

OSKAR VON BÜLOW E O NAZISMO

OSKAR VON BÜLOW AND THE NAZISM

VINÍCIUS LOTT THIBAU¹

RESUMO

O artigo examina dois escritos de Oskar von Bülow que, apesar de publicados no século XIX, ainda hoje, impactam os estudos de direito processual. A pesquisa formalizada pretende testar a hipótese de que, pelas obras *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* e *Gesetz und Richteramt*, Oskar von Bülow prestou importante contribuição para o incremento do Nazismo. Abordando o problema da autocracia judiciária sustentada pela produção acadêmica bülowiana, a pesquisa adota o método hipotético-dedutivo. Quanto ao objetivo, é exploratória e explicativa. Pelas técnicas empregadas, é bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Oskar von Bülow; movimento do direito livre; nazismo; autocracia judicial.

ABSTRACT

*The article examines two writings by Oskar von Bülow that, despite being published in the 19th century, still today, impact on procedural law studies. The formalized research intends to test the hypothesis that, by the works *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* and *Gesetz und Richteramt*, Oskar von Bülow made an important contribution to the increment of Nazism. Addressing the problem of judicial autocracy sustained by bülowian academic production, the research adopts the hypothetical-deductive method. As for the objective, it is exploratory and explanatory. Due to the techniques employed, it is bibliographic and documentary.*

Keywords: Oskar von Bülow; free law movement; nazism; judicial autocracy.

1. INTRODUÇÃO

Na literatura especializada, Oskar von Bülow é frequentemente indicado como o principal responsável pelo advento da fase autonomista do direito processual. A obra bülowiana *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* é anunciada como o marco da ruptura do sincretismo entre processo e direito material.

Possibilitando o afastamento da concepção de que o processo seria um mero apêndice do direito material – o processo como direito adjetivo e o direito material como direito subs-

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor da Dom Helder - Escola de Direito. Professor da Escola Superior de Advocacia - OABMG. Professor do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8225-8026>.

tantivo –, o livro que Oskar von Bülow publicou em 1868, na Alemanha, é bastante destacado pela inauguração do “*conceitualismo*, em que predomina a técnica e a construção das bases científicas dos institutos processuais”. (OLIVEIRA, 2010, p. 2)

O que, não raras vezes, deixa-se de considerar, no âmbito doutrinário, contudo, é que, ao teorizar o processo como uma relação jurídica de direito público entre juiz, autor e réu e diferenciá-lo da relação jurídica de direito material, Oskar von Bülow também enunciou o protagonismo judicial, o instrumentalismo processual e o solipsismo decisório, que foram radicalizados pelo jurista alemão no ensaio que publicou em 1885.

Em *Gesetz und Richteramt*, Oskar von Bülow sustentou que, no processo, o magistrado está autorizado a suspender a legislação vigente, por via decisória, sempre que entendê-la como injusta. No recinto de solução de conflitos, cabe ao juiz interpretar, complementar, atualizar, afastar e produzir a normatividade jurídica, valendo-se, para isso, de sua sensibilidade, vontade e intuição.

A partir do escrito bülowiano de 1885, que se aproveita do que foi produzido no ano de 1868, o julgador tem o dever de ajustar a legislação estatal se esta for tida, por esse, como dissonante dos anseios do povo alemão. A legislação é apenas um referencial incompleto, do qual deve se libertar o magistrado que representa o público, caso entenda necessário à tutela das aspirações preponderantes na realidade.

Não decorre do acaso, com efeito, o apontamento de Oskar von Bülow como precursor do Movimento do Direito Livre, que, embora tenha se estabelecido na Europa, no início do século XX, teve os seus fundamentos recepcionados pelo nacional-socialismo que se implementou, na Alemanha, no período compreendido entre 1933 e 1945, especialmente.

É, nesse sentido, que, no artigo formalizado, pretende-se testar a hipótese de que a produção acadêmica de Oskar von Bülow prestou importante contribuição para o incremento do Nazismo, que reproduziu a lógica dogmática que situa o juiz como “intérprete magno, monopolista hermenêutico e jurisdicional e pensador legal e extrajurídico do DIREITO e que pode, em fontes de conhecimento subjetivo, *extra, ultra* ou *citra lege*, produzir decisões justas” (LEAL, 2001, v. 2, p. 20) à solução dos conflitos que lhe são submetidos.

Em relação à abordagem do problema da autocracia judiciária sustentada nas obras *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* e *Gesetz und Richteramt*, portanto, a pesquisa adota o método hipotético-dedutivo proposto por Karl Raimund Popper (1999, 2004, 2009). Quanto ao objetivo, é exploratória e explicativa. Pelas técnicas empregadas, é bibliográfica e documental.

2. PROCESSO E A SOBERANIA DO MAGISTRADO DE MATRIZ BÜLOWIANA

Em 1868, Oskar von Bülow publicou a obra que é indicada por Santiago Sentís Melendo (1964), Hélio Tornaghi (1987), Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1992), Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes (2006), Galeno Lacerda (2006), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

(2009) e Cândido Rangel Dinamarco (2010, t. I) como inauguradora da ciência moderna do processo: *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen*.

O livro foi traduzido para o castelhano em 1964, sob o rótulo *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, mas não ganhou notoriedade apenas porque examinou textos romanistas com o objetivo de apontar os equívocos advindos da interpretação no sentido de que a atividade dos juízes instalada à aferição das condições de existência do processo dependeria da provocação das partes. Tornou-se referência para o estudo do direito processual por exprimir que, desde o Direito Romano, era possível apurar a existência de direitos e obrigações que vinculavam os sujeitos que participavam do processo – aspecto marcante de qualquer relação jurídica.

Ao se pronunciar sobre o processo, porém, Oskar von Bülow afirmou que os direitos e as obrigações existentes na relação jurídica processual não se identificam com aqueles que caracterizam as relações jurídicas privadas, uma vez que:

Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também, as partes são levadas em consideração apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma *relación jurídica pública*.

A relação jurídica processual distingue-se das demais relações de direito por outra singular característica, que pode ter contribuído, em grande parte, para o desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma *relación jurídica* que *avanza* gradualmente e que *se desenvolve* passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial se apresentam como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Só se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público pelo qual, de uma parte, o tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outra, as partes ficam obrigadas, para isso, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. E também esta ulterior atividade desenvolve-se por uma série de atos separados, independentes e resultantes de outros. A relação jurídica processual está em um constante movimento e transformação. (BÜLOW, 1964, p. 2-3).²

Diante de todas essas características, Francisco Wildo Lacerda Dantas afirma que o processo teorizado por Oskar von Bülow erige-se como uma relação jurídica entre juiz, autor e réu, a qual é autônoma, complexa, dinâmica, unitária e pública:

2 No original: “[...] hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*. La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en grande parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una *relación jurídica* que *avanza* gradualmente y que *se desarrolla* paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación.” (BÜLOW, 1964, p. 2-3)

- *autônoma* em respeito à relação de direito material, porque dela não depende, embora seja com ela conexa;
- *complexa*, porque encerra vários direitos e várias obrigações [...];
- *dinâmica*, porque se realiza em atos sucessivos, correspondente ao que BÜLOW denominou de relação progressiva, por se constituir de uma relação que se desenvolve de grau em grau;
- *unitária*, porque os atos processuais – ou os atos da relação processual – se relacionam uns com os outros e são dirigidos teleologicamente a um mesmo, ou a um fim único;
- *de direito público*, porque o processo é instrumento da jurisdição e esta – como já se demonstrou – se revela como uma função pública, cujas normas que a disciplinam são de direito público. (DANTAS, 2007, p. 404)

Pelas lições da dogmática jurídica tradicional, contudo, dentre as características do processo, é o seu aspecto público que recebe maior destaque. Isso porque é o publicismo processual que assegura a soberania do magistrado no recinto de atuação do direito, conforme leciona José Eduardo Carreira Alvim (2005), para quem a relação jurídica pública:

[...] é aquela que se caracteriza pelo desequilíbrio entre a posição dos sujeitos, um dos quais nela se apresenta numa posição de superioridade em relação aos demais. No processo, a situação das partes é de sujeição à autoridade do Estado-juiz, pelo que, além de ser ele o campo propício ao exercício de uma função eminentemente pública (a jurisdição), o Estado dela participa como ente soberano. Por isto, a relação jurídica processual tem o caráter público. (ALVIM, 2005, p. 170)

Em outros termos, pelo caráter público da relação jurídica processual, firma-se a asserção de que, no espaço de atuação do direito, as partes estão subordinadas ao juiz. Essa é uma conjectura que não pode ser desconsiderada pelos estudos realizados sobre a obra *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, que não somente analisou a dicotomia pressupostos processuais-exceções dilatórias e distinguiu a relação jurídica de direito processual da relação jurídica de direito material.

Muito além dessa abordagem, no livro que publicou no ano de 1868, Oskar von Bülow atribuiu “ao magistrado a obrigação de solitariamente decidir acerca dos conflitos, mas, antes mesmo disso, o dever de controlar, de modo diligente, a própria relação jurídica processual” (LEAL; THIBAU, 2019, p. 73) que possibilitará a prolação do pronunciamento judicial ao qual as partes, que são meras colaboradoras da atividade judiciária, devem se submeter.

Em consonância com o pioneiro magistério de André Cordeiro Leal (2008), é mesmo possível afirmar que, pela publicação de *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, enunciou-se a tecnologia da jurisdição. Caracterizando-se o processo como instrumento hábil ao exercício do poder pela pessoa do juiz, que, pelos vínculos de subordinação que qualificam a relação jurídica de direito público, assume o *status* de sujeito especialíssimo do processo, fixa-se a compreensão de que o julgador é portador de uma convicção sempre prevalecente nos momentos de acertamento e satisfação de direitos.

De conseguinte, em 1868, o processo de matriz bülowiana inaugura uma perspectiva que rompe com a denominada fase metodológica do sincretismo processual³ e, igualmente, com o privatismo processual.⁴ Pela publicação de *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, estabelece-se uma hierarquia entre os sujeitos do processo, conferindo-se ao magistrado uma posição de destaque no controle da relação jurídica de direito público que possibilita a superveniência de um pronunciamento judicial solipsista sobre o direito material debatido no processo.

Apesar disso, como afirmado em outros escritos (LEAL, 2008; LEAL; THIBAU, 2015, 2018, 2019), em *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Oskar von Bülow não analisa, de modo aprofundado, os contornos da atividade judicante atinente à atuação do direito material e, ainda, o conteúdo da decisão a ser proferida, no processo, pelo juiz que representa o público⁵ – o que só fez dezessete anos após.

Pelo escrito de 1868, Oskar von Bülow formalizou um conceito de processo que permitiu a ampliação do poder da magistratura, ao enunciar um protagonismo judicial que, mais tarde, foi radicalizado pela obra *Gesetz und Richteramt* (BÜLOW, 2003; LEAL, 2008). Na abordagem das correlações entre lei e atividade judicante é que o processualista alemão anunciou, com nitidez, a aplicação do direito como um ato de violência judicial (LEVATE; THIBAU, 2019), afirmando a possibilidade da suspensão da legislação vigente por decisões judiciais.

Em *Gesetz und Richteramt* – Lei e Magistratura, no idioma brasileiro –, Oskar von Bülow explicitou uma tormentosa compreensão sobre a justiça normativa, a qual, tempos após, foi acolhida pelo nacional-socialismo que se instalou na Alemanha.

3. JUIZ BÜLOWIANO E O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE

Em 1885, Oskar von Bülow publicou *Gesetz und Richteramt* (2003). Neste ensaio, não mais se preocupou em analisar o conceito de processo como relação jurídica de direito público, como fez em 1868, mas em apresentar uma proposta teórica ao enfrentamento do formalismo e do legalismo que, à época, predominavam na Alemanha.

É que, segundo Oskar von Bülow (2003), pelas lições da Escola Histórica e da Jurisprudência dos Conceitos, a magistratura não recebia a importância merecida, já que, por essas, os juízes deveriam, no âmbito da atuação do direito, apenas aplicar leis prontas, elaboradas pelo Estado. Para o processualista alemão, esse magistério afrontava a dignidade da jurisdição.

De acordo com Oskar von Bülow (2003), a história comprova que o legislador estatal nunca se mostrou capaz para prever todos os problemas que poderiam eclodir e, se não fosse por uma atuação ativa dos juízes, as relações da vida humana estariam sendo regidas por normas

3 Para acessar as principais características da chamada fase sincretista do processo, bem como as suas interfaces com o praxismo e o procedimentalismo, confira, especialmente, as publicações brasileiras de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2004), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2009), Daniel Mitideiro (2009), Marco Félix Jobim (2011) e Antônio Pereira Gaio Júnior (2020).

4 Sobre o processo como coisa das partes, veja, principalmente, as publicações de Mauro Cappelletti (2001), Juan Montero Arouca (2001, 2006), Vinícius Lott Thibau (2015) e Igor Raatz (2019).

5 A respeito do público e de sua ligação com o processo de índole bülowiana e a atividade decisória do Supremo Tribunal Federal relacionada à pandemia do COVID-19, veja a publicação de André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau (2020).

injustas. Como afirma Karl Larenz (2005), pela impossibilidade da legislação estatal regular, de modo satisfatório, todos os problemas, a proposta bülowiana encaminhou-se no sentido de acolher a vontade, o sentimento e a intuição dos juízes no recinto de atuação do direito.

Assim é que Oskar von Bülow atribuiu aos julgadores a missão de, no espaço de solução de conflitos, interpretar, complementar, atualizar, afastar e produzir a normatividade jurídica, de modo que, pelo escrito que publicou em 1885, é deferido à magistratura não somente o dever de aplicar a legislação estatal vigente, porque não “a espada, mas sim a balança da Justiça, foi colocada nas mãos do juiz. Ele deve ponderar e decidir o que é o Direito” (BÜLOW, 2003, p. 9).⁶

Pela oferta proposicional bülowiana, a normatividade justa revela-se pela decisão judicial. O “próprio legislador não traz a substância do direito por si. Ele fornece apenas as indicações de onde ela é encontrada e de como ela deve ser moldada. O direito não se encontra acessível, em sua superfície, para qualquer homem: ele está escondido, no todo da vida social e estatal” (BÜLOW, 2003, p. 43).⁷

Daí, nas situações em que as:

[...] decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente como um destino inevitável, como um tributo que os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração escusante, nem qualquer artifício jurídico, pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências entre as decisões judiciais e os dispositivos legais serão, mesmo assim, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las com o selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa além de que o juiz deve ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas são encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas! (BÜLOW, 2003, p. 37).⁸

Por tudo isso, Oskar von Bülow é apontado por Karl Larenz (2005), André Cordeiro Leal (2008), Sérgio Henrique Tiveron Juliano (2011), Flávia Ávila Penido (2016), Luís Gustavo Reis Mundim (2016) e Igor Raatz (2019) como o precursor do Movimento do Direito Livre, o qual, para António Castanheira Neves, destaca-se pelo reconhecimento de um:

6 No original: “[...] das Schwert, sondern die Wage der Gerechtigkeit ist in die Hand des Richters gelegt. Er hat zu erwägen und zu bestimmen, was Rechtens ist”. (BÜLOW, 2003, p. 9)

7 No original: “Der Gesetzgeber bringt nicht selber die Rechtssubstanz hervor. Er giebt nur die Weisung, wo sie zu finden und wie sie zu formen ist. Das Rechts liegt nicht für Jedermann bequem erreichbar auf der Oberfläche: est is dem Ganzen des Volks - und Staatslebens verborgen [...]”. (BÜLOW, 2003, p. 43)

8 No original: “Wenn es nun deshalb oft genug vorkommt, daß richterliche Urtheile dem wahren Sinne und Willen des Gesetzes zuwiderlaufen, so ist dies gewiß ruhigen Muthes als ein unvermeidliches Geschick zu erdulden, als ein Tribut, welchen die Gesetzgeber und Richter der Schwäche des menschlichen Mittheilungs - und Erkenntnißvermögens zollen. Aber weder diese entschuldigende Ueberlegung noch irgend ein juristisches Kunststück kann uns über die offen vorliegende Wahrheit hinweggleiten lassen, daß alle die vielen Abweichungen der richterlichen Rechtssprüche von de gesetzlichen Rechtssatzung dennoch durch die Staatsgewalt *rechtlich bestätigt werden*. Der Staat is *genöthigt*, sie sich *gefallen zu lassen*, auch sie mit dem Stempel der Rechtskraft zu versehen. Auch das *gesetzwidrige Urtheil* ist doch *rechtsverbindlich*. Es ist wie jedes richterliche Urtheil eine von Staat ausgehende, vom Staat gebilligte, vom Staat mit seiner Zwangsgewalt ausgestattete Rechtsbestimmung! Damit ist aber nichts Anderes gesagt, als daß der Richter vom Staate *ermächtigt* ist, auch solche Rechtsbestimmungen vorzunehmen, die nicht im Gesetzesrecht enthalten, sondern lediglich von *Richter* gefunden, ja erfunden, von ihm, nicht vom Gesetze *gewählt und gewollt sind*”. (BÜLOW, 2003, p. 37)

[...] direito que se constitua para além ou independentemente do direito legislado, da *lei* – o direito não legal e reconhecido na sua normativa juridicidade sem a imposição normativamente autoritária (imperativa) do legislador estatal. [...] [É] o resultado de uma criação dos juristas, do jurista-julgador ou do *juiz* antes de mais, na sua judicativo-decisória realização do direito mediante o apelo a critérios normativos extra legais e em último termo com fundamento na sua autónoma e pessoalmente responsável procura do justo. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 199)

Por uma leitura detida de *Gesetz und Richteramt* (BÜLOW, 2003), extrai-se mesmo a tese pela necessidade de os julgadores afrouxarem os nós da rede que, até então, recolhia todo o direito alemão, a fim de que, com isso, fosse viabilizada a atuação de uma normatividade justa não haurida da lei vigente, mas dita coincidente com os anseios do povo, que eram diligentemente captados e positivados, por decisão, pelos magistrados.

Em conformidade com a lição de Mario G. Losano (2010, v. 2), esse afrouxamento dos nós da rede que recolhia todo o direito no século XIX foi a grande marca do Movimento do Direito Livre, que instalou a “contraposição entre a rigidez da certeza do direito, muitas vezes sufocante, e a flexibilidade da decisão individual, muitas vezes imprevisível” (LOSANO, 2010, v. 2, p. 158). Como afirma o autor italiano, pelo Movimento do Direito Livre, não se pretendeu o exame “dos nexos que unem normas diversas, mas dos interstícios entre as normas unificadas” (LOSANO, 2010, v. 2, p. 158).

Com efeito, adotando-se o vocabulário de Mário G. Losano (2010, v. 2), Oskar von Bülow é um jusliberista. Se, como leciona Luis Díez-Picazo, o Movimento do Direito Livre erigiu-se como “uma reação frente ao formalismo e frente ao legalismo dos tempos anteriores, tratando de superar as inconseqüências e as injustiças a que muitas vezes conduziu uma aplicação mecânica e literal dos textos legais” (1999, p. 249),⁹ é de se reconhecer que a publicação bülowiana de 1885 acolhe as premissas desse movimento.

Em *Gesetz und Richteramt* (2003), Oskar von Bülow já buscava oferecer respostas a vários problemas que, anos depois, foram enfrentados por Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz e outros autores integrantes do Movimento do Direito Livre.¹⁰ Na publicação bülowiana de 1885, foram abordadas as temáticas da vinculação dos juízes à lei, da segurança jurídica gerada pela legislação, da aplicação da lei pela subsunção, da incompletude do ordenamento jurídico, da fragilidade do legislador estatal, da dignidade da jurisdição, do arbítrio judicial e das formas de seu controle, da motivação das decisões judiciais, da confiança do povo nos magistrados e da decisão judicial como fonte do direito justo.

Sobre as conexões entre a decisão judicial e a normatividade justa, a propósito, é importante registrar que o ensaio de Oskar von Bülow afirma que nem a “visão nem o poder da legislação são suficientes para alcançar a vida jurídica real. O mandamento legal abstrato e mudo não consegue dominar completamente os diversos e tempestuosos movimentos da vida humana comum” (BÜLOW, 2003, p. 42),¹¹ motivo pelo qual, na legislação, “a vontade jurí-

9 No original: “[...] una reacción frente al formalismo y frente al legalismo de los tiempos anteriores, tratando de superar las inconsecuencias y las injusticias a que muchas veces condujo una aplicación mecánica y literal de los textos legales”. (DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 249)

10 Dentre os teóricos do Movimento do Direito Livre, destacam-se Eugen Ehrlich (2005) e Hermann Kantorowicz (1949). Para acessar os seus principais escritos, confira os ensaios que publicaram nos anos de 1903 e 1906.

11 No original: “Weder die Einsicht, noch die Macht der Gesetzgebung reicht bis an das wirkliche Rechtsleben heran. Das abstrakte stumme Gebot des Gesetzes vermag der vielgestaltigen stürmischen Bewegung des menschlichen Gemeinlebens nicht

dica determinadora do poder estatal não encontra seu término: ela terminará somente quando da emissão da decisão judicial. Por isso, a formação jurídica pode prescindir de muitas coisas, até mesmo da palavra da lei, exceto da *viva vox* da magistratura” (BÜLOW, 2003, p. 42).¹²

Para Oskar von Bülow (2003), logo, o direito justo liga-se a um espírito judicante preparado e acurado. Por uma análise do escrito que produziu em 1885, é possível afirmar que cabe ao juiz realizar um constante exame dos conteúdos da lei estatal para que, no momento da atuação do direito, seja normatizada, sempre com justiça, a vida daqueles que deve tutelar por via decisória.

4. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL BÜLOWIANO E O NACIONAL-SOCIALISMO

O acolhimento da tese sustentada pelo Movimento do Direito Livre na Alemanha propiciou o resgate da dignidade da jurisdição pretendido por Oskar von Bülow. No âmbito da atuação do direito, o magistrado passou a ostentar o *status* de garantidor da justiça, empregando sua sensibilidade, intuição e vontade para solucionar os conflitos que lhe eram submetidos.

A recepção dos fundamentos do Movimento do Direito Livre implicou a supervalorização do julgador, que também era pretendida pela Associação dos Juízes Alemães. Como observa Ingeborg Maus (2010), na defesa da liberdade dos magistrados, a Associação dos Juízes Alemães buscava difundir a tese de que a legislação estatal não deveria ser compreendida como inflexível, aproximando-se, assim, da tese sustentada pelos teóricos do Movimento do Direito Livre, que pleiteavam uma decisão judicial baseada na legislação estatal como exceção.

Em síntese, as teses formuladas pelo Movimento do Direito Livre e pela Associação dos Juízes Alemães salientavam, sobretudo, os:

[...] deficits de competência técnica do Parlamento, a estrutura compromissória de suas leis, na qual se reproduz o antagonismo dos interesses sociais, a conseqüente particularização das matérias jurídicas individuais umas em relação às outras, que ameaça, cada vez mais, a conectividade interna e a unidade do sistema jurídico: tudo isso desafia um autoentendimento do Judiciário segundo o qual ele deve produzir a síntese social, para além da “querela partidária”, e a unidade do direito, independentemente das leis conectadas a interesses. Dessa forma, o juiz torna-se juiz da própria lei, que, em seu aspecto real, é “desmascarada como produto e instrumento técnico de um acordo interesses”, e sumo sacerdote de uma nova “sacralidade” do direito suprapositivo não escrito. Nessa qualidade, está encarregado da função central da síntese da heterogeneidade social. (MAUS, 2010, p. 31-32)

É, nesse sentido, que o magistrado impõe-se como um sujeito do processo que se encontra situado entre a legislação estatal e o povo alemão. Com a prevalência do Movimento do Direito Livre, o julgador converte-se em justiceiro, ao assumir o dever de ajustar a normati-

völlig Herr zu werden”. (BÜLOW, 2003, p. 42)

12 No original: “Gesetz kommt der rechts ordnende Wille der Staatsgewalt noch nicht zum. Abschluß: vollendet tritt er erst in den *richterlichen Rechtssprüchen* heraus. Deshalb kann die Rechtsbildung um so vieles eher des toten Gesetzeswortes entbehren, als der *viva vox* des Richteramts”. (BÜLOW, 2003, p. 42)

dade estabelecida pelo legislador sempre que afirmar a sua discrepância com as aspirações dominantes na realidade.

Conforme elucidada Edgar Bodenheimer (2007), pelo Movimento do Direito Livre, a legislação estatal não consiste em base suficiente para a solução de conflitos reais. Por isso é que, por suas teorizações, é atribuído ao juiz o dever de considerar os anseios preponderantes no lugar e na época em que viva, a fim de que, no momento de solucionar o conflito, possa decidir de modo justo.

Trata-se de uma tendência que foi adjetivada como perigosa, uma vez que:

Incitar o juiz a que tenha em conta o sentido de justiça da comunidade pode ser inócuo – e inclusive justificado – em uma época em que há um acordo quase unânime a respeito dos valores sociais fundamentais. Em épocas de tensão e conflito social, em que os homens discrepam acerca de problemas fundamentais de política social, será difícil para o juiz averiguar os sentimentos predominantes na comunidade. É provável que seu juízo tenha-se e deixe-se influenciar por suas próprias convicções políticas e sociais. Isto pode aumentar as características arbitrárias da administração da justiça e produzir uma crise judicial que venha a somar-se à crise geral. O resultado de tal crise e confusão pode ser uma ditadura política na qual as “opiniões predominantes em uma comunidade” sejam ditadas desde cima e impostas pela coação e pelo terror. (BODENHEIMER, 2007, p. 213).¹³

Foi, exatamente, o que ocorreu na Alemanha, principalmente no período compreendido entre 1933 e 1945. O nacional-socialismo tematizou o formalismo e o legalismo problematizados por Oskar von Bülow (2003), já que se impunham como óbices ao incremento dos objetivos traçados pelo *Führer*, que guiava o povo alemão mediante o estabelecimento tirânico de seu destino.

Os fundamentos teóricos do Movimento do Direito Livre apresentaram-se extremamente valiosos para a operacionalização do direito nazista, pois, por esses, o juiz não está vinculado à legislação estatal. Caso a lei seja considerada injusta pelo magistrado, ou, em outras palavras, seja tida, pelo julgador, como não alinhada aos anseios do povo alemão – que eram fixados pelo *Führer* –, não deve incidir no espaço inaugurado ao acertamento de direitos ou à satisfação de direitos já reconhecidos.

Afinal, segundo afirma Ingeborg Maus, pronunciando-se sobre o que denomina terror judicial:

Discriminações politicamente motivadas no tratamento de cada caso individual, como se pedia então, não são conciliáveis com a vinculação a uma “lei”, de qualquer natureza que seja, que esteja em vigor há mais de um dia. Assim, nas “Cartas aos Juízes” nazistas, a personalidade do juiz surge, com grande firmeza, como uma importante garantia para a jurisdição “correta”: suas tarefas “somente podem ser cumpridas por pessoas livres, interiormente claras e decentes, sustentadas por uma grande consciência de responsabilidade e

13 No original: “Incitar al juez a que tenga en cuenta el sentido de justicia de la comunidad puede ser inocuo – e inclusive justificado – en una época en que hay un acuerdo casi unánime respecto a lo valores sociales fundamentales. En épocas de tensión y conflicto social, en que los hombres discrepan acerca de problemas fundamentales de política social, será difícil para el juez averiguar los sentimientos predominantes en la comunidad. Es probable que su juicio se tiña y se deje influir por sus propias convicciones políticas y sociales. Esto puede aumentar las características arbitrarias de la administración de justicia y producir una crisis judicial que venga a añadirse a la crisis general. El resultado de tal crisis y confusión puede ser una ditadura política en la que las “opiniones predominantes en la comunidad” sean dictadas desde arriba e impuestas por la coacción y el terror”. (BODENHEIMER, 2007, p. 213)

por uma grande satisfação com a responsabilidade”, (sic) o corpo de juízes deve representar “uma seleção da nação”. Na literatura jurídico-científica dos tempos do Nazismo afirma-se de modo lapidar: O “juiz real (...) no povo de Adolf Hitler, (sic) deve sair da escravidão das letras do direito positivo”. As “Cartas aos Juízes” também advertem a visada elite dos juízes para “não se servirem escravizadamente das muletas da lei” [...]. (MAUS, 2010, p. 33-34)

É mesmo impressionante, aliás, como os fundamentos teóricos do Movimento do Direito Livre foram acolhidos para o incremento dos objetivos traçados pelo Nazismo e, ao mesmo tempo, também empregados para a perseguição de vários dos fiéis divulgadores das teses sustentadas por Oskar von Bülow (2003) e outros tantos autores. Isso porque muitos militantes do Movimento do Direito Livre “eram judeus. Com o advento do nacional-socialismo, eles tomaram o caminho do exílio, ao passo que em sua pátria a teoria deles era utilizada para desvincular os juízes do respeito à lei e para obter, assim, uma jurisprudência de partido”. (LOSANO, 2010, v. 2, p. 163)

Em outros termos: a oferta proposicional de Oskar von Bülow viabilizou a operacionalização autocrática do direito e, desde a superação do paradigma jurídico do Estado Social, apresenta-se extremamente frágil. A teorização do exercício do poder judicial por meio de um processo que, sendo instrumento hábil à explicitação do sentimento, da vontade e da intuição do juiz-soberano, seja este não independente, como se deu no Nazismo, seja esse independente, é assecuratória da imprevisibilidade decisória, que é nefasta ao direito democrático.

Essa é a conjectura que merece maior destaque, pois, apesar dos danos provocados pela produção acadêmica de Oskar von Bülow, atualmente, as suas lições permanecem sendo recepcionadas, elogiadas e reproduzidas por inúmeros autores brasileiros e estrangeiros que desconhecem ou preferem desconsiderar a imensa contribuição que a obra bülowiana prestou ao totalitarismo, bem como os riscos que propicia à constitucionalidade democrática.

5. CONCLUSÃO

Ainda hoje, a produção acadêmica de Oskar von Bülow é bastante festejada pela literatura especializada. Um estudo detido das obras *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* e *Gesetz und Richteramt*, no entanto, explicita o seu comprometimento com a autocracia judiciária.

Pelo escrito que publicou em 1868, Oskar von Bülow teorizou o processo como uma relação jurídica de direito público entre o juiz-soberano e as partes-colaboradoras-subordinadas ao magistrado, enunciando o protagonismo judicial, o instrumentalismo processual e o solipismo decisório, que, dezessete anos após, foram radicalizados pelo jurista alemão.

Isso porque, em 1885, aproveitando-se dos conteúdos informativos da proposição de processo como relação jurídica de direito público, Oskar von Bülow afirmou a possibilidade de suspensão da legislação vigente pelo juiz – o que deveria ocorrer sempre que o magistrado entendesse, com base na sua sensibilidade, vontade ou intuição, que a normatividade jurídica constante da lei era injusta.

Assim é que, após anunciar o julgador como um sujeito especialíssimo do processo, atribuiu ao magistrado o poder de interpretar, complementar, atualizar, afastar e produzir a normatividade jurídica. Se, na obra intitulada *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Oskar von Bülow deferiu ao juiz que representa o público o poder de controlar a relação jurídica processual que possibilita a prolação de um pronunciamento judicial solitário, em *Gesetz und Richteramt*, libertou o juiz das amarras de uma legislação estatal que seja considerada, pelo próprio julgador, insatisfatória à regência dos anseios do povo.

É, nesse sentido, que Oskar von Bülow é apontado, por estudiosos diversos, como o precursor do Movimento do Direito Livre, que teve os seus fundamentos teóricos aproveitados pelo nacional-socialismo que se estabeleceu na Alemanha, no século XX. A operacionalização do direito nazista fundamentou-se exatamente na determinação de que o juiz se libertasse da lei estatal no momento de sua incidência, sempre que a considerasse injusta, isto é, desalinhada às aspirações do povo alemão.

Dessa forma, estaria assegurado um completo incremento dos escopos totalitários estabelecidos pelo *Führer* também no âmbito judicial, tendo em vista que sequer a normatividade jurídica haurida da lei vigente impunha-se como óbice à condução autoritária do destino do povo alemão. A imprevisibilidade decisória mostrou-se importantíssima para o nacional-socialismo e, nos dias atuais, representa um risco à operacionalização democrática do direito.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. Traducción de Vicente Herrero. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. (Colección Popular, v. 60).
- BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und richteramt*. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10. p. 1-43.
- BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.
- BÜLOW, Oskar von. *Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen*. Giesen: Emil Roth, 1868.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1992. t. II.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria geral do processo (jurisdição, ação [defesa], processo)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I.

- EHRlich, Eugen. Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre. In: ESCRITOS sobre sociología y jurisprudencia. Traducción por Juan Antonio Gómez García, José Luis Muñoz de Baena e Gregorio Robles Morchón. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 53-88. (Colección Politopías).
- EHRlich, Eugen. Sociología y jurisprudencia. In: ESCRITOS sobre sociología y jurisprudencia. Traducción por Juan Antonio Gómez García, José Luis Muñoz de Baena e Gregorio Robles Morchón. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 89-107. (Colección Politopías).
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.
- JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- JULIANO, Sérgio Henrique Tiveron. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC - apontamentos críticos à exposição de motivos. In: ROSSI, Fernando et al. (org.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 595-615.
- KANTOROWICZ, Hermann. La lucha por la ciencia del derecho. Traducción por Werner Goldschmidt. In: SAVIGNY, Federico Carlos de et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 325-373.
- LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, v. 42, p. 327-340, 2020.
- LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática. In: LEAL, André Cordeiro et al (Org.). *Processo como democracia na contemporaneidade: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 69-96.
- LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, v. 35, p. 13-25, 2018.
- LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 92, p. 13-29, 2015.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 2. p. 13-25.
- LEVATE, Luiz Gustavo; THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e a violência judicial na operacionalização do direito. In: THIBAU, Vinícius Lott et al (Org.). *Violência e intolerância: quando o sono da razão produz monstros*. Belo Horizonte: 3i, 2019, p. 87-100.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. Tradução de Luca Lamberti. Revisão da tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010, v. 2.
- MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção Conexões Jurídicas).
- MELENDO, Santiago Sentís. Palabras del editor. In: BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964. p. XI-XII.
- MITIDIEIRO, Daniel. *Colaboração no proceso civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil: los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O “paradoxo de Bülow” no novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. In: FREITAS, Sérgio Henriques Zandona *et al* (Org.). *Jurisdição e técnica procedimental*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 45-80.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PENIDO, Flávia Ávila. *Processo e interpretação em Eduardo J. Couture*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

POPPER, Karl Raimund. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2009.

POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THIBAU, Vinícius Lott. Processo e Mercado. In: Michael César Silva. (org.). *Transformações do Direito na Contemporaneidade: reflexões sobre direito, mercado e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015. v. I. p. 231-251,

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 17/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/05/2021
- Avaliação 1: 05/07/2021
- Avaliação 2: 10/07/2021
- Decisão editorial preliminar: 08/08/2021
- Retorno rodada de correções: 28/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 28/08/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2