

Kelsen no debate das ideias

Kelsen in the intellectual debate

Marcello Ciotola¹
Eduardo Valory²

“Let not propositions and ‘ideas’ be the rules of your Being [Sein]. The Führer alone is the present and future German reality and its law.” (Martin Heidegger).³

RESUMO

No artigo “Cinco minutos de Filosofia do Direito”, publicado em setembro de 1945, Gustav Radbruch culpa o positivismo jurídico pelos acontecimentos do nazismo. O presente trabalho pretende demonstrar o equívoco de se associar o

1 Professor de Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC - Rio) e na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Ética no programa de pós-graduação em direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Doutor em Direito pela PUC- Rio.

2 Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

3 Cf. Martin Heidegger, “German Students”, in Richard Wolin (editor), *The Heidegger Controversy: A Critical Reader*, Cambridge, The MIT Press, 1993, p. 47. Trata-se de passagem de discurso proferido por Martin Heidegger aos estudantes alemães em 3 de novembro de 1933. Na ocasião, Heidegger clamava aos jovens alemães para que, na votação popular que ocorreria em 12 de novembro, apoiassem a decisão de Hitler que retirava a Alemanha da Liga das Nações. A eleição, convocada *ex post facto* para confirmar o ato já executado, acabaria por cancelar a decisão do líder alemão.

positivismo jurídico, especialmente o desenvolvido por Hans Kelsen, ao pensamento nacional-socialista.

PALAVRAS-CHAVE

Gustav Radbruch; Hans Kelsen; Positivismo Jurídico; Nazismo.

ABSTRACT

In the article “Five minutes of Legal Philosophy”, published in September 1945, Gustav Radbruch blames the legal positivism for the events of nazism. The present work intends to show the misapprehension of associating the legal positivism, specially the one developed by Hans Kelsen, to the national-socialist thinking.

KEYWORDS

Gustav Radbruch; Hans Kelsen; Legal Positivism; Nazism.

INTRODUÇÃO

Em 12 de setembro de 1945, após doze anos de regime nacional-socialista, Gustav Radbruch, um dos mais conhecidos juristas e filósofos do direito da Alemanha, fez circular entre os alunos da faculdade de direito de Heidelberg o conhecido texto “Cinco minutos de Filosofia do Direito”, de sua autoria. Nesse breve e enfático escrito, atribui ao positivismo jurídico as responsabilidades pelos desmandos cometidos pelos nazistas ao longo de seu período no poder. Radbruch sustenta que “esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas”.⁴ A análise detalhada das críticas contemporâneas ao positivismo jurídico, e especialmente ao positivismo jurídico kelseniano, demonstra que a maior parte das objeções lançadas contra essa concepção de estudo do direito baseia-se nas mesmas distorções teóricas e

4 Cf. Gustav Radbruch, “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, in Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, 6ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1979, p. 415.

incoerências históricas que se faziam presentes nesse texto de Radbruch.⁵ A revisão das ideias desses cinco minutos de filosofia do direito, portanto, revela-se, por um lado, essencial para a correta inteligibilidade do positivismo jurídico como postura teórica e, por outro, necessária para afastar interpretações históricas que pretendem associar o pensamento jurídico de Hans Kelsen aos acontecimentos relacionados ao nazismo.

Desta forma, o presente trabalho divide-se em duas partes. Na primeira, com o objetivo de refutar teses que foram erguidas a partir das conclusões equivocadas de Radbruch, contestamos os argumentos do jusfilósofo contra o positivismo. Na segunda parte, aprofundando as questões iniciais, desenvolvemos uma análise histórico-conceitual a fim de evidenciar que o pensamento nacional-socialista rejeita o positivismo jurídico.

I - CINCO MINUTOS DE POSITIVISMO JURÍDICO

A) Primeiro minuto

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado, homem incumbido de ações práticas, sempre resta a possibilidade de opor-se à obediência de ordens que considere iníquas, ao jurista, como estudioso do direito e não seu criador ou aplicador, exceções dessa natureza não têm sentido, vez que não lhe cabe discutir a justiça (valor) das leis ou a conveniência social de sua concreta observância pelos cidadãos, mas sim a descrição e a análise dos preceitos jurídicos que possuem efetiva vigência em uma determinada sociedade. A lei, como uma das fontes de normas que pretendem direcionar a conduta humana, vale (validade) por ser lei, independentemente de sua possível e eventual compatibilidade com ditames morais pressupostos; é lei sempre que, em uma análise empírica, constate-se que suas prescrições possuem a pretensão de obrigatoriedade e a capacidade de imporem-se e tornarem-se efetivas em sociedade. O estudioso do direito, desse modo, tem por centro de suas indagações critérios puramente formais acerca do fenômeno jurídico; seu conceito de direito pode receber os mais variados conteúdos e valores.

⁵ As críticas ao positivismo jurídico e a responsabilização dessa doutrina pelos atos do nazismo repetem-se em textos posteriores de Radbruch, como em *Arbitrariedade legal e Direito-supralegal* e *A renovação do Direito*, ambos de 1946.

Essa concepção de estudo do direito ou, para alguns, ciência jurídica a que chamamos positivismo jurídico, gênero abrangente de variadas e contrastantes escolas⁶, não é responsável – como vulgarmente se entende – por deixar indefesos o povo e os aplicadores do direito contra leis arbitrárias, cruéis e criminosas que vigoram e vigoraram nos mais diversos regimes autocráticos ao longo da história. Não é o jurista positivista, como teórico que apenas identifica e discorre sobre o direito vigente, o culpado pela existência ou cumprimento desses preceitos; não são os positivistas que recomendam ou postulam o dever de se dar concreção a esses mandamentos abomináveis, problema que, entregue às vicissitudes da realidade política, depende exclusivamente das correlações fáticas de poder em dada sociedade.

B) Segundo minuto

Não há dúvida de que muitos foram os déspotas e os governos que, sob a pretensa justificativa de realizar os interesses do povo, a igualdade ou o bem comum, implantaram, por meio do direito, impérios de terror que despojaram seus cidadãos – ou parte deles – das mais elementares pretensões inerentes à condição humana. Entretanto, apesar de o positivismo jurídico reconhecer a qualificação jurídica de tais ordenamentos arbitrários, não advoga que “aquilo que os detentores do poder do Estado julgarem conveniente para o bem comum, o capricho do déspota, a pena decretada sem lei ou sentença anterior”⁷ devam ser o conteúdo do direito, ou que tais normas jurídicas devam ser aplicadas. Os juristas positivistas não são os legisladores de tais preceitos, muito menos juízes da moral de certo sistema jurídico. Como estudiosos do direito em vigor, diferenciam a contemplação da realidade que se mostra evidente como um fato, a norma jurídica que “é”, dos mandamentos que deveriam ser adotados por uma concepção qualquer de justiça - as normas que “deveriam ser” vigentes.

No cerne no positivismo jurídico, como se sabe, encontra-se a rejeição de toda e qualquer formulação metafísico-idealista de um direito *a priori* determinado por conteúdos de origem divina, do direito natural ou de deveres oriundos de uma reflexão

6 Ao final do “quarto minuto” será feita uma breve exposição sobre as duas principais correntes positivistas envolvidas nos debates jurídicos contemporâneos.

7 Gustav Radbruch, “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, op. cit., p. 416.

racional absoluta. Como salienta Hans Kelsen⁸, exatamente em oposição a esse alicerce do positivismo, em uma análise histórica, observar-se-ia uma intimidade entre as doutrinas políticas autocráticas e anti-humanistas com os discursos de identificação do direito com as normas de uma pressuposta “justiça” das leis positivamente estabelecidas. É assim que, para ater-se somente ao século XX, no Estado fascista italiano e seu “*sentimento dello Stato*”; na Alemanha nacional-socialista e suas noções de “*volks-gemeinschaft*” (comunidade do povo) e de “*volksgeist*” (espírito do povo); e, por fim, na URSS e seu direito voltado para a realização da “vontade revolucionária do proletariado” (ou “vontade de todo o povo”, como se passou a afirmar posteriormente), o que se observa é um deliberado abandono e amesquinamento dos costumes jurídicos, do primado da legalidade e dos princípios do Estado de direito em nome de normas e objetivos de “justiça” que deles independeriam. Ou seja, o que se constata nas mais diferentes ditaduras do último século, na linha da ampla maioria do pensamento político antidemocrático, é uma forte atitude antipositivista – atitude que não deixou de dever nada às críticas formuladas pelos diversos jusnaturalismos.⁹

C) Terceiro minuto

O conceito de direito é um dos temas mais controvertidos no pensamento jurídico e filosófico. Se aos químicos e aos biólogos pode parecer um tanto quanto inusitado que a definição do objeto de estudo de uma disciplina possa gerar tanta desavença, a pergunta “*Que é o direito?*”, ao contrário, sempre integrou - e ainda integra - grande parte das discussões do meio jurídico. Tal se dá, em uma primeira perspectiva, pela própria ambiguidade e vagueza da palavra “direito”, bem como por seu emprego inapropriado na linguagem. Como termo ambíguo, “direito” pode significar um conjunto coordenado de normas (sistema jurídico), um interesse juridicamente protegido (direito subjetivo), determinada perspectiva de correção de um comportamento humano (direito como justiça) ou a própria disciplina de estudo do

⁸ Sobre o ponto, conferir as obras de Hans Kelsen sobre as relações entre as concepções de justiça e as organizações políticas, especialmente Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, México, Ediciones Coyocán, 2008, pp. 470-473; Hans Kelsen, “Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política”, in Hans Kelsen, *A Democracia*, 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000; Hans Kelsen, *Fundamentos da Democracia*, in Hans Kelsen, *A Democracia*, 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000, principalmente pp. 195 e seguintes.

direito (a ciência jurídica ou teoria do direito). Como vocábulo vago, não oferece, pela estrita e abstrata análise de suas propriedades significativas, uma essência ou qualidade intrínseca que independa de observações da realidade social e das regras convencionais de seu emprego na linguagem.¹⁰ Para complicar ainda mais a questão, é comum entre os doutrinadores a confusão entre dois níveis absolutamente distintos de linguagem: *o plano da metalinguagem*, das proposições que pretendem oferecer conhecimentos sobre a realidade jurídica (ocupado pela ciência ou teoria do direito) e *o plano da linguagem prescritiva* de mandamentos, identificado com as proposições linguísticas que enunciam

9 Cf. Jorge Reis Novais, *Contributo para uma Teoria do Estado de direito*, Lisboa, Almedina, 2006, Capítulo V; Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo, Ícone, 1995, p. 236; R. C. Van Caenegem, *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 298 – 347. Especificamente quanto ao nazismo, ver Mario Losano, *Sistema e Estrutura do Direito* (volume 2), São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010, Capítulo V, e Ingo Müller, *Los Juristas del Horror*, Bogotá, Alvaro Nora, 2009, especialmente o Capítulo 6 da Segunda Parte e o Capítulo 3 da Terceira Parte. Para o exame do sistema jurídico soviético e dos paradoxos da “legalidade socialista”, ver Vicente Raó, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, Capítulo 5. Para Hannah Arendt: “(...) Nunca se pôs em dúvida que o governo legal e o poder legítimo, de um lado, e a ilegalidade e o poder arbitrário, de outro, são aparentados e inseparáveis. No entanto, o totalitarismo nos coloca diante de uma espécie totalmente diferente do governo. É verdade que desafia todas as leis positivas, mesmo ao ponto de desafiar aquelas que ele próprio estabeleceu (como no caso da Constituição Soviética de 1936, para citar apenas o exemplo mais notório) ou que não se deu ao trabalho de abolir (como no caso da Constituição de Weimar, que o governo nazista nunca revogou). Mas não opera sem a orientação de uma lei, nem é arbitrário, pois afirma obedecer rigorosa e inequivocamente àquelas leis da Natureza ou da História que sempre acreditamos serem a origem de todas as leis. A afirmação monstruosa e, no entanto, aparentemente irresponsável do governo totalitário é que, longe de ser “ilegal”, recorre à fonte de autoridade da qual as leis positivas recebem a sua legitimidade final; que, longe de ser arbitrário, é mais obediente a essas forças sobre-humanas que qualquer governo jamais o foi; e que, longe de exercer o seu poder no interesse de um só homem, está perfeitamente disposto a sacrificar os interesses vitais e imediatos de todos à execução do que supõe ser a lei da História ou a lei da Natureza. O seu desafio às leis positivas pretende ser uma forma superior de legitimidade que, por inspirar-se nas próprias fontes, pode dispensar legalidades menores. A legalidade totalitária pretende haver encontrado um meio de estabelecer a lei da justiça na terra – algo que a legalidade da lei positiva certamente nunca pôde conseguir”. Hannah Arendt, *Origens do Totalitarismo: Anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 2009, pp. 513-514.

10 Ver Carlos Santiago Nino, *Introdução à Análise do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2010, pp. 11-17. Para uma introdução às perplexidades relacionadas à resposta à pergunta “Que é o direito?”, ver Herbert Hart, *O Conceito de Direito*, 3ª ed, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 5-22.

normas sobre comportamentos que deverão ser juridicamente vinculantes (o direito propriamente caracterizado).

Em outra perspectiva, muitas das divergências em torno da conceituação do direito se devem à diversidade entre o conteúdo do direito e os valores admitidos como desejáveis por determinado observador. Diversos juristas, renegando as diretrizes do positivismo jurídico, atribuem-se o poder e, até mesmo, o dever de avaliar e julgar a justiça e a obrigatoriedade dos preceitos jurídicos. Para estes, as normas de um ordenamento só seriam jurídicas se estivessem em conformidade com um conjunto específico de prescrições: o direito, para ser direito, deveria ter suas prescrições compatíveis com a vontade dos deuses, com o direito natural e, hodiernamente, com a moral evidenciada pelo emprego da razão ou endossada pela opinião popular. Embora existam diversas correntes no interior do positivismo jurídico, duas características comuns desse movimento podem ser de imediato identificadas: a) o positivismo jurídico – considerados seus representantes desde o início do século XX¹¹ – é uma postura filosófico-jurídica relacionada estritamente à metalinguagem do direito, quer dizer, é proposta teórica que diz respeito ao estudo e ao exame do direito, não à determinação do conteúdo normativo das prescrições analisadas; b) seus adeptos, pretendendo unicamente produzir conhecimento sobre as normas efetivamente em vigor (objeto de estudo de sua disciplina), separam o direito, enquanto conjunto de mandamentos de conduta dotados de obrigatoriedade e verificáveis empiricamente em uma sociedade qualquer, das prescrições que deveriam ser incorporadas por imperativos de justiça ou conveniência popular. Em outras palavras, os teóricos positivistas entendem que as normas do direito são jurídicas independentemente de sua justiça (moralidade) ou legitimidade (reconhecimento manifestado pelos submetidos às normas). Os positivistas jurídicos diferenciam a “validade” das normas da “valoração” do seu conteúdo. O conceito positivista de direito independe dos valores realizados pelas normas jurídicas.

D) Quarto minuto

As acusações lançadas por Radbruch, entretanto, não só não refletem a realidade do pensamento dos principais jusfilósofos positivistas, como demonstram uma completa incompreensão de suas ideias. Como observação preliminar importante e que, no

¹¹ Trata-se aqui, principalmente, de Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart.

entanto, é objeto de grosseiras confusões na doutrina, ressalte-se que o direito positivo tratado pelo positivismo jurídico não se identifica com o “direito codificado”, a lei escrita e formalizada, ou com as normas incluídas em qualquer instrumento legislativo solene. Embora essas fontes do direito sejam as preponderantes nos países de tradição jurídica romano-germânica, também os costumes jurídicos são identificados pelos positivistas como fontes do direito positivo e, como se sabe, constituem a maior parte do direito nos países adeptos da *Common Law*. Direito positivo não significa direito estatutário: este é o pertencente a um documento legal qualquer; aquele revela-se como um conjunto de normas decorrentes da vontade humana acompanhado da capacidade de se impor.

O positivismo jurídico não defende – ao contrário das doutrinas jusnaturalistas e jusmoralistas – que a lei, por ser lei, seria ou deveria ser justa; quer dizer, jamais pretendeu extrair da mera constatação da validade jurídica de determinados preceitos a sua conformidade com ideais de justiça. Da mesma maneira, não afirma que uma vez verificada a vigência de uma norma jurídica esta deveria, de fato e obrigatoriamente, ser observada pelos cidadãos, cumprida pelas autoridades ou aplicada pelos órgãos do Estado. Como abordagem relacionada ao estudo do direito, entende não lhe competir lançar juízos de valor sobre questão que extravasa os seus domínios.¹² Outra crítica inadequada que muito se difunde sobre o pensamento positivista é a chamada “*aplicação mecânica do direito*”, que credita aos positivistas a tese de que os órgãos aplicadores do direito, especialmente os juízes, teriam por dever e função a mera subsunção (quase automática e indiferente às nuances do caso concreto) dos fatos às normas jurídicas existentes. Os positivistas jurídicos foram, diferentemente, os primeiros juristas a sustentar, e demonstrar, que a linguagem do direito possui ambiguidades, vagezas e amplitudes semânticas que impossibilitam quaisquer pretensões de um procedimento parecido.¹³

Em última análise, o positivismo assenta-se sobre a chamada “*tese do fato social do direito*”. Segundo essa tese, o conceito de direito é estabelecido tendo como referência a realidade concreta da existência de certas normas cogentes em determinado

¹²Esta concepção distorcida sobre o positivismo jurídico foi criticada por Bobbio sob a denominação de “positivismo ideológico”. Ver Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, op. cit., pp. 223-232. No mesmo sentido, Carlos Santiago Nino, *Introdução à Análise do Direito*, op. cit., pp. 36-41.

¹³ Ver Herbert Hart, *O Positivismo e a Separação entre Direito e Moral*, in Herbert Hart, *Ensaio sobre Teoria e Filosofia do Direito*, São Paulo, Elsevier, 2010, pp. 68-78.

agrupamento humano. O direito faticamente verificável deve ser distinguido do direito idealmente julgado como desejável. As normas jurídicas, como fatos sociais objetivos, não podem ser confundidas com as normas consideradas valorativamente justas e equitativas. O direito, em tal visão, é observado como um produto do homem, mais propriamente como um produto da *vontade humana* manifestada socialmente. Se o jusnaturalismo, em suas variadas vertentes, traz consigo, conscientemente ou não, o pressuposto da existência de um direito independente dos indivíduos submetidos às suas prescrições, o positivismo jurídico, ao contrário, encontra na volição humana a fonte última dos preceitos comportamentais do direito. De acordo com essa percepção, a orientação positivista de estudo do direito caracteriza-se, em geral, por adotar o ideal regulador da neutralidade cognoscitiva, isto é, o imperativo epistemológico que impõe aos pesquisadores do direito o dever de se abster de uma tomada de posição frente às normas jurídicas imperantes na realidade social. O que interessa ao positivismo jurídico é o direito objetivamente considerado, e não sua correspondência a determinado conjunto de valores. A validade do direito, a partir desta concepção, deve decorrer, em certo sentido, do exame dos dados sociais empiricamente colhidos.¹⁴

Atualmente, dentro do gênero pensamento positivista, há uma diferenciação entre duas espécies distintas de positivismo jurídico. De um lado temos os “positivistas exclusivistas”, autores como Hans Kelsen, Alf Ross e Joseph Raz, que observam o fenômeno jurídico, em termos conceituais, como autônomo e independente de interações com os sistemas de moralidade presentes em uma sociedade específica. De outro lado temos os “positivistas inclusivistas”, como Neil MacCormick, Wilfrid Waluchow e Herbert Hart, pensadores que, embora percebendo que a validade do direito não se submete a uma necessária conformidade com normas de moralidade, diagnosticam que os imperativos morais normalmente influem, quer seja na própria positivação das normas jurídicas, quer seja na sua aplicação, o que demandaria uma

¹⁴ O termo “empírico” é utilizado no texto para exprimir a essência comum a todas as correntes juspositivistas: a exigência teórica da possibilidade de constatação fática da existência de determinadas normas em um agrupamento social específico. Advirta-se, portanto, que na presente obra “empírico” relaciona-se ao denominado “positivismo conceitual” e à “tese do fato social”. Acerca desses **conceitos** fundamentais para o debate sobre o positivismo jurídico, ver Carlos Santiago Nino, *Introdução à Análise do Direito*, op. cit., pp. 42-50; Dimitri Dimoulis, *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, São Paulo, Método, 1995, pp. 78 e seguintes; e Norbert Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 9-27.

ampliação da análise da ciência do direito, de modo a abranger, a partir do direito vigente, estas conexões.¹⁵

E) Quinto minuto

Assim como se mostraria excêntrica e disparatada a imagem de um cientista ou observador que se recusasse a reconhecer que a água, sob pressão de 1 atmosfera, evapora à temperatura de 100° C ou que se lamentasse pelo fato de as gotas de chuva caírem sob efeito da gravidade, revela-se sem sentido que um cientista ou teórico do direito pretenda afirmar a não juridicidade ou vigência de normas que, independentemente de sua intervenção ou crítica, continuarão a ser aplicadas e impostas na realidade social que o circunda. O positivismo jurídico, como jusfilosofia sobre a metalinguagem que é a ciência do direito, não tem poder ou legitimidade para deliberar sobre o conteúdo ou a justiça das normas jurídicas. As posições pessoais dos teóricos do direito sobre o valor dos preceitos empiricamente atuantes não têm o privilégio de revogar ou alterar a faticidade da vigência destas normas.

O positivismo jurídico contemporâneo distingue-se por defender a tese segundo a qual o conceito do direito (conceito guia dos estudos jurídicos) independe de seu conteúdo de moralidade. Como sintetizou Michel Troper:

(...) a qualificação de direito não é um julgamento moral. Ela não implica nem que as regras sejam justas, nem que seja necessário obedecê-las. É essa definição, pelo contrário, que permite um julgamento moral: é somente depois de ter estabelecido que um conjunto de regras forma um “direito” que se pode dizer que esse direito é justo ou injusto. A teoria do direito positivista não deve, portanto, ser confundida com a ideologia, também chamada algumas vezes de ‘positivismo’, segundo a qual é necessário obedecer ao direito.¹⁶

Se o positivismo jurídico tem por premissa uma investigação fático-social do direito, as críticas que atribuem a essa abordagem a causa do surgimento ou a justificação de regimes de terror simplesmente se revelam deslocadas. Como demonstra o argumento da “falácia naturalista”, valores não podem ser extraídos de fatos, o que

¹⁵ Cf. Wilfrid Waluchow, “Legal positivism, inclusive versus exclusive”, in E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, London. Disponível na Internet: <http://pt.scribd.com/doc/56conceito008841/Waluchow-Legal-Positivism-Inclusive-Versus-Exclusive>, acesso em 03/10/2012. No Brasil, ver Dimitri Dimoulis, *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, op. cit., p. 134.

¹⁶ Cf. Michel Troper, *A Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2008, pp. 27-28.

implica que considerações teóricas fundadas em fatos não permitem a justificação de valores. Tanto os que identificam o positivismo com uma postura que oferece justificação moral para o direito positivo de uma sociedade, quanto os que, ao contrário, o atacam exatamente por não oferecer justificação moral para o direito vigente em uma sociedade, apelam a uma ótica de justificação moral que se contrapõe à lógica positivista. A suposta “deficiência” do positivismo é não só deliberada como insuperável gnosiologicamente. Os adeptos do direito natural e do moralismo jurídico não podem, com sucesso, rejeitar uma perspectiva teórica pelo que ela jamais pretendeu e, mais ainda, pelo que ela entende como inexecutável em vista de seus pressupostos teóricos.

A abordagem positivista do direito objetiva unicamente produzir conhecimento sobre as normas que efetivamente regulam compulsoriamente o comportamento social. Não desconsidera, porém, a importância e a necessidade das especulações acerca do valor e da eficácia de tais normas, mas as remete para disciplinas específicas, que são a filosofia e a sociologia, respectivamente. O direito, relacionando-se intimamente com o poder que impera em certa sociedade, torna-se vinculante, independentemente dos pareceres acadêmicos acerca de sua justiça: o poder, de onde nasce o direito, não pede licença a direitos naturais, a normas da razão e, muito menos, a opiniões de juristas. Assim como as *górgonas*¹⁷, que na mitologia grega transformavam em pedra os mais hábeis guerreiros que se atrevessem a fitar os seus olhos, o direito, nas sombras do poder, sempre se impõe e se realiza, mesmo diante das mais justificadas e legítimas aspirações de justiça. Frente ao poder até as vontades mais iluminadas se curvam, paralisando-se como pedras, incapacitadas de opor qualquer resistência às suas determinações. Tornar o direito justo é uma possibilidade, e a responsabilidade por esta tarefa depende dos homens, guiados por suas virtudes em meio aos arranjos fáticos de poder.

II – CONSIDERAÇÕES HISTÓRICO-CONCEITUAIS

¹⁷ Assim já se manifestava Hans Kelsen: “O problema do direito natural é o eterno problema do que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta não encontra – temo – nem a verdade absoluta de uma metafísica, nem a justiça absoluta de um direito natural: quem levanta o véu e não fecha os olhos é ofuscado pela Górgona do poder.”, *Apud* Mario Losano, *Sistema e Estrutura do Direito* (volume 2), op. cit., p.121.

Em *The Encyclopedia of the Third Reich* (versão em língua inglesa do original alemão intitulado *Das Grosse Lexikon des Dritten Reiches*) há um pequeno verbete dedicado a Hans Kelsen, no qual se lê que a Teoria Pura do Direito (1934) foi atacada pelos nacional-socialistas, que a consideravam típica expressão de uma mente judia destrutiva, além de danosa para a comunidade.¹⁸

O positivismo jurídico (e mais especificamente o normativismo kelseniano) certamente não foi a ideologia jurídica do regime nacional-socialista. Entretanto, como vimos, Gustav Radbruch lançou sobre ele uma pesada acusação, ao considerar esta doutrina jurídica (dominante entre os juristas alemães, segundo seu entendimento) como fator responsável por tornar o povo alemão e os juristas alemães indefesos diante de leis criminosas. O positivismo jurídico, portanto, teria enfraquecido todas as defesas contra os abusos da legislação nacional-socialista.¹⁹ A questão nos remete, lembrando que o grande penalista e filósofo do direito alemão passou a aceitar nos últimos anos de sua vida a ideia de um direito supralegal (fala-se na “conversão” de Radbruch), para a velha polêmica entre jusnaturalistas e positivistas a respeito do conceito de direito.

No primeiro capítulo de sua *Introducción al Análisis del Derecho*, Carlos Santiago Nino, após observar que a palavra “direito”, em seu uso ordinário, é marcada pelos inconvenientes da ambiguidade, da imprecisão (vaguidade) e da carga emotiva (o que prejudica seu significado cognoscitivo)²⁰, enumera diversas teses que sustentam existir uma relação importante entre o direito e a moral. Essas teses²¹, na maioria dos casos independentes entre si e por vezes mutuamente excludentes, traduzem diferentes significados lógicos. Algumas apresentam caráter fático (seu objetivo é descrever a realidade); outras são de teor valorativo ou normativo (direcionam-se ao plano do dever ser); por fim, podem ser de tipo conceitual.

18 Cf. *The Encyclopedia of the Third Reich* (organizadores: Christian Zentner e Friedemann Bedürftig), New York, Da Capo Press, 1997, p. 494.

19 Ver Gustav Radbruch, “Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal”, in *El Hombre y el Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 137.

20 Ver Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 1995, pp. 14-16.

21 Ver Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., pp. 16-18.

Uma primeira tese afirma que as normas jurídicas, de fato, refletem os valores morais da comunidade ou dos grupos de poder que as elaboram. Uma segunda tese defende que as normas jurídicas devem se adequar a princípios universais de moralidade ou, mais especificamente, de justiça. Uma terceira tese estabelece que as normas jurídicas devem reconhecer e efetivar os princípios morais da sociedade. Uma quarta tese entende que é impossível formular uma distinção conceitual clara entre as normas jurídicas e as normas morais de determinada sociedade. Uma quinta tese assegura que os juízes, em suas decisões, aplicam normas e princípios morais, além de normas jurídicas. Uma sexta tese admite que os juízes recorram a normas e princípios morais com o intuito de solucionar casos que não estejam disciplinados de modo claro pelas normas jurídicas. Uma sétima tese acentua que os juízes não devem aplicar normas jurídicas que violem frontalmente princípios fundamentais de moralidade ou de justiça. Uma oitava tese, que podemos atribuir ao positivismo ideológico, assegura que as normas jurídicas, independentemente de sua origem e de seu conteúdo, têm força moral obrigatória, devendo ser aplicadas pelos juízes e respeitadas pelos indivíduos. Uma penúltima tese preceitua que a ciência do direito deve formular princípios de justiça e verificar se as normas jurídicas vigentes se conformam a eles. Uma última tese, que o positivismo conceitual refuta, ressalta que as normas jurídicas e os ordenamentos jurídicos devem se adequar a princípios morais ou de justiça, sob pena de não poderem ser considerados como verdadeiramente jurídicos.

De acordo com Carlos Santiago Nino, embora a velha polêmica envolvendo as correntes do jusnaturalismo e do positivismo jurídico tenha como eixo o problema da relação entre direito e moral, a complexidade desta relação não nos permite simplesmente afirmar que enquanto a primeira corrente sustenta existir uma conexão intrínseca entre o direito e a moral, a segunda corrente nega haver tal conexão. Pode-se acrescentar ainda que, em certo sentido, caracterizar o positivismo jurídico é mais difícil do que caracterizar o jusnaturalismo.²²

Em uma aproximação bastante genérica, a concepção jusnaturalista defende que além e acima do direito positivo encontramos um conjunto de princípios morais universais e imutáveis (o denominado direito natural) aos quais o direito vigente deve se conformar, sob pena de não ser verdadeiro direito. Os jusnaturalistas, como se sabe, discrepam a respeito da origem ou fundamento dos princípios do direito natural, assim

22 Ver Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., pp. 18 e 30.

como acerca do conteúdo de tais princípios. Porém, conforme esclarece Carlos Nino, coincidem na defesa de duas teses concomitantes: em primeiro lugar, uma tese de conteúdo ético, de acordo com a qual existem princípios morais (ou, mais especificamente, de justiça) universalmente válidos e acessíveis à razão humana; em segundo lugar, uma tese de natureza conceitual, de acordo com a qual uma norma ou um sistema de normas não poderão ser qualificados de jurídicos caso venham a contrariar aqueles princípios de moralidade ou de justiça.²³

Para o denominado positivismo ideológico, as normas jurídicas são moralmente obrigatórias e devem ser aplicadas pelos juízes. O direito positivo, portanto, não importa qual seja o conteúdo de suas normas, deve ser obedecido. Pode-se dizer, reproduzindo as palavras de Carlos Santiago Nino, que o positivismo ideológico combina de forma espúria uma definição puramente fática do direito (consoante o positivismo) com a proposição jusnaturalista de que todas as normas jurídicas têm força moral obrigatória (lembramos que para o jusnaturalismo, o que é internamente coerente, uma norma contrária às exigências de moralidade ou de justiça não será considerada jurídica).²⁴

Norberto Bobbio assinala que as disjuntivas (a) “validade de uma norma versus invalidez de uma norma” e (b) “valor (ou justiça) de uma norma versus desvalor (ou injustiça) de uma norma” não podem ser sobrepostas. Curiosamente, o jusnaturalismo e o positivismo ideológico (Bobbio fala em uma posição positivista extrema, presente talvez em Hobbes) identificam, de forma invertida, os conceitos de validade e de valor. A posição jusnaturalista reduz o conceito de validade ao conceito de valor: uma norma, para ser válida, deve também ser justa. O positivismo ideológico (juspositivismo extremo), por sua vez, reduz o conceito de valor ao conceito de validade: uma norma jurídica será justa pelo simples fato de ser válida. Cabe esclarecer, no entanto, que a posição típica do positivismo jurídico, ao contrário daquela do positivismo ideológico, implica em diferenciar claramente os referidos conceitos de validade e de valor (justiça).²⁵ Carlos Santiago Nino explicita que os filósofos positivistas Jeremy Bentham (1748-1832), John Austin (1790-1859), Alf Ross (1899-1979), Herbert Hart (1907-1994) e Norberto Bobbio (1909-2004) não se enquadram no positivismo ideológico. O

23 Ver Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., pp. 27-30.

24 Ver Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., pp. 25-26 e 32-33.

25 Ver Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, op. cit., pp. 136-138.

caso de Hans Kelsen (1881-1973) poderia suscitar dúvidas. Contudo, assegura Nino, Kelsen não afirma que exista uma obrigação moral no sentido de obedecer ou de aplicar normas jurídicas. Logo, apesar das aparências, não pode ser considerado um positivista ideológico²⁶(retomaremos este ponto mais à frente).

O positivismo conceitual ou metodológico, no âmbito do qual, segundo Carlos Nino, podemos inserir os filósofos positivistas acima mencionados (Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart e Bobbio) defende a tese (meramente conceitual)de acordo com a qual o conceito de direito deve ser formulado com base em propriedades fáticas, sem qualquer referência a termos valorativos. Trata-se de uma tese a respeito da definição do conceito de direito. O positivismo metodológico ou conceitual, acrescenta Nino, não se opõe obrigatoriamente à tese jusnaturalista que defende a existência de princípios morais (ou de justiça) universalmente válidos e racionalmente justificáveis. A título ilustrativo, se Kelsen (a justiça absoluta é um ideal irracional) e Ross (invocar a justiça é como dar um murro na mesa) professam o ceticismo ético, o mesmo não ocorre com Bentham e Austin (fundadores do positivismo moderno), que aceitam o princípio de utilidade, passível de justificação racional e universalmente válido. Em contrapartida, o positivismo metodológico ou conceitual refuta a tese jusnaturalista segundo a qual uma norma ou um sistema normativo não poderão ser qualificados como jurídicos se contrariarem o direito natural.²⁷

Como havíamos assinalado, Norberto Bobbio acentua que o positivismo jurídico (pensemos no positivismo metodológico ou conceitual) habitualmente diferencia e separa os conceitos de validade da norma e de valor da norma. De acordo com esta lógica, pode haver um direito válido que seja injusto (o direito nazista, por exemplo), assim como um direito justo que seja inválido (o direito natural, por exemplo). Os

²⁶ Ver Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., pp. 32-35.

²⁷ Ver Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., pp. 30-31 e 37-38. Ver também Hans Kelsen, *O Problema da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 1993, p.65 e Alf Ross, *Direito e Justiça*, São Paulo, Edipro, 2000, p. 320. Cabe esclarecer que Eugenio Bulygin, ao contrário de Carlos Nino, considera o ceticismo ético uma característica inafastável do positivismo jurídico, o que o faz criticar a posição do positivismo conceitual. É interessante lembrar que, para Bulygin, filósofos como John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Nozick, John Finnis e Carlos Santiago Nino devem ser qualificados como partidários do direito natural. Vide Eugenio Bulygin, “Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos”, In Carlos Alchourron e Eugenio Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 621-624.

juízos acerca do valor do direito se afastam do campo da ciência jurídica, que se limita a formular juízos relativos à validade do direito, e se direcionam para o terreno da filosofia do direito. Em outras palavras, a distinção entre juízo de validade (a norma existe ou não existe) e juízo de valor (a norma é justa ou não é justa) serve para delimitar as fronteiras entre ciência do direito e filosofia do direito, respectivamente. Conforme acentua Bobbio, a teoria pura do direito kelseniana não elimina o problema da justiça, mas sim a confusão entre este e o problema da existência ou validade da norma.²⁸

De acordo com Carlos Santiago Nino, a tese do positivismo metodológico ou conceitual (o conceito de direito deve ser formulado levando-se em conta somente elementos descritivos) não implica em uma posição valorativa acerca do conteúdo das normas jurídicas ou da atitude que devemos tomar diante delas. Consequentemente, um positivista conceitual poderia perfeitamente afirmar, sem qualquer incoerência, que determinada norma jurídica, por ser demasiadamente injusta, não deve ser obedecida ou aplicada. Contrariamente, tanto um jusnaturalista quanto um positivista ideológico não poderiam aceitar tal afirmação: para o primeiro, se os juízes têm a obrigação moral de não aplicar uma norma, ela não é verdadeiramente uma norma jurídica; para o segundo, se uma norma é jurídica, os juízes estão moralmente obrigados a aplicá-la.²⁹

Dentre as dez teses anteriormente mencionadas que versam sobre a relação entre direito e moral, a oitava, definidora do positivismo ideológico (as normas jurídicas, seja qual for o seu conteúdo, têm força moral obrigatória, devendo ser aplicadas pelos juízes e obedecidas pelas pessoas), contrapõe-se à sétima (os juízes não devem aplicar aquelas normas jurídicas que contrariam radicalmente princípios fundamentais de moralidade ou de justiça). Para Carlos Nino seria muito difícil enumerar filósofos positivistas relevantes que se enquadrem no positivismo ideológico. Porém, a crença de que os positivistas defendem tal posição serve de base para acusar a doutrina positivista de legitimar regimes políticos autoritários e totalitários.³⁰

28 Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, op. cit., pp. 137-138. Ver também Norberto Bobbio, *Direito e Poder*, São Paulo, Unesp, 2008, pp. 25, 26 e 28.

29 Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., pp. 37 e 38.

30 Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., pp. 32 e 33.

Se para Eugenio Bulygin o positivismo jurídico, enquanto teoria filosófica, nada tem a ver com as ideologias políticas, não podendo, portanto, ser acusado pelo advento do regime nazista³¹, Carlos Santiago Nino, como vimos, esclarece que Hans Kelsen não sustenta a posição segundo a qual existiria uma obrigação moral no sentido de obedecer ou de aplicar todas as normas jurídicas, ou seja, Kelsen não nega que os juízes, por motivos de ordem moral, possam deixar de aplicar normas jurídicas em suas decisões.³²

Norberto Bobbio, por sua vez, observa que a posição metodológica da teoria pura do direito, de acordo com a qual o jurista deve ocupar-se do direito positivo e não do direito justo, não tem como consequência necessária o preceito que estabelece o dever incondicional de obediência às leis. Afirmar que o jurista deve estudar o direito positivo, independentemente de sua conformidade com a justiça, traduz uma proposição de ordem lógico-metodológica relativa à atitude do cientista do direito. Diferentemente, afirmar que o indivíduo deve obedecer às leis traduz uma proposição de ordem ética ou política relativa à atitude deste diante do direito positivo de seu país. Bobbio explicita que a teoria pura do direito se distancia não apenas da doutrina jusnaturalista como também da doutrina do legalismo jurídico. A primeira é uma teoria do conhecimento. A segunda e a terceira são teorias da justiça. A teoria pura do direito, escreve Bobbio, limita-se a examinar a validade das leis, independentemente do fato de serem justas ou não. Em uma outra perspectiva, de sentido ético-político, o jusnaturalismo sustenta que as leis serão válidas somente se forem justas, enquanto o legalismo jurídico sustenta que as normas jurídicas são justas pelo simples fato de serem válidas e, por isso, devem ser obedecidas.³³ Em um livro publicado antes da ascensão do regime nacional-socialista (intitulado *Revolución y Ciencia del Derecho*, na tradução espanhola realizada pelo professor Antonio Polo, da Universidade de Salamanca), Heinrich Herrfahrdt nos ensina que o jurista e filósofo alemão Karl Magnus Bergbohm não faz distinção entre direito efetivo e direito obrigatório, isto é, equipara a eficácia real ou positiva de uma norma com sua obrigatoriedade. Diferentemente, acrescenta Herrfahrdt, Hans Kelsen considera que saber se o juiz deve obedecer a uma norma posta é um problema ético, que escapa

31 Eugenio Bulygin, “Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos”, op. cit., pp. 620 e 621.

32 Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 35.

33 Norberto Bobbio, *Direito e Poder*, op. cit., pp. 29-31.

ao jurista e deve ser resolvido pelo filósofo moral. O sistema kelseniano não pode oferecer resposta para a conduta do juiz. Se para Bergbohm o juiz não pode, em qualquer situação, se afastar do direito vigente, em Kelsen o problema permanece indefinido.³⁴ Para Heinrich Herrfahrdt, em síntese:

La solución al problema (...) de si debe el juez y en qué circunstancias aplicar una norma que se presenta como norma jurídica, queda siempre en penumbra en la obra de Kelsen. En suma, considera existentes las normas jurídicas allí donde de hecho ejercen su dominio. Pero estas normas tienen solamente obligatoriedad jurídica y a la pregunta de si el juez debe o no obedecerlas no puede dar Kelsen una contestación definitiva, porque junto a la respuesta afirmativa del jurista, pudiera presentarse acaso una negativa del filósofo moral, con la misma pretensión de validez.³⁵

No magnífico ensaio “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, inserido em seu livro *El Derecho y sus Circunstancias*, Juan Antonio García Amado, da Universidad de León, examina e refuta três falsidades, que muitas vezes ouvimos e lemos, a respeito de Hans Kelsen. Uma delas consiste em afirmar que a hermenêutica kelseniana aproxima-se do positivismo do século XIX da escola de exegese ou da jurisprudência dos conceitos (pandectística), ao conceber a decisão judicial como a mera subsunção dos fatos às normas, seguindo o modelo de um silogismo (no qual teríamos as normas como premissa maior, os fatos relevantes como premissa menor e a decisão como conclusão). Porém, como fica claro a partir da leitura do oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito* (edição de 1960), Kelsen não comunga da teoria da decisão judicial própria do positivismo metafísico do século XIX, ou seja, não proclama que a aplicação das normas jurídicas seja uma mera subsunção automática, caracterizadora de um silogismo elementar. Hans Kelsen, acrescenta García Amado, não apenas desautoriza a teoria da subsunção, na medida em que enfatiza a dimensão criativa da decisão judicial (o ato de aplicação da norma é, ao mesmo tempo, ato criador de direito), como também contrapõe sua teoria ao positivismo decimonônico, no qual vê raízes jusnaturalistas,

34 Heinrich Herrfahrdt, *Revolución y Ciencia del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pp. 27-36. Miguel Reale assinala que a Viktor Cathrein repugna “a idéia do Direito de possuir Moral própria e por si bastante. Confuta, assim, com veemência, a tese de Bergbohm, segundo a qual é diante do Direito infame que se revela a virtude mais nobre do jurista, isto é, a capacidade de agir contra as suas mais profundas e santas convicções”. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 485.

35 Heinrich Herrfahrdt, *Revolución y Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 32.

uma vez que para este, se a decisão do juiz se encontra prefigurada na lei, a decisão do legislador se encontra prefigurada em uma suposta ordem natural.³⁶

Uma segunda falsidade consiste em afirmar que a teoria jurídica kelseniana estaria impregnada de autoritarismo estatista, tendo o seu predomínio acarretado a atitude de cega e entusiasmada obediência que muitos juristas prestaram às normas nazistas. Na verdade, Hans Kelsen, como nos lembra García Amado, a par de ser um teórico da democracia, era um democrata simpatizante do liberalismo político. Para o jurista e filósofo austríaco, a democracia coincide com o liberalismo político, embora não coincida necessariamente com o liberalismo econômico. Sendo assim, em polêmica travada com Friedrich Hayek em meados da década de 1950, Kelsen sustenta não existir incompatibilidade entre democracia, com suas liberdades positivas e negativas, e economia socialista, ao passo que para o autor de *O Caminho da Servidão* democracia e regime econômico socialista são incompatíveis.³⁷ Além disto, de acordo com García Amado, o positivismo jurídico formal kelseniano não se confunde com o positivismo estatista de índole autoritária, baseado na unidade metafísica entre moral, Estado e direito. Em outras palavras, o positivismo do Estado de direito (Kelsen, Thoma, Radbruch, Nawiasky, Walter Jellinek e Anschütz) não se confunde com o positivismo do direito do Estado da escola alemã de direito público (Gerber, Laband, Georg Jellinek). Conforme nos ensina García Amado, o modelo do direito do Estado vê o ente estatal como um organismo supra-individual que expressa a identidade comunitária. O Estado é anterior ao direito, ou seja, o direito nasce do Estado, daí a expressão direito do Estado. Para Georg Jellinek, por exemplo, o Estado possui duas dimensões: uma jurídica e outra fática, sendo esta última a mais importante. Em contraposição, a teoria do Estado kelseniana, que se insere no modelo do Estado de direito, refuta o estatismo da doutrina alemã do direito público. Para Hans Kelsen, o Estado não é um ser em si, detentor de faticidade pré-jurídica, o que significa dizer que não existe Estado sem as normas jurídicas que o constituem. Neste sentido, portanto, sem qualquer conotação político-moral, todo o Estado é um Estado de direito. Segundo García Amado, o caráter anti-

³⁶ Ver Juan Antonio García Amado, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, in *El Derecho y sus Circunstancias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 415-420 e 385.

³⁷ Juan Antonio García Amado, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, op. cit., pp 438-440 e 385.

metafísico da teoria kelseniana nos permite distanciá-la do positivismo do século dezenove, seja o juspublicista da escola alemã de direito público, seja o jusprivatista da escola de exegese e da jurisprudência dos conceitos.³⁸

Retomando o ponto principal de nossa abordagem, uma terceira falsidade consiste em afirmar que Hans Kelsen, transformado em positivista ideológico, defende a obediência de juízes e cidadãos ao direito injusto, não diferenciando obrigação jurídica de obrigação moral. Como vimos, trata-se de um equívoco. García Amado observa que Kelsen, coerente com seu relativismo ético (ou, talvez, emotivismo ético), não atribui às normas jurídicas qualquer valor moral intrínseco, assim como não condiciona a validade das normas ao seu conteúdo moral. Para Kelsen, não há qualquer conexão entre dever jurídico e dever moral, os quais podem, inclusive, entrar em conflito. Neste caso, o relativismo imporia ao indivíduo a responsabilidade de, subjetivamente, fazer sua escolha. No âmbito da teoria pura do direito a única equiparação pertinente se dá entre validade e obrigatoriedade jurídica, visto que o descumprimento da norma deverá acarretar (de acordo com o nexo de imputabilidade) uma sanção. Consequentemente, escreve García Amado, afirmar que existe um dever moral de obediência às normas jurídicas não é menos absurdo do que sustentar que existe um dever jurídico de obedecer a normas morais.³⁹ Em suma, como o próprio Kelsen explica no quarto capítulo da Teoria Pura do Direito, o conceito de dever jurídico refere-se apenas a determinado ordenamento jurídico positivo, sem qualquer espécie de implicação moral.⁴⁰ Juan Antonio García Amado, citando Fabian Wittreck, assinala que a lenda da responsabilidade do positivismo constitui o mito fundador da filosofia do direito alemã ocidental do período pós-guerra, contribuindo para o renascimento do jusnaturalismo de base religiosa. Para o professor da Universidad de León:

Fue la doctrina alemana de posguerra la que hizo responsable ala teoría de Kelsen de la sumisión de los juristas a los dictados normativos del nazismo, al alegar que fue la supuesta tesis kelseniana de que la ley es la ley y como tal debe ser acatada y aplicada por los operadores jurídicos la que dejó inerme a

38 Ver Juan Antonio García Amado, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, op. cit., pp. 387-393.

39 Juan Antonio García Amado, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, op. cit., pp. 421-426, 429 (nota110) e 385.

40 Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 130. Ver também Juan Antonio García Amado, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, op. cit., p. 427.

los juristas alemanes frente a las aberraciones jurídicas del nacional-socialismo. Se trataba de una estrategia defensiva y de autoexculpación. El predominio del kelsenismo en la doctrina jurídica de la época de Weimar habría abonado el terreno para que en tiempos del nazismo los juristas no hubieran podido tomar plena conciencia de la ilegitimidad y la radical injusticia de aquellas normas. Mas un mínimo rigor en el examen de la situación doctrinal en la República de Weimar y en la época de Hitler enseña, sin margen para el error, que todos esos presupuestos son rigurosamente inexactos, mentiras deliberadas, excusas sin más razón de ser que el deseo de librar de responsabilidad a autores o funcionarios que nunca fueron kelsenianos, bien al contrario.⁴¹

Apoiado em Manfred Walther, Mário Losano assinala que a tese da culpabilidade do positivismo (de acordo com a qual os juristas alemães submeteram-se às leis abjetas do regime nacional-socialista porque o positivismo jurídico os ensinara a não questionar o direito positivo) foi amplamente aceita devido à autoridade moral de Gustav Radbruch. O grande penalista e filósofo do direito alemão oferecia uma análise sobre o passado (a culpabilização do positivismo) e formulava um itinerário para o futuro (o retorno do jusnaturalismo). A difusão da condenação do positivismo, no entanto, além de reforçar posições conservadoras entre os juristas em geral, acabou servindo como uma tábua de salvação para aqueles juristas que efetivamente estiveram comprometidos com o nacional-socialismo.⁴² Depois da guerra, escreve García Amado, enquanto alguns se escusam culpando Kelsen, outros acusam questionando as posições kelsenianas a respeito da validade das normas jurídicas. Porém, a acusação genérica ao positivismo revela-se, por um lado, injusta em relação a muitos autores positivistas e, por outro, excessivamente benevolente em relação a juízes e juristas supostamente positivistas.⁴³

Radbruch parte do pressuposto (equivocado, como se verá mais adiante) de que os juízes alemães haviam sido positivistas durante a República de Weimar e durante o regime nacional-socialista.⁴⁴ Para García Amado, sua acusação ao positivismo jurídico objetivava garantir a condenação de juízes e funcionários por suas ações durante o

41 Juan Antonio García Amado, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, op. cit., p. 386.

42 Mario Losano, Sistema e Estrutura do Direito (volume 2), op. cit., pp. 235, 240 e 241. Losano acentua que o retorno ao passado vai permitir “limitar muitas responsabilidades que remontavam à era nacional-socialista. De fato, se a aplicação rigorosa do direito nacional-socialista era devida ao positivismo, os juízes eram vítimas da educação recebida. Esse argumento, com mil variações, constitui o fundamento para a absolvição dos juízes nacional-socialistas nos processos do pós-guerra, ao menos nas três zonas ocidentais de ocupação.” Mário Losano, Sistema e Estrutura do Direito (vol.2), op. cit., p. 240.

nazismo, sem que eles pudessem apresentar a defesa de que o positivismo os desorientara, ensinando-lhes que toda lei é justa e deve ser obedecida.⁴⁵ Curiosamente, em sua *Filosofia do Direito* (edição de 1932), Radbruch escrevera o seguinte comentário acerca do dever do juiz:

Sentimos, sem dúvida, desprezo pelo padre que prega uma doutrina contrária às suas convicções; não, porém, pelo juiz que se não deixa desviar do respeito devido à lei, não obstante a oposição que na sua consciência experimenta contra ela, inspirada no seu sentimento jurídico. Porque a verdade é esta: o dogma só tem valor como expressão duma fé religiosa; a lei, essa, não o tem só como expressão da justiça, senão também como penhor da segurança e da ordem, sendo esta até a razão principal pela qual ela se acha colocada nas mãos dos juizes. É fora de dúvida que um homem justo vale mais que um homem de leis ou um homem apenas fiel à lei. E todavia não é menos verdade que, quando queremos elogiar um juiz, nunca lhe chamamos “legalista”, mas sim “justo”, porque um juiz que cumpre a lei é já por isso mesmo, e só por isso, um “juiz justo”.⁴⁶

Norberto Bobbio relata que, na Itália, juspositivistas como Calamandrei reivindicaram o princípio da legalidade (segundo o qual o direito deve fundar-se em normas gerais abstratas e não em comandos individuais) a fim de opor um obstáculo às arbitrariedades do fascismo.⁴⁷ Recordando o testemunho de Bobbio acerca dos

43 Ver Juan Antonio García Amado, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, op. cit., p. 396, e Juan Antonio García Amado, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, ensaio obtido na página do autor (endereço <http://www.garciamado.es/2014/04/nazismo-y-derecho-un-trabajo-de-1991>, acessado em 26/11/2016), originalmente publicado em *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 8, 1991, pp. 341-364. Faremos as citações com base na paginação total do mencionado Anuário.

44 Ver Mario Losano, *Sistema e Estrutura do Direito* (vol. 2), op. cit., pp. 235-236.

45 Juan Antonio García Amado, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, op. cit., p. 396.

46 Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, 6ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1979, p. 182.

47 Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 236. Em sentido contrário, José Miguel Serrano Ruiz-Carderón afirma que o regime fascista italiano vincula-se ao positivismo jurídico. Guido Fassò, por sua vez, entende que não é possível afirmar que o positivismo jurídico tenha sido a teoria jurídica do fascismo, afinal, durante este período, numerosos juristas positivistas foram adversários, embora silenciosos, do regime. Ver SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel, “Totalitarismo y Derecho Natural”, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, nº 75, 1990, pp. 991-1000.

positivistas italianos e as posições de Hans-Helmut Dietze na Alemanha, Ernesto Garzón Valdés afirma que sempre teve dúvidas a respeito da veracidade da proposição que sustenta ser o positivismo jurídico uma ideologia a serviço das ditaduras. A rigor, a acusação contra o positivismo não está livre de imprecisões históricas.⁴⁸ Garzón Valdés⁴⁹ observa que a assertiva de Kelsen (datada de 1963) no sentido de que podemos lamentar, mas não negar, que o direito nazista foi direito confirmaria, para muitos juristas, a suspeita acerca da cumplicidade do positivismo jurídico por ocasião do surgimento do nacional-socialismo. Se o positivismo é visto como um perigoso instrumento para a implantação de regimes autocráticos, o jusnaturalismo, ao contrário, é apresentado como uma doutrina capaz de assegurar o respeito à dignidade do homem. Trata-se, no entanto, de uma simplificação da relação existente entre os regimes políticos e as doutrinas filosófico-jurídicas. Para o autor de *Derecho, Ética y Política*:

La explicación de la arbitrariedad legal durante la época nacionalsocialista a través de la actividad iuspositivista de los juristas es histórica y conceptualmente falsa. Por el contrario, la vigencia de un iusnaturalismo cargado de una buena dosis de irracionalismo en conjunción con un decisionismo que veía en el Führer al “único legislador” de quien dependía en última instancia la validez de las normas, se presenta cada vez más claramente como el candidato adecuado para explicar lo sucedido en el campo del derecho entre 1933 y 1945 en Alemania.⁵⁰

A teoria jurídica alemã na época de Hitler, portanto, estava impregnada de jusnaturalismo irracionalista e de decisionismo. O positivismo jurídico, por sua vez, era considerado contrário à ideologia nacional-socialista, sendo refutado por autores como Dietze, Carl Schmitt, Walter Schönfeld, Karl Larenz, Erik Wolf, Walter Hamel etc.⁵¹

Nas palavras de Ernesto Garzón Valdés, o jusnaturalista Hans-Helmut Dietze rechaça a teoria pura do direito por entender que esta supervaloriza o indivíduo e nos

48 Ernesto Garzón Valdés, *Derecho y “Naturaleza de las Cosas”*. Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo, tomo II, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1971, pp. 99 e 100. Agradecemos às bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e da Universitat Pompeu Fabra, que nos proporcionaram acesso a este texto.

49 Cf. Ernesto Garzón Valdés, “Derecho Natural e Ideología”, in *Derecho Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 146 e também Ernesto Garzón Valdés, “Notas sobre la Filosofía del Derecho Alemana Actual”, in *Derecho, Ética y Política*, op. cit., p. 236.

50 Ernesto Garzón Valdés, “Notas sobre la Filosofía del Derecho Alemana Actual”, op. cit., p. 237.

conduz a uma teoria do Estado sem Estado. Dietze pretendia basear na natureza das coisas um direito natural concreto, condizente com a ideologia nazista. Sua versão nacional-socialista do direito natural é exposta em obra de 1936, intitulada *Das Naturrecht der Gegenwart* (O Direito Natural do Presente) e dedicada à Juventude Hitlerista. Para este autor, os anos 30 testemunham o renascimento do pensamento jusnaturalista, após décadas de predomínio de um estéril positivismo.⁵²

De acordo com a síntese oferecida por Ernesto Garzón Valdés no artigo *Derecho Natural e Ideología* (1968) e no *Excursus* (*La Teoría Jusnaturalista de Hans-Helmut Dietze*) de sua obra *Derecho y Naturaleza de las Cosas* (1971), o mencionado livro de Dietze possui três objetivos. O primeiro deles consiste em mostrar a compatibilidade existente entre direito natural e nacional-socialismo. Buscando argumento convincente, Dietze assegura que as principais figuras do regime professam o jusnaturalismo. Dentre elas, Adolf Hitler, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Joseph Goebbels, Hermann Göring e Robert Ley.⁵³

O segundo objetivo de *Naturrecht in der Gegenwart*, prossegue Garzón Valdés, consiste em superar o positivismo e o relativismo jurídicos (com seu direito artificialmente concebido), mediante um direito natural concreto, vinculado às formas originárias e primitivas do povo alemão. Este direito natural concreto postulado por Dietze fundamenta-se na situação histórica e real do povo alemão, afinal, o direito natural deve respeitar as fronteiras naturais das raças e dos povos. Sendo assim, não se

51 Cf. Ernesto Garzón Valdés, “Notas sobre la Filosofía del Derecho Alemana Actual”, op. cit., p. 236-241.

52 Cf. Ernesto Garzón Valdés, “La Naturaleza de la Cosa”, in *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 63-64; Ernesto Garzón Valdés, “Derecho Natural e Ideología”, op. cit., p. 146 e Ernesto Garzón Valdés, “Notas sobre la Filosofía del Derecho Alemana Actual”, op. cit., p. 242. É necessário explicar que o professor Garzón Valdés é um crítico da doutrina da natureza das coisas. Segundo seu entendimento, em primeiro lugar, a invocação da natureza da coisa como fonte do direito não é cientificamente aceitável; em segundo lugar, esta doutrina não representa uma superação da polêmica entre jusnaturalismo e juspositivismo; em terceiro lugar, utilizar a expressão “natureza da coisa” na ciência do direito não faz sentido; por fim, a expressão “natureza da coisa” tem importância como forma de persuasão irracional a partir de um ponto de vista ideológico-político. Cf. Ernesto Garzón Valdés, “La Naturaleza de la Cosa”, op. cit., pp. 46 e 52-72. Ver também Manuel Atienza, *La Filosofía del Derecho Argentina Actual*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 238-239 (nota 4) e 246-249.

53 Cf. Ernesto Garzón Valdés, “Derecho Natural e Ideología”, op. cit., pp. 146-148.

confunde com o direito natural abstrato, seja o da Ilustração (alicerçado na ficção da igualdade e da liberdade de todos os homens), seja o da doutrina católica tomista (universalmente válido para todos os homens, sem qualquer distinção). Garzón Valdés assinala que Dietze retoma a distinção feita por Ferdinand Tönnies entre “sociedade” e “comunidade”, afim de conceber o direito natural atual como um direito da natureza das coisas baseado nas relações concretas da comunidade. Para Dietze, o normativismo antepôs o direito positivo ao direito da comunidade, não levando em conta o espírito do povo, que é a genuína fonte do direito. O direito natural concreto, por sua vez, tem na comunidade sua fonte e seu fundamento. Em outras palavras, as distintas comunidades (comunidade de sangue, comunidade do solo, comunidade de convicção) constituem a fonte do direito natural concreto. Este, portanto, evoca a comunidade como sendo a verdadeira estrutura ontológica do homem, afastando-se assim dos erros cometidos pelos juristas romanos (que propuseram um direito natural comum aos homens e aos animais irracionais, buscando-o em fatos anímico-corporais) e pela Ilustração (com seu direito natural baseado na sociedade). Dietze acredita, acrescenta Garzón Valdés, que na Alemanha existe uma autêntica comunidade, ao passo que o resto do mundo se encontra na etapa de sociedade, uma vez que a comunidade medieval cristã se desmembrou na sociedade dos Estados soberanos. Tal situação justificaria a expansão da comunidade e a concomitante eliminação da sociedade.⁵⁴

O terceiro propósito de *Naturrecht in der Gegenwart*, conforme nos ensina Ernesto Garzón Valdés⁵⁵, consiste em assentar os fundamentos teóricos do novo direito

54 Cf. Ernesto Garzón Valdés, *Derecho Natural e Ideología*, op. cit., p. 146-147 e 148-153. Em sua *Introdução à Sociologia*, Tom Bottomore assinala que um dos critérios utilizados por Ferdinand Tönnies para diferenciar comunidade de sociedade ou associação reside no fato de que a primeira é unificada por intermédio de um acordo de sentimento ou emoção entre pessoas, ao passo que a segunda é unificada por intermédio de um acordo racional de interesses. Cf. Tom Bottomore, *Introdução à Sociologia*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1981, p. 106. No *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*, Cris Shore esclarece que, na formulação de Ferdinand Tönnies, o conceito original de *Gemeinschaft* (comunidade) representava “a comunidade integrada, pré-industrial, em pequena escala, baseada em parentesco, amizade e vizinhança, em que as relações sociais são íntimas, duradouras e multiintegradas. De acordo com (...) Tönnies, a comunidade contrastava com sua contrapartida, a não-comunidade, o *Gesellschaft* (“associação”) – simbolizando os laços impessoais, anônimos, contratuais e amorais característicos da sociedade industrial moderna”. Cris Shore, “Comunidade”, in *Dicionário do Pensamento Social do Século XX* (orgs: William Outhwaite e Tom Bottomore), Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1996, p. 116.

55 Cf. Ernesto Garzón Valdés, “*Derecho Natural e Ideología*”, op. cit., p. 147.

alemão. Desta forma, a partir de sua concepção jusnaturalista centrada na natureza das coisas, no caráter comunitário do povo alemão e na superação do positivismo jurídico estático, Hans-Helmut Dietze estabelece uma série de diretrizes (que enumeramos a seguir, reproduzindo Garzón Valdés) para o Estado do Führer.⁵⁶ Primeiramente, direito é aquilo que os homens arianos consideram como tal. Somente uma raça pura pode saber o que é direito e, para ser válido, o direito positivo deve respeitar a essência do povo ariano. Em segundo lugar, o interesse coletivo deve prevalecer sobre o interesse individual. Em terceiro lugar, a comunidade alemã reúne homens de um mesmo sangue que, por isto, pertencem ao mesmo Estado. Em quarto lugar, aquilo que beneficia ao povo é direito; inversamente, aquilo que o prejudica, não é direito (curiosamente, em Cinco Minutos de Filosofia do Direito, Gustav Radbruch atribui ao positivismo o princípio segundo o qual tudo que for útil ao povo é direito). Para Dietze, enquanto o direito natural societário prioriza o indivíduo, o direito natural comunitário postula a superioridade do todo sobre as partes. Em quinto lugar, repete-se o clássico princípio de justiça que manda dar a cada um o que é seu, adaptando-o, obviamente, aos ideais nacional-socialistas. Em sexto lugar, adverte-se que o Estado nacional-socialista não tolera a pluralidade, pois esta é sinônimo de desordem. Em sétimo lugar, a existência do Führer constitui uma lei natural da comunidade. O Führer representa a comunidade e tem a tarefa de unir e guiar aos demais. Em oitavo lugar, o Führer não pode ser limitado por nenhuma lei. Contrariamente ao direito natural comunitário, o direito natural societário, na medida em que tenta impor à realidade normas abstratas, admite a limitação do soberano. Por fim, o Führer, devido ao fato de ser a personificação da comunidade, não pode atuar falsamente. Do mesmo modo que o Papa, o Führer é infalível e esta infalibilidade possui caráter jusnaturalista comunitário. Hans-Helmut Dietze acredita que os princípios do Führerstaat representam a superação do pensamento jurídico liberal. Ubiratan Borges de Macedo, apoiado em Garzón Valdés, enfatiza que a crença no direito natural não acarreta necessariamente o respeito pelos direitos humanos. Pelo contrário: pode levar ao nazismo, enquanto o positivismo jurídico de Kelsen vincula-se a uma posição política liberal antiautoritária.⁵⁷ Ernesto Garzón Valdés entende que a análise do pensamento de Dietze permite demonstrar

⁵⁶ Cf. Ernesto Garzón Valdés, “Derecho Natural e Ideología”, op. cit., pp. 153-155. Para um excelente resumo, ver Manuel Atienza, *La Filosofía del Derecho Argentina Actual*, op. cit., p. 247. Para a passagem de Radbruch que mencionaremos, ver Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, op. cit., p. 416.

(1) hasta qué punto es discutible las tesis según la cual el derecho natural siempre posee una jerarquía y una dignidad tal que no es posible hacerlo cómplice de regímenes que nos parecen injustos; (2) que el iusnaturalismo, precisamente por pretender ser una ideología de la justicia o del orden recto, puede encarnar una fuerza revolucionaria de transformación de un orden dado, mucho mayor que el iuspositivismo; (3) que esta revolución o cambio no siempre nos abre las puertas de un mundo más digno y valioso, como pretende Maihofer; y (4) que la acusación que suele hacerse al iuspositivismo con respecto a su participación en la implantación de regímenes totalitarios es, por lo menos, históricamente falsa.⁵⁸

Juan Antonio García Amado salienta que o positivismo jurídico formalista foi objeto de ataques na época de Weimar (proferidos por teóricos conservadores), durante o nacional-socialismo e no período do pós-guerra. Duas ideias se mantiveram vigentes na judicatura e na doutrina alemãs ao longo destas três fases: primeiramente, o entendimento de que o positivismo, devido ao seu legalismo, era rechaçável; em segundo lugar, a noção de que certos princípios substanciais deveriam estar à frente da lei, a fim de dar sentido ao direito e guiar as decisões judiciais. As teses de Kelsen, na verdade, nunca foram dominantes. Nos tempos de Weimar, a postura antipositivista se faz presente no judiciário e na doutrina. No âmbito do primeiro, a título exemplificativo, ocorre uma manipulação da lei penal, objetivando favorecer os membros da direita radical e perseguir os comunistas. No terreno doutrinário, conforme acentuamos, o positivismo jurídico formal era minoritário, imperando um positivismo estatista de cunho autoritário. Sob o nazismo, o positivismo formalista, censurado como ideologia judaica de caráter liberal-individualista, converte-se no alvo predileto dos ataques de autores como Carl Schmitt, Karl Larenz e Ernst Forsthoff. Depois da guerra, conclui García Amado, o positivismo formalista é acusado de ter contribuído para a eliminação do liberalismo, da democracia e do parlamentarismo.⁵⁹

A acusação de Gustav Radbruch pressupõe o entendimento de que os juízes seguiram o positivismo ao longo da República de Weimar e do regime nacional-socialista. Mário Losano enfatiza que os dados históricos desmentem Radbruch. Em

57 Cf. Ubiratan Borges de Macedo, “Prefácio”, in Alasdair MacIntyre e a Crítica da Modernidade (Daniela Arantes Vieira), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 18.

58 Ernesto Garzón Valdés, “Derecho e Ideología”, op. cit., p. 155.

59 Cf. Juan Antonio García Amado, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, op. cit., pp. 394-395 e Juan Antonio García Amado, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, op. cit., pp. 341-364. Para a atuação dos tribunais na época de Weimar, consultar também Ingo Müller, Los Juristas del Horror, op. cit., pp. 32-34.

Weimar percebemos, além da já mencionada parcialidade dos juízes na aplicação do direito, uma interpretação das normas calcada na vontade da lei, e não na vontade do legislador (como propunha o positivismo). A verdade é que juízes alemães nunca aceitaram a república social-democrata, assim como nunca se sentiram vinculados por seu direito. O Estado nacional-socialista, por sua vez, não oferece aos juízes um modelo positivista, mas sim o seu contrário. Caberia perguntar se a recusa radical à República de Weimar e a adesão entusiasta ao nazismo poderiam ter uma origem comum. A resposta é negativa, de modo que, conclui Losano, os juízes alemães não agiram como positivistas em nenhum destes dois momentos históricos.⁶⁰

Ao abordar a doutrina jurídica nazista em seu livro *Los Juristas del Horror*, Ingo Müller⁶¹ destaca que os juízes deviam lealdade sobretudo ao Führer, e não à lei. O princípio da reserva legal (que proíbe ao Estado a imposição de penas retroativas e a utilização de analogia em matéria penal) foi desprezado. O pensamento jurídico nazista, continua Ingo Müller, vai penetrar em todas as áreas do direito, com especial repercussão no direito penal, onde ocorre uma redefinição do conceito de segurança jurídica: o princípio “não há delito sem castigo” passa a ter prioridade sobre o princípio “não há delito sem lei”. Como o direito penal nacional-socialista é concebido para proteger ao Estado contra o indivíduo, a justiça material importa mais do que a clareza da legislação. As leis são propositalmente formuladas em linguagem vaga; pode-se dizer que o esvaziamento da segurança jurídica é transformado em objetivo, afastando-se assim o risco de que o Führer pudesse ter suas mãos atadas por normas e procedimentos. Franz Gürtner, ministro da justiça do Reich, proclama que a lei não é a única fonte para determinar o que é legal e ilegal, ou seja, o conceito formal de ilegalidade dá lugar a um conceito de ilegalidade material. Edmund Mezger esclarece que uma atitude contrária à cosmovisão nacional-socialista é materialmente ilegítima. O tratamento privilegiado dos prisioneiros políticos, do qual o próprio Hitler se beneficiara na década de 1920, é abolido: o nacional-socialismo não reconhece os delitos políticos, pois isso implicaria em reconhecer os transgressores como adversários decentes e respeitáveis, e não como delinquentes particularmente repreensíveis. De acordo com Ingo Müller:

Las características esenciales de la teoría del derecho penal nazi se desarrollaron sobretudo en la escuela de derecho de la Universidad de Kiel, donde la política de personal había llevado a la creación de una

60 Cf. Mario Losano, *Sistema e Estrutura do Direito* (vol. 2), op. cit., pp. 235-239.

61 Cf. Ingo Müller, *Los Juristas del Horror*, op. cit., pp. 110-116.

facultad nazi incomparable, que incluía a profesores como Georg Dahm, Ernst Rudolf Huber, Karl Larenz, Michaelis Friedrich Schaffstein y Wolfgang Siebert, que brindaban al sistema judicial la base intelectual para sus interpretaciones sangrentas. El resumen más significativo de esos principios es tal vez el programa contenido en la Teoría Política del Derecho Penal de Schaffstein (Politische Strafrechtswissenschaft). Esa obra demuestra también que el espíritu anti-republicano de las muchas decisiones de los tribunales durante la era de Weimar creó los fundamentos que permitieron a los dirigentes nazis torcer el derecho penal a su voluntad y convertirlo en un instrumento para ser posible su poder.⁶²

A exemplo de Ingo Müller, Mario Losano assinala que durante o período nacional-socialista os juízes, liberados da servidão da norma, ficam submetidos ao poder político. Desaparece a certeza do direito e vigora, ao invés do positivismo jurídico, um Führerpositivismus (que vê no Führer o intérprete da comunidade popular).⁶³ A ideologia nacional-socialista, escreve Losano, sempre foi hostil ao direito, considerando-o um obstáculo para a conquista revolucionária do poder ou um empecilho para o posterior exercício do mesmo; conseqüentemente, tal ideologia não produziu teorias do direito relevantes, excetuando-se basicamente as formuladas por Carl Schmitt e Karl Larenz. As ideias do racismo e do autoritarismo, inspiradoras do programa do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP), orientam a aplicação do direito. O racismo constitui um elemento nuclear da teoria do Estado nacional-socialista e o antissemitismo permeia o pensamento jurídico; teorias são combatidas não por seus erros, mas pelo simples fato de haverem sido elaboradas por juristas judeus. Acrescente-se ainda que os indivíduos que não tivessem sangue alemão se encontravam excluídos do povo, do Estado e do direito, O autoritarismo mais extremo materializa-se na legislação de exceção que surge após a conquista do poder. Por exemplo: autoriza-se o confisco de bens dos inimigos políticos; os partidos políticos são dissolvidos e o NSDAP converte-se em partido-Estado; funcionários não confiáveis aos olhos do novo regime são afastados; o parlamento é totalmente esvaziado e o poder legislativo fica sob o controle do partido nacional-socialista; cria-se um tribunal especial para os delitos políticos.⁶⁴ Mario Losano acrescenta que a noção de direito peculiar ao movimento nacional-socialista inspira não somente a nova legislação como também a

62 Ingo Müller, *Los Juristas del Horror*, op. cit., p. 121.

63 Cf. Mario Losano, *Sistema e Estrutura do Direito* (vol. 2), op. cit., pp. 187-188 e 202.

64 Cf. Mario Losano, *Sistema e Estrutura do Direito* (vol. 2), op. cit., pp. 193-206.

interpretação da legislação anterior a 30 de janeiro de 1933. Princípios vagos, tais como o programa do partido nacional-socialista, a ideologia nacional-socialista, as decisões do Führer e o são sentimento popular, possibilitam aos juízes transformar qualquer norma por meio da interpretação. A incerteza do direito, que irá permitir mudanças interpretativas convenientes ao poder dominante, está inserida em um contexto maior de recusa da racionalidade. Recordemos que a teoria kelseniana representa o ponto culminante no sentido de uma construção sistemática do direito, seja no que se refere a um sistema jurídico interno (sistema do direito positivo), seja no que se refere a um sistema jurídico externo (sistema da ciência do direito). Contrariamente, a visão irracional do direito presente no nacional-socialismo refuta qualquer construção sistemática e a certeza que dela provém.⁶⁵ De acordo com Mario Losano:

Do exame da teoria e da prática nacional-socialista, resulta clara a fratura entre a noção formal de sistema, própria da jurisprudência oitocentista e do normativismo, e a natureza substancial das teorias nacional-socialistas, que se propunham oferecer aos juízes um instrumento não apenas facultativamente alternativo, mas, antes, obrigatoriamente substitutivo com relação ao respeito da lei e das regras da dedução lógica ou, ao menos, do raciocínio inspirado na racionalidade. O sistema clássico abstrai das normas jurídicas conceitos cada vez mais gerais e abstratos, ou seja, ocupa-se da forma do direito; já a teoria nacional-socialista do tipo ou da série de tipos se ocupa do conteúdo específico de cada norma. O sistema clássico oferece os meios para conhecer o direito; a teoria nacional-socialista impõe os meios para aplicá-lo, e para aplicá-lo apenas de um único modo. O sistema clássico propõe ao juiz um modelo de raciocínio utopicamente neutro em relação aos valores; a teoria nacional-socialista lhe impõe um comportamento que deve realizar apenas um valor, a qualquer custo. O sistema clássico fundamenta-se na força da lógica; a teoria nacional-socialista usa a lógica da força. A genealogia do sistema clássico vai da filosofia idealista ao positivismo jurídico; a teoria nacional-socialista é jusnaturalismo sem ética.⁶⁶

Como já esboçado, Mario Losano salienta que a concepção jurídica do regime totalitário nazista é antes de tudo obra de dois destacados pensadores: Carl Schmitt (1888-1985) e Karl Larenz (1903-1993). A teoria dos ordenamentos concretos de Schmitt e a teoria dos conceitos gerais concretos de Larenz, próximas mas não idênticas, compartilham a absoluta aceitação da ideologia nacional-socialista. Nas palavras do professor italiano, a renovação jurídica popular exige a subordinação do sistema jurídico ao sistema político. A necessária sujeição à ideologia nacional-socialista tornava impossível aceitar não somente o rígido positivismo jurídico como

65 Cf. Mario Losano, *Sistema e Estrutura do Direito* (vol. 2), op. cit., pp. 207-210 e também pp. 1 e 2.

66 Mario Losano, *Sistema e Estrutura do Direito* (vol. 2), op. cit., p. 191.

também a mais flexível jurisprudência dos interesses. Esta última, portanto, acaba sendo descartada como possível doutrina nacional-socialista, visto que Philipp Heck (a) vincula o juiz primeiramente à lei, aspecto que o aproxima do positivismo; (b) herda do liberalismo a neutralidade em relação às correntes filosóficas, o que se revela censurável para os juristas afinados com a dicotomia schmittiana amigo versus inimigo; e (c) situa no mesmo patamar os interesses do indivíduo e da comunidade, indo de encontro ao princípio nacional-socialista que estabelece a total primazia do interesse da comunidade sobre o interesse do indivíduo.⁶⁷ Losano observa que a obra de Karl Larenz pode ser dividida em duas fases: a primeira (que aqui nos interessa) vincula-se à construção de uma doutrina jurídica nacional-socialista e a segunda está relacionada aos seus estudos metodológicos publicados nos pós-guerra; em ambas, contudo, a menção aos valores se faz presente. Larenz vivenciará um afastamento progressivo, embora meramente parcial, da filosofia neo-hegeliana. Neste sentido, pode-se dizer que na terceira edição de sua Metodologia da Ciência do Direito, publicada em 1975, a hermenêutica de Gadamer se justapõe ao neo-hegelianismo das edições anteriores. Diferentemente de Carl Schmitt, que em 1933 já se distanciara de Hegel, entendendo que o Estado nacional-socialista exige uma doutrina jurídica totalmente nova, Larenz relaciona a renovação jurídica popular à filosofia dialética hegeliana. Aos conceitos jurídicos gerais e abstratos de origem positivista, Larenz contrapõe os conceitos gerais e concretos fundados no pensamento de Hegel.⁶⁸ Em *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado* (na tradução para a língua espanhola feita por Antonio Truyol y Serra e Eustaquio Galán y Gutiérrez), Karl Larenz explicita seu programa de uma filosofia do direito para além do jusnaturalismo e do positivismo. No seu entendimento, tanto o direito positivo quanto o denominado direito natural constituem meras abstrações e não representam o direito em sua unidade e totalidade. Se o direito positivo prescinde da justiça, o direito natural, por sua vez, prescinde da individualidade nacional e histórica do direito e da justiça. Logo, não traduzem o direito em toda sua potência e plenitude. A repulsa de Larenz ao positivismo não significa, portanto, um retorno ao jusnaturalismo. Conforme o autor, existe uma terceira atitude para além do direito natural e do corrosivo relativismo, ou seja, não estamos obrigados a escolher entre a crença no absoluto e a dúvida acerca do supra-positivo. A terceira posição caracteriza-se pela referência ao espírito do povo

⁶⁷ Cf. Mario Losano, *Sistema e Estrutura do Direito* (vol. 2), op. cit., pp. 207, 210 e 211.

⁶⁸ Cf. Mario Losano, *Sistema e Estrutura do Direito* (vol. 2), op. cit., pp. 219-224 e 229-232.

como ideia e substância imanentes ao direito. No prólogo, escrito em abril de 1935, para a segunda edição alemã de *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*, Karl Larenz esclarece que o eixo da primeira edição (1931) consistia na crítica às teorias individualistas do direito e do Estado das últimas três décadas. Agora, acrescenta-se o objetivo de elaborar as bases filosófico-jurídicas da nova ciência alemã do direito.⁶⁹ No que concerne especificamente à teoria pura do direito, a avaliação de Larenz é bastante incisiva:

Para Kelsen, Derecho y Estado no son ya en manera alguna realidades, entidades supraindividuales, sino sencillamente denominaciones que son desarrolladas por la ciencia jurídica con arreglo a una norma fundamental libremente establecida. Este es todo el sentido de la “teoría pura del Derecho”, la cual no es más que un nominalismo jurídico llevado hasta su culminación, que niega toda sustancia ético-espiritual del Derecho y del Estado, y que con su destemplado formalismo destruye los lazos más profundos que unen al individuo con valores suprapersonales y disuelve la comunidad. La “teoría pura del Derecho” es un nihilismo político, expresión filosófica de aquella descomposición política que había alcanzado su punto álgido en la democracia liberal de la postguerra.⁷⁰

Guido Fassò considera Carl Schmitt, cuja obra esteve sujeita a constantes mudanças, o mais importante teórico do nacional-socialismo. Para Schmitt, em sua primeira fase, o direito é decisão política tomada por uma autoridade existente. O direito é reduzido à política, que, por sua vez, se vincula à categoria fundamental amigo-inimigo e exprime a pura vontade. A publicação em 1934 de *Sobre os Três Tipos do Pensamento Jurídico* inaugura, conforme Fassò, uma segunda fase da obra de Schmitt (uma terceira fase, desaparecido o nacional-socialismo, terá como marco a publicação de *Der Nomos der Erde* em 1950). O decisionismo da *Teoria da Constituição* (1928) é substituído por uma concepção concreta da ordem, impregnada pelo espírito nacional-socialista. Carl Schmitt distingue três tipos de pensamento jurídico: o decisionismo, o normativismo e o pensamento da ordem concreta.⁷¹ O decisionismo (ou pensamento orientado em função da decisão) considera o direito como ato de vontade pessoal do legislador; o normativismo (ou pensamento orientado segundo a lei) concebe o direito como regra

69 Cf. Karl Larenz, *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*, Madrid, Editora Revista de Derecho Privado, 1942, pp. 177-183 e 19 (Prólogo).

70 Karl Larenz, *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 70.

71 Cf. Guido Fassò, *Histoire de la Philosophie du Droit (XIXe et XXe Siècles)*, Paris, L.G.D.J., 1976, pp. 250-251.

impessoal e abstrata; por fim, o pensamento da ordem concreta vê o direito como ordem e organização concretas. O positivismo jurídico, entende Schmitt, representa uma combinação de decisionismo e normativismo, não configurando um tipo autônomo.⁷² O filósofo alemão assinala que o decisionismo de Hobbes pertence ao século XVII (época da implementação do absolutismo monárquico) e o normativismo do direito racional pertence ao século XVIII. Já o positivismo legalista (combinação de decisionismo e normativismo) pertence a um período iniciado no século XIX e se caracteriza pelo dualismo Estado e sociedade civil. O Estado nacional-socialista, porém, rompe com a estrutura dualista anterior em prol de uma unidade política que abrange três ordens: Estado, Movimento Nacional-Socialista e Povo. Consequentemente, surge a necessidade de um novo tipo de pensamento na ciência jurídica em substituição ao pensamento positivista, o que explica a emergência do pensamento do ordenamento concreto.⁷³

Nas palavras de Hans Kelsen, a teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo. Na qualidade de teoria do direito, tem por objetivo nos dizer o que é e como é o direito.⁷⁴ Diferentemente, como acentua Mario Losano, a teoria de Carl Schmitt não tem por intuito descrever o direito, mas sim oferecer ao regime nacional-socialista um instrumento para modificar, completar e cancelar o direito herdado do passado. Trata-se antes de tudo de uma teoria direcionada para a realização de uma política nacional-socialista do direito. Para Schmitt, o direito nasce dos ordenamentos concretos da vida social ou, mais especificamente, da realidade social do nacional-socialismo. As normas jurídicas derivam da ordem concreta que existe na realidade social, ou seja, o ordenamento concreto é anterior ao direito positivo, devendo este último se adequar à ordem interna da realidade. Ainda de acordo com Losano, o pensamento por ordenamentos concretos determina a essência de agrupamentos específicos (a família, a empresa, a burocracia, o exército etc.) para a partir deles extrair modelos de

72 Ver Guido Fassò, *Histoire de la Philosophie du Droit*, op. cit., p. 250 e Carl Schmitt, *Les Trois Types de Pensée Juridique*, Paris, PUF, 1995, pp. 5, 67 e 89.

73 Cf. Carl Schmitt, “Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico”, in Carl Schmitt e a *Fundamentação do Direito* (Ronaldo Porto Macedo Jr.), São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2011, p. 176.

74 Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, op. cit., p. 1.

comportamento aos quais o indivíduo deve se adequar para participar da comunidade.⁷⁵ No texto intitulado Sobre os Três Tipos do Pensamento Jurídico, Carl Schmitt afirma que na Alemanha é possível perceber que a época do positivismo jurídico está encerrada. Referindo-se criticamente ao normativismo abstrato de Kelsen, sustenta que a lei destrói o ordenamento concreto do líder.⁷⁶ Em O Führer Protege o Direito, outro texto de 1934, Schmitt assinala que Adolf Hitler protege o direito quando, no instante do perigo, o cria sem qualquer mediação, em função de sua liderança e de seu papel de juiz supremo.⁷⁷ Ao relembrar um acontecimento do ano anterior, Carl Schmitt sintetiza sua posição:

Na Jornada dos Juristas Alemães, realizada em Leipzig, o Führer falou, em 3 de outubro de 1933, sobre Estado e Direito. Mostrou a oposição entre um direito substancial, não separado da eticidade e justiça, e a legalidade vazia de uma neutralidade inautêntica, e desenvolveu as contradições internas do sistema de Weimar, que se autodestruíu nessa legalidade neutra e se abandonou aos seus próprios inimigos. O Führer emendou com a frase: ‘Isso nos deve servir de advertência’.⁷⁸

Tendo em mente que para o positivismo jurídico não existe uma relação necessária envolvendo direito e moral, Ernesto Garzón Valdés nos ensina que os autores que defendem a separação entre direito e moral costumam evocar dois argumentos. O primeiro possui caráter conceitual e consiste em assinalar que a pretensão de incluir elementos morais no conceito de direito acarretaria uma indevida restrição do significado do termo. Sendo assim, de acordo com a tese da neutralidade, na denominação de Norbert Hoerster, pode-se concluir (a) que a moral positiva não desempenha nenhum papel no conceito de direito ou (b) que a moral crítica não desempenha nenhum papel no conceito de direito. O segundo argumento a favor da separação entre direito e moral possui caráter prático e consiste em advertir que o

75 Cf. Mario Losano, Sistema e Estrutura do Direito (vol. 2), op. cit., pp. 212, 213 e 217.

76 Cf. Carl Schmitt, “Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico”, in Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito (Ronaldo Porto Macedo Jr.), 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 138 e 170.

77 Cf. Carl Schmitt, “O Führer Protege o Direito”, in Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito (Ronaldo Porto Macedo Jr.), 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 178.

78 Carl Schmitt, “O Führer Protege o Direito”, op. cit., p. 177.

afastamento da tese da neutralidade atrofia a consciência moral do cidadão no que concerne à sua capacidade de valorar o ordenamento jurídico que o rege.⁷⁹

Ernesto Garzón Valdés esclarece que um defensor da tese da neutralidade pode deixar de lado as discussões conceituais e enfatizar as danosas consequências práticas que adviriam da tese da conexão entre direito e moral. Seguindo esta lógica, Hans Kelsen e Herbert Hart, na medida em que acreditam que o rechaço da tese da separação entre direito e moral reduz a capacidade crítica dos indivíduos, ressaltam os perigos da confusão entre direito e justiça. É curioso notar que a defesa que Kelsen e Hart fazem da tese da separação se vincula a razões morais. Por serem moralmente críticos, escreve Garzón Valdés, ambos defendem a conveniência de eliminar do conceito de direito qualquer referência acerca da moralidade.⁸⁰ No ensaio intitulado *Direito, Estado e Justiça na Teoria Pura do Direito* (publicado originalmente em *The Yale Law Journal* no ano de 1948), Kelsen assevera que “o efeito real da identificação terminológica de Direito e justiça é uma justificativa ilícita de qualquer *Direitopositivo*”.⁸¹ Em *O Conceito de Direito* (1961), Hart, atacando o ponto de vista restritivo segundo o qual as regras moralmente iníquas não podem constituir verdadeiro direito e defendendo, em contrapartida, uma conceituação ampla, que incorpora o direito injusto, assegura que o importante é que os homens saibam que “a certificação de algo como juridicamente válido não é concludente quanto à questão da obediência e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que o sistema oficial possa ter, as suas exigências

79 Cf. Ernesto Garzón Valdés, “Algo más acerca de la relación entre derecho y moral”, in *Derecho, Ética y Política*, op. cit., pp. 318, 319 e 329. Cabe esclarecer que no entendimento de Garzón Valdés não é possível prescindir da vinculação entre direito e moral (em suas versões de moral positiva e de moral crítica) quando se fala de ordenamentos jurídicos existentes. A pretensão de correção (Robert Alexy) ou pretensão de legitimidade é um elemento necessário do conceito de direito, estabelecendo a conexão deste com a moralidade. Logo, em termos conceituais, a separação de direito e moral é falsa. Além disso, aceitar ou rechaçar a tese da separação entre direito e moral tem consequências práticas bem menos relevantes do que moralmente se pensa. Logo, em termos práticos, nenhuma das duas posturas (refutar a conexão entre direito e moral ou sustentar a conexão entre direito e moral) é, por si só, perigosa. Ver pp. 319 e 327-333.

80 Cf. Ernesto Garzón Valdés, “Algo más acerca de la relación entre derecho y moral”, op. cit., pp. 330 e 331.

81 Hans Kelsen, “Direito, Estado e justiça na Teoria Pura do Direito”, in *O que é Justiça?* (Hans Kelsen), São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 292.

devem no fimser sujeitas a exame moral”.⁸² No ensaio O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral (inicialmente publicado no volume 71 da Harvard Law Review, em fevereiro de 1958), Hart refuta as críticas de Gustav Radbruch ao positivismo jurídico. Herbert Hart admite a distinção feita por Bentham e Austin entre o direito como ele é e o direito como moralmente deveria ser, ou seja, a distinção entre direito e moral. Os pensadores do direito natural haviam obscurecido tal diferenciação. Se para Radbruch a separação entre direito e moral revela-se deletéria, em função de diminuir a resistência à tirania estatal, Hart, ao contrário, sustenta que a referida separação possibilita uma forma poderosa de crítica moral, nos permitindo afirmar, como os utilitaristas, que determinada lei é direito, embora seja perversa demais para ser obedecida.⁸³ De acordo com o catedrático de Oxford:

É impossível ler sem simpatia o apelo apaixonado de Radbruch para que a consciência jurídica alemã se abrisse às demandas da moral e seu lamento de que, na tradição alemã, este tão raramente tenha sido o caso. Por outro lado, há uma ingenuidade extraordinária em sua leitura de que a falta de sensibilidade às demandas da moral e a subserviência ao poder estatal em um povo como o alemão tenha surgido da crença de que a lei poderia ser lei ainda que não se conformasse aos requisitos mínimos de moral.⁸⁴

Carlos Santiago Nino, em *Introducción al Análisis del Derecho*, escreve que um dos argumentos positivistas em prol de definir o direito recorrendo apenas a prioridades descritivas consiste em assinalar que a postura jusnaturalista, de acordo com a qual nada é direito se não deve ser direito, confunde a realidade com nossos ideais, dificultando, ao mesmo tempo, a descrição da realidade e a crítica da mesma com base nos mencionados ideais.⁸⁵ É verdade que Norberto Bobbio, no ensaio *A Teoria Pura do Direito e seus Críticos* (1954), não se mostra tão rigoroso em relação à corrente jusnaturalista. Para o professor italiano, a concepção legalista (as leis enquanto tais são justas e devem ser cumpridas) reduz a justiça à lei, ou seja, não faz distinção entre validade e valor, acarretando uma atitude ético-política de obediência ativa. Por sua vez, a concepção jusnaturalista (as leis serão válidas somente se forem justas) avalia a lei

82 Herbert Hart, *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 226. Ver também pp. 224 e 225.

83 Cf. Herbert Hart, “O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral”, op. cit., pp. 54, 55 e 84.

84 Herbert Hart, “O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral”, op. cit., p. 81.

85 Cf. Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., p. 41.

segundo a justiça, ou seja, subordina a validade ao valor, o que pode acarretar tanto uma atitude ético-política de obediência passiva quanto, ressaltamos, uma atitude ético-política de resistência. Por fim, a teoria pura do direito (as leis são válidas independentemente de justas ou injustas), sendo uma teoria do conhecimento e não uma teoria da justiça, traduz unicamente a atitude científica do teórico puro do direito.⁸⁶

CONCLUSÃO

Nas palavras de Mario Losano, a tese da culpabilidade do positivismo vê o positivismo jurídico como a causa da disponibilidade dos juristas alemães para com o regime nacional-socialista. Tal disponibilidade, portanto, seria o efeito de uma educação jurídica positivista.⁸⁷ José Miguel Serrano Ruiz-Calderón sustenta que, embora Gustav Radbruch estivesse totalmente distante de qualquer atitude colaboracionista, a tese da culpabilidade do positivismo, em larga medida, cumpre o papel de auto-exculpação para juízes e juristas que, após a derrota, descubrem que provavelmente não ofereceram a resistência desejada. Esta tese, contudo, apresenta pelo menos três grandes inconvenientes. Primeiramente, a verdade é que vários autores positivistas, como Hans Kelsen, foram antinazistas desde o início se opuseram ao que estava acontecendo na Alemanha. Em segundo lugar, pode-se mencionar, como faz Ernesto Garzón Valdés, o discurso jusnaturalista de alguns juristas nazistas (Raimund Eberhard, Hans-Helmut Dietze etc.). Em terceiro lugar, há o fato de que uma importante corrente jusnaturalista da Alemanha anterior à guerra parece vinculada ao nacional-socialismo.⁸⁸ De forma acertada, Serrano Ruiz-Calderón conclui que, se por um lado, a doutrina jurídica nacional-socialista se afasta do positivismo, por outro, não se pode atribuir a ela uma filiação jusnaturalista: a afirmação da superioridade do direito sobre a lei, a menção a uma lei natural do povo, a renúncia à rigidez das formas jurídicas, a busca da justiça em

⁸⁶ Cf. Norberto Bobbio, *Direito e Poder*, op. cit., pp. 29-31.

⁸⁷ Mario Losano, *Sistema e Estrutura do Direito* (vol. 2), op. cit., p. 239.

⁸⁸ Cf. José Miguel Serrano Ruiz-Calderón, “Totalitarismo y Derecho Natural”, op. cit., pp. 993-994.

detrimento da segurança jurídica e a confusão entre moral e direito decorrente do princípio da fidelidade ao Führer, a rigor, não servem a este propósito.⁸⁹

Ernesto Garzón Valdés assinala que o equivocado entendimento de que existe uma relação causal entre positivismo jurídico e obediência à lei originou uma inútil polêmica na Alemanha do pós-guerra. Garzón Valdés nos lembra que na lista de cúmplices das ditaduras podemos encontrar tanto jusnaturalistas como juspositivistas. Especificamente, o regime nacional-socialista implantado em 1933 obteve, ao mesmo tempo, a benção filosófica dos “jusnaturalistas” Karl Larenz e Hans-Helmut Dietze e a adesão “positivista” de juízes que se guiavam por razões “peremptórias” (todas as aspas são do autor). Em suma, não há relação causal entre jusnaturalismo ou juspositivismo e comportamento moral.⁹⁰

No mesmo sentido, Juan Antonio García Amado nos ensina que aceitar a doutrina do direito natural ou adotar uma postura positivista nada muda no que diz respeito à atitude de um homem honesto diante da lei iníqua. Entre decência moral e posição teórica acerca do problema da validade do direito, continua o professor da Universidad de León, encontramos todas as combinações admissíveis: é possível ser (a) indecente e jusmoralista; (b) indecente e juspositivista; (c) decente e jusmoralista; (d) decente e juspositivista. Quanto aos juristas de Hitler, conclui García Amado, podemos dizer que eram indecentes e não eram positivistas kelsenianos.⁹¹

Referências

ARENDET, Hannah. *Origens do Totalitarismo: Anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ATIENZA, Manuel. *La Filosofía del Derecho Argentina Actual*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

89 Cf. José Miguel Serrano Ruiz-Calderón, “Totalitarismo y Derecho Natural”, op. cit., pp. 996-998.

90 Cf. Ernesto Garzón Valdés, “Algo más acerca de la relación entre derecho y moral”, op. cit., p. 333.

91 Cf. Juan Antonio García Amado, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, op. cit., pp. 341-364.

- _____. *Direito e Poder*. São Paulo: Unesp, 2008.
- BOTTOMORE, Tom. *Introdução à Sociologia*: 8ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1981.
- BULYGIN, Eugenio. Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos. In: ALCHOURRON, Carlos e BULYGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1991.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.
- FASSÒ, Guido. *Histoire de la Philosophie du Droit* (XIXe et XXe Siècles). Paris: L.G.D.J., 1976.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, nº 8, 1991. Obtido no endereço eletrônico <http://www.garciamado.es/2014/04/nazismo-y-derecho-un-trabajo-de-1991>, em 22/11/2016.
- _____. ¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen? In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El Derecho y sus Circunstancias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho y “Naturaleza de las Cosas”* - Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo. Tomo II. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1971.
- _____. Algo más acerca de la relación entre derecho y moral. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. Derecho Natural e Ideología. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. Notas sobre la Filosofía del Derecho Alemana Actual. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- _____. O Positivismo e a Separação entre Direito e Moral. In: HART, Herbert. *Ensaio sobre Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: Elsevier, 2010.
- HERRFAHRDT, Heinrich. *Revolución y Ciencia del Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.
- HOERSTER, Norbert. *En Defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona. Gedisa, 2000.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- _____. Direito, Estado e Justiça na Teoria Pura do Direito. In: KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política. In: KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- _____. Fundamentos da Democracia. In: KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- _____ *Teoria General del Estado*. México: Ediciones Coyocán, 2008.
- LARENZ Karl. *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1942.
- LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura do Direito*. Volume 2. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- MACEDO, Ubiratan Borges de. Prefácio. In: VIEIRA, Daniela Arantes. *Alasdair MacIntyre e a Crítica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- MÜLLER, Ingo. *Los Juristas del Horror*. Bogotá: Alvaro Nora, 2009.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2ª ed., 1995.
- _____ *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Lisboa: Almedina, 2006.
- SCHMITT, Carl. *Les Trois Types de Pensée Juridique*. Paris: PUF, 1995.
- _____ Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____ O Führer Protege o Direito. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SHORE, Cris. Comunidade. In: OUTHWAITE, William e BOTTOMORE, Tom (Org.), *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
- TROPER, Michel. *A Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia do Direito. In: *Filosofia do Direito*, 6ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1979.
- _____ *Filosofia do Direito*. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- _____ Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal. In: RADBRUCH, Gustav. *El Hombre y el Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- RAÓ, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. Totalitarismo y derecho natural. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, nº 75, 1990.
- VAN CAENEGEM, R. C. *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

WALUCHOW, Wilfrid. Legal positivism, inclusive versus exclusive. In: CRAIG, E. (Ed.). *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London. Consultado pela internet em: <http://pt.scribd.com/doc/56008841/Waluchow-Legal-Positivism> InclusiveVersus Exclusive, acessado em 03/10/2012.

ZENTNER, Christian; BEDÜRFTIG, Friedemann, (Org.). *The Encyclopedia of the Third Reich*. New York: Da Capo Press, 1997.

Recebido em: 01 de dezembro de 2016.

Aceito em: 15 de dezembro de 2016.