

ESTADO DE EXCEÇÃO E IDEOLOGIA JUSPOSITIVISTA: DO CULTO DO ABSOLUTO AO FORMALISMO COMO GARANTIA DO RELATIVISMO ÉTICO

*Andityas Soares de Moura COSTA MATOS**

RESUMO

O presente artigo pretende investigar as relações entre autoritarismo político e positivismo jurídico. Partindo da acusação geral que fazem Radbruch e Strauss, que entendem ter o positivismo jurídico preparado o terreno e até mesmo legitimado os regimes nazifascistas do século XX – postura que ficou conhecida como *reductio ad Hitlerum* –, pretende-se discutir se há uma real vinculação entre a postura científico-descritiva do juspositivismo e a instauração de regimes de exceção. Para tanto, serão analisadas não apenas as estruturas internas do positivismo jurídico, mas fundamentalmente as suas motivações e o pano de fundo ideológico em que foi gestado, com o que se concluirá que, antes de legitimar o autoritarismo político, o positivismo jurídico se mostra enquanto postura libertária comprometida com o relativismo ético capaz de dissolver os absolutismos fundadores de autoritarismos não apenas epistemológicos, mas principalmente políticos.

PALAVRAS-CHAVE: Autoritarismo. Positivismo jurídico. Nazifascismo. Ideologia. Relativismo axiológico. Formalismo jurídico.

* Professor Adjunto de Filosofia do Direito e disciplinas afins na Faculdade de Direito da UFMG. Professor Titular de Filosofia do Direito no curso de Graduação em Direito da FEAD (Belo Horizonte/MG). Graduado em Direito, Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito e Justiça pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: andityas.matos@fead.br

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O problema do conteúdo do direito. 3. Libelo acusatório e defesa. 4. Positivismo jurídico e teoria da obediência. 5. Conclusão.

1. Introdução

O positivismo jurídico incomoda. Não se trata de uma teoria que encanta os alunos dos primeiros períodos do curso graduação em Direito,¹ ao contrário do brilhante e aparentemente heroico jusnaturalismo. O juspositivismo não fornece material argumentativo extralegal para que o juiz molde o ordenamento jurídico de acordo com o seu “prudente arbítrio”. Nem aos advogados o positivismo jurídico auxilia, pois nega todo o caráter ideológico-emocional do Direito, feição esta tão fartamente explorada pelos causídicos quando não encontram no sistema legal normas positivas úteis para a defesa dos interesses de seus clientes. O positivismo jurídico realmente incomoda. E, em razão disso, fez muitos e poderosos inimigos ao longo do século passado.

Propondo uma visão descritiva do fenômeno jurídico, o juspositivismo foi acusado de indiferença, de frieza e até de tácita aquiescência para com regimes políticos autoritários. Buscando definir o conceito de direito de modo formal, foi taxado de reducionista e ingênuo, para não dizer tolo. Negando-se a mesclar ciência e ideologia, acabou visto como mais uma ideologia, e das piores: a que se mascara, encobre as suas próprias intenções conservadoras e afeta uma postura de cândida neutralidade diante do poder constituído, a quem serve e reverencia secretamente. Críticas assim vêm sendo dirigidas ao positivismo jurídico de maneira indiscriminada por juristas de tendências moralistas, que prefiro chamar de jusnaturalistas, tendo em vista a única e verdadeira oposição funcional no seio do pensamento

¹ Mantivemos neste artigo a distinção gráfico-funcional – cuja razão já explicitamos em outros trabalhos – entre Direito como ciência, grafado com a inicial maiúscula, e direito enquanto objeto dessa mesma ciência, com a inicial minúscula. Cf. MATOS, 2006, p. 1.

jurídico: positivismo jurídico *versus* jusnaturalismo.² Realistas, alternativistas, coativistas, tridimensionalistas, funcionalistas e tantas outras denominações sectárias são apenas epígonos ou desenvolvimentos de uma dessas duas posturas centrais: ou se é monista e se acredita em um direito posto por atos objetivos de vontade humana, ou, por outro lado, se é dualista e, para além do direito positivo, invoca-se algo que lhe é externo como critério de sua validade, seja este “algo” chamado de direito natural ou de imperativos morais superiores.³

Nas primeiras décadas do século XX, o conflito entre juspositivismo e jusnaturalismo parecia terminado com a vitória esmagadora do primeiro,⁴ que militava em favor do criticismo e do relativismo, ideias que, como se sabe, se relacionavam ao “espírito do tempo” nos anos 20 e 30, quando a ciência pura e a filosofia da linguagem se desenvolveram de maneira intensa nos círculos europeus, especialmente aqueles sediados em Viena, tais como os de Freud, de Weber e de Schlick. Por outro lado, o jusnaturalismo passou a ser entendido como resquício de um passado sombrio, com seus absolutos e deidades incorpóreas, suas ideias metafísicas tão criticadas por Comte, suas justificativas categóricas e seus laivos irremediavelmente medievais, heranças de uma época de

² BOBBIO, 1999, p. 15 *et seq.*, MATOS, 2006, pp. 24-26 e MÁYNEZ, 1968, p. 70, afirmam que o elemento comum, essencial a qualquer doutrina jurídica que se queira juspositivista, consiste na negação do direito natural.

³ Certamente que moralistas como Dworkin não se contam entre os autores do neojusnaturalismo, razão pela qual não podem ser chamados, sem erro grosseiro, de jusnaturalistas. Todavia, a postura do moralismo jurídico se aproxima muito da que caracteriza os cultores do direito natural, acreditando ambas as escolas ser necessário “corrigir” o direito positivo com base em princípios éticos superiores não positivados. Nesse sentido: “O abandono do direito natural e de seu dualismo não foi completo. Os partidários contemporâneos do moralismo jurídico podem ter deixado de empregar o termo ‘direito natural’, mas não se distanciam completamente de seus pressupostos. Referem-se a princípios ‘morais’ que são vigentes em determinada sociedade e devem influenciar, e, se necessário, corrigir o direito positivo” (DIMOULIS, 2007, p. 150).

⁴ MIRANDA AFONSO, 1984, p. 13, nota, contudo, que a marcha rumo ao positivismo jurídico jamais se completou de forma total.

obscurantismo que a *intelligentsia* europeia procurava esquecer a todo custo. Após o criticismo kantiano, acreditava-se que todos os absolutos estavam condenados a desaparecer do horizonte intelectual da humanidade.

A ciência jurídica vivia à época o seu momento de maior expansão, graças ao brilhante juspublicismo da Escola de Viena (*Wiener Schule*), da qual participaram nomes da envergadura de Adolf Merkl, Alfred Verdross, Felix Kauffmann, Felix Schreier, Franz Weyr e Josef Kunz. A Escola foi liderada por um ainda jovem jurista chamado Hans Kelsen, que com apenas 30 anos, lançou em 1911 as bases do positivismo jurídico enquanto teoria integral do direito na obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Mais tarde esse texto viria a se converter no talvez mais controvertido livro da recente história do pensamento jurídico: a *Teoria pura do direito*, em suas duas edições de 1934 e 1960, esta última representando a palavra final de Kelsen sobre temas trabalhados por mais de 50 anos.⁵

No início dos anos 30 do século passado, parecia que o juspositivismo tinha realmente triunfado diante da vetusta escola do direito natural. Com o desenvolvimento geral do criticismo e do relativismo, não apenas no Direito, mas em praticamente todas as ciências sociais, acreditava-se, para utilizar as palavras de Simone Goyard-Fabre, que o declínio dos absolutos estaria consumado e, com isso, refutados todos os dogmatismos.⁶ Mas veio a segunda grande guerra planetária. Com ela, o caudal de irracionalismo e de autoritarismo, que até então tinha sido contido, respectivamente, pela ciência neopositivista e pelas frágeis democracias do entreguerras, se transformou em um maremoto. Professores influentes como Husserl e Kelsen foram degradados publicamente e perderam as suas cátedras por motivos raciais. Cientistas

⁵ Ao contrário do que muitos estudiosos sustentam, a *Teoria geral das normas* não se apresenta como uma revisão de temas tratados na última edição da *Teoria pura do direito*, dado que, apesar de póstuma, reúne artigos e textos que Kelsen escreveu em diversas épocas, a maioria em momentos anteriores à redação definitiva da *Teoria pura do direito*. Para maiores detalhes, cf. MATOS, 2006, pp. 66-68, nota de rodapé nº 56.

⁶ GOYARD-FABRE, 2002, p. 357.

e pensadores foram expulsos de seus países, levados ao suicídio – a exemplo de Walter Benjamin – ou simplesmente assassinados. Poetas, literatos, escultores e pintores sentiram o peso da mordaca por praticarem uma “arte degenerada” que se distanciava, segundo os detentores do poder, dos anseios simples, claros e bons do povo. Os que não se calavam eram mortos pela ditadura, como Federico García Lorca. Ao esmagamento da instável República de Weimar pelo partido nacional-socialista (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*) seguiu-se a capitulação da República Espanhola, heroica até o seu último suspiro. A história se repetia novamente, como farsa: o Império Romano (leia-se, a Alemanha) uma vez mais escravizava Atenas (leia-se, a Áustria). Enquanto isso, na verdadeira cidade de Roma, os símbolos de uma Antiguidade gloriosa – os feixes (*fascis*) manejados pelos lictores romanos para proteger as supremas magistraturas da República – se transformavam no grotesco estandarte da ditadura de Mussolini. Mais ao norte, a revolução bolchevique convertia-se em puro e simples terror organizado, destruindo os seus próprios líderes e entusiastas em nome da única realidade: o poder. A submissão varreu a Europa em poucos anos, colocando de joelhos o leste, onde a única arma que ainda poderia ser utilizada era a saliva⁷. O dragão instalou-se na Alemanha e sua cauda alcançou o Oriente – normalmente tão alheio aos problemas ocidentais –, envolvendo na conflagração as colônias árabes dos Estados europeus e as antigas civilizações do Extremo Oriente. Por fim, a orgulhosa pátria da revolução de 1789 sucumbiu diante da máquina de guerra alemã, que, tendo invadido Paris, não teve coragem de arrasá-la nos últimos momentos da guerra. Tudo indicava que a sombria previsão de George Orwell se realizara: “Se queres uma imagem do futuro, pensa numa bota pisando um rosto humano, para sempre”.⁸

⁷ No belíssimo poema *Tomaram*, a escritora russa Marina Tzvietáieva descreve como os alemães, ao invadirem a Tchecoslováquia em 1939, “Tomaram logo e com espaço:/ [...] Tomaram balas e espingardas,/ Tomaram cal e gente viva,/ Porém enquanto houver saliva/ Todo o país está em armas” (CAMPOS, 2006, p. 169).

⁸ ORWELL, 2005, p. 255.

Mas os totalitarismos de direita acabaram derrotados pelo grande totalitarismo de esquerda (U.R.R.S.) e pelo Estado (E.U.A.) que, em nossos dias, assume mais e mais as premissas autoritárias, xenófobas, racistas e extralegais que caracterizaram os seus inimigos na segunda grande guerra. Com a derrocada da Alemanha, surgiu a necessidade urgente de se encontrar um bode expiatório, uma justificativa para o injustificável e uma explicação fácil de se entender e de se aceitar para o horror nazifascista. Encontraram-se todas essas três realidades no positivismo jurídico, conforme a visão desfiguradora que lhe impingia – e até hoje impinge – o renascido jusnaturalismo. A maior prova da culpa incontestada do juspositivismo foi o fato de os réus em Nuremberg terem justificado as suas ações com base na lei positiva: “Persegui, torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei é a lei”. *Gesetz ist Gesetz*: Eis a filosofia do positivismo jurídico, bradavam, impávidos, os jusnaturalistas. Sem a consideração de valores superiores que devem guiar o direito, este corre o risco de se transformar em uma ordem de opressão⁹ na qual a norma jurídica, por ser jurídica, possui um valor intrínseco, devendo ser obedecida incondicionalmente. Essa seria então a verdadeira herança do positivismo jurídico, que desprezando a evolução de valores jusnaturalistas como a igualdade e a liberdade, teria imposto regimes políticos opressivos ou, pelo menos, justificado e legitimado as experiências autoritárias da primeira metade do século passado.

Desse modo, cristalizou-se a acusação contra o positivismo jurídico, no sentido de que teria justificado os totalitarismos e os autoritarismos do século XX graças à sua desconsideração asséptica dos valores e, principalmente, da justiça enquanto elemento de definição de qualquer direito que mereça este nome. Assim, o juspositivismo passou a ser rechaçado, inclusive no âmbito acadêmico

⁹ São sintomáticos os casos de BRUNNER *apud* Kelsen, 2000, p. 208, CA-THREIN, 2002, pp. 236-244 e 249, LUÑO PEÑA, 1954, p. 52 e NIEBUHR, que na linha do jusnaturalismo cristão, reafirmam as palavras de TOMÁS DE AQUINO: “Unde, omnis lex humanitus posita in tantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet jam non erit lex, sed legis corruptio” (*Summa Theologica*, I – II, q. 95, art. 2).

– que, em tese, deveria ser mais esclarecido que as massas –, como portador de uma filosofia da submissão e da obediência incondicional ao poder constituído, ainda que autoritário e violador dos “direitos naturais” do homem.

Semelhante argumentação encontra-se plenamente desenvolvida em um artigo que Gustav Radbruch publicou em 1946. No contexto do pós-guerra, Radbruch conclamou os juristas a considerarem o componente ético do direito – a justiça – como o seu traço fundamental, devendo todo o positivismo jurídico ser negado exatamente em razão de sua vacuidade axiológica. A posição assumida por Radbruch foi particularmente influente não apenas em razão da importância pessoal de sua figura na ciência jurídica alemã, mas sim porque antes da segunda guerra o autor apresentava – em texto de 1932 – ideias de natureza nitidamente juspositivista,¹⁰ sustentando que a ordem e a segurança das normas jurídico-positivas justificariam a obrigatoriedade de qualquer direito, “[...] mesmo se injusto e mal adaptado a um fim”.¹¹ A justiça ostentaria então um valor meramente secundário. Com o fim da guerra, o jusfilósofo mudou de opinião, passando a acreditar que o jurista deveria recusar validade às leis injustas, cabendo-lhe denunciá-las como simulacros de direito. Da mesma forma, o povo não estaria obrigado a cumprir leis iníquas.¹² Na verdade, Radbruch admitia que a segurança jurídica juspositivista e a noção de justiça entram constantemente em conflito, devendo este ser resolvido em nome da primeira, a não ser que a contradição alcançasse um nível de insuportabilidade tal que o “direito injusto” devesse ser preterido em nome da justiça. Isso ocorreria, sustenta Radbruch, quando a lei positiva desrespeitasse de forma flagrante o conceito de igualdade – núcleo da justiça –, devendo ser, portanto, desconsiderada, dado que o ordenamento jurídico só existe enquanto tal para realizar a justiça.¹³ A partir do texto de Radbruch formou-se uma espécie de

¹⁰ RADBRUCH, 1961, v. I, p. 202 *et seq.*

¹¹ RADBRUCH, 1961, v. I, p. 213.

¹² RADBRUCH, 1961, v. II, p. 213.

¹³ A chamada “fórmula de Radbruch” foi exposta com clareza por DIMOULIS, 2006, pp. 92-93 e 2007, pp. 150-151.

argumento geral contra o positivismo jurídico chamado de *reductio ad Hitlerum*,¹⁴ segundo o qual, nas palavras de Dimoulis:

Quando se pretende rejeitar uma teoria ou visão política, afirma-se que ela foi adotada pelo regime nazista ou, pelo menos, que correspondia à ideologia nazista. Isso permite rejeitar imediatamente essa teoria ou visão política, já que ninguém aceitaria, em nossos dias, defender o pensamento nazista.¹⁵ Temos aqui um artifício retórico que objetiva desqualificar os adversários sem análise da substância. No nosso tema, alega-se que os positivistas aprovam a forma de agir de Hitler. E, já que Hitler encabeçou a pior ditadura do século XX, o positivismo jurídico que se identifica com o nazismo merece a mais firme condenação!¹⁶

É exatamente a validade deste argumento que o presente artigo pretende negar. Para tanto, procederemos a uma leitura crítica dos textos de alguns juspositivistas clássicos e de seus detratores, observando em que medida o argumento se adapta à realidade textual. Dedicaremos especial relevo a Kelsen, por duas razões. Antes de mais, trata-se do autor mais emblemático do positivismo jurídico enquanto escola do pensamento jurídico. Por outro lado, é o teórico cuja obra sofreu – e ainda sofre, de maneira explícita ou implícita – os maiores e mais sérios ataques por intermédio do falacioso argumento da *reductio ad Hitlerum*.

¹⁴ A curiosa expressão encontra-se em BOBBIO, 1999, p. 225, sendo utilizada por DIMOULIS, 2006, pp. 257-264 e MATOS, 2006, p. 135. Parece que a locução foi cunhada por Leo Strauss na sua obra *Direito natural e história*, datada de 1950. Contudo, Strauss a utiliza de forma crítica, pois afirma que: “Seguindo esse movimento em direção ao fim nós inevitavelmente alcançaremos um ponto além do qual a paisagem é turvada pelo espectro de Hitler. Infelizmente, não é uma obviedade o fato de que, na nossa análise, é preciso evitar a falácia que nas últimas décadas tem sido frequentemente utilizada em substituição ao *reductio ad absurdum*: o *reductio ad Hitlerum*. Uma opinião não é refutada pelo fato de que por acaso Hitler tinha a mesma ideia” (STRAUSS, 1953, p. 327).

¹⁵ Apesar desta afirmação de Dimoulis, é notável a quantidade de constitucionalistas brasileiros que citam de maneira profusa a parte mais escandalosamente ideológica da obra de Carl Schmitt, tema que retomaremos a seguir.

¹⁶ DIMOULIS, 2006, p. 260.

2. O problema do conteúdo do direito

Kelsen afirmou de modo bastante claro que o direito pode ter qualquer conteúdo.¹⁷ Ainda que seja óbvio que “poder ter” não significa “dever ter”, a consequência lógica dessa proposição, para qualquer teoria verdadeiramente juspositivista, é que juízos como “O ordenamento sócio-normativo nazista é direito” ou “O direito soviético era tão jurídico como o norte-americano” são não apenas perfeitamente válidas, mas também necessárias. Aprofundando ainda mais: “O direito do inimigo é tão jurídico quanto o meu, o que significa que não poderei vencê-lo com a velha e boa tática do rechaço e da denúncia ética, devendo, antes, utilizar uma perigosa opção: discutir racionalmente com o rival, em pé de igualdade”. São proposições como essas três que horrorizam os jusnaturalistas e jusmoralistas de todos os tempos. No entanto, afirmar que certo conjunto normativo apresenta natureza jurídica não significa aprová-lo ou recomendá-lo. A proposição “X é direito” envolve um juízo de fato, e não um juízo de valor. Da mesma maneira, quando se diz que o Império Romano assentava a sua estrutura econômica na forma de produção escravagista não significa que se está aprovando ou justificando a escravidão. Curiosamente, tal raciocínio não é aplicado com frequência às proposições “X é direito” e “X não é direito”. Tal porque seus predicados não são entendidos

¹⁷ A famosa e, para muitos, chocante tese já se encontra na *Teoria pura do direito*: “*La validité [des normes juridiques] ne résulte pas de leur contenu. Le droit peut avoir n'importe quel contenu et aucun comportement humain n'est par lui même inapte à devenir l'objet d'une norme juridique. La validité d'une telle norme n'est pas affectée par le fait que son contenu se trouverait en opposition avec une valeur quelconque, morale ou autre*” (KELSEN, 1988, p. 122). Na *Teoria geral das normas* Kelsen repete a ideia, remetendo ao caráter lógico-formal da norma jurídica – dever-ser objetivo –, capaz de agasalhar qualquer valor: “Ser” e “dever-ser” são puramente conceitos formais, duas formas ou modos que podem tomar todo e qualquer conteúdo, mas precisam ter um conteúdo determinado para serem razoáveis. Um algo que é, um algo que deve ser. Da forma não resulta, porém, nenhum conteúdo determinado” (KELSEN, 1986, p. 70). Cf. também KELSEN, 1920, p. III *et seq.* SCHMITT, 2006, p. 39 *et seq.* critica essa posição típica do juspositivismo mediante a qual, independentemente de seu conteúdo, qualquer lei pode ser tida como juridicamente válida.

como fatos, mas como valores. Para os jusnaturalistas, o juízo de fato “X é direito” se transforma, de modo totalmente arbitrário, em um juízo de valor, já que emprestam ao termo “direito” uma função valorativa. Para tanto, confundem direito e valor, realidade e ideal, teoria e ideologia. É exatamente isso o que fazem também todas as teorias hoje chamadas de jusmoralistas; e é o que o positivismo jurídico pretende evitar a todo custo. As teorias juspositivistas dignas desse nome entendem o direito como um fenômeno factual, empírico e profundamente não-metafísico, desligado da esfera do sacral desde que atingiu a sua maturidade.

Para o positivismo jurídico, o direito corresponde a um complexo fático-normativo que, ontologicamente, não se apresenta como um valor.¹⁸ Não tem sentido, portanto, a utilização da palavra “direito” para qualificar dada realidade em termos axiológicos, visto que ela corresponde apenas a uma descrição: notada a existência de certos elementos em dado sistema social, ele pode ser descrito – e não qualificado – como direito, do mesmo modo que, percebendo-se certos elementos em alguns seres vivos, podem ser descritos como animais ou vegetais. Tal operação intelectual não lança mão de juízos de valor para afirmar que ordenamentos sociais vistos como jurídicos são melhores, mais justos ou preferíveis aos não-jurídicos. A expressão “X é direito” não envolve qualquer valoração. Trata-se antes de descobrir quais são os requisitos objetivos necessários para que certo fenômeno sócio-normativo seja qualificado como jurídico. É verdade que as várias teorias juspositivistas não estão de acordo sobre quais são esses “requisitos objetivos”; nesse ponto reside a vitalidade da corrente, ainda empenhada em tentar definir o direito, enquanto os vários jusnaturalismos, de ontem e de hoje, se preocupam em justificá-lo, quase sempre para legitimar alguma estrutura social que se objetiva manter ou substituir.

¹⁸ Nesse sentido, “[...] a tese do positivismo conceitual, segundo a qual o direito é identificado por meio de um critério de fonte e não um critério de mérito, é a única tese genuinamente compartilhada por todos os positivistas jurídicos, enquanto tais” (STRUCHINER, 2005, p. 35).

Os jusnaturalistas entendem que o “mau direito” não deve ser descrito enquanto direito, posição altamente subjetiva que esconde uma intenção ideológica conservadora: se o direito – enquanto descrito como “verdadeiro direito” – é sempre justo, não há motivos para desobedecê-lo. Por outro lado, os juspositivistas, mantendo operante a ideia de que as normas jurídicas podem ser iníquas, são muito mais indicados para a crítica do sistema do que os jusnaturalistas, que, acreditando que há identidade entre correção moral e juridicidade, conferem uma espécie de voto de confiança ao direito positivo: caso se trate de direito, isso basta para indicar que se trata de algo bom e, por isso mesmo, obrigatório.¹⁹ Voltaremos a tratar do tema da obediência ao direito na quarta parte deste artigo. Por agora, basta-nos fazer notar que se uma ordem jurídica é globalmente eficaz, tal constitui motivo mais do que suficiente para os jusnaturalistas sustentarem que Deus, a natureza ou a razão – os jusmoralistas atuais substituíram esses termos retrógrados por expressões mais simpáticas, como “valores sociais do povo” ou “princípios éticos superiores” – aprovaram o direito positivo vigente, pois do contrário o mesmo teria se dissolvido e desaparecido em pouco tempo graças à ação corretiva dessas entidades transcendentes. Contudo, objeta Kelsen, ser eficaz constitui um dos pressupostos de existência do direito positivo. A tese jusnaturalista quanto à eficácia do direito positivo equivale a uma tautologia: afirma-se que se um direito positivo for eficaz, ele estará de acordo com a ordem jusnatural. Ora, qualquer direito positivo tem que ser globalmente eficaz, pois do contrário não será entendido como positivo. Pode-se notar que há na doutrina jusnaturalista uma presunção quase absoluta de que o direito positivo em vigor está de acordo com a ordem jusnatural pressuposta, razão suficiente para obedecê-lo.²⁰

Por seu turno, apesar de não estarem de acordo quanto aos requisitos caracterizadores da juridicidade, os juspositivistas acreditam que a proposição “X é direito” não encerra um juízo de valor. Trata-se antes de um juízo de fato, que nos informa sobre algo perceptível

¹⁹ DIMOULIS, 2006, p. 269 e HART, 1994, p. 227.

²⁰ KELSEN, 1963, pp. 163-164.

empiricamente. Tal porque, repetimos, o direito não é um valor, mas um fato, um complexo fático-normativo, caso se prefira esta expressão. É claro que toda norma jurídica protege determinados valores em detrimento de outros, mas isso não significa que o direito seja, ele mesmo, um valor, o que soaria inclusive antilógico e redundante: um valor valoroso, *i.e.*, um valor que protege outros valores. O direito convive com valores, os realiza em certa medida e os torna objetivos ao limitar-lhes o alcance conceitual, encerrando-os nos estreitos limites da norma positivada. Ademais, no momento de aplicação da norma jurídica – e não no de definição do objeto da ciência jurídica – parece inegável que o aplicador utiliza juízos de valor para construir a sua decisão, o que o próprio Kelsen admitiu no célebre capítulo VIII da *Teoria pura do direito* e é repetido, com ares de novidade, por Alexy, que não agrega nada inédito ao tema quando afirma obviedades tais como a impossibilidade de a jurisprudência abrir mão de julgamentos de valor.²¹

Sim, o direito é capaz de interações axiológicas extremamente complexas, mas não é, ele mesmo, um valor, e sim um fato ou um conjunto de fatos. O “fato direito” pode ser avaliado segundo diversos padrões valorativos, mas então se trata de uma segunda operação intelectual, da qual a razão não participa mais sozinha, como no puro ato de conhecimento. Quando se trata de um juízo de valor, a razão vem acompanhada pela vontade, que quase sempre se apresenta como ideologia. Então já não se fala mais da realidade, mas de como deveria ser a realidade. Termina a missão do cientista e se inicia a do político. Note-se que mesmo aqui não se está procedendo a um juízo de valor em relação a ambos os papéis sociais. Não se questiona se o trabalho do cientista é melhor que o do político. Trata-se apenas de diferenciar ambas as realidades. A confusão entre fato e valor nos parece inaceitável. Ela é a grande responsável pela absurda acusação que recai sobre o positivismo jurídico, no sentido de que teria legitimado e encorajado os regimes totalitários ou de qualquer modo autoritários do século passado. Se Kelsen pôde dizer que o regime

²¹ ALEXY, 2001, p. 20.

nazista era jurídico, isso não quer dizer que o tenha referendado. Ele apenas afirmou que X é direito, e não que X é melhor que Y, que X é bom ou justo. Conectar valores à palavra “direito” constitui a postura característica do jusnaturalismo, e não a do positivismo jurídico. Bem vista a questão, o juspositivismo mostra-se incapaz de legitimar qualquer ordem sócio-normativa, visto que descrevê-la como jurídica significa muito pouco para os adeptos dessa corrente. Significa apenas dizer que aquela somatória de fatos sociais pode ser compreendida como jurídica. E nada mais. Os qualificativos que daí advêm devem-se ao jusnaturalismo.

Não é de se admirar que o jusnaturalismo utilize ideias tão fortes, decisivas e emocionais como o argumento da *reductio ad Hitlerum* para rechaçar o juspositivismo. Assim como o iluminismo se empenhou em extirpar o irracionalismo religioso do imaginário científico-filosófico do século XVIII, desde o seu nascimento no final do século XIX o positivismo jurídico tem se dedicado a eliminar o jusnaturalismo da consciência jurídica ocidental. Tal tarefa vem sendo desempenhada de modo sistemático, contínuo e racional. E contra as armas letais da razão e da ciência, apenas a emotividade primal parece ter alguma chance. Nada como uma catástrofe ético-mundial totalitária para desautorizar o relativismo moral, amordaçar o criticismo e deter, de uma vez por todas, o pernicioso avanço do positivismo jurídico!

3. Libelo acusatório e defesa

A crítica ideológica dirigida ao juspositivismo – especialmente ao seu método – se insere em um contexto geral no qual o postulado da neutralidade científica foi posto em cheque. Pode-se apresentar esse postulado com o auxílio do seu mais célebre defensor, Max Weber. Baseando-se na distinção geral de molde kantiano entre ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*), Weber afirma que as ciências empíricas não estão autorizadas a dizer às pessoas o que devem querer, mas somente aquilo que é possível ser querido, assim como o que é faticamente querido.²² Nesse sentido, o papel dos valores e dos juízos de valor

²² WEBER, 1964, p. 190.

nas ciências sociais precisa ser limitado, apesar de não ser possível, reconhece Weber, uma isenção absoluta do sujeito em relação ao objeto (*Voraussetzungslosigkeit*). Não se trata, portanto, de banir os valores do horizonte empírico-científico, mas submetê-los a severo controle metodológico, capaz de garantir isenção (*Wertfreiheit*) ao cientista social. Assim, ao lidar com valores, o cientista social pode perfeitamente recomendar certos meios para o alcance de determinados fins político-sociais, estando, contudo, impedido de julgar o acerto ou o desacerto de tais fins, pois do contrário estaria produzindo ideologias, e não conhecimento científico-social.²³ Da mesma maneira, as consequências da adoção de certos fins pode ser objeto da pesquisa científico-social, desde que não se julgue tais consequências com base em valores. É possível inclusive analisar o que determinado fim ou dado juízo de valor significam, por quais motivos são buscados pela sociedade e por que se pretendem superiores aos demais, desde que se saiba que descrever um valor não significa recomendá-lo, impô-lo ou desaconselhá-lo.²⁴

A partir da obra de Weber, as ciências sociais aplicadas, com destaque para a Sociologia, debateram o problema da neutralidade científica de modo particularmente intenso. Nesse debate, as posições se bipolarizaram muito cedo, assim como as acusações: os neutros recriminavam os engajados por colocarem a ciência a serviço do poder. Estes últimos entendiam que a postura asséptica seria perigosa, dado que ser neutro em assuntos de política social equivaleria a uma cumplicidade tácita com o poder vigente, visto que *qui tacet, consentit*.²⁵ O debate se tornou mais urgente na Alemanha após a experiência nacional-socialista, quando se notou que muitos sociólogos prostituíram a sua ciência com a finalidade de efetivamente legitimar as teses sociais e raciais do nazismo.²⁶ Mas já antes da segunda guerra Schmitt sustentava que ser apolítico seria, por si só, uma posição política,²⁷

²³ WEBER, 1964, p. 188.

²⁴ WEBER, 1964, p. 189.

²⁵ DEMO, 1995, p. 70.

²⁶ SILBERMANN, 1966, p. 13.

²⁷ SCHMITT, 2006, p. 4.

criticando desse modo todos os cientistas sociais que se recusavam a tomar posição a favor ou contra certa ideologia e assim, no dizer de Demo, afetavam uma neutralidade esperta ou ingênua, que no fundo corresponde a uma farsa, dado que [...] o serviço instrumental subserviente da ciência é seu pior engajamento”.²⁸ Todavia, o mesmo autor deplora os “ativismos baratos” que assolam as ciências sociais aplicadas, imputáveis aos que abrem mão da lógica e da teoria para se dedicarem ao fanatismo acrítico de uma fé cega. Esses “engajados” descartam o método e o formalismo científico como exigências inúteis, preferindo, por meio de um “diletantismo avassalador”, subjugar a teoria a favor da prática.²⁹ Com isso: “Introduz-se o discurso sem pé nem cabeça, confunde-se criatividade com incompetência metodológica, [...] destrói-se o compromisso com a objetivação, tornando a ciência excessivamente subserviente a ideologias, por mais que julgemos serem estas nobres”.³⁰

Participando desse quadro geral, a denúncia específica contra o positivismo jurídico foi formulada com clareza por Radbruch quando sustentou, no famoso artigo de 1946, que: “Essa concepção da lei e de 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”.³¹ Desde já se nos coloca a objeção de princípio, verdadeiramente fundamental, no sentido de que a uma teoria objetiva do direito como a juspositivista não cabe qualquer defesa ou ataque das leis, mas apenas a sua descrição. O papel de julgamento das normas jurídicas reserva-se à ideologia, não à teoria.

Contra esse argumento costuma-se sustentar que a assepsia juspositivista, ou seja, a sua decidida recusa de qualificar ideologicamente qualquer ordem jurídica, pode redundar em apoio tácito a sistemas políticos perversos,³² revelando-se, portanto, como ideologia travestida. Chega-se a acusar o positivismo jurídico de,

²⁸ DEMO, 1995, p. 83.

²⁹ DEMO, 1995, pp. 83-84.

³⁰ DEMO, 1995, p. 84.

³¹ RADBRUCH, 1961, v. II, p. 211.

³² MIRANDA AFONSO, 1984, p. 236.

com a sua postura pretensamente neutra e antivalorativa, abandonar o direito e a política à mercê do mero decisionismo.³³ Curioso notar que o próprio Carl Schmitt ataca o criticismo avalorativo juspositivista, em especial o kelseniano, sustentando que o jurista que, a exemplo de Kelsen, “[...] com nada se envolve e permanece de forma metodológica sem nada demonstrar, [...] tem facilidade em criticar”.³⁴ Certamente, em nada se envolver não é um reproche que pode ser dirigido a Schmitt, que, como se sabe, envolveu-se profundamente em eventos históricos que os seus cultores jusmoralistas preferem esquecer.

No que se refere às censuras acima lançadas contra o positivismo jurídico – tácita aquiescência para com regimes políticos autoritários, fortalecimento do decisionismo e recusa de se envolver com qualquer realidade material –, note-se que desconsideram completamente a proposta epistemológica juspositivista, no sentido de se estudar o fenômeno jurídico de forma autônoma, quer dizer, desconsiderando, por questão de método, a ideologia, e não porque ela seja pouco importante ou porque pareça mais cômodo não assumir posições valorativas. Em muitas ocasiões, a ausência de uma tomada de posição ideológica vale como uma verdadeira ideologia, já que, como se sabe, o silêncio é, às vezes, mais eloquente que as palavras. Contudo, essa ressalva não se aplica ao positivismo jurídico, que deixou de abordar temas ideológicos não por comodidade, covardia ou superficialismo, mas por justificadas razões de método. Aliás, o juspositivismo nos informa de antemão que não pretende julgar o seu objeto de estudo, apenas descrevê-lo da maneira mais objetiva possível. Desse modo, acusar o positivismo jurídico de colaboracionista em razão da ausência de posturas ideológicas em sua trama teórica constitui sério equívoco metodológico, visto que, conforme lúcida advertência de Siches, não se pode criticar uma teoria por aquilo que ela não é,³⁵ e com mais razão ainda quando se tratar de algo que ela expressamente excluiu de sua agenda de trabalhos.

³³ MAIA e SOUZA NETO, 2002, p. 60 *et seq.*

³⁴ SCHMITT, 2006, p. 20.

³⁵ SICHES, 1970, p. 408.

Esse primeiro argumento epistemológico já bastaria para absolver o positivismo jurídico da acusação de legitimador de regimes jurídicos autoritários.³⁶ seu acentuado formalismo não lhe permite tal façanha, ao contrário das teses materiais – substanciais-legitimadoras, no dizer de Dimoulis³⁷ – que justificaram o nazismo, o fascismo e o stalinismo, que pretendendo superar o Estado de direito, ambicionavam criar um “Estado de justiça” onde princípios jurídicos como o da anterioridade, o da irretroatividade das leis, o da tripartição das funções do poder e o da legalidade estrita seriam afastados pelos juizes em nome dos “ideais do povo”, efetivando assim uma flexibilização do direito por meio da qual se confiaria grande poder discricionário aos julgadores, exatamente como querem os jusmoralistas dos dias de hoje.³⁸

Superado o primeiro aspecto, de caráter metodológico, é de se reconhecer que, ainda que o positivismo jurídico tivesse legitimado regimes políticos autoritários – o que jamais ocorreu, como será demonstrado –, tal não lhe diminuiria o valor teórico. Platão e Aristóteles não apenas justificaram, mas defenderam a escravidão como algo natural e necessário à sociedade grega. Não consta que nenhum estudioso tenha se recusado a considerar as suas obras em razão desse tipo de opinião, que hoje nos parece monstruosa. Do mesmo modo, a chancela da tortura, vista pelo tomismo medieval como procedimento legítimo de extração da verdade, não impede hoje a ampla citação de trechos da *Summa Theologica* pelos defensores da tão propalada dignidade da pessoa humana. E o que dizer de Hegel e de Nietzsche, cujos textos foram avidamente lidos e parafraseados pela elite intelectual nazista ou de qualquer forma comprometida com a estatolatria? Tal fato não desautoriza o contínuo estudo de suas obras nos mais sofisticados âmbitos acadêmicos. Muitos constitucionalistas que criticam Kelsen com ferocidade em razão de sua suposta legitimação do regime nazista não parecem demonstrar nenhum

³⁶ MARTIN, 1997, p. 392.

³⁷ DIMOULIS, 2006, p. 266.

³⁸ DIMOULIS, 2006, pp. 261-262.

pudor ou indignação quando tecem loas e encômios a seu adversário, o assumidamente nazista Carl Schmitt, autor tão em moda no atual meio universitário brasileiro. Também parece interessante lembrar que Heidegger, apesar de sua inegável filiação nacional-socialista, continua a ser lido com grande proveito pela filosofia contemporânea, marcadamente anti-autoritária e libertária.

Todos esses exemplos, que poderiam se multiplicar de modo indefinido, demonstram que não é a filiação político-ideológica de dada teoria o elemento que serve para se avaliar a sua excelência ou o seu cabimento científico. Deve-se, antes, observar-se a sua estruturação lógica interna, a sua contribuição criativa para a cultura científica e a sua capacidade de se manter atual e interessante, permanecendo operante no debate contemporâneo e inspirando novas criações intelectuais, ainda que passado muito tempo desde a sua formulação original. O fato de o positivismo jurídico não ser julgado por meio desses critérios – rigor científico, originalidade e permanência –, mas, ao contrário, por sua fictícia legitimação dos totalitarismos, apenas demonstra a má vontade e a hostilidade irracional que o pensamento jurídico dominante lhe devota.

Mais forte que os dois argumentos anteriores é o fato de que a maior parte das teorias juspositivistas não se adapta a ambientes políticos autoritários, uma vez que o positivismo jurídico tem em alta conta aspectos técnicos do direito que não se coadunam com regimes de exceção. Trata-se dos valores de ordem, da igualdade formal e da certeza jurídica.³⁹ Os sistemas autoritários, por seu turno, sempre se apresentaram como superiores à limitada racionalidade juspositivista, encarnando um tipo de justificação quase divina. Nesse sentido, recordemo-nos que a ideologia jurídica nazista era contrária ao juspositivismo, visto que, antes de consultar a lei, caberia ao juiz nacional-socialista decidir com base nos interesses políticos do povo, *i. e.*, do Estado.⁴⁰

³⁹ BOBBIO, 1999, p. 236.

⁴⁰ BOBBIO, 1999, p. 236.

Tal posição concretiza-se na obra de Carl Schmitt, que nos anos trinta publicou uma série de trabalhos criticando o extremado tecnicismo e o formalismo do juspositivismo – esse “[...] simples modo funcional de uma burocracia estatal”⁴¹ –, responsável pelo afastamento do direito dos legítimos anseios do povo, pelo desinteresse dos funcionários públicos em relação à ação política e pelo desvirtuamento da essência do fenômeno jurídico, confundindo com a letra morta de milhares de artigos. Schmitt sustenta que, ao invés de se fundamentar sobre os pilares de um Direito Natural ou da Razão, o positivismo jurídico insiste em se vincular a normas válidas apenas do ponto de vista fático, mantendo-se juridicamente cego diante das “decisões reais”.⁴² Dessa forma, tacha o juspositivismo de “degenerado”, uma vez que se limita a pensar em regras impessoais, enquanto o que se precisava para resolver o “sério problema jurídico-constitucional alemão” – o texto de Schmitt data de novembro de 1933 – eram instituições e configurações suprapessoais, capazes de surpreender o “[...] ser que repousa em todo grande movimento político”.⁴³ Ainda segundo Schmitt, a orientação jurídica fundamental deveria ser buscada nos valores sociais do povo, inaugurando assim uma “ordem concreta” na qual as frivolidades juspositivistas seriam substituídas pelo “princípio da direção unitária”,⁴⁴ que, bem entendido, significa o domínio efetivo do Estado mediante uma ditadura unipartidária que desconhece quaisquer freios jurídicos.

Para autores como Schmitt, o direito existe para servir o Estado e, como qualquer servidor, pode ser dispensado quando inoportuno ou inconveniente. Não deixa de ser significativa nesse contexto a tese kelseniana, amplamente criticada por Schmitt,⁴⁵ para quem direito e Estado são uma única e mesma realidade. Abolindo essa antiga dicotomia do Direito Público, Kelsen – que, aliás, manteve acirradas polêmicas com Schmitt – afirma que o Estado somente existe enquanto

⁴¹ SCHMITT, 2006, p. 4.

⁴² SCHMITT, 2006, pp. 4-5.

⁴³ SCHMITT, 2006, p. 4.

⁴⁴ *Apud* DIMOULIS, 2006, pp. 262-263.

⁴⁵ SCHMITT, 2006, pp. 19-33.

organização social diferenciada das demais quando respeita e dá cumprimento ao direito por si e para si criado, independentemente do conteúdo das normas que compõem o ordenamento. Daí a célebre definição kelseniana de Estado como ordem jurídica centralizada.⁴⁶ Essa proposta incomodou profundamente Schmitt, que ataca o formalismo acentuado da teoria kelseniana, na qual inexistem pessoas reais ou fictícias detentoras do poder: há apenas pontos de imputabilidade.⁴⁷

Apesar de não trazer consigo de modo necessário uma teoria da obediência, o positivismo jurídico sempre defendeu o primado da norma jurídica diante do subjetivismo político-jurídico dos governos autoritários e, com maior razão, contra a experiência totalitária. Nesse sentido, o juspositivismo punha-se como barreira intransponível diante dos totalitarismos do século passado, abertamente ilegítimos e hostis a qualquer racionalidade extrínseca ao movimento político, tais como os conceitos encampados pelo arcabouço teórico juspositivista.

Conforme acertada análise de Bonnard, o Estado nacional-socialista jamais pode ser entendido como um Estado de direito na acepção clássica do termo, sendo mais correto defini-lo como um *Führerstaat*. No Estado de direito, a lei domina todas as situações, contrapondo-se inclusive à vontade pessoal dos governantes, o que não ocorre no *Führerstaat*, onde o querer pessoal do líder político supera a legislação, encarnando-a em si e modificando-a a seu bel-prazer,⁴⁸ sem qualquer respeito pelos princípios da legalidade, da anterioridade (em matéria penal) e da não-surpresa (em matéria tributária). Desse modo, as leis ditadas pelo *Führer* no período da manhã poderiam ser

⁴⁶ “A dualidade de Estado e Direito é, na verdade, um dos fundamentos da ciência política e da jurisprudência modernas. Contudo, esse dualismo é teoricamente indefensável. O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta de sua ordem constitutiva. Uma quantidade de indivíduos forma uma comunidade apenas porque uma ordem normativa regulamenta sua conduta recíproca” (KELSEN, 2000, p. 263).

⁴⁷ SCHMITT, 2006, p. 18.

⁴⁸ BONNARD, 1950, *passim*.

modificadas à tarde, caso se verificasse a sua desconformidade com o “ordenamento vital do povo”, interpretável unicamente pelo chefe político. Arendt entende que o totalitarismo não passa de uma forma moderna de despotismo, ou seja, um governo sem leis no qual se exerce o poder de maneira unipessoal.⁴⁹ Siches comunga da mesma opinião, entendendo ser o totalitarismo um regime onde inexiste o direito, cujo *locus* foi substituído de maneira pura e simples pela arbitrariedade.⁵⁰ Por seu turno, Dimoulis afirma que houve uma continuidade legislativa no período do nacional-socialismo alemão, com a edição de poucas leis de caráter marcadamente totalitário. Na realidade, o ordenamento jurídico germânico foi desbaratado pela interpretação sem limites (*unbegrenzte Auslegung*) dos juízes alemães, que invocando valores que seriam próprios ao povo, contrariaram frontalmente qualquer teoria da interpretação de feição juspositivista.⁵¹

Porém, mais do que um sistema ilegal, o totalitarismo constituiu-se como um sistema de terror. Os conceitos de legalidade e de ilegalidade não são úteis para descrevê-lo.⁵² Nele não sobrevive qualquer direito, nem nenhuma teoria jurídica, seja juspositivista ou jusnaturalista, embora esta última possa, efetivamente, justificar o ter-

⁴⁹ ARENDT, 1989, p. 513.

⁵⁰ SICHES, 1970, p. 506.

⁵¹ DIMOULIS, 2006, p. 261.

⁵² “Por governo legal compreendemos um corpo político no qual há necessidade de leis positivas para converter e realizar o imutável *ius naturale* ou a eterna lei de Deus, em critérios de certo e errado. Somente nesses critérios, no corpo das leis positivas de cada país, o *ius naturale* ou os Mandamentos de Deus atingem realidade política. No corpo político do governo totalitário, o lugar das leis positivas é tomado pelo terror total, que se destina a converter em realidade a lei do movimento da história ou da natureza. Do mesmo modo como as leis positivas, embora definam transgressões, são independentes destas – a ausência de crimes numa sociedade não torna as leis supérfluas, mas, pelo contrário, significa o mais perfeito domínio da lei –, também o terror no governo totalitário deixa de ser um meio para suprimir a oposição, embora ainda seja usado para tais fins. O terror torna-se total quando independe de toda oposição; reina supremo quando ninguém mais lhe barra o caminho. Se a legalidade é a essência do governo não tirânico e a ilegalidade é a essência da tirania, então o terror é a essência do domínio totalitário” (ARENDT, 1989, pp. 516-517).

ror em nível ideológico como exigência de uma ordem natural superior que separa os fracos e os fortes com a eliminação dos primeiros.

Não obstante a séria contradição cometida ao tratar da posição jurídica do fascismo italiano, fazendo-a derivar de autores juspositivistas como Gerber, Gierke, Laband e Jellinek⁵³ ao mesmo tempo em que encontra a sua justificação no pensamento de Hobbes e Hegel⁵⁴ e nas teorias do poder absoluto, Acquaviva acerta ao apresentar a verdadeira natureza do Estado nacional-socialista como entidade política que não identifica lei e direito, renegando com todas as forças o juspositivismo. Segundo argumenta o autor, caberia ao juiz nazista, fundamentando-se no sangue e na raça, abandonar todas as fontes formais e mediatas do direito e ir buscá-lo, à moda da escola do direito livre, em sua raiz mais profunda: o espírito do povo (*Volksgeist*).⁵⁵

Teóricos como Calamandrei lançaram mão de argumentos juspositivistas para combater o totalitarismo, a exemplo da noção de que o Estado, assim como os cidadãos, deve obediência às leis positivas. Tal posição colide com a ideia básica de qualquer movimento totalitário: há uma razão histórica que deve ser seguida, ainda que para tanto o arcabouço legal do Estado deva ser desrespeitado. Tome-se como exemplo o fascismo italiano, que não pretendia instalar um novo regime jurídico, mas simplesmente se impor por meio da contínua violência. Seu lema principal, recorda-nos Siches, era que “o ato precede a norma”, apresentando-se o fascismo, nas palavras de Mussolini, não como uma mera doutrina, mas como uma fê pela qual valeria a pena morrer.⁵⁶

Os variados totalitarismos pretendiam encarnar uma legalidade superior àquela do Estado. Tratava-se, com efeito, da expressão

⁵³ ACQUAVIVA, 1994, p. 226.

⁵⁴ ACQUAVIVA, 1994, p. 225.

⁵⁵ “O positivismo vem, assim, a ser repudiado, sendo substituído por uma espécie de doutrina do *direito livre*, pela qual o juiz, mais do que criar o direito com base em sua própria valoração do interesse social, deve decidir inspirado no querer supremo do *Führer*, que, em última análise, é o verdadeiro intérprete da alma popular (*Volksgeist*)” (ACQUAVIVA, 1994, p. 218).

⁵⁶ SICHES, 1970, pp. 506-507.

da própria lei natural que determina a prevalência dos fortes e a eliminação dos fracos.⁵⁷ O totalitarismo, inspirado por “ideias éticas superiores”, desprezava quaisquer limites que as leis positivas e seus defensores tentassem lhe impingir, dado que o direito positivo não passaria de medida paliativa sem importância, apêndice ineficaz da ordem natural que, com o fortalecimento desta, deve ser eliminado. Devido ao desprezo que professavam pelo direito positivo, os movimentos totalitários não aceitavam a pecha de “ilegais” com que eram classificados: só o eram aos olhos limitados dos seus opositores, incapazes de contemplar a racionalidade integral do processo histórico: os totalitarismos atenderiam à ordem natural, não ao direito falho dos homens.⁵⁸ Eram contrários, portanto, ao positivismo jurídico, que sustenta a inexistência de qualquer ordem jurídica natural.

A racionalidade totalitária se julgava superior à positiva porque emanaria diretamente da autoridade da qual todas as leis positivas retirariam a sua validade final: a própria natureza. Dessa maneira, o Estado totalitário desafiava as leis positivas – morosas, abstratas e imperfeitas – porque elas jamais conseguiram estabelecer o reino da justiça na terra, o que o totalitarismo realizaria ao se sobrepor aos conceitos de certo e de errado, particularizados em inúmeras e enganosas leis positivas, orientando-se assim rumo a uma missão histórica inescapável, na qual a justiça englobaria o direito e o indivíduo se dissolveria no amálgama indiferenciado do organismo estatal, deixando de ser visto como titular de direitos subjetivos oponíveis ao Estado. Karl Larenz, jurista inicialmente adepto do nacional-socialismo e que mais tarde o repudiou, expressa bem o desprezo do movimento pelos direitos subjetivos ao afirmar que esse conceito teria perdido o seu significado tanto na Teoria Geral do Direito quanto, com maior razão, no Direito Privado. No lugar da antiquada ideia de direito subjetivo, Larenz propunha a noção de “situação jurídica do indivíduo” localizado no ordenamento sócio-jurídico-comunitário (*Rechtsstellung des Volksgenossen*).⁵⁹

⁵⁷ ARENDT, 1989, pp. 518-519.

⁵⁸ ARENDT, 1989, pp. 513-514.

⁵⁹ ACQUAVIVA, 1994, p. 227.

Por outro lado, o totalitarismo mostrou-se autoritário ao deixar de reconhecer quaisquer freios, condição necessária para que pudesse se tornar um servo obediente das leis naturais, que não existem para favorecer homens específicos, mas sim a humanidade como um todo, o que justificaria a extinção de certas raças inferiores ou classes historicamente decadentes. A legitimidade totalitária, por fundar-se diretamente nas fontes jusnaturais sem qualquer mediação técnico-racional juspositivista, poderia então dispensar as “legalidades menores” e se impor como ordem justa.⁶⁰

Parece óbvio que só a muito custo pode-se aproximar a “lei natural” de que fala o totalitarismo daquela à qual se referem os teóricos jusnaturalistas, sejam eles antigos, medievais, modernos ou contemporâneos. Há enormes diferenças entre ambas as concepções.

Todavia, se alguém deseja buscar a raiz da argumentação ensandecida dos totalitarismos em alguma corrente do pensamento jurídico, certamente não a encontrará no juspositivismo, mas nas profundezas – talvez até mesmo inconscientes – do jusnaturalismo.

O positivismo jurídico se liga a concepções éticas relativistas,⁶¹ como prova Kelsen ao negar a supremacia jurídica ao Estado, preferindo acreditar, com fincas em uma ideologia de cunho pacifista,⁶² na superioridade do Direito Internacional e em sua primazia no que concerne às ordens estatais parciais,⁶³ chegando a arquitetar estratégias jurídico-institucionais voltadas para a obtenção de uma paz estável entre as nações.⁶⁴ Inspirando-se no ideal kantiano da paz perpétua, Kelsen propôs um modelo de Super-Estado federalista informado por um “direito cosmopolita” (*Weltbürgerrecht*) aplicável a todos os membros da espécie humana, tendo elaborado, em 1944, um projeto de uma Liga permanente de Estados para a manutenção da paz no

⁶⁰ ARENDT, 1989, pp. 513-514.

⁶¹ Isso não significa que os juspositivistas são ceticistas em matéria ética. Cf. STRUCHINER, 2005, pp. 27-28.

⁶² BOBBIO, 1999, p. 234.

⁶³ KELSEN, 1920, p. 290 *et seq.*

⁶⁴ KELSEN, 1973, *passim*.

planeta.⁶⁵ Pergunta-se: esse é o perfil de um autor que teria justificado o nazismo?

Tão elevado é o respeito de Kelsen pelo Direito – tal não significa que ele defenda qualquer teoria da obediência – que, mesmo sendo judeu, dirigiu áspers críticas ao Tribunal de Nuremberg, dado que o mesmo desrespeitou princípios jurídicos básicos, como o da anterioridade da lei penal e o do terceiro neutro, visto que no pós-guerra os vencedores julgaram os vencidos. De acordo com Kelsen, o Tribunal de Nuremberg afetou o uso de procedimentos jurisdicionais para dissimular uma vingança pura e simples, que nada tinha de jurídica. Além disso, o Tribunal deveria ter julgado os criminosos de guerra de ambos os lados, e não apenas os das potências derrotadas.⁶⁶ Tal posicionamento, politicamente muito delicado, demonstra que Kelsen, longe de se aliar ao poder constituído, sempre manteve acesa a chama da indignação, principalmente quando dirigida aos poderosos. Com o mesmo espírito de revolta, Kelsen denunciou o poder político-militar desproporcional concedido pela Carta das Nações Unidas ao Conselho de Segurança, órgão monolítico e conservador por excelência.⁶⁷ Onde está, então, questionamos uma vez mais, a legitimação do totalitarismo que teria sido tramada por esse autor e por seus colegas juspositivistas?

4. Positivismo jurídico e teoria da obediência

Após ensinar que o positivismo jurídico pode ser visto como uma teoria, uma metodologia e uma ideologia,⁶⁸ Bobbio nos apresenta dois grupos bem distintos no que se relaciona ao último termo: os juspositivistas éticos moderados, facção na qual localiza Kelsen, Calamandrei, Hart e outros, e os juspositivistas éticos extremados – “positivistas ideológicos”, na locução adotada por Struchiner⁶⁹ – que

⁶⁵ ZOLO, 2007, *passim*.

⁶⁶ KELSEN, 1952, p. 215 *et seq.*

⁶⁷ KELSEN, 1952, pp. 47-50.

⁶⁸ BOBBIO, 1999, p. 34.

⁶⁹ STRUCHINER, 2005, pp. 28-31

Bobbio identifica com os herdeiros de Hegel na seara do juspositivismo alemão.⁷⁰ Segundo o juspositivismo ético moderado, o direito possui um valor instrumental; para a versão extremada do juspositivismo, o direito se apresenta como um valor final.⁷¹

Os juspositivistas éticos moderados entendem que o direito, apesar de efetivamente poder apresentar qualquer conteúdo, não se constitui como um valor em si, motivo pelo qual não há nenhuma boa razão para respeitá-lo sempre e em qualquer circunstância, visto tratar-ser apenas de um instrumento para a consecução de certos fins sociais. Por outro lado, fundindo posturas descritivas e prescritivas,⁷² os juspositivistas éticos extremados afirmam que a lei e o direito não podem ser desobedecidos jamais: estando positivados, encerrariam um valor de indiscutibilidade e de certeza, independentemente de qualquer conteúdo. A obediência à lei se imporia pelo simples fato de ser a lei, uma vez que, nessa concepção, o direito positivo tem força moral obrigatória.⁷³

Na verdade, conectar o juspositivismo à teoria da obediência absoluta à lei constitui um lugar comum por parte dos detratores da corrente.⁷⁴ Entretanto, nenhum dos autores que fazem tal acusação – normalmente acompanhada daquela mais geral, referente à suposta legitimação do autoritarismo político – indica com clareza quais são os teóricos juspositivistas que defendem a teoria da obediência, e em que textos o fazem.⁷⁵ Alude-se vagamente ao positivismo jurídico,

⁷⁰ BOBBIO, 1999, p. 229.

⁷¹ BOBBIO, 1999, p. 230.

⁷² STRUCHINER, 2005, p. 29.

⁷³ STRUCHINER, 2005, p. 29.

⁷⁴ Kelsen inverte a denúncia e a dirige contra o jusnaturalismo, que por pressupor valores absolutos, acaba por legitimar a teoria da obediência absoluta ao Estado e aos governantes. Cf., apenas a título exemplificativo, KELSEN, 1963, p. 155 e 2000, p. 182. Kelsen tem razão em seu julgamento, dado que, paradoxalmente, o dever de obediência às normas jurídico-positivas constitui uma das exigências fundamentais do direito natural: “En el Estado tiene que existir, por ejemplo, una autoridad, un Poder legislativo, judicial y desde que una tal autoridad existe, hay obligación de obedecerla por razón de conciencia. El Derecho natural lo exige” (CATHREIN, 2002, p. 248).

⁷⁵ Cf., no mesmo sentido, BOBBIO, 2007, p. 39, DIMOULIS, 2006, p. 265 e STRUCHINER, 2005, p. 30.

como se tal movimento intelectual não fosse composto por teorias e autores muito diversos entre si no tempo e no espaço. Ademais, a tese central dos juspositivistas éticos extremados, segundo a qual do fato do direito posto (*Sein*) deriva um inequívoco dever de obediência (*Sollen*), contradiz um dos fundamentos centrais do juspositivismo, que afirma a impossibilidade lógica de derivação de normas de dever-ser do mundo do ser e vice-versa.⁷⁶ Tal porque os valores não são imanentes à realidade, como quer o jusnaturalismo.⁷⁷

O positivismo jurídico não se identifica com o juspositivismo ético extremado,⁷⁸ que está muito mais próximo do direito natural. Representando uma visão propositalmente distorcida do juspositivismo, a invocação do positivismo ético extremado serve para tornar mais fácil, menos científica e mais emocional a árdua tarefa de criticá-lo.⁷⁹ Se em uma primeira análise pode-se descrever

⁷⁶ “A norma é expressão da idéia de que algo deve ocorrer e, em especial, de que um indivíduo deve se conduzir de certa maneira. Nada é dito pela norma sobre o comportamento efetivo do indivíduo em questão. A afirmação de que um indivíduo ‘deve’ se conduzir de certo modo significa que esta conduta está prescrita por uma norma – ela pode ser uma norma moral, jurídica ou de algum outro tipo. O ‘dever ser’ simplesmente expressa o sentido específico em que a conduta humana é determinada por uma norma. Tudo o que podemos fazer para descrever esse sentido é dizer que ele é diferente do sentido em que dizemos que um indivíduo efetivamente se conduz de certo modo, que algo de fato ocorre ou existe. Um enunciado no sentido de que algo deve ocorrer é uma afirmação sobre a existência e o conteúdo de uma norma, não uma afirmação sobre a realidade natural, *i.e.*, eventos concretos da natureza” (KELSEN, 1995, p. 41). Cf., no mesmo sentido, KELSEN, 1986, p. 70.

⁷⁷ KELSEN, 2000, pp. 382-383.

⁷⁸ DIMOULIS, 2006, pp. 267-268, entende que o juspositivismo ideológico não constitui uma posição específica do positivismo jurídico.

⁷⁹ “O positivismo ideológico não passa de uma caricatura do positivismo jurídico e os principais caricaturistas são os jusnaturalistas e os juristas práticos. Apesar dos mais destacados positivistas não aderirem ao positivismo ideológico, essa é a posição que com maior frequência tem sido imputada aos positivistas pelos jusnaturalistas. Eles atribuem essa tese aos positivistas e vão criticá-los por aderirem a ela dizendo que o positivismo serve para legitimar qualquer regime de força (ex.: nazismo). Tal argumento é falacioso, na medida em que os principais positivistas não defendem o positivismo ideológico: os jusnaturalistas deturpam as teses do positivismo jurídico para tornar mais fácil a sua oposição”

o positivismo jurídico como um tipo de visão do direito que reduz a justiça à validade, nenhum pensador juspositivista chegou a enunciar tese tão extrema. Os juspositivistas apenas fizeram notar – como Levi⁸⁰ – que o direito pode ser válido sem ser justo, e que a justiça apresenta-se como ideal irracional, incapaz de qualificar dada ordem jurídica enquanto tal. Afirmaram ainda que o problema da justiça é de natureza ética, não jurídica.⁸¹

Ora, faz parte da essência do positivismo jurídico negar a teoria da obediência absoluta à lei, visto que a norma jurídica positivada possui valor exclusivamente instrumental. O relativismo axiológico que perpassa todas as teorias verdadeiramente juspositivistas se recusa a enxergar o direito ou a lei como valores em si mesmos, hipostasiados. Ao contrário, são apenas meios para se alcançar finalidades sociais.⁸² Tal é particularmente notável na teoria kelseniana do direito, em relação à qual, conforme Robert Walter, “[...] ninguém pode invocar, para sua justificativa final, o direito positivo. Cabe à consciência de cada homem a decisão moral de obedecer ao direito positivo ou rebelar-se contra ele”.⁸³

Hart sustenta que pensadores como Austin, Gray e Kelsen preocupavam-se em promover a clareza e a honestidade no debate relativo a normas jurídicas iníquas, mas válidas.⁸⁴ Para negar cumprimento a tais normas, não seria preciso, de acordo com esses autores, negar-lhes o caráter jurídico, como pretende o jusnaturalismo. Bastaria apenas reconhecer a autonomia moral do homem que, então, seria capaz de afirmar: “isto é direito; mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido”.⁸⁵ As razões que levam as pessoas a cumprir as ordens emanadas das autoridades competentes são variadas. Não é necessário que o direito esteja de acordo com a moral social

(STRUCHINER, 2005, pp. 30-31).

⁸⁰ LEVI, 1953.

⁸¹ BOBBIO, 2007, pp. 38-39.

⁸² BOBBIO, 1999, p. 232.

⁸³ Estudo introdutório a KELSEN, 2003, pp. 23-24.

⁸⁴ HART, 1994, p. 223.

⁸⁵ HART, 1994, p. 224.

para ser válido. Eis uma constatação realista e incrivelmente franca do positivismo jurídico que vem sendo mal interpretada há décadas.

Não se precisa acreditar que o direito, por ser direito, seja sempre correto, justo, bom ou inquestionável. Trilhando o caminho aberto por Kelsen, Hart declara que, apesar de os homens se comportarem segundo os comandos de dado ordenamento jurídico, desse fato não nasce o dever de concordarem acriticamente com os seus conteúdos: “Não há na verdade qualquer razão pela qual os que aceitam a autoridade do sistema não deversem examinar a sua consciência e decidir que, moralmente, não deviam aceitá-lo, muito embora continuem a fazê-lo por várias razões”.⁸⁶

O positivismo jurídico deixa ao indivíduo a escolha relativa à obediência ou à rebeldia,⁸⁷ enxergando-o como um ser moralmente autônomo, ou seja, capaz de efetivar escolhas morais e dizer, por si mesmo, se o direito cujo cumprimento se lhe impõe é justo e legítimo.⁸⁸ Não se poderia esperar outra posição de um movimento intelectual que afrontou todos os dogmatismos, calou as mais poderosas metafísicas, sustentou o insustentável e privou o direito da majestática e quase divina aura de correção com a qual o jusnaturalismo o revestia. Importante, portanto, superar o lugar-comum da crítica superficial, preguiçosa e rasteira, e ler o que escreveram realmente os juspositivistas, tanto os mais novos – Bix, Greenawalt, Lyons, MacCormick, Raz, etc. –, quanto os clássicos como Hart, Kelsen e Ross. Nenhum deles deduz do direito qualquer dever de obediência.

Especialmente em relação a Kelsen, é urgente a leitura de algo diferente da *Teoria pura do direito*. Muitos se surpreenderiam com

⁸⁶ HART, 1994, p. 202.

⁸⁷ DIMOULIS, 2006, p. 268 e MATOS, 2006, pp. 269-284.

⁸⁸ “A circunstância de que este relativismo nos ‘deixa em apuros’ significa que ele nos obriga a tomar consciência de que a decisão da questão nos pertence, porque a decisão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça que nós tomamos para base do nosso juízo de valor e, por isso, pode receber respostas muito diversas; significa que esta opção apenas pode ser feita por nós próprios, por cada um de nós, que nenhum outro – nem Deus, nem a natureza, nem ainda a razão como autoridade objectiva – a pode fazer por nós. É este o verdadeiro sentido da autonomia moral” (KELSEN, 1963, p. 168).

textos que em nada lembram o discurso técnico e formal dessa obra maior. Há trechos que deixariam os jusmoralistas desconcertados,⁸⁹ se tivessem a honestidade intelectual de ler outras obras kelsenianas diversas da *Teoria pura do direito*, tão fácil de criticar em sua clareza conceitual, que se expõe conscientemente a todas as tempestades. Na *Teoria geral do direito e do estado*, por exemplo, longe da postura olímpicamente despreocupada que os seus opositores procuram lhe impingir, Kelsen descreve com grande precisão as formas de autocracia, dispensando especial atenção à ditadura de partido, cujos melhores exemplos, nas suas palavras, são o bolchevismo soviético, o fascismo italiano e o nacional-socialismo alemão.⁹⁰ Demonstrando grande lucidez, Kelsen expõe as características das ditaduras de partido, nas quais a liberdade individual é completamente suprimida, a independência dos tribunais acaba abolida e as instituições constitucionais tornam-se irrelevantes, sendo a expressão da vontade popular inútil, “[...] já que ninguém pode exprimir outra opinião que não a aceita pelo partido, sem pôr em risco patrimônio, liberdade e vida. Dentro das ditaduras de partido, as eleições e plebiscitos têm como único propósito dissimular o fato da ditadura”.⁹¹ Lembremo-nos que essas linhas foram escritas pelo autor que é unanimemente considerado como o mais consequente e radical juspositivista de todos os tempos. Mas ainda há mais. A despeito da opinião contrária da maioria desinformada, Kelsen é um pensador pacifista e, na seara política, comprometido com valores democráticos e relativos, o que o impede, por uma questão de princípio, de aderir a qualquer autoritarismo político, como o demonstra a sua comovente profissão de fé:

De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça

⁸⁹ Trechos como: “[...] o relativismo impõe ao indivíduo a difícil tarefa de decidir por si mesmo o que é certo e o que é errado. Isso implica, sem dúvida, uma séria responsabilidade, a mais séria responsabilidade moral que um homem pode assumir. O relativismo juspositivista significa autonomia moral” (KELSEN, 2000, p. 382).

⁹⁰ KELSEN, 2000, pp. 430-431.

⁹¹ KELSEN, 2000, p. 432.

Andityas Soares de Moura Costa Matos

relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância.⁹²

5. Conclusão

O argumento da *reductio ad Hitlerum* não pode ser utilizado para desqualificar a obra de Kelsen e do positivismo jurídico em geral devido à sua completa inaplicabilidade. Com isso, não queremos colocar o positivismo jurídico em uma espécie de pedestal da pureza, intocável e imaculado. Como toda criação da cultura humana, as teorias juspositivistas possuem imperfeições, lacunas, erros e incongruências. Todavia, caso se deseje criticar o juspositivismo, tal deve ser realizado com clareza e honestidade, aproveitando a já citada fala de Hart. Não se pode responsabilizar qualquer teoria científica por consequências práticas nocivas às quais não deu causa. A acusação dirigida ao juspositivismo de legitimar sistemas jurídicos autoritários é não apenas falsa, mas injusta e mentirosa, visto que, como exposto no presente artigo, o positivismo jurídico nunca se colocou ao lado da ordem constituída, preferindo antes criticá-la com base em uma epistemologia relativista e uma metodologia comprometida com a verdade, nunca com a górgona do poder.

Aplicar a *reductio ad Hitlerum* ao juspositivismo deriva de uma espécie de infantilidade, quando não de manifesta ignorância, que vicejam, ambas, no meio acadêmico, hoje francamente avesso ao positivismo jurídico. Seus detratores sequer sabem o que significa, de maneira profunda, abraçar a causa juspositivista. Significa enterrar as quimeras metafísicas, recusar validade ao argumento de autoridade e não se contentar com as explicações prontas e óbvias. Significa questionar o inquestionável e se expor a todos os riscos que o conhecimento traz consigo. Significa, em última instância, adentrar

⁹² KELSEN, 1998, p. 25.

Andityas Soares de Moura Costa Matos

sem medo às portas da ciência, que, assim como as do inferno, aniquilam todos os preconceitos, segundo um famoso e muito citado verso de Dante Alighieri. Talvez quando os jusmoralistas passem por essas portas – da pureza da ciência e da impureza do inferno –, possam discutir, de maneira franca e aberta, o que é o positivismo jurídico, e não o que os seus críticos e adversários gostariam que ele fosse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. Rev. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONNARD, Roger. **El derecho y el estado en la doctrina nacional-socialista**. Barcelona: Bosch, 1950.

CAMPOS, Augusto de. **Poesia da recusa**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

CATHREIN, Victor. **Filosofía del derecho: el derecho natural y el positivo**. Trad. Alberto Jardon. 7. ed. Madrid: Reus, 2002.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes, interpretação e ramos do direito; sujeito de direito e fatos jurídicos; relações entre direito, justiça, moral e política; direito e linguagem**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

GARCÍA MÁYNES, Eduardo. **Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo**. México: UNAM, 1968.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Trad. e estudo introdutório de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

KELSEN, Hans. **Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts**. Tübingen: Mohr, 1920.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Peace through law**. New York: Garland, 1973.

KELSEN, Hans. **Principles of international law**. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1952.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. e estudo introdutório de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1934). Estudo introdutório de Robert Walter. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (edição de 1960, definitiva). Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **Théorie pure du droit**. Adaptée de l'allemand par Henri Thévenaz. 2. ed. Neuchâtel: Éditions de la Baconnière, 1988.

LEVI, Alessandro. **Teoria generale del diritto**. 2. ed. Padova: Cedam, 1953.

LUÑO PEÑA, Enrique. **Derecho natural**. 3. ed. rev. y ampl. Barcelona: La Hormiga de Oro, 1954.

MAIA, Antônio Cavalcanti. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: **Os princípios da constituição de 1998**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MARTIN, Raymond. Aller e retour de Kelsen à Aristote. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, n. 2. Paris: Dalloz, avril/juin 1997.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen**. Apresentação de Danilo Zolo e prefácio de Eduardo C. B. Bittar. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1984.

ORWELL, George. **1984**. Trad. Wilson Velloso. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Vols. I e II. Trad. Cabral de Moncada. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1961.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Apresentação de Eros Roberto Grau. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1970.

SILBERMANN, Alphons (Hrsg.). **Militanter Humanismus**. Frankfurt: Suhrkamp, 1966.

STRAUSS, Leo. **Natural right and history**. Chicago: University of Chicago, 1953.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis**

Andityas Soares de Moura Costa Matos

do direito. Orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho. Tese (doutorado) – Departamento de Filosofia – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 191 p., 2005.

WEBER, Max. **Soziologie, Weltgeschichtliche Analysen, Politik.** Frankfurt: Kroener, 1964.

ZOLO, Danilo. O globalismo judicial de Hans Kelsen. Trad. Andityas Soares de Moura Costa Matos. In: **PHRONESIS – Revista do Curso de Direito da FEAD**, vol. 1, n. 2. Belo Horizonte: FEAD, julho/dezembro 2006.

