Ou o homem tem o direito de se matar, ou não pode ceder esse direito a outrem nem à sociedade inteira.

A pena de morte não se apoia, assim, em nenhum *direito*. É uma guerra declarada a um cidadão pela nação, que julga a destruição desse cidadão necessária ou útil.⁶[grifo nosso]

Como se pôde notar acima, não obstante ser possível elencar um extenso rol de premissas que nortearam a popularização da Escola Penal Clássica, não é o intuito da presente pesquisa adentrar ainda mais nesse tema, cuja análise, embora necessária, constitui mais um ponto de partida para o que será estudado a seguir.

Dessarte, a fim de lograr uma melhor didática, debruçar-se-á este trabalho apenas sobre três princípios norteadores da Escola Penal Clássica, estes voltados à afirmação da igualdade de direitos entre os homens, do livre-arbítrio e do julgamento imparcial da lide pelo juiz.

Por óbvio, é forçoso destacar que todos estes pressupostos também não restaram incólumes às críticas de Nietzsche, conforme registrado outrora, de modo que nos cabe tecer alguns comentários a seu respeito doravante.

1.1.1 Críticas ao princípio da igualdade de direitos entre os homens

A lógica da seara criminalista do direito, sobretudo de uma que busca fornecer aos jurisdicionados a inabalável sensação de segurança jurídica, tem como pedra angular o pressuposto de que a prática de uma determinada conduta ilícita sempre dará azo, em tese, à aplicação de uma mesma sanção, em seu sentido qualitativo.

⁶ Ibidem, p.55.

Isso já era endossado por Beccaria à sua época, que, lançando mão da lógica silogística, nos moldes do que futuramente seria feito pelos doutrinadores normativistas, propunha reprimir a delinquência mediante a subsunção do fato ilícito praticado (premissa menor) a uma norma de conduta previamente posta (premissa maior), obtendo, assim, uma conclusão que, materializada no veredito prolatado pelo juiz, deslindaria o caso concreto.

Para o autor, segundo será abordado oportunamente, a certeza dessa aplicação uniforme da pena, somada a uma maior clareza na redação dos códigos e à democratização do acesso a estes para os cidadãos, desembocaria, a curto ou a longo prazo, na redução da criminalidade, vez que, via de regra, ninguém cometeria, conscientemente, um ato ilícito sabendo das consequências negativas que decorreriam de sua prática.

Não há dúvidas de que uma sanção sempre será impreterivelmente aplicada frente a um delito respectivo, variando apenas em seu sentido quantitativo de acordo com as circunstâncias externadas pelo caso concreto. Assim, ainda que um crime seja praticado por pessoas distintas, a punição, em teoria, sempre será a mesma, pois o que se analisa, sumariamente, não é o indivíduo em si, mas o ato que o mesmo engendrou, sobre o qual recairá o rigor da lei.

Entretanto, apesar de este tratamento equanimemente dispensado aos jurisdicionados atender aos seus objetivos precípuos sem sua perspectiva formal – não obstante a realidade prática costumar ser outra –, verifica-se que tal postura, ao ser submetida a uma análise filosófica mais profunda, revela uma curiosa imprecisão conceitual. É que, ao pressupor uma igualdade inata entre os homens, Beccaria acaba ignorando a faceta ontológica que acompanha a tese por ele esposada, olvidando, assim, a análise de uma dimensão tão relevante quanto a jurídica que não merecia passar despercebida.

Falhas tanto desta quanto de outras naturezas, como será visto, foram oportunamente notadas por Nietzsche, especialmente por concernirem a uma área do conhecimento que sempre lhe foi cara. Por essa razão, passará a abordagem em tela a expor a seu respeito a seguir.

Primeiramente, para o alemão, esse preceito apresentava uma série de contradições, sobretudo no que tange à pretensão de ser lograda uma suposta isonomia entre os indivíduos a partir de uma aplicação uniforme e igualitária da

pena. Na verdade, ao seu ver, residia justamente na raiz desta doutrina a razão de sua principal incoerência. Vejamos.

Em “Assim falou Zaratustra”, publicada em 1883, no capítulo “Das tarântulas”, o pensador delineia, poética e dramaticamente, a sua discordância dos movimentos sociais voltados à defesa de uma suposta isonomia universal, preceito este tão caro à doutrina criminalista clássica do Direito. Traz-se à colação o respectivo trecho:

Aí vem ela de bom grado: bem-vinda, tarântula! Em teu dorso se acha, negro, teu triângulo e emblema; e sei também o que se acha em tua alma. Vingança trazes na alma: onde mordes, cresce uma crosta negra; com vingança teu veneno faz a alma girar!

[...]

Ó pregadores da igualdade, é o delírio tirânico da impotência que assim grita em vós por “igualdade”; vossos mais secretos desejos tirânicos assim se disfarçam em palavras de virtude!

[...]

Desconfiai de todos aqueles que falam bastante de sua justiça! Na verdade, em sua alma não falta apenas mel.

E, quando eles se denominam “os bons e justos”, não esqueçais que para fariseus nada lhes falta senão — poder!

[...]

Com isso querem ferir aqueles que agora detêm o poder: pois entre esses a pregação da morte ainda se encontra mais em casa.

[...]

Com esses pregadores da igualdade não quero ser misturado e confundido. Pois assim me fala a justiça: “Os homens não são iguais” [grifo nosso].⁷

Ao comparar os correligionários desses movimentos com a classe de artrópodes que intitula a presente sessão, à qual atribui traços repulsivos e profanos para evidenciar a sua ojeriza⁸, Nietzsche sugere que aqueles carregam consigo não um anseio de promover a igualdade, mas de tão somente fazer uso desta pauta para, enquanto subterfúgio, lograr os seus interesses mais escusos e individuais. Assim, o proselitismo político desses seguidores, cujo discurso é inflamado por

⁷NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.87-88.

⁸ Essa repulsa é expressada por Nietzsche de tal modo no trecho em comento que soa até mesmo cômico o desespero teatral projetado pelo seu personagem ao ser persuadido pela ideologia daqueles movimentos, sedução esta personificada pela inoculação do veneno da tarântula, que o picou no dedo.

insistentes odes à justiça e ao princípio da isonomia, constituiria, na verdade, uma mera fachada ao seu único e verdadeiro pretexto: a vingança.

Tanto é verdade essa reflexão que tamanho foi o sangue derramado por esses grupos ao longo de suas incursões, os quais, para Nietzsche, em evidente descompasso de interesses, visavam tão somente recuperar um poder que, supostamente, deles foi tolhido há muito tempo. Esse contraste incomodava bastante o pensador, motivo pelo qual tal os caracterizou como os “melhores caluniadores [...] e queimadores de hereges” da história.

Essa crítica cabe, e.g., contra a Revolução Francesa, a que o autor terna nutria profunda ojeriza, embora seja mais comum encontrar quem abstraia o seu saldo negativo em detrimento das repercussões políticas positivas geradas à época, como é o caso de Carl Schmitt – o posicionamento deste último sobre o tema será devidamente analisado neste trabalho ao seu tempo.

Contudo, apesar das considerações acima tecidas, o que mais chama atenção naquele excerto é o seu último parágrafo, o qual mereceu nosso destaque. Nele, após tecer incisivas críticas aos movimentos em análise, indo, portanto, de encontro a toda a tradição da Escola Penal Clássica, consolida Nietzsche a máxima que constitui o objeto de estudo da presente sessão, a saber: “os homens não são iguais”.

É claro que esta disparidade se encontra arraigada à própria sociedade, da qual a atividade legiferante é um reflexo, mas é importante registrar que tal constatação não é inédita na tradição jurídico-filosófica. Já na República, aduzia Platão que não só a lei, mas até mesmo o que se entende por “justiça” e “justo” são estabelecidos conforme a conveniência do mais forte e do governante⁹. Tal questão seria, ainda, retomada por Kant, o qual esposaria que a desigualdade entre os homens é a força motriz para o desenvolvimento satisfatório da cultura, pois enquanto uma parcela daqueles, hipossuficiente, trabalha muito e goza pouco dos prazeres da vida, a outra, mais abastada, produz a própria cultura e a propaga enquanto produto de uma classe superior¹⁰. Outrossim, também Marx se preocuparia com essa discussão, razão pela qual assim disporia em sua crítica ao Programa de Gotha:

⁹PLATÃO. **A República**. (Tradução e notas: Maria Helena da Rocha Pereira). Fundação Calouste Gulbenkian, 338c2-3, 338 e1-2 e 343c3-5, 2012.

¹⁰KANT, Immanuel. **Crítica do juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, § 83.

Segundo seu conteúdo, portanto, ele é, como todo direito, um direito da desigualdade. O direito, por sua natureza, só pode consistir na aplicação de um padrão igual de medida; mas os indivíduos desiguais (e eles não seriam indivíduos diferentes se não fossem desiguais) só podem ser medidos segundo um padrão igual de medida quando observados do mesmo ponto de vista, quando tomados apenas por um aspecto determinado, por exemplo, quando, no caso em questão, são considerados apenas como trabalhadores e neles não se vê nada além disso, todos os outros aspectos são desconsiderados.¹¹

Nessa esteira, ao esmiuçar, em “Humano, demasiado humano”, publicada em 1878, aquela sua crucial colocação, propõe uma série de parâmetros subjetivos para delimitar os direitos dos indivíduos, no qual se lê: “O *direito* vai [...] *até onde* um *parece* ao outro valioso, essencial, indispensável, invencível e assim por diante”¹².

Nesse contexto, um escravo não deveria nunca fazer jus às mesmas prerrogativas que o seu senhor. É que enquanto para este é essencial que lhe sejam garantidas a preservação de sua propriedade e a devida percepção de seus lucros periódicos, provenientes da exploração dos seus subordinados, para o seu servo, ao revés, tais direitos não dizem nada e muito menos representam qualquer regalia, vez que, na prática, não possuem meios suficientes para tornar possível o seu usufruto. Por essa razão, “o mais fraco também tem direitos, mas menores”, pois, como bem arremata Domenico Losurdo, é justamente a “mais-valia” fornecida pelos servos e escravos que garantem a manutenção do ócio das classes dominantes¹³.

Isto posto, é possível perceber que, para Nietzsche, o direito de um indivíduo é consectário direto do grau de poder por ele titularizado, sendo este o principal termômetro empregado para aferir quais garantias alguém pode ou não fazer jus. Daí o porquê da icônica expressão “*unusquisque tantum juris habet, quantum potentia vale* [cada um tem tanta justiça quanto vale seu poder]”, nas palavras do autor.

Transportando esse pensamento para a análise da punibilidade, deduz-se, então, que não faz sentido a pretensão de todos serem tratados igualmente mediante a aplicação de uma idêntica sanção quando do cometimento de um mesmo delito, pois, essencial e socialmente, são os indivíduos diferentes entre si. Desta forma, entende Nietzsche que é mais coerente ignorar o caráter precípua da

¹¹ MARX, Karl. **Crítica ao Programa de Gotha**. São Paulo: Boitempo, 2010, p.29.

¹² NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.41.

¹³ LOSURDO, Domenico. **Nietzsche: o rebelde aristocrata**: biografia intelectual e balanço crítico. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p.407.

pena, voltado à conservação da paz social e à promoção de uma isonomia universal, e tratar cada indivíduo, então, conforme a sua desigualdade.

Registre-se que esse tratamento desigual dispensado aos jurisdicionados não visa igualá-los na medida de sua (des)igualdade, conforme preleciona a noção aristotélica de justiça. Ao revés, são os indivíduos encarados de maneira diferente simplesmente porque este é o comportamento mais coerente a ser adotado frente à natureza daqueles, díspar por essência, desconsiderando-se, portanto, quaisquer juízos de valor feitos acerca das consequências que decorrerem dessa atitude.

Em verdade, decepçionava o pensador que os Estados a ele contemporâneos não compreendessem a contradição que estavam fomentando ao erigirem os seus ordenamentos sobre uma ideologia tão frágil e ilusória, que era essa da igualdade entre os homens, a qual mais parecia tolher do indivíduo as suas liberdades e individualidades do que promover entre os mesmos um estado de isonomia político-social.

Nesse contexto, com o fito de suprir essa lacuna, recorreu o autor a projetar o seu modelo ideal de justiça em direitos antigos, como é o caso da tradição hindu, personificada na Lei de Manu e no seu sistema de castas sociais, e da Lei de Talião, consubstanciada no Código de Hamurabi, que, por bem ou por mal, submetiam os seus jurisdicionados a sanções distintas, a depender, e.g., de sua classe social – critério este incipiente, mas suficiente para o alemão. Isto posto, não soa tão absurdo assim supor que Nietzsche se regozijaria caso fosse exposto ao estado da efetivação dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos hodiernos.

Ora, apesar de ser pouco razoável tal comparação, dado o abismo (aparentemente, não tão pronunciado assim¹⁴) existente entre um Estado democrático de direito e aqueles vetustos códigos de ferro, é inevitável perceber que a pretensa “igualdade de oportunidades” insculpida nas leis atuais não vêm passando por sua melhor fase, guardando, talvez, um íntimo paralelo com a longínqua realidade citada no que tange ao tratamento díspar de que por vezes lança-se mão aos indivíduos desarrazoadamente – não obstante, naquele caso, isso ser juridicamente reprovável.

¹⁴ Discorrendo sobre as dimensões da insuficiência dos direitos humanos na atualidade, aduz FREITAS (2012, p.238) que, no tocante à matéria, “tal conteúdo [...] aparenta ter um conteúdo puramente denunciativo”, como se tomassem para si o “papel de evidenciar as mazelas de um sistema jurídico-social que [...] de resolver as desigualdades”, o que, conseqüentemente, acaba por perpetuá-las.

Isto posto, é óbvio que os agentes responsáveis pela consolidação dessa infeliz conjuntura são complexos e superam uma mera reação de causa e efeito, traduzindo-se tal situação em uma incógnita cujo desvendamento incumbirá à presente abordagem doravante.

1.1.2 Críticas ao princípio do livre arbítrio

Além das arbitrariedades excessivamente perpetradas pelos magistrados no âmbito dos processos penais, também vários outros agentes contribuía, em maior ou menor grau, para que a criminalidade experimentasse uma escalada sem precedentes na época de Beccaria. Um deles pareciam ser as leis, que, em razão de sua redação rebuscada e, ainda, em um idioma já superado à época, o latim, dificultavam sobremaneira a apreensão de seu sentido pela população em geral.

Ademais, somados a essa enfadonha penumbra de erudição que marcava os comandos legais, tem-se que tanto a interpretação quanto o manejo do texto normativo *per se* reservavam-se às classes mais abastadas da sociedade, únicas que gozavam plenamente do direito de acesso à justiça e que, por isso, constituíam a menor parcela do povo, o que só agravava ainda mais esse infecundo contexto de ignorância social.

Assim, na visão de Beccaria, o direito, para ser plenamente compreendido e seguido, deve, antes de tudo, ser acessível, i.e., falar a linguagem vulgar, do povo, pois uma população que conhece as exatas consequências de suas ações, sobretudo daquelas de caráter ilícito, não cederá à volúpia da delinquência, uma vez que sabe que se o fizer, cedo ou tarde, sobre si recairá o rigor da justiça.

Portanto, seguindo esse raciocínio, é possível deduzir que, para Beccaria, todos têm o livre-arbítrio para decidir se incorrerão ou não na prática de crimes, sendo a precisão desta faculdade diretamente proporcional ao acesso, no sentido intelectual do termo, da população ao texto legal. Nesse sentido, entendia o autor que

Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão que não puder julgar por si mesmo as consequências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará

na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis.¹⁵

Posteriormente, na mesma passagem, assim arrematou:

Colocai o texto sagrado das leis nas mãos do povo, e, quanto mais homens houver que o lerem, tantos menos delitos haverá; pois não se pode duvidar que, no espírito daquele que medita um crime, o conhecimento e a certeza das penas ponham freio à eloquência das paixões.

Contudo, apesar da coerência desta tese para a época, vale registrar que Nietzsche não partilhava da mesma visão de Beccaria, sobretudo no que tange à importância que este atribuiu ao livre-arbítrio.

Remetendo à tradição filosófica grega – da qual, de certa forma, sempre buscou se distanciar –, não concebia o alemão a possibilidade de um indivíduo, conscientemente, praticar o mal quando já conhece as consequências negativas que dele decorrerão, visto que a tendência do ser humano, em pleno exercício de suas faculdades mentais, é justamente a de garantir a manutenção de sua própria integridade¹⁶.

Desta forma, enquanto para o senso comum a racionalidade aparenta estar atrelada ao mero ato de se ponderar e, depois, com base nisso, de se decidir, ignorada a natureza do resultado desta ação, em Nietzsche, ao revés, tal qualidade se logra justamente na adoção de condutas cujos efeitos delas corolários são benéficos ao indivíduo praticante. Como se nota, trata-se aqui de um conceito de racionalidade mais restrito do que aquele vulgarmente conhecido, pois se encontra condicionado, necessariamente, a um juízo de valor positivo procedido sobre os frutos de uma determinada ação.

Entretanto, isso não quer dizer que seria correta a dedução de que um estelionatário, e.g., pode ser considerando um parâmetro universal de ser humano racional. É que embora aquele aufera benefícios praticando atos ilícitos – o que, em

¹⁵BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p.28.

¹⁶ Ao refletir acerca da prática de crimes em circunstâncias diversas e de como estas vão orientar a aplicação da sanção correspondente no caso concreto, Nietzsche deduz que, em tese, a principal causa para atrair o *jus persecuendi* estatal é a “negação intencional da melhor razão”, i.e., o descumprimento consciente e racional da lei pelo indivíduo. Contudo, em alusão à sua incompreensão quanto aqueles que praticam o mal, supostamente, de forma espontânea, mesmo que cientes dos efeitos negativos que experimentarão no futuro em razão dessa sua conduta, assim se questiona: “[...] como pode alguém ser intencionalmente mais desarrazoado do que tem de ser?”. (NIETZSCHE, 2008, p.133)

tese, seria suficiente para amoldá-lo nesse tão seletivo leque –, estas “vantagens”, na verdade, não passam de algo meramente temporário e ilusório, perdendo o seu valor prático quando cotejadas com as consequências da aplicação da sanção prevista para esse tipo de delito.

Isto posto, cabe, então, questionar: qual seria a relação desta reflexão com uma suposta crítica à doutrina do livre-arbítrio levada a cabo por Nietzsche? Simples. Segundo o autor, não há como este último conceito proposto por Beccaria conviver pacificamente com a conjectura de que o ato de infringir normas deriva tão somente de uma vontade do indivíduo, pois ninguém, por menos informações que tenha sobre a lei e por mais segregado que seja da sociedade, seria capaz de, consciente e livremente, praticar um crime, i.e., uma conduta que não lhe traria nada de positivo.

Nessa esteira, seria lógico sugerir que se nenhum ser racional incorre na delinquência de forma tão espontânea, quem o faz, então, é irracional, um néscio? De certa forma, sim, tanto que o próprio Nietzsche chega a sugerir isso em seus escritos¹⁷, mas é preciso convir que seria preguiçoso atrelar a prática de delitos tão somente a uma indisposição ou retardo mentais que eivam o criminoso. O contexto, na verdade, é muito mais complexo do que parece.

Sobre isso, em “Humano, demasiado humano”, Nietzsche nos brinda com uma reflexão sobre os *homens cruéis* ou *atrasados*, no sentido literal destes termos. Para o autor, quem transgride a lei não o faz em razão de um ímpeto pessoal, mas porque, muito provavelmente em virtude dos acasos da natureza, estagnou durante o processo de evolução da humanidade, restando intelectualmente arraigado às “culturas passadas”¹⁸. Este apego inexorável ao passado, consequentemente, reverberará negativamente na personalidade do sujeito, transformando-o em uma pessoa desagradável, violenta e resistente às opiniões que vão de encontro às suas¹⁹. Tais atitudes são inaceitáveis em eras que não sejam a desta vetusta “Idade da Pedra”.

¹⁷ No aforismo 202 de “Aurora”, voltado à discussão da temática da promoção da saúde, Nietzsche (2004a, p.108) compara pontualmente os criminosos aos doentes mentais.

¹⁸ NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.30.

¹⁹ Ibidem, p.164. Essas características dos *homens atrasados* se opõem às dos *homens antecipadores*, os quais, na visão de Nietzsche, caminham rumo a “uma superior cultura humana” por partilharem da alegria alheia, não monopolizarem o conhecimento e serem amistosos com as pessoas.

Contudo, apesar de todo este contexto de degeneração, é certo para Nietzsche, disso não há dúvidas, que um dos principais responsáveis por forjar um delinquente é justamente a sociedade, e aqui se adentra no ponto fulcral da noção do alemão sobre o criminoso. Para o autor, este, que já carrega consigo toda a carga negativa do passado, ainda se vê obrigado a suprimir todos os seus desejos e se amoldar às exigências da sociedade, o que, devido à mediocridade e hipocrisia desta, acaba, inevitavelmente, conduzindo-o à vida do crime²⁰.

Talvez isso seria diferente caso o infrator resistisse a essas amarras e sobrepujasse a própria sociedade²¹, ou se esta, nos moldes de uma comunidade spinozana de homens associados²², assimilasse as diferenças existentes entre seus integrantes como meros estágios distintos do desenvolvimento do espírito humano²³; mas o que é importante registrar aqui é que todo este contexto de degradação moral vai, de uma forma ou de outra, influenciar na maneira que o delinquente será analisado pelo magistrado no caso concreto, fenômeno cuja análise, que será lograda mais a frente, se reveste de crucial importância para o escopo do trabalho em tela.

Finalmente, ao analisar a natureza do criminoso em “Assim falou Zaratustra”, Nietzsche também sugere que este transgride a lei porque, além das razões acima aventadas, se encontra sujeito a uma gama de impulsos delituosos incontroláveis, contra os quais muitas vezes não consegue resistir. Nesse sentido, assim dispõe:

Assim fala o juiz vermelho: “Por que, afinal, esse criminoso matou? Ele queria roubar”. Mas eu vos digo: sua alma queria sangue, não roubo: ele ansiava pela felicidade da faca!

Mas sua pobre razão não compreendeu essa loucura e o persuadiu. “Que importa o sangue?”, falou; “não queres ao menos praticar um roubo ao mesmo tempo? Tirar vingança?”

E ele deu ouvidos à sua pobre razão: as palavras desta lhe pesaram como chumbo — então ele roubou ao matar.

[...]

O que é esse homem? Um amontoado de doenças, que através do espíritos e voltam para o mundo: lá querem fazer sua presa.

O que é esse homem? Um emaranhado de serpentes selvagens, que raramente têm sossego estando juntas — então saem, cada qual por si, em busca de presas pelo mundo.²⁴

²⁰Idem. **Crepúsculo dos ídolos**. Curitiba: Hemus, 2004b, p.88-89.

²¹Nietzsche atribui essa postura, e.g., a Napoleão Bonaparte (2004b, p.89), quem considera um ícone de resistência ao controle social.

²²FEITOSA, Enoque. Forma Jurídica e Direto Natural em Spinoza: ética e Estado laico entre descrição e prescrição. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 3, n. 56, p. 404 - 430, jul. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v3i56.3593>, p.415.

²³MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. São Paulo: Moraes, 1991, p.34.

²⁴NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.35-36.

Como se percebeu, Nietzsche concebe o criminoso como alguém degradado, doente, carente de oportunidades e que vive à margem da sociedade. Isto posto, levando-se em conta esse histórico, é válido fazer o seguinte questionamento: se toda esta conjuntura levou um indivíduo a delinquir, qual seria, então, a lógica de puni-lo? Ao fazê-lo, não se estaria incorrendo em um *bis in idem*, impondo-se ao infrator uma nova sanção, além daquela materializada no infeliz estigma social por ele carregado?

Não é de saltar aos olhos que esta dúvida também não passou despercebida pelo autor em comento, o qual teceu pontuais considerações acerca da aplicação da pena para os diferentes tipos possíveis de criminosos. Assim, aduz o alemão que, no tocante aos delinquentes habituais, por viverem em uma rotina de constante violação às normas jurídicas, não merecem que lhes sejam imputadas sanções tão rigorosas, vez que já se encontram submetidos a um contexto histórico-social de patente sofrimento e contra o qual não mais conseguem resistir.

Por outro lado, sobre os delinquentes eventuais, que gozam de um passado imaculado e que nunca haviam sucumbido ao mundo do crime, contra estes, sim, ao revés, caberia a imposição de uma pena mais grave, pois aqui a prática do delito se pronuncia com maior contraste quando lograda, se comparada com a primeira ocorrência²⁵.

Por óbvio, não é esta realidade do Direito, que costuma punir com rigor os que transgridem a lei de forma contumaz e atenuar a pena de quem o faz apenas eventualmente. Dessarte, para o pensador, as sanções são fixadas não de acordo com o infrator, mas segundo o risco que o ato impugnado gera para a sociedade, sendo, portanto, “justificável” que a delinquência habitual seja apenada com maior rigidez.

Contudo, chama atenção, ainda, no trecho referenciado, a reflexão de que se o passado é tão importante assim para a fixação da pena, não se deveria analisar tão somente o intervalo de tempo que ensejou a prática do crime, mas também todos aqueles agentes que contribuíram para conduzir o indivíduo até a presente situação, sob pena de, erroneamente, ser isolada a culpa do investigado e cometido um inevitável “pecado contra a lógica”.

²⁵Idem. **Humano, demasiado humano II**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.135.

Nessa toada, é mister registrar que o juiz ocupa papel crucial na perpetuação dessa injustiça, conforme anotou o pensador naquela mesma passagem, cabendo, portanto, ao capítulo seguinte se aprofundar na análise desta proposição.

1.1.3 Críticas ao princípio do julgamento imparcial da lide pelo juiz

Não há dúvidas de que, para Beccaria, a resolução de uma lide se dá pura e simplesmente de forma mecânica, i.e., mediante o emprego da conclusão silogística obtida a partir da subsunção do ato ilícito praticado ao seu mandamento legal respectivo. Entretanto, como foi possível notar, o autor desconsiderou em sua teoria os caracteres extrajurídicos que costumam influenciar tanto a prática de crimes quanto a apreciação destes pelo Judiciário, sejam aqueles plenamente verificáveis de plano ou dependentes de uma maior imersão histórica para que seja lograda a detecção de suas raízes.

A indeterminação da lei, e.g., constitui um impeditivo crucial à atividade do magistrado, pondo por si só em xeque as superadas teses defensoras do silogismo jurídico. Como bem pontua Kelsen, para que possa deslindar o caso concreto, deve o juiz, antes, dissipar a cortina de fumaça que eiva o fio condutor existente entre a lei e a sentença final. É que o texto normativo não pode vincular em todas as direções, cabendo, portanto, ao julgador, por meio de uma interpretação autêntica, i.e., que cria direito, pinçar um dos sentidos suscitados por aquele (os quais são possíveis por integrarem uma “moldura jurídica abstrata”) para, então, aplicar ao caso trazido à sua apreciação. Assim, nas palavras do austríaco, dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral²⁶.

Prosseguindo, comentou-se que o magistrado assume papel importante na propagação e perpetuação de injustiças no âmbito dos julgamentos. De fato, isso não dá para negar, vez que tal agente é justamente a porta de entrada e de saída da norma, cujas decisões repercutem no seio da sociedade e lapidam, a passos largos, o que se conhece por direito nos dias de hoje.

Isto posto, convém, então, fazer o seguinte questionamento: se o juiz é, em regra, a personificação *par excellence* do poder jurisdicional do Estado, devendo os

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

seus vereditos ser prolatados em estrita observância aos diplomas legais vigentes, por qual razão este órgão judicante figuraria, paradoxalmente, segundo Nietzsche, como o principal agente subversor da ordem que fundamenta a sua autoridade e à qual jurou obedecer?

Certamente, a paulatina “entimematização”²⁷ da justificação das decisões pelos magistrados e a crescente fetichização dos discursos de direitos humanos²⁸ (por vezes presente naquelas manifestações), e.g., seriam respostas plausíveis a essa indagação. Contudo, como será visto, é justamente o emprego da subjetividade do julgador durante o processo de tomada de decisão que se sobressai nessa toada, inevitavelmente.

E não podia ser diferente. Na verdade, soaria até mesmo quimérico aduzir que apenas por existir um comando legal dispondo sobre a necessidade de o julgamento da lide ser procedido de maneira imparcial pelo juiz, este, tão humano quanto quem pacientemente espera pelo deferimento de seu pleito, magicamente, abstrairia de sua atividade o peso dos fatores culturais, sociais e políticos não agasalhados pela dicção do texto normativo.

Ora, assim como os legisladores não podem pretender dispor acerca de todas as situações de fato possíveis de serem tuteladas pelo direito, também devem os juristas evitar o fomento do preceito de que o deslindamento do caso concreto deve dar-se sempre de forma puramente neutra e mecânica, pois o caráter humano de ambos agentes citados, sobretudo do magistrado, os limita por sua própria natureza, inviabilizando a consecução daqueles objetivos.

Isto posto, não pretende este capítulo, assim como todas as considerações tecidas até então olvidarem esse entendimento. Pelo contrário, adotando como ponto de partida a premissa de que os caracteres pessoais atinentes ao juiz não podem se dissociar da atividade jurisdicional por ele realizada, busca-se debruçar sobre as consequências negativas decorrentes da interferência das mesmas neste processo quando empregadas de forma consciente e arbitrária, o que subverte o

²⁷ Para mais detalhes, consultar: SOBOTA, Khatarina. **Don't Mention the Norm!** in: International Journal for the Semiotics of Law (IJSL), Vol. IV, No. 10 (1991), S. 45–60.

²⁸ Sustenta FREITAS (2012, p.233-234) que o debate sobre direitos humanos vem perdendo força na atualidade por uma série de questões que mais obstaculizam o seu desenvolvimento do que o fomentam. Assim, dentre os fatores elencados pela autora, merecem destaque: a institucionalização dos direitos humanos, que são frequentemente incorporados à burocracia estatal na forma de secretarias e ministérios de objetivos vagos, muitas vezes inúteis à consecução daqueles direitos que se pretende pleitear; e a evocação pela academia daquele discurso humanitário com o fito de, ainda que muitas vezes involuntariamente, tão somente fomentar a ode a essas garantias “supra-históricas” em nome da boa aparência.

objetivo primevo do ordenamento jurídico estatal – vale dizer que é justamente essa a discussão proposta por Nietzsche.

É que existe uma linha tênue entre a subjetividade do juiz estar entremeada ao exercício da sua função, vez que isso geralmente ocorre de forma despretensiosa; e este fazer uso de suas experiências e valores pessoais para, consciente e voluntariamente, julgar a lide trazida à sua apreciação da forma que bem entender. Embora seja possível aferir eventuais vantagens com esta última prática – quando encampada, e.g., por um magistrado hipoteticamente mais ético que a própria norma estatal –, não compensariam suficientemente essa “liberdade” os precedentes dela corolários, vez que dariam azo à institucionalização de decisões infundadas e tomadas com base em preconceitos de toda natureza. Entretanto, apesar deste melindre, tal conjuntura é facilmente identificável na prática.

Agasalhando, e.g., o contexto do direito brasileiro, é possível perceber manifestações cada vez mais frequentes do que se entende por *laxismo penal*, fenômeno materializado no costume do Judiciário de sancionar brandamente os criminosos integrantes das classes mais abastadas da sociedade, lançando mão, para tal, de interpretações vagas e que não guardam respeito aos liames de um Estado democrático de direito. Tal contexto marcado pela dedicação de um tratamento jurídico díspar e arbitrário a indivíduos de classes sociais distintas pode ser igualmente aferido na análise da aplicação da codificação estatal sob a perspectiva crítica do pensador grego Costas Douzinas. Na sua visão, a lei do Estado, genérica por natureza, exclui da comunidade de seus sujeitos todos aqueles que não pertencem à nação, segregando a coletividade em dois grupos distintos: um de *sujeitos da lei* e outro de *sujeitos à lei*²⁹. Dessarte, passa a existir “uma lacuna entre o sujeito da afirmação “nós, o povo, criamos a norma x” e o da sua forma passiva “nós, o povo, devemos obedecer a x”.

Para o pensador, quando enxergamos um indivíduo como “sujeito da lei” – classe integrada pelos agasalhados pela primeira parte do trecho citado, a exemplo dos legisladores e eleitores –, vislumbramos o prenúncio da democracia e a mais sólida base para a edificação de um Estado democrático de direito. De outra banda, diferente é o peso da palavra quando se compreende alguém como “sujeito à lei” – grupo compostos pelos chamados estrangeiros internos, consubstanciados nos refugiados e estrangeiros, ou inimigos de dentro do Estado. É que não obstante aqui

²⁹DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.117.

também haver uma submissão do indivíduo à soberania e jurisdição estatais, tal relação não se dá tão somente em virtude da condição política daquele, mas, principalmente, em razão de suas características pessoais, o que escancara um infeliz contexto de submissão das classes menos favorecidas aos grupos sociais dominantes.

Pois bem. Nietzsche também partilhava do entendimento de que o magistrado muitas vezes varia o seu método de julgamento conforme a classe social de quem será aplicada a sanção, como se verá a seguir.

Foi dito outrora, quando da análise da reflexão feita pelo alemão acerca dos criminosos eventuais e contumazes, que se o passado é tão importante assim para a fixação da pena, também deveriam ser considerados na decisão todos os demais agentes que levaram o investigado a delinquir, e não tão somente o interregno em que este encampou a violação ao comando legal, pois ninguém comete um crime por vontade própria.

Como se sabe, alguns desses agentes foram devidamente pormenorizados neste trabalho, a exemplo dos que seguem: i) a suposta irracionalidade do delinquente, o qual, sem qualquer capacidade de autodeterminação, decide realizar um ato ilícito que só lhe trará prejuízos; ii) a estagnação do mesmo durante o processo de evolução social, que, por não conseguir galgar níveis maiores de cultura, restou arraigado para todo o sempre a uma personalidade primitiva e ignorante; iii) o seu insucesso ao tentar sobrepujar a sociedade e desvencilhar-se de seus grilhões, o que o condenou ao seu eterno domínio pela coletividade; e iv) as batalhas constantes travadas pela sua razão contra impulsos delituosos internos, aos quais não consegue resistir, o que acaba conduzindo o indivíduo à vida do crime.

Isto posto, convém, então, fazer o seguinte questionamento: o que aconteceria se o magistrado, integrante da tão seleta classe de homens racionais, "antecipadores" e socialmente bonapartistas se defrontasse com alguém marcado por uma personalidade diametralmente oposta à sua, erigida sobre o conturbado contexto delineado acima?

Assim responde o alemão:

"O criminoso que conhece todo o fluxo das circunstâncias não vê seu ato tão fora da ordem e da inteligibilidade como seus juízes e censores; mas

seu castigo é mensurado justamente conforme o grau do espanto de que eles são tomados, ao ver o ato como algo incompreensível [grifo nosso]³⁰.

Desta forma, Nietzsche justifica o julgamento irracional da lide pelo juiz (ora, se prolatou o veredito mais conforme um sentimento pessoal do que em observância a uma previsão legal) com a repulsa externada por este frente à normalidade com que o delinquente encara o fato de ter cometido um ato antijurídico.

De fato, para alguém que resistiu às amarras da sociedade e que se encontra, hoje, em um nível intelectual elevado, não é fácil digerir que um indivíduo encararia com tamanha frieza as inúmeras repercussões geradas pela prática de um delito, seja no seio social, a exemplo da germinação de um sentimento de insegurança coletiva, seja na sua esfera pessoal, em razão da pena que sobre ele recairá. Por outro lado, para o criminoso, dado o seu passado de opressão e a sua natureza selvagem, a violação da norma jurídica traduz-se, talvez, no menor dos males, um ato tão corriqueiro e banal para a sua realidade que pouco terá a perder quando for devidamente sancionado.

O problema, contudo, não reside no fato de o magistrado estranhar a tranquilidade do criminoso naquelas circunstâncias, mas, sim, de deixar que esse sentimento ofusque o exercício de sua função ao ponto de se ver completamente despido de qualquer racionalidade para julgar, prudentemente, o caso concreto trazido à sua apreciação.

Ao fazê-lo, o juiz, além de cometer uma infeliz injustiça – vez que, inevitavelmente, acabará aplicando a pena com maior rigor –, promove um “corte arbitrário” na vida do acusado, analisando apenas as circunstâncias imediatamente percebíveis que corroboraram a violação da norma e ignorando todo o restante que contribuiu para que o mesmo fosse conduzido até a presente situação. Trata-se, na verdade, de uma imprecisão própria da observação humana³¹, a qual “toma um grupo de fenômenos como um só e o denomina um fato”, mas olvida que entre este

³⁰NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano II**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.133-134.

³¹ Na verdade, essa falha parece estar presente até mesmo na tradição jurídica. Como aduz FEITOSA (2008, p.141), “os juristas em geral comportam-se como se os primeiros [os fatos] fossem dotados de objetividade intrínseca”, prescindindo, portanto, de que sobre seus meandros fosse empreendida a atividade de um exegeta. Tamanha é a influência dessa doutrina na seara jurídica que, tendo tal desembocado “na regra dogmática pela qual só as questões de direito seriam passíveis de interpretação”, para o autor, aparentava sugerir-se, erroneamente, até mesmo a possibilidade de as mesmas serem estudadas separadamente das questões de fato, o que, por óbvio, não era possível na práxis, vez que tais elementos se encontravam naturalmente imbricados no processo.

fato e um outro fato existe não um vácuo, mas um fluxo contínuo de eventos que não podem ser ignorados³² e muito menos apreciados de forma isolada no tempo e no espaço.

Nesse mesmo sentido, excerto já citado de “Humano, demasiado humano II”:

É arbitrário parar no criminoso, quando se pune o passado: não se querendo admitir a absoluta escusabilidade de toda culpa, dever-se-ia parar em cada caso e não olhar para trás: ou seja, isolar a culpa e não mais relacioná-la com o passado absolutamente— se não, comete-se pecado contra a lógica.³³

Entretanto, à guisa de conclusão, cabe trazer à tona um aspecto curioso suscitado por Nietzsche em suas reflexões. Na sua visão, o julgador, ao ser defrontado com o transgressor, além de nutrir a já falada ojeriza à tranquilidade esboçada pelo mesmo diante do ato ilícito praticado, se depara, ainda, com um medo que nunca sentira antes, corolário do seu espelhamento imediato na figura do criminoso³⁴.

É que, apesar da crucialidade dos outros aspectos esmiuçados, o único fator que aparenta manter, definitivamente, o juiz distanciado da senda do crime é a sua racionalidade, que o conserva incólume perante os incontroláveis impulsos delituosos que, um dia, o afligiram. Tanto é que, como pontua o alemão, “se dissesse em voz alta o que já fizeste em pensamentos, todos gritariam: “Fora com esse imundo, com esse verme venenoso!”, pois em nada tal se diferiria daquele que efetivamente violou a norma jurídica.

“Uma coisa é o pensamento, outra é o ato”, mas só de saber que por pouco não cedeu a um estilo de vida de tamanha perversão, fica o juiz amedrontado e, conseqüentemente, vulnerável, sendo a pena por ele aplicada, portanto, mais do que um meio de dominação social, um legítimo instrumento de defesa contra o desconhecido.

Forçoso deduzir que esta conjuntura abre margem para o abalizamento de uma série de injustiças cujos efeitos podem ser catastróficos. Nesse contexto, foi cirúrgico Douzinas ao rememorar que, em outros séculos, o Soberano, guiando-se por uma afirmação sem precedentes de sua vontade pessoal, frente à ordem por ele representada, transformou o seu anseio e predisposições opressoras em um cenário

³² NIETZSCHE, Friedrich. Op cit., p.126.

³³Ibidem, p.135.

³⁴Idem. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.35.

de completa negação de todo e qualquer direito, o que se pode ilustrar desde os campos de concentração nazistas e os *gulags* aos desastres de Hiroshima e Nagasaki³⁵.

Nesse excerto, o autor referiu-se ao Soberano enquanto chefe de um Estado que, munido das prerrogativas próprias de sua autoridade, materializa os seus desejos mais recônditos de maneira subversiva, ceifando vidas e semeando o caos em toda a sua jurisdição (e, muitas vezes, além dela). Desta feita, guardadas as devidas proporções, entende-se que tal passagem comporta uma pertinente analogia para com a figura do Soberano enquanto julgador, o qual, muitas vezes, adota decisões arbitrárias e discricionárias, oprimindo minorias da sociedade e inviabilizando a consecução da segurança jurídica na práxis, questão que será merecidamente abordada na próxima etapa desta pesquisa.

Ao fim e ao cabo, não restam dúvidas a respeito do porquê de as reflexões tecidas por Nietzsche acerca do processo de tomada de decisão no Direito terem merecido o esforço intelectual promovido pelo presente trabalho até então. Dotadas de uma precisão e acidez típicas daquele pensador, apresentavam aquelas reflexões uma inovação sem precedentes para a época em que foram costuradas, continuando, ainda, a guardar relações com a realidade jurídica hodierna.

Desta forma, entendendo-se superada esta etapa, muda-se o foco de análise, agora, para o estudo de um outro autor, o qual, não obstante ter se preocupado com dimensões mais “palpáveis” da seara jurídica, sobretudo com o estudo da teoria da decisão, ainda assim um pé na boa filosofia. Fala-se aqui, e também doravante, de Carl Schmitt, expoente máximo do decisionismo jurídico.

³⁵DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 378.

2 CARL SCHMITT E O DECISIONISMO JURÍDICO

Para melhor compreender a raiz do decisionismo jurídico, insurge imprescindível tecer, antes, algumas considerações a respeito do contexto histórico em que se encontrava inserido o maior expoente desta polêmica corrente doutrinária, o jurista Carl Schmitt.

Nascido na cidade de Plettenberg, em 11 de julho de 1888, cresceu o alemão no seio de uma fervorosa família católica, cujos ensinamentos religiosos reverberariam indelevelmente em toda a sua produção intelectual. Já em 1907, iniciou o seu curso de Direito na Universidade de Berlim, onde ficou por apenas um ano, quando, então, se mudou para Estrasburgo, para, enfim, concluir os seus estudos. No local, teve contato com o antipositivismo neokantiano, corrente que também se faria presente em seus escritos, sobretudo nas críticas do autor dirigidas ao positivismo kelseniano.

Em 1910, se graduou, época em que, além de ter publicado importantes livros e artigos, passou a fomentar um sentimento de exaltação ao Estado, único ente legítimo, ao seu ver, para ditar o Direito e exigir de seus jurisdicionados o seu cumprimento irrestrito. Tal vertente de pensamento perduraria até, aproximadamente, 1919, período em que, influenciado pelos movimentos revolucionários que fervilhavam na Alemanha, pelas crises políticas do Parlamento weimariano e pelas repercussões negativas decorrentes da assinatura do Tratado de Versalhes, Schmitt viu o seu foco de discussões mudar para, principalmente, o uso dos poderes de exceção pelo governante durante a vigência do caos social.

Finalmente, em 1928, a convite de Hugo Preuss, assumiu a cátedra de Direito na Escola Graduada de Administração e Negócios de Berlim, consolidando-se, assim, como um renomado jurista e iniciando de vez a sua carreira na esfera política.

Contudo, apesar do valoroso legado deixado pelo pensador ao Direito, é válido endossar que o seu currículo e idoneidade, outrora impecáveis, foram infeliz e severamente maculados quando o autor se filiou ao Partido Nazista, em 1º de maio de 1933, a convite do conterrâneo filósofo Martin Heidegger. Após passar, a partir de então, a fazer frequentes registros antisemitas em suas obras para comprovar à

cúpula nazista que, de fato, havia aderido à sua ideologia matriz³⁶, viu seus esforços, no fim, serem recompensados, posto que, em 1934, além de gozar do título de *Kronjurist* do Reich, passou a manter contatos frequentes com controversas personalidades da política hitlerista, como Goebbels, Göring e Rosenberg.

Ao fim e ao cabo, em 1936, com a queda de sua popularidade no Partido Nazi e a consequente perseguição encampada por este em seu desfavor, se viu o alemão obrigado a silenciar-se em absoluto sobre quaisquer assuntos atinentes à política nacional, dedicando, assim, o resto de sua vida apenas ao estudo de problemas afeitos às relações de escopo internacional.

Dessarte, pode-se perceber que, apesar de suas falhas, inúmeras foram as contribuições de Schmitt para a seara jurídica, área do conhecimento que, desde o início de sua trajetória acadêmica, nunca escapou de suas preocupações teóricas. Entretanto, como falado, não buscará a presente pesquisa se ater a todas aquelas discussões promovidas pelo alemão, sendo o seu foco principal apenas a tese que o consagrou, o decisionismo jurídico, ambientada, sobretudo, no segundo momento das suas reflexões sobre a decisão, época em que passou a se dedicar ao estudo do constitucionalismo e das teorias da ditadura e da soberania³⁷.

Isto posto, é imprescindível que se inicie tal abordagem a partir da análise daquela que é, provavelmente, a obra definidora da doutrina em estudo, a qual será devidamente pormenorizada no capítulo a seguir.

2.1 Sobre os três tipos do pensamento jurídico

No âmbito da obra que intitula a presente sessão, considerada um divisor de águas para o delineamento da doutrina do decisionismo jurídico, Carl Schmitt tratou de discutir, principalmente, acerca dos diversos conceitos de Direito possíveis de serem obtidos conforme se atribua, alternativamente, um protagonismo aos aspectos *norma*, *ordenamento* e *decisão* na práxis. Desta forma, partindo do

³⁶Não obstante existir quem relativize o teor dos escritos de Schmitt neste período, concebendo-os mais como um produto das pressões por ele sofridas para não ser morto do que necessariamente um reflexo de seu pensamento, não pretende este trabalho comungar destas opiniões. Dessarte, à medida que este se empresta ao decisionismo jurídico para proceder o seu estudo, repudia-se, em maior proporção, as consequências nefastas que, um dia, decorreram deste pensamento.

³⁷ A primeira fase do pensamento do alemão, cujo marco definidor foi a sua obra “Direito e julgamento. Uma investigação sobre o problema da práxis jurídica” (tradução livre), dedicada a uma análise sistemática da decisão judicial como elemento da práxis jurídica, não será abordada por este trabalho.

pressuposto de que estes elementos não se excluem mutuamente – vez que inerirão quaisquer concepções de Direito eventualmente logradas, validando-as conforme o seu protagonismo em seu âmago –, tinha Schmitt apenas o intuito de verificar como o Direito se comportaria caso acolhesse com uma hierarquia distinta cada um dos elementos citados, não havendo qualquer intenção do autor de estabelecer entre eles uma relação prática de oposição.

Desta forma, adotando como ponto de partida o aspecto *norma*, reflete o autor sobre um Direito cuja validade assenta-se, primariamente, em sua codificação, ou, em sua acepção mais comum, em seu “ordenamento jurídico”. Essa última expressão merece nossa atenção, vez que sua plurivocidade foi alvo de uma pertinente análise etimológica perpetrada no bojo da obra em comento. Para Schmitt, não obstante estes substantivos compostos terem sido relevantes no longínquo contexto de sua cunhagem³⁸, seria descabido o emprego do termo “ordenamento jurídico” nos dias de hoje, vez que o mesmo encobre a diferença não tão somente literal existente entre “o pensamento de regras e o pensamento dos ordenamentos”³⁹, concepções opostas que não podem conviver harmoniosamente e que serão analisadas doravante.

Nessa toada, uma das facetas possíveis do termo “ordenamento jurídico” conceberia o direito como uma mera síntese de leis, uma ordem que se compreende erigida sob a égide absoluta do diploma legal. Segundo o autor, os normativistas, sectários desta concepção, apoteosavam as regras estatais, alçando-as acima da situação concreta em razão das supostas superioridade e sublimidade a elas inerentes. A justificativa seria a de que a norma exararia uma justiça objetiva e impessoal, diferentemente daquela encampada por um direito calcado na decisão, essencialmente arbitrária, ou no ordenamento, variável no tempo e no espaço, implicando, assim, que todo evento jurídico poderia, na práxis, ser dissolvido em uma série de dispositivos válidos.

Ocorre que é justamente na raiz dessa doutrina que reside a sua principal contradição. Emprestando-se a uma análise histórica da Constituição dos Estados Unidos de 1787, que pretendia fazer do Estado de direito um *government of law*,

³⁸ O autor cita como exemplo a expressão “nacional-socialismo”, que pôs fim à “separação e contradição que existe entre os conceitos de nacionalismo e de “o socialista”, e, por sua vez, de socialismo e “o nacional” (MACEDO JR., 2013, p.48, tradução nossa).

³⁹ SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 49.

aduz Schmitt que este último vocábulo não se remete (e nem pode fazê-lo) apenas à regra estatal, mas ao direito como um todo, que é, ao mesmo tempo, norma, ordenamento e decisão. E não podia ser diferente. Como pontua o alemão, mesmo que se tente construir um juiz que responda apenas à norma, “enquanto órgão puro da norma pura”, adentra-se, inevitavelmente, em instâncias que não remetem a uma regra em si, mas a elas mesmas enquanto integrantes de um ordenamento autônomo. Ora, uma lei não se faz valer sozinha, e muito menos pode, por si só, definir quem irá interpretá-la e manejá-la. Da mesma maneira, apesar do juiz ser o responsável por representar o poder punitivo estatal, não decorre a legitimidade da sua função apenas de previsões legais, mas “de uma organização concreta dos tribunais e de nomeações e convocações pessoais”. Assim, em suma, não se pode atribuir à norma uma autonomia e soberania próprias, vez que tais qualidades só são experimentadas mediante a sua validação prévia por um ordenamento abstrato fundante.

Mas o que seria um ordenamento? Para Schmitt, este se materializaria na correspondência existente entre uma situação concreta, seja juridicamente relevante ou não, e as normas genéricas/conceitos normais concretos que a medem⁴⁰, embora esta não seja uma regra absoluta. Tal relação de reciprocidade, entretanto, restringir-se-ia apenas ao direito concebido exclusivamente com base no aspecto em tela [*ordenamento*], já que no caso dos normativistas o que se promove é justamente o contrário: uma cisão entre norma e realidade.

Segundo estes últimos, a lei conserva-se sempre “em ordem” no plano dos fatos, de modo que um fenômeno antijurídico encampado em seu bojo em momento algum estaria violando o dispositivo legal que o previu, mas apenas atraindo a sua aplicação. Assim, seguindo essa lógica, um criminoso, ao cometer um delito, não transgrediria nada, pois “Normatividade e facticidade são “planos inteiramente distintos””, razão pela qual, novamente, não faz sentido prosperarem aquelas teses excessivamente apegadas à dicção dos textos normativos.

Dessarte, retomando a análise do direito enquanto ordenamento, especificamente no que tange à relação existente entre a situação concreta e as normas genéricas abstratas, discorre Schmitt que essa ordem se perfaz diariamente mediante a previsibilidade do funcionamento das relações de troca entre as pessoas na sociedade, as quais se dão de forma involuntária e natural. É o caso, e.g., do

⁴⁰ Ibidem, p. 55.

tráfego de trens em consonância aos seus horários de funcionamento. Ora, não obstante seus momentos de chegada e de saída encontrarem-se previamente fixados nas suas estações (o que consistiria uma “norma” *lato sensu* e, portanto, poderia ser um argumento pertinente para os normativistas), quem os impõe, na verdade, não são os passageiros ou os funcionários do local (não essencialmente), mas a própria “tabela de horários” em si, a qual exara a sua autonomia conforme o seu papel na sociedade, sendo a obediência dos passageiros e dos trens aos ditames por ela estabelecidos um autêntico exemplo de “ordem”. Assim, a ingerência do homem, aparentemente necessária em um direito baseado na norma, é, ao revés, dispensada em um sistema cuja validade é extraída de um ordenamento abstrato autônomo.

Entretanto, a previsibilidade proposta para esta seara não constitui uma regra universal e imutável, pois, como se sabe, nem todas as esferas da vida funcionam de forma tão matemática quanto um tráfego de veículos, muitas vezes em virtude de sua natureza institucional. É o caso, e.g., do matrimônio e da autoimposição do poder familiar, que se constituem dia após dia e sobre os quais pouco se pode antever. Por essa razão, é preciso Schmitt ao pontuar que “a maioria dos costumes, regularidades e cálculos dentro de um ordenamento podem e devem servi-lo, mas não criar e esgotar a essência deste”⁴¹.

Ante o exposto, retomando à discussão suscitada no início deste capítulo, resta cristalino qual seria o outro sentido possível de ser atribuído à ambígua expressão “ordenamento jurídico”. Desta forma, ao se focar o ordenamento em detrimento da norma, perde esta o seu antigo protagonismo e passa, então, a ser entendida como um mero apêndice daquele primeiro elemento, abstrato e autônomo, que não deriva de normas genéricas, mas gera tais normas “a partir do seu próprio ordenamento e com vistas a ele”. Aqui, não se concebe qualquer possibilidade de regulamentar o ordenamento em sua integralidade, cabendo, portanto, ao legislador a crucial e derradeira decisão de “assumir e utilizar os conceitos jurídicos concretos, dados juntamente com a instituição, ou de destruir a própria instituição”.

Entretanto, apesar da pertinência das considerações acima tecidas, seria redundante sustentar que o referencial teórico por ora abordado não acolhe a norma ou o ordenamento como protagonista da sua concepção de direito, e sim a decisão,

⁴¹ Ibidem, p. 59.

vez que expoente da doutrina do decisionismo jurídico. Por óbvio, tal questão também não fugiu do escopo da obra em comento, motivo pelo qual insurge imprescindível a sua análise, a qual será delineada a seguir.

2.1.1 Do pensar o direito com enfoque na decisão

O último fundamento de toda a existência do direito e de todo valor jurídico pode ser encontrado em um ato de vontade, em uma decisão que, como tal, cria direito, e cuja “força jurídica” não pode ser deduzida da suposta força jurídica das regras de decisão; pois também uma decisão que não corresponde com uma regra cria direito⁴².

Como se pode deduzir do trecho colacionado, para Schmitt, todo direito erige-se sob a égide da *decisão*, sendo este o único elemento que, em prejuízo da norma e do ordenamento, garante a sua validade interna. Assim, atribuindo a tal aspecto uma supremacia ímpar no âmago de tal ordem, aduz o autor que o fundamento último desta não repousa na regra estatal *per se*, mas na autoridade emanada pela decisão que, no caso concreto, foi dada com base nesta regra.

Diante disso, perde força, e.g., a tradição normativista, a qual não acolhe o desvencilhamento da norma estatal em relação a um discurso focado na decisão por pressupor justamente a necessidade de tal retirar daquela regra o seu alicerce de validade. Para esses pensadores, seria coerente deduzir que, por os decisionistas relegarem a lei, só restaria às decisões dos magistrados extraírem de si mesmas os seus próprios fundamentos, o que as tornaria contrárias ao direito e, corolário a isso, inválidas. Entretanto, essa lógica não pode prosperar. É que, como foi apontado outrora, a decisão é apenas o resultado de uma escolha exegética, i.e., da adoção pelo julgador de uma única interpretação da regra estatal dentre as várias outras possíveis por ela suscitadas, não havendo, assim, quaisquer óbices à aplicação, na práxis, de um sentido que não se encontra agasalhado pela moldura jurídico-kelseniana, vez que de todo modo continuará autêntico e produzindo direito.

Entretanto, o decisionismo não consiste apenas em “decidir por tão somente decidir”. Para Schmitt, este evento tem uma razão de ser: só há decisão porque existe antes uma conjuntura de caos social, uma urgência cujo apaziguamento só pode ser logrado mediante a criação de um novo direito, imposto pela vontade de alguém com autoridade para findar a lide e instaurar a paz, qual seja, o Soberano.

⁴² Ibidem. p. 65.

Sobre isso, vale fazer um esclarecimento. Ao revés do que se costuma pensar, quando se fala em autoridade, não necessariamente se está remetendo à necessidade de quem faz cessar o caos ser titular de alguma função ou cargo público. Aqui, o termo é compreendido em seu sentido amplo, referindo-se, portanto, a todos aqueles que decidem soberanamente, i.e., com ímpeto suficiente para fazer valer a sua vontade em meio a toda a desordem. Em verdade, trata-se de uma prova real que a tradição barroca alemã deixou profundas marcas no pensamento de Schmitt, tendo Walter Benjamin, célebre estudioso desta corrente, assim disposto: “Ao passo que o conceito moderno de soberania resulta no exercício pelo Príncipe de um poder executivo supremo, o do Barroco nasce de uma discussão sobre o estado de exceção, e considera que impedi-lo é a mais importante função do Príncipe”⁴³.

Feito este aparte, tem-se, então, a nota distintiva do decisionismo jurídico frente aos vereditos de qualquer outra natureza. Ora, não podem ser designados como decisionistas o papa ou até mesmo Deus, e.g., pois não obstante o caráter vinculante de suas decisões – impositivas por natureza, seja em razão do dogma da infalibilidade papal, seja pela obrigatoriedade moral de se agir conforme o desígnio divino, ignorados, assim, quaisquer juízos de valor eventualmente tecidos sobre essas condutas –, tais não põem termo a algum desconcerto social ou mesmo fundamentam o ordenamento religioso ou a Igreja.

Entretanto, vale salientar que Schmitt não chegou a essa concepção de decisionismo sozinho. Pelo contrário. É cediço que o autor bebeu com veemência da teoria seiscentista hobbesiana sobre o estado de natureza, no bojo da qual o Soberano e seu poder, fruto da vontade popular, ganharam notável expressão. Assim, ante o conflito, para o teórico inglês,

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros [...] é conferir toda sua força e poder a um homem [...] que possa reduzir suas diversas vontades [...] a uma só vontade. O que equivale a dizer: [...] todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. [...] É nele que consiste a essência do testado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de

⁴³BENJAMIN, Walter. **Origem do drama barroco alemão**. São Paulo: Brasiliense, 1968, p. 89.

todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.⁴⁴

Desta forma, na esteira do pensador supra, todo o direito (entenda-se norma, lei e ordenamento) é, essencialmente, produto da decisão do Soberano, i.e., daquele “que decide sobre o estado de exceção”⁴⁵. Isto posto, cabe aqui esclarecer que Carl Schmitt não restringe o estado de exceção apenas ao caos social ou a situações de calamidade pública, compreendendo-o, portanto, em sua acepção mais abrangente. Ora, como bem pontua Saul Kirschbaum, “É na exceção e não na normalidade que se pode verificar quem realmente detém a soberania”⁴⁶. Apesar disso, não constitui o desiderato desta pesquisa se aprofundar no delineamento daquele conceito, dadas as suas complexas ramificações nas discussões promovidas pelo autor em tela em seus escritos, razão pela qual atém-se apenas à gênese do poder do Soberano e aos impactos que o mesmo gera na ordem jurídica.

De todo modo, em síntese, conclui-se que o estado de natureza, marcado pela ausência de paz e constante conflito, onde “o homem é o lobo do homem”, só pode passar desse período de anarquia e insegurança para um estado político de ordem e harmonia quando houvera imposição de uma vontade maior que se fizer lei. Consequentemente, é lógico deduzir, em observância ao acima exposto, que o Soberano, ao decidir, inaugura uma nova ordem jurídica, principalmente para pôr termo à grave crise política que acometia a sociedade. Isto posto, aprofundando melhor essa questão, calha traçar a dedução que segue.

Ora, se aquela decisão valida o que vem depois, não se pode supor, como já foi falado inicialmente, que havia alguma lei ou ordenamento a ela prévios que a fundamentavam, pois, ainda que tais existissem, deles não se poderia extrair qualquer embasamento, vez que a decisão é, por si só, incondicionada. Assim, se não se tinha antes um corpo legal válido e eficaz e a decisão soberana, em virtude disso, não retirava de lugar algum o seu fundamento de existência, é possível deduzir que, ao criar esta nova ordem jurídica após a imposição de seu veredito, o Soberano valida tanto a si mesmo, que era processualmente incompetente para decidir, quanto todo o ordenamento e regras estatais que surgiram posteriormente à

⁴⁴HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 61.

⁴⁵SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006a, p. 13.

⁴⁶KIRSCHBAUM, Saul. **Carl Schmitt e Walter Benjamin**. Cadernos de Filosofia Alemã 8, 2002, p. 63.

manifestação daquele seu ato volitivo. Como sustenta Schmitt, “a decisão soberana é o início absoluto, e o início [...] não é outra coisa senão decisão soberana”, que “nasce de um nada normativo e de uma desordem concreta”⁴⁷.

Ainda em Hobbes, tal ato de vontade ganha um novo sentido, onde passa a ser entendido como uma “ditadura estatal”, pois, “tendo surgido da *bellum omnium contra omnes* [guerra de todos contra todos], tem o fim de impedir permanentemente esta guerra, que voltaria a se instalar imediatamente após os homens se verem livres da pressão do Estado”. É por isso que a lei nova, que foi instaurada “do nada”, precisa ser ditada, pois, caso não houvesse uma decisão que se sobrepujasse às opiniões dos homens, pífios seriam os seus efeitos naquela situação de urgência coletiva⁴⁸.

Nessa esteira, merece nossa atenção a expressão destacada, vez que constituirá um dos principais temas abordados por Schmitt em suas reflexões políticas, sobretudo em sua fase de maturidade. Assim, elaborando uma teoria a partir de um aperfeiçoamento da distinção feita por Bodin entre a soberania *par excellence* e a ditadura, concebe Schmitt dois tipos de tiranos: o comissário e o soberano.

O primeiro é aquele que substitui o chefe de Estado democraticamente, a partir de uma delegação do mesmo, a fim de pôr termo a ocorrências extraordinárias que porventura passaram a acometer a coletividade, a exemplo do descontrole de uma crise ou o estopim de uma insurreição. Assim, lança mão de uma suspensão temporária da Constituição *in concreto* em alguns distritos (entende-se aqui aqueles arrebatados pelos sinistros, embora tal atitude não condiga com as doutrinas constitucionalistas mais puristas, as quais não abalizam uma suspensão regionalizada da Magna Carta) para justamente proteger esta mesma Constituição em sua existência concreta, a qual não deixa de ser válida em virtude de a interrupção de sua vigência se tratar apenas de uma mera excepcionalidade⁴⁹. Outrossim, por fundar-se em um *poder constituído* (*pouvoir constitué*), transmitido apenas excepcionalmente, tem o ditador comissário prerrogativas limitadas no tempo e no espaço, que se exaurem tão logo tais fronteiras sejam ultrapassadas.

⁴⁷SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p.30-31.

⁴⁸Idem. **La Dictadura**. Madrid: Revista de Occidente, 1968, p.54.

⁴⁹Ibidem, p. 181.

De outra banda, já plantando as sementes para uma futura doutrina constitucionalista, aduz Schmitt que o ditador soberano se alicerça em um *poder constituinte* (*pouvoir constituant*), a exemplo daquele encampado durante a Revolução Francesa. Este, assim como o direito ao qual deu azo à decisão do Soberano, é incondicionado, inicial e está em constante evolução, jamais subordinando sua existência política a uma formulação definitiva⁵⁰. Em suma, a ditadura soberana “não apela a uma Constituição existente, mas a uma Constituição que vai implantar”⁵¹.

Isto posto, apesar das falhas percebidas por Schmitt nos direitos erigidos sobre os elementos *norma* e *ordenamento* e das extensas considerações tecidas até então, isso não quer dizer que estão imunes a contradições internas as ordens cujas pedras angulares se assentam no aspecto da *decisão*. Estas, vale dizer, talvez até aviltariam ainda mais à segurança jurídica dos indivíduos se comparadas com as outras acepções abordadas pelo autor. Assim, a caráter ilustrativo, vale citar como exemplo a possibilidade já comentada de uma decisão que extrapola a moldura kelseniana ser aplicada no caso concreto e, ainda assim, ser considerada autêntica, simplesmente por ser uma interpretação legítima promovida pelo órgão judicante, o que, a longo prazo, tenderia a minar os pilares de um Estado que pretende autoafirmar-se democrático de direito.

Ao fim e ao cabo, é forçoso dizer que as discussões desenvolvidas por Schmitt sobre a temática em tela vão muito além das considerações que esse trabalho foi capaz de tecer. Apesar disso, deduz-se que, pelo menos, o intuito precípua desta etapa, qual seja, a dissecação do decisionismo jurídico, foi devidamente logrado. Dessarte, tem o próximo e último capítulo o desiderato de cotejar esta doutrina delineada pelo autor em estudo com as críticas dirigidas por Nietzsche à esfera jurídica, sobretudo no que tange ao processo de tomada de decisão encampado pelo magistrado, discussão sobre a qual a presente abordagem debruçar-se-á a seguir.

⁵⁰Idem. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2006b, p.97.

⁵¹Idem. Op cit., p.183.

3 DA RELAÇÃO ENTRE O CRITICISMO NIETZSCHIANO E O DECISIONISMO JURÍDICO DE CARL SCHMITT

Desde o seu início, buscou a presente pesquisa responder ao seguinte questionamento: “é possível constatar algum ponto de convergência entre os pensamentos de Nietzsche e Carl Schmitt, não obstante tais autores terem se preocupado, em seus escritos, com áreas do conhecimento distintas?”. Em observância às considerações expostas até então, sustenta-se que a resposta não podia ser outras e não positiva.

Na verdade, esta conclusão já podia ser antevista *ab initio*, vez que, enquanto o primeiro pensador externava contundentes críticas à maneira que o juiz, por meio de sua subjetividade, deslindava o caso concreto, o derradeiro se debruçava sobre porque o direito merecia ser compreendido como uma ordem edificada não sob a supremacia dos elementos *norma* ou *ordenamento*, mas da *decisão* do Soberano. Entretanto, é óbvio que tal ressonância será delineada de forma mais aprofundada, o que, para que seja lograda uma melhor didática, será realizado de maneira fragmentada.

Assim, é sabido que, primeiramente, tratou-se sobre uma proposição de Nietzsche no sentido de que era contraditório o princípio da Escola Penal Clássica pregoeiro de uma igualdade inata entre os homens. Não abalizava o autor a tese de Beccaria que afirmava a necessidade de sempre ser aplicada para um determinado crime uma mesma sanção, independentemente das circunstâncias em que tal fora cometido, pois, por serem diferentes, não deveriam os homens ser alvo de tratamentos jurídicos semelhantes.

Desta feita, fundamenta o seu ponto de vista rechaçando a raiz dos movimentos igualitários, cujas incursões mais promoveram desastres e derramamento de sangue do que a implementação de seu bastião, e sustentando que tais tinham como seu foco principal apenas a tomada do poder, e não a promoção de uma isonomia entre os homens. Ademais, após discorrer sobre o caráter consequencial dos direitos subjetivos dos indivíduos em relação ao grau de poder por estes titularizado, refletiu sobre a coesão dos ordenamentos jurídicos antigos que, frente à diferencial natural entre os indivíduos, buscavam tratá-los desigualmente não para igualá-los, mas porque era justamente essa natureza de cuidados aos quais deveriam fazer jus.

Apesar disso, por a discussão acima se tratar de um estudo incipiente, em que ainda se preparava o terreno para as exposições a que se daria lugar no futuro, não foi possível aferir, ao menos neste primeiro momento, qualquer conexão entre Nietzsche e Carl Schmitt— na verdade, uma análise mais apressada poderia até mesmo revelar que entre Nietzsche e Carl Schmitt só haveriam dissonâncias, dadas as perspectivas distintas dos autores sobre, e.g., a Revolução Francesa⁵² —, empecilho que só viria a ser solapado na etapa subsequente.

Dessarte, em um segundo momento, foram analisadas, no âmbito do princípio penalista clássico do livre arbítrio, as críticas de Nietzsche dirigidas à ilusória proposição, igualmente sustentada por Beccaria, de que uma maior inteligibilidade dos diplomas legais acarretaria em uma redução da criminalidade, sob a justificativa de que a população mais leiga, agora ciente do real peso de suas condutas, pensaria duas vezes antes de delinquir. Segundo o milanês, a delinquência decorreria de uma decisão consciente do indivíduo, tese que Nietzsche rejeita por não conceber a possibilidade de alguém cometer um ato que, sabidamente, lhe trará prejuízos no futuro. Tal fenômeno social, em sua visão, tem uma explicação muito mais intrincada e complexa, abrangendo desde o histórico de degeneração social do transgressor, que não conseguiu se desvencilhar dos grilhões impostos pela coletividade, até uma incapacidade do mesmo de agir racionalmente, a qual, somada ao seu arrebatamento por impulsos delituosos irresistíveis, leva-o a ingressar na vida do crime.

Ademais, após sugerir que seria cruel e contraproducente apenar o criminoso pela prática de um delito, vez que se incorreria em um *bis in idem* por aquele já ter sido sancionado, de certa forma, pela sua própria história de vida, aduziu o niilista que, diante da tamanha relevância atribuída, na fixação da pena, ao passado do delinquente, não se deveria analisar tão somente o intervalo de tempo que ensejou a prática do crime, mas também todos aqueles agentes que, direta ou indiretamente, contribuíram para que o investigado incorresse neste ato. Para Nietzsche, um destes responsáveis é justamente o magistrado.

⁵²Enquanto Nietzsche atribuía a esse movimento o sorrateirismo de uma tarântula, que ardilosamente inocula o seu veneno [neste caso, seus ideais] na sua presa e a faz “girar intensamente” [como se a adesão desta àqueles pensamentos a fizesse sofrer de uma maneira que nunca presenciara antes], Schmitt, ao revés, parecia abstrair da Revolução o seu saldo negativo, entendendo-a como uma expressão da vontade popular enquanto agente da mudança de um *status quo* político-social, que “tomava em suas mãos, com plena consciência, seu próprio destino, e adotava uma livre decisão sobre o modo e forma de sua existência política” (SCHMITT, 2006b, p. 96, tradução livre).

Entretanto, também nos moldes da etapa derradeira, o capítulo em tela contribuiu à presente pesquisa mais como uma edificação propedêutica à consecução do objetivo por aquela pretendido do que necessariamente com um parâmetro prático que externas se a ansiada intersecção entre os pensadores que por ora se estuda. Apesar disso, ao aduzir aquela última proposição, Nietzsche forneceu a chave para que fosse alcançado o ponto nevralgico desta discussão, pois, ao culpar, com razão, o magistrado pela perpetuação das injustiças ocorridas no âmbito dos julgamentos das lides, pressupôs, involuntariamente, o perigo fomentado pelo decisionismo jurídico schmittiano de o direito retirar o seu fundamento de validade única e exclusivamente do agir de tão somente um ente jurisdicional.

Isto posto, na terceira passagem do estudo sobre as críticas dirigidas por aquele pensador ao direito, ancorando-se na desconstrução promovida dos princípios da igualdade entre os homens e do livre arbítrio, retomou-se o porquê de ser inviável a aplicação de uma mesma pena sempre que for praticado um determinado crime que a ela fazer jus. Segundo Nietzsche, para que tal tese pudesse prosperar, seria imprescindível que fosse agasalhada a máxima de que o juiz, ao decidir, lança mão de uma lógica silogística para deslindar o caso trazido à sua apreciação.

Entretanto, tal conjectura, como já se falou, é impossível de ser lograda na práxis, pois concebe a decisão, um fenômeno naturalmente complexo e multifacetado, como uma mera atividade mecânica e dedutiva, desvincilhada dos incontáveis fatores que costumam inviabilizar a sua prolatação de maneira neutra e imparcial. Um destes agentes, como se sabe, é a própria norma jurídica, comumente plurívoca e cujo sentido definitivo (se é que se pode chegar a este nível) só pode ser extraído mediante a realização de uma atividade cognoscitiva pelo seu aplicador.

Como bem pontuou Kelsen, cabe ao exegeta, frente à vagueza e abstração da regra estatal, escolher uma dentre as várias interpretações possíveis da norma suscitadas por sua ilação e aplicá-la ao caso concreto. Dessarte é feliz Benjamin Cardozo ao aduzir que, não obstante o veredito ser apresentado e justificado em forma de silogismo (ou, por vezes, de entimema, segundo Khatarina Sobota⁵³), diverso foi o sinuoso trajeto percorrido pelo aplicador do direito para que aquele

⁵³SOBOTA, Khatarina. **Don't Mention the Norm!** in: International Journal for the Semiotics of Law (IJSL), Vol. IV, No. 10 (1991), S. 45-60, p.52

fosse alcançado, sujeito tanto à subjetividade do magistrado quanto aos demais caracteres extrajurídicos que eivam o processo de tomada da decisão.

O problema é que, por a interpretação do julgador ser naturalmente autêntica, i.e., única capaz de produzir direito, não aparentam haver óbices para, na esteira da argumentação de Kelsen, uma decisão que extrapola a moldura jurídica ser tão vinculante quanto qualquer outra adotada em observância aos limites impostos por esta abstração doutrinária. Nota-se, então, que a validade do veredito decorre mais da autoridade de quem o prolata do que necessariamente do seu conteúdo, máxima insculpida no âmago do decisionismo jurídico e que sinteticamente se elenca a seguir:

O último fundamento de toda a existência do direito e de todo valor jurídico pode ser encontrado em um ato volitivo, em uma decisão que, como tal, cria o direito e cuja 'força jurídica' não pode ser derivada da suposta força jurídica das regras de decisão, pois mesmo uma decisão que não corresponde à regra cria direito. Esta força jurídica de decisões contrárias à norma pertence a todo "ordenamento jurídico [grifo nosso]⁵⁴.

Entretanto, esta cristalina conexão entre Nietzsche e Carl Schmitt é ainda mais profunda do que aparenta ser. Como aduziu o niilista, o juiz, enquanto bastião da moral, muitas vezes deslinda o caso concreto guiando-se mais pela sua própria subjetividade do que pela razão da lei, o que acaba eivando a decisão com experiências, concepções e, principalmente, preconceitos do magistrado. Assim, na visão de Nietzsche, ao se defrontar com o criminoso, o julgador se sente aviltado por dois fenômenos cruciais.

O primeiro deles seria a tranquilidade do transgressor frente ao ato ilícito por ele praticado, que, na visão deste, não é nada de mais frente ao seu penoso histórico de vida. Tal perspectiva levaria o julgador a exarar uma profunda ojeriza em relação àquele sujeito, tamanho o desprezo e indiferença por estes nutridos em relação à ordem que fundamenta a autoridade e decisões impostas pelo Estado. De fato

Em segundo lugar, além desta repulsa, vê o julgador, no criminoso, um reflexo seu. Ora, não obstante a delinquência ser uma prática corolária de alguém irracional, que não gozou de oportunidades perante a sociedade e que por ela foi rechaçado, nada impede que um indivíduo moralmente evoluído ceda à senda do

⁵⁴SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 26-27.

crime por simplesmente não ter resistido aos impulsos delituosos que porventura emergiram em seu âmago, vez que é tão humano quanto o primeiro.

Isto posto, é forçoso, então, concluir que esta amálgama de repulsa e temor fomentada pelo magistrado inevitavelmente interferirá no exercício de sua atividade, que, ignorando todo o caráter fluente da vida do acusado e agasalhando apenas o intervalo de tempo em que se deu o crime por ele cometido, inevitavelmente apenará o transgressor com rigor maior do que o comum.

Desta forma, ao fim e ao cabo, ao somar-se uma concepção do direito edificada sobre a primazia do veredito (proposta por Schmitt) à fala da plurivocidade semântica das regras estatais e à relegação das decisões a critérios majoritariamente subjetivos dos magistrados (crítica delineada por Nietzsche), é possível constatar, além de uma perigosa conjuntura marcada por arbitrariedades, que põe em xeque a garantia dos indivíduos à segurança jurídica, também um segundo ponto de contato entre os pensadores alemães estudados, motivo pelo qual reputa-se alcançado o objetivo precípuo da presente pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho acolheu como seu objeto de estudo uma análise do direito, especialmente do processo de tomada de decisão, procedida sob a perspectiva crítica do filósofo alemão Friedrich Nietzsche. Posteriormente, buscou-se cotejá-la com os principais elementos da doutrina decisionista de Carl Schmitt, a fim de, enquanto problema de pesquisa, verificar se entre as mesmas existia algum ponto de contato. Para tanto, insurgiu imprescindível que fossem, antes, compreendidas as notas definidoras de tais pensamentos.

Assim, sobre o niilista, perpassou esta pesquisa por suas mais elementares discordâncias dos preceitos norteadores da Escola Penal Clássica, merecendo destaque a voltada ao julgamento imparcial, neutro e matemático da lide pelo juiz. De outra banda, no que diz respeito ao último pensador, discorreu-se, a partir de sua *magnum opus*, sobre o seu conceito de decisionismo jurídico, calcado na supremacia, no direito, da decisão judicial em detrimento de seus demais elementos constitutivos. Assim, sendo a compreensão dessas correntes os objetivos principais deste trabalho, verifica-se, por razões óbvias, que tais foram logrados com sucesso.

Prosseguindo, ante a esse estudo, percebeu-se que a discrepância temática que eivava o escopo de discussão de ambos autores – ora, enquanto Nietzsche promove, mediante um ancoramento crítico na Escola Penal Clássica, uma análise filosófica da seara jurídica, Schmitt, ao revés, debruça-se sobre um conceito de direito erigido sob o veredito do juiz – não constituiu um impeditivo à análise conjunta de suas reflexões, restando este temor registrado *ab initio*, portanto, devidamente superado.

Dessarte, à guisa de fornecimento de uma resposta à problemática proposta no início deste trabalho, elencou-se duas conexões que puderam ser vislumbradas nos pensamentos daqueles pensadores. A primeira delas, embora não tenha constituído uma intersecção expressa, forneceu um ponto de partida do qual futuramente partiria a ressonância central entre aqueles referenciais teóricos, o qual, imputando ao magistrado o ônus pelas injustiças perpetradas no âmbito do direito, anteviu os danos que uma ordem erigida sob a égide da decisão do Soberano, proposta defendida por Schmitt, poderia gerar à toda a coletividade.

No que tange à segunda relação obtida, pode-se sintetizá-la como o produto de uma união entre duas premissas, sendo estas: a supremacia da decisão na seara

jurídica, cujo expoente fora Carl Schmitt; a plurivocidade do texto legal, que dificulta a atividade do intérprete, e a prolatação do veredito com base maior na subjetividade do magistrado, prática veementemente denunciada por Nietzsche. Desta feita, a partir desta combinação, constatou-se uma tendência na seara jurídica de se fomentar uma conjuntura marcada pela adoção de decisões cada vez mais arbitrárias e discricionárias.

Entretanto, não é preciso que se envide muitos esforços para perceber que esta curiosa observação, em que pese um tanto preocupante, não mais se restringe ao campo das abstrações teóricas, estando muito mais próxima da realidade do que se costuma pensar. Em verdade, tal contexto, que põe em xeque a garantia dos indivíduos à segurança jurídica, parece estar cada vez mais presente no Judiciário, sobretudo no brasileiro, onde observa-se, e.g., cristalinas manifestações do já comentado fenômeno do *laxismo penal*.

Nessa esteira, não é de saltar aos olhos que a subordinação das bases de uma justiça formalmente isonômica ao mero alvedrio de quem a aplica tende a conduzir os jurisdicionados à esfera passiva de uma série de injustiças cometidas pelos julgadores. Assim, intrigam os questionamentos voltados a saber se, apesar disso tudo, ainda é ou não possível livrar o direito, definitivamente, destas amarras pessoais, antes que se vejam minados por completo os pilares modernos da democracia e da dignidade da pessoa humana.

De antemão, só se pode responder negativamente, dado o fato de que aqueles elementos subjetivos, por bem ou por mal, sempre estarão conduzindo as decisões, vez que quem as prolata não é regido dos pés à cabeça apenas pelas leis da natureza. Isto posto, poder-se-ia, então, conceber algum tipo de mecanismo – outro, no caso, dados os inúmeros artifícios já imbuídos nas codificações modernas com estes mesmíssimos objetivos – que atenuasse tais influências? Não se sabe, mas a verdade é que não será esta pesquisa (se é que haverá alguma que o faça, tamanha a abstração desta discussão) que conseguirá fornecer uma resposta satisfatória a esta pergunta.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem**. São Paulo: Editora 34, 2013.
- BENJAMIN, Walter. **Origem do drama barroco alemão**. São Paulo: Brasiliense, 1968.
- CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- FEITOSA, Enoque. Forma Jurídica e Direito Natural em Spinoza: ética e Estado laico entre descrição e prescrição. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 3, n. 56, p. 404 - 430, jul. 2019.
- FEITOSA, Enoque. **O discurso jurídico como justificação**: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2008.
- FERNANDES, Rodrigo Rosas. **Nietzsche e o Direito**. Tese (Doutorado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.
- FREITAS, Lorena. **Uma Análise Pragmática dos Direitos Humanos**. In: FREITAS, Lorena.; FEITOSA, Enoque. (Orgs.). **Marxismo, Realismo e Direitos Humanos**. João Pessoa: UFPB, p. 226-240, 2012.
- FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo**: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2009.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- KANT, Immanuel. **Crítica do juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KIRSCHBAUM, Saul. **Carl Schmitt e Walter Benjamin**. Cadernos de Filosofia Alemã 8, p. 61-84, 2002.
- LOSURDO, Domenico. **Nietzsche: o rebelde aristocrata**: biografia intelectual e balanço crítico. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt y la fundamentación del derecho**. Ciudad de México: Fontamara, 2013.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. São Paulo: Moraes, 1991.

MARX, Karl. **Crítica ao Programa de Gotha**. São Paulo: Boitempo, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. **A filosofia na Idade Trágica dos Gregos**. Edições 70, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. **Aurora**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a.

NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos**. Curitiba: Hemus, 2004b.

NIETZSCHE, Friedrich. **Escritos sobre o direito** (Tradução, apresentação e notas: Noeli Correia). Rio de Janeiro: PUC / São Paulo: Loyola, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano II**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

PLATÃO, 427 -347 a.C. **A República/ Platão**; Livros V-VII, Trad. Maria Helena Da Rocha Pereira, Lisboa, 13^a Ed, Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de Direitos Humanos. **Lua Nova - Revista de Cultura e Política**, n. 39, 1997.

SCHMITT, Carl. **La Dictadura**. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**: teoria do partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006a.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2006b.

SOBOTA, Khatarina. **Don't Mention the Norm!** In: International Journal for the Semiotics of Law (IJSL), Vol. IV, No. 10, p. 45–60, 1991.