

O positivismo jurídico não legitimou o regime nazista: críticas à falsa associação presente na Fórmula de Radbruch

Legal positivism did not legitimize the nazi regime: criticisms of the false association present in the Radbruch's Formula

Leonam Liziero¹

Universidade Federal da Paraíba (UFPB/Brasil)
leonamliziero@gmail.com

Pollyanna Souza Oliveira²

Universidade Federal da Paraíba (UFPB/Brasil)
pollyannaoliveira.ufpb@gmail.com

Resumo

O presente trabalho busca analisar e contestar as críticas empreendidas contra o positivismo jurídico – notadamente aquele representado por Hans Kelsen, a partir de sua Teoria Pura do Direito -, no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial. Com a instauração do Tribunal de Nuremberg, quando as mais perversas atrocidades admitidas sob o regime nazista foram trazidas a julgamento, o juspositivismo foi posto à prova: teria Kelsen escrito uma teoria que autorizou a instauração de um sistema jurídico totalitário, a partir de uma valoração normativa apartada da epistemologia dos valores? Ao tempo em que busca desconstruir o mito da pobreza moral do positivismo jurídico kelseniano, este trabalho analisa os limites da doutrina jusnaturalista - reavivada a partir da Fórmula de Radbruch -, que, ao prever um direito anterior e superior ao ius positum, apresenta o risco de situar-se acima de qualquer mecanismo de controle social – podendo tornar-se, paradoxalmente, legitimadora de violações atentatórias aos próprios Direitos Humanos. A pesquisa em apreço, por ser de cunho teórico, valer-se-

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Professor de Introdução ao Direito da graduação em Direito da UEPB. Doutor em Teoria e Filosofia do Direito, com Pós-Doutorados em Direito pela UFRJ e pela UFPE. Pesquisador e advogado. Universidade Federal da Paraíba, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Campus I, Cidade Universitária, Castelo Branco, CEP 58051-900, João Pessoa - PB, Brasil.

² Mestra em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/UFPB. Pós-Graduada lato sensu em Ordem Jurídica, Ministério Público e Cidadania pela Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba. Universidade Federal da Paraíba, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Campus I, Cidade Universitária, Castelo Branco, CEP 58051-900, João Pessoa - PB, Brasil.

á da revisão da literatura já publicada acerca do assunto. Desse modo, terá um caráter bibliográfico- documental e, como marco/referencial teórico, busca na teoria dos Direitos dos Homens, repensar o conteúdo contemporâneo dos direitos positivo e natural.

Palavras-chave: Justiça; Radbruch; Jusnaturalismo; Positivismo Jurídico.

Abstract

This paper seeks to analyze and contest the criticisms made against legal positivism - notably that represented by Hans Kelsen, from his Pure Theory of Law -, in the context of post-World War II. With the establishment of the Nuremberg Court, when the most perverse atrocities admitted under the Nazi regime were brought to trial, juspositivism was put to the test: Kelsen would have written a theory that authorized the establishment of a totalitarian legal system, starting from of a normative valuation apart from the epistemology of values? At the same time that it seeks to deconstruct the myth of moral poverty from the Kelsenian legal positivism, this work analyzes the limits of the jusnaturalist doctrine - revived based on the Radbruch formula -, which, by predicting a right prior to and superior to the ius positum, presents the risk to position itself above any social control mechanism - it may become, paradoxically, legitimizing violations that undermine human rights. The research in question, for being of a theoretical nature, will use the review of the literature already published on the subject. In this way, it will have a bibliographic-documental character and, as a theoretical framework / reference, it seeks in the theory of human rights, to rethink the contemporary content of positive and natural law.

Keywords: Justice; Radbruch; Jusnaturalism; Legal Positivism.

Introdução

O presente artigo propõe uma desconstrução do mito da pobreza moral do juspositivismo e dos limites do Direito Natural tomado como baluarte da Justiça e da moral. Sobretudo após o fim da Segunda Guerra mundial - quando o mundo ansiava por respostas para as atrocidades cometidas sob a égide do regime nazista -, diante do Tribunal de Nuremberg, o positivismo jurídico kelseniano foi alvo de beligerância ideológica, o que fomentou o resgate axiológico dos ditames do Direito Natural.

Condicionando a validade das normas jurídicas à sua posição na ordem escalonada do conjunto normativo em vigor em dado Estado, Kelsen foi acusado, a partir de sua *Teoria Pura do Direito* (1934), de ter escrito uma doutrina com aptidão para respaldar a barbárie: se a validade de uma norma em determinado sistema jurídico dependesse tão-somente de sua conformidade com o escalonamento normativo, regras tão bárbaras quanto as exaradas pelo Terceiro *Reich* restariam de todo legitimadas. Buscando demonstrar que essa interpretação da doutrina de autorreferência do Direito em Kelsen - que, judeu, e perseguido pelo nazismo, terminou sua vida em asilo na América do Norte - é fruto de uma má compreensão, este trabalho se desenvolverá em três capítulos.

Na primeira parte, delinear-se-á, sinteticamente, as principais características do(s) jusnaturalismo(s) e do(s) juspositivismo(s). Remontando às suas origens gregas, tratar-se-á da primeira fase do jusnaturalismo enquanto produto de uma lei divina, a partir da qual deveria ser delineada a lei humana. Com a evolução da doutrina para a Escola jusnaturalista moderna, especialmente com Grotius e Pufendorf, o Direito Natural exsurge como escudo protetivo contra as investidas absolutistas da monarquia, em um contexto de ascensão do Estado Liberal. Sobretudo no que toca às características da segunda fase de desenvolvimento da doutrina em comento – que veio a ser invocada, no século XX, após o holocausto nazista –, a abstração e o idealismo despontam como características marcantes: fulcrado em valores tão subjetivos quanto absolutos, o Direito Natural assim posto pode conduzir, paradoxalmente, ao estabelecimento de um poder acima de qualquer controle social, já que onipresente e diluído por entre as estruturas atomísticas das sociedades.

No segundo capítulo, e diante do embate entre as vertentes teóricas do direito desenvolvidas no capítulo anterior, será debatida a controvertida Fórmula de Radbruch (1946), apontada, à época, como o meio-termo de ouro para o resgate da justiça em um ordenamento jurídico positivo. Gustav Radbruch, (1878-1949), positivista dissidente, após conhecer o desastre do nazismo, sustentou que desde que o jusnaturalismo cedeu espaço ao legalismo estrito do juspositivismo - tornando equivalentes força e direito -, a lei passou a valer sempre, ainda que arbitrária, criminosa ou cruel, deixando sem defesa o povo e os juristas contra as normativas mais deletérias. Como se verá adiante, as alegações de Radbruch são falsas, uma vez que recaem em um erro muito comum (mas conhecido pelo autor) em confundir legalismo com positivismo jurídico.

O Direito natural, assim, foi chamado a ocupar o lugar de fator de correção da “injustiça e imoralidades” juspositivistas. Os Direitos Humanos, localizados fora do âmbito do direito positivo, passaram a ser tidos como o direito inexorável, eterno, capaz de afrontar a validade de mandamentos ilegítimos de tiranos desumanos. Como se verá também, o discurso sobre Direitos Humanos se pauta em uma concepção política³.

Finalmente, no último capítulo, serão desconstruídos os erros atribuídos a Kelsen, com o estabelecimento de possíveis limites ao Direito Natural, a fim de que não se recaia, parafraseando Igenborg Maus, em uma “teologia” do jusnaturalismo.

O(s) Jusnaturalismo(s) e a gênese do Juspositivismo: uma breve síntese

O argumento central do Direito Natural, pautado em uma ordem normativa situada em posição anterior e superior ao Direito posto – e, assim, imutável, universal, com a mesma força em toda a parte e, independente da diversidade de opiniões, foi desenvolvido em alguns momentos da história do pensamento jurídico. Apesar de diversos modos de serem

³ "Ningún juez puede invocar, ni ninguna jurisprudencia puede atenerse a una ley que no solo es injusta, sino que es delictiva. Invocamos los Derechos Humanos, que están por encima de todas las leyes escritas, el Derecho inextirpable y eterno, que rehúsa la validez a los mandatos ilegítimos de los tiranos inhumanos". (Palavras do Promotor Kuschnitz, 1946, ao propor a responsabilidade penal de juízes durante o regime nazista, em 1946, citado por VELÁSQUEZ (2016).

apresentados, apresenta-se um modo pretensamente didático para o desenvolvimento dos tópicos ulteriores.

Segundo Kelsen (1945, p. 12), conhecido crítico do jusnaturalismo, estabelece uma qualidade comum às suas diversas concepções: o dualismo. Diversas doutrinas do direito natural estabelecem este como uma ordem anterior ou superior às leis das autoridades políticas, o que atualmente é denominado de direito positivo. Deste modo, a ordem legal de determinada sociedade será justa/legítima na medida em que se corresponder ao direito natural.

As concepções de direito natural nas antigas *polis*, como ordem natural, encontra origem mítica. Ainda com enormes diferenças entre platonismo e aristotelismo, a defesa da verdade absoluta gerou uma condizente contestação da democracia ateniense. A justiça, como um “norte” para as leis produzidas na *polis*, é inerente na ordem estabelecida no *Kosmos*. Por sua vez, na filosofia do medievo, à lei humana incumbiria absorver os ditames da lei divina - como entendia Santo Agostinho - ou eterna - na lição de Santo Tomás de Aquino - que, impassível de erro ou falha, imprimiria à legislação das cidades dos homens o beneplácito da Justiça. Desde *Antígona*, passando pelos estoicos (com sua *cosmologia*) e reverberando em Cícero - em *De Re Publica* -, a natureza de uma lei a todos obrigatória e oriunda do metafísico imprimia ao Direito natural uma aura transcendente e inquestionável (Douzinas, 2009, p. 26- 29).

A ordem cosmológica é substituída por uma divindade onipotente, de cuja razão se originam as leis naturais. Na filosofia tomista, as leis dos homens, postas por autoridades e vigentes em determinada organização política, seriam qualificadas como justas se atendessem aos ditames da lei natural. A qualidade de justiça, neste sistema, é dependente da razão divina, cognoscente parcialmente aos homens, que as aplicam.

A lei natural por sua vez confere o critério de justiça. Tal critério é constituído pelas leis de Deus que são cognoscíveis aos homens: sua aplicação é, pois, o direito natural. “O direito é a soma das ideias diretrizes nas quais deve conformar-se o agir do homem nas relações de justiça. Mas, mais do que diretrizes, essas ideias devem ser imperativas e comandar a ação. Em outros termos, elas devem ser lei” (Farago, 2004, p. 59). Assim, o estudo e a fé possibilitam conhecer a lei natural e, conseqüentemente, o conhecimento se leis humanas seriam ou não justas.

O Direito Natural ganha significativo redimensionamento a partir do Século XVII, cuja obra *De Jure Belli ac Pacis* (1625) de Hugo Grotius (1583-1645), passa a ser manifestado como a lei ditada a partir da razão: não é mais Deus que fornece a lei natural, mas sim os pareceres da consciência. Cabe ressaltar, todavia, que, conforme ensina Michael Villey (2005, p. 54), os contornos clássicos do direito natural, sobretudo a teoria tomista, aparecem como um método quase experimental, decorrente da observação da natureza humana - e, portanto, menos ambíguo que sua manifestação moderna, de cunho irrefutavelmente mais subjetivo.

Grotius, representante, ao lado de Samuel Pufendorf e John Locke, da Escola Moderna do Direito Natural, em patente interesse de fornecer um instrumentário capaz de substituir a autoridade da Teologia (Biazi, 2016, p. 392), prelecionou, em sua mais importante obra, a *reta razão* como a pedra de toque de um Direito calcado na natureza humana e na natureza das coisas. Para o autor holandês, que debruçou-se sobre os estudos do Direito Natural na

transição entre a queda do poder da Igreja e do Império Romano-Germânico do fim da Idade Média e o surgimento dos Estados nacionais (Schmitt, 2006, p.57-58), o Direito existiria ainda que o criador não existisse, e seus delineamentos não poderiam ser por Ele modificados (Baptista *et al*, 1994, p. 367). A fim de se alcançar tais ditames de uma razão universal, sem necessidade de recurso ao metafísico, o jurista, que lançou as bases do Direito Internacional, aquilatava o uso do método dedutivo, tal como utilizado pelas ciências naturais (Straumann, 2015, p.7).

Outra vertente igualmente importante para as transformações do jusnaturalismo moderno foi Thomas Hobbes (1588-1679). Ao inovar drasticamente na filosofia política, com a exportação de elementos da mecânica para a explicação dos fenômenos políticos e da legitimidade da autoridade do então Estado absolutista, Hobbes se baseia em uma hipótese para compreender os comportamentos humanos sem o ente político: o estado de natureza, que caracteriza o contratualismo e influenciará igualmente Locke e Rousseau. A respeito do pensamento de Hobbes, Palombella (2005, p.11) observa que “a sociedade organizada segue-se a uma solução de continuidade em relação à natureza, segue-se a um artifício que os homens produzem ao introduzirem, mediante o ‘contrato’, uma censura que deixa para trás o *status naturae*”.

No raciocínio de Hobbes, a justiça não é naturalmente intrínseca ao homem; é, pois, realizável apenas após a formação do ente político, somente pode ser observada como um direito inerente à soberania do Estado. Em plena oposição à certa linearidade do pensamento jurídico, “Hobbes está ciente da dimensão chocante dessa tese radicalmente antiaristotélica. Estamos acostumados a acreditar em nossa natureza sociável. É justamente por termos esta ilusão, aliás, que nos tornamos incapazes de gerar um mínimo de sociedade” (Ribeiro, 2006, p.20).

Contribuição notável ao pensamento jurídico se deu com Samuel Pufendorf (1632-1694). Jurista alemão, professor, historiador e teórico da lei natural, balizou suas análises em torno de Thomas Hobbes, Grotius e Descartes, e sua teoria coincide com o surgimento do Estado Moderno. Veementemente atacado por Leibniz, que o considerou “um jurisconsulto médio e um filósofo mínimo” (Sahd, 2010, p.244) e por Rousseau⁴, para quem a justiça não seria natural, como proposto pelo jurista alemão, Pufendorf foi aclamado por Bobbio, que o definiu como “*un filosofo tipicamente sincretistico*”, uma vez que transitava entre a racionalidade e a Teologia, ao propor que a reta razão poderia coadunar-se com Deus, criador das sociedades políticas e da própria soberania (Bobbio, 1947, p.34).

De Hobbes, Pufendorf assimilou a teoria do contrato social, desenvolvendo, a partir dessa, a teoria voluntarista do contrato. Para o jurista, no estado de natureza, viveriam os homens de forma pacífica – sendo, portanto, seres sociais e sociáveis -, regulando-se por meio dos ditames da lei natural, aferida através da razão. Todavia, em virtude de sua tendência

⁴ Nesse sentido, conferir SAHD (2007): “Contra Pufendorf, Rousseau defende que a justiça não é natural. Ele recusa todo compromisso com a lei natural tradicional para voltar à posição de Hobbes. Em suas linhas gerais, o argumento de Rousseau comporta duas partes, qual seja, para que uma lei natural coercitiva exista, duas coisas são requeridas: a lei deve ser conhecida dos homens ou corretamente “dispensada”, e ela deve ser aplicada ou ser o objeto de uma sanção. Ora, no estado originário de natureza, os princípios racionais da lei natural que expõe Pufendorf não podem ser conhecidos, e, por conseguinte, quando puderem ser conhecidos, não serão aplicados por natureza.”

parcialmente egoísta, a aplicação da normativa racional pelos homens acabaria por se fazer de maneira imperfeita, o que impeliria ao exurgimento do Estado, através de um acordo (*foedus*).

À diferença de Hobbes, Pufendorf propugnava a adoção de uma lei natural não necessariamente laica, considerando que o regramento poderia advir de três diferentes fontes: a iluminação divina, a luz da razão e a voz da consciência (Sahd, 2007, p. 220). Ao Estado incumbiria converter essas fontes em direito posto, que restaria limitado pelos contornos do direito natural. Em última análise, portanto, a justiça, para Pufendorf, emanaria da natureza.

Em ambas as fases de desenvolvimento da doutrina jusnaturalista, sobreleva a importância de um elemento capaz de amalgamar as concepções divina e laica do direito natural: a ideia da existência de um direito suprapositivo, limitador mesmo do direito estatal, válido de *per si* e legitimado por uma ética superior, universal e a-histórica (Douzinas, 2009, p. 32). Em Locke (1978, p. 88), na gênese do liberalismo, os seres humanos nascem com direitos naturais inerentes à sua existência e participam do contrato social com o intuito de garantir o exercício de tais direitos, cuja preservação é a principal função do governo civil.

Na fase moderna, foi a crença em direitos naturais inalienáveis que legitimou a revolução liberal contra a monarquia absolutista. Assim, A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)⁵ advêm como uma ode ao jusnaturalismo moderno – ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, ao positivizar esses primeiros *direitos humanos* (Douzinas, 2009, p. 26), iniciou, timidamente, o processo de exaurimento da doutrina jusnaturalista, abrindo caminho ao exurgimento dos juspositivismos.

Em conformidade com Billier e Maryoli (2005, p. 186), o jusnaturalismo sofreu ataques teóricos em três dimensões diferentes (cada qual com clara pretensão política e ideológica), o que repercutiu em seu descrédito a partir do final do Século XVIII: a escola de exegese, o utilitarismo e a escola histórica.

A sistematização das normas no Estado liberal em Códigos, que ganha especial relevo na Era Napoleônica, identificou direito e lei e consagrou, por escrito, a limitação da atuação do Estado moderno. Todavia, levou em um só golpe ao ápice e ao exaurimento a teoria do direito natural. É o ensinamento de Bobbio *et al* (199, p. 659):

Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo.

A escola de exegese possuía clara inclinação ideológica, ainda que com pretensão de exercício restritivo de interpretação. O Estado, como único produtor do direito, imperava sua vontade sobre todos. É evidente a exaltação da figura do Estado perante a sociedade. Segundo

⁵ O Preâmbulo da Declaração afirma que ela contém os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, tendo o art. 2º a seguinte dicção: "Artigo 2º. O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

observa Sacco (2001, p. 270), a fidelidade aos princípios liberais devia trazer consigo, na França, a condenação da atividade criativa do intérprete e a ideia do monopólio das fontes autoritárias”.

O *locus* legitimador do direito se altera drasticamente em comparação ao jusnaturalismo: A vontade estatal, manifestada pela Lei, substitui o direito natural como origem e fundamento de legitimidade. Assim, a escola de exegese, “partindo do postulado de que tudo está, ao menos implicitamente, na lei, considerava que o intérprete só tem o poder de lhe escutar o texto para nele descobrir o pensamento do legislador” (Bergel, 2006, p. 326).

Com efeito, a primeira contundente crítica ao direito natural advém, ainda em 1795, de Bentham, para quem a Declaração dos Direitos do Homem “não é um argumento; é um manifesto de aspirações, cheia de imperativos e exortações direcionadas aos franceses (Bedau, 2000, p.266). O utilitarismo de Bentham, apesar de não apresentar uma ruptura bem-acabada, terá influência direta no desenvolvimento do positivismo jurídico no Século XIX

John Austin (1790-1859), largamente influenciado por Bentham, pensa o direito positivo com uma abordagem analítica. Segundo o autor, a norma jurídica (*law*) se perfaz como um comando imperativo do soberano, cuja consequência de descumprimento é uma sanção (Austin, 2007, p. 116-117). Somente é considerado direito, portanto, normas cujo cumprimento necessite de sanção do Estado. Outros tipos de comandos poderiam ser deveres em uma concepção moral, todavia não seriam integrantes do que Austin considera como direito.

Mesmo com a compreensão analítica do direito na Inglaterra, Austin não elimina os precedentes do que compreende por ordem jurídica. A autoridade soberania confere aos juízes poder para aplicarem o direito. O conjunto de tais decisões, portanto, constituiriam fonte do direito, ainda que indiretamente.

A terceira vertente crítica ao jusnaturalismo vem da Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha. Em oposição ao racionalismo moderno, a Escola Histórica do Direito buscar compreender fundamentos da ordem jurídica relacionadas à tradição e às forças sociais orgânicas.

Apesar de ter como precursor Gustav Hugo (1764-1844), o representante mais icônico da escola histórica é Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), que fundamenta o desenvolvimento das instituições jurídicas na tradição da sociedade alemã. Segundo explica Losano (2008, p. 334), “a atividade científica da jurisprudência consiste em encontrar ‘princípios-guia’, dos quais é possível deduzir todo o sistema jurídico”. O direito, segundo o historicismo, é composto por elementos orgânicos. Sua compreensão deve, portanto, ser destinada a reconhecê-los, (Goyard-Fabre, 1999, p. 382).

A Escola Histórica, todavia, não avançou ao nível de compreensão objetiva do direito, como o positivismo jurídico do Século XX, mesmo com a ruptura com jusnaturalismo. O idealismo e a vinculação ao *Volksgeist* não possibilitavam uma compreensão pretensamente neutra acerca do fenômeno jurídico.

O movimento de descrédito do jusnaturalismo – com a referida ilegitimidade, referida por Bobbio -, sobretudo após Kant, com Hegel, abriu o caminho para que Austin, Kelsen e Hart edificassem as bases de uma doutrina: os *juspositivismos* (Rohling, 2014, p. 145).

Os juspositivismos, pode-se dizer, parecem ter raízes filosóficas em Hobbes e em filósofos do iluminismo (Dimoulis, 2006, p. 68), embora tenha, costumeiramente, sido vinculado à doutrina positiva de Comte – que mais parece ter confirmado ou dado nova justificação teórico-filosófica ao positivismo jurídico do que, de fato, sido matriz ideológica primeira de seus contornos (Fontoura, 2009, p. 47).

Para Bobbio (1995, p.26), o positivismo jurídico, em sentido amplo, pode ser definido como “a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”. Entre todas as possíveis escolas através das quais se manifestou a teoria do direito posto e imposto – a exemplo da corrente do positivismo legalista, do positivismo científico, do sociológico, do crítico, do lógico-jurídico, do empírico, do estadista de Carré de Malberg e do institucionalista de Ota Weiberg (Machado, 2008, p. 330).

Não obstante a objetividade e a certeza legal permitidas pelas diversos juspositivismos, ao cabo da Segunda Grande Guerra, tais teorias, cujo maior relevo se deu com o normativismo de Hans Kelsen, foram alvos de mordazes críticas. À guisa de exemplo, Paulo Ferreira da Cunha chegou a afirmar que o positivismo jurídico é “filosofia dos que negam a filosofia, decerto por ser fruto racional do não exercício crítico da razão” (Cunha, 1988, p. 27). Verificar-se-á, no tópico abaixo, uma das origens destas críticas (boa parte delas sem fundamento teórico, meramente retórico) ao positivismo jurídico. Não é o objetivo neste momento escrever sobre a teoria de Kelsen ou detalhes acerca de outras teorias juspositivistas: o escopo do artigo é demonstrar o porquê de algumas críticas ao positivismo jurídico. Então, passa-se à genealogia dos golpes ao juspositivismo – especialmente, aquele de Kelsen.

A segunda Grande Guerra e a fórmula de Radbruch: o meio-termo de ouro?

Ao cabo da Segunda Grande Guerra (1939-1945), e diante da instauração do Tribunal de Nuremberg, através da Declaração de Moscou (1943), pactuada pelos Países Aliados, os crimes atrozes cometidos pelos oficiais nazistas vieram à tona. Sob o pálio da lei, alegou-se, as mais insofismáveis atrocidades foram cometidas contra – estima-se – seis milhões de judeus.

A conhecida passagem de Montesquieu (2011, p. 96), “a boca que pronuncia as palavras da lei, ser inanimado, que não lhe pode moderar nem a força, nem o rigor”, poderia até servir para se explicar a proposta da escola de exegese, ainda que no século seguinte. Assim, se o Direito do Estado se confundiria com aquilo que é posto; se a validade jurídica depende tão-somente da obediência, no ordenamento jurídico, à hierarquia das leis. O problema, todavia, é a confusão entre o legalismo exegético e o positivismo jurídico. Acusou-se, o juspositivismo, em última análise, por sua indiferença aos valores éticos, teria servido de sustentáculo legitimador da barbárie. Conforme será verificado, a premissa desta crítica é falsa.

A observação isenta dos fatos demandada pelo positivismo jurídico, em virtude de sua epistemologia, teria, assim, permitido a aplicação da lei do *Reich* sem ressalvas: estando seus ditames válidos em uma perspectiva formal, como considerar que as violações extremas aos

direitos fundamentais sob a égide do partido nacional-socialista teriam sido injustas? Haveria espaço para se discorrer sobre injustiça em uma perspectiva puramente legalista? Tal era o questionamento que relegou o positivismo às trevas na Alemanha pós-nazista. Gustav Radbruch (2006, p. 13, tradução nossa), um dos mais influentes juristas alemães do século passado, quando chamado à reflexão pela necessária contenda entre o direito e a moral, compreendeu que

O jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção de 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. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.

O jurista alemão, que havia sido considerado “politicamente não confiável” pelos nazistas, e que foi removido de sua posição enquanto professor de Direito da Universidade de Heidelberg, filiava-se, anteriormente ao regime totalitário, a uma posição relativista-positivista, com primazia do critério de certeza legal. Com efeito, a subserviência do juiz à lei garantiria a segurança e a certeza, as “mais imediatas tarefas da lei” (Haldemann, 2005, p.164).

Ressalte-se que não parece de todo acertado concluir que o trabalho de Radbruch anterior à Segunda Guerra foi delineado sem qualquer cuidado com a vertente axiológica do Direito. Com efeito, o filósofo fazia menção a uma ideia de justiça distributiva (*Gerechtigkeit*), que essencialmente significava igualdade, ideia esta que, para completar o conceito de Direito, deveria se unir às noções de “propositividade” (*Zweckmässigkeit*) e segurança jurídica (*Rechtssicherheit*). Ocorre que a ênfase em seu trabalho, nesta primeira fase, era dada à *Rechtssicherheit*, entendida como o mais básico elemento da ideia de direito (Haldemann, 2005, p. 164)

Todavia, o declínio moral do regime nazista na Alemanha fez com que Radbruch repensasse suas posturas. Para ele, o positivismo, enquanto crença segundo a qual *a lei é a lei*, tornou os advogados alemães indefesos contra leis arbitrárias e de conteúdo criminal:

Na prática, isso significa que tudo o que as autoridades estatais consideram benéfico para o povo é a lei, incluindo todos os caprichos e caprichos despóticos, punições não sancionadas por estatuto ou decisão judicial, o assassinato sem lei dos doentes. Isso pode significar que o benefício privado dos que estão no poder é considerado um benefício público. De fato, foi a equiparação da lei a benefícios supostos ou ostensivos para as pessoas que transformaram um *Rechtsstaat* em um Estado fora da lei (Radbruch, 2006, p. 13, tradução nossa).

A solução apresentada por Radbruch, através de sua célebre fórmula, prelecionada em sua obra *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* (1946), a fim de se afastar as normas de direito positivo que, afirmou, autorizaram a mais terrível ditadura legal do século passado, foi a de que, em situações de *extrema injustiça*, a legislação não seria apenas “incorreta”

(*unrichtiges Recht*): ela perderia, antes, seu próprio status de norma válida.

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve ser resolvida de maneira tal que a lei positiva, estabelecida por promulgação e poder, tem precedência mesmo quando seu conteúdo for injusto ou impróprio, a menos que a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance um nível tão intolerável que a norma, enquanto “direito incorreto” [*unrichtiges Recht*], deva ceder lugar à Justiça. É impossível traçar uma linha precisa entre casos de direito não válido e normas válidas apesar de seu conteúdo injusto. Um balizamento seguro, no entanto, pode ser dado com a máxima precisão: quando não houver sequer uma tentativa de se alcançar a justiça; quando a equidade, o âmago da justiça for deliberadamente negado, a norma de direito positivo não será apenas “direito incorreto”: ela perderá inteiramente a própria natureza de direito. Pois que a lei, incluindo a norma positiva, não pode ser definida a menos enquanto uma ordem e legislação cujo sentido verdadeiro é servir à Justiça (Radbruch, 1946, p. 7, tradução nossa⁶).

Assim, a moralidade não entraria como requisito necessário para a validade de normas de direito positivo: uma lei, com efeito, é válida mesmo quando injusta. Todavia, como em situações de extremas violações, a exemplo da ditadura nazifascista, a lei perderia sua validade, afastando-se, assim, o critério da segurança jurídica em prol da justiça.

Para Radbruch, a justiça seria medida pela equidade, e diria respeito à *mens legis* – sendo, portanto, um critério subjetivo e de difícil caracterização. Já o elemento da extrema injustiça poderia ser aferido objetivamente (Haldemann, 2005, p. 170), de maneira que não seria dado azo extremo à subjetividade do juiz ao avaliar cada caso concreto.

No âmago de toda essa celeuma, em última análise, reside o embate entre o direito positivo e o direito natural. Foi nesse contexto que o mais célebre representante do positivismo jurídico do século passado, Hans Kelsen – que era judeu, e que terminou sua vida na América, refugiado do totalitarismo nazista – acabou por ser acusado de ter escrito uma doutrina que, tendo alcançado a primazia enquanto Teoria do Direito do século passado, teria justificado o nazismo (Fontoura, 2009, p. 51).

O que Radbruch propôs, assim, de modo altamente oportunista, foi um meio-termo: com a doutrina do direito positivo sendo questionada diametralmente sob a égide do Tribunal de Nuremberg, o recurso ao direito natural foi inevitável – mas o jurista alemão prelecionou seu uso dentro de limites estritos de situações extremadas. Sob o “quarto escuro e empoeirado do positivismo, sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação” (Schier, 2007, p. 253), a teoria de Kelsen foi erroneamente rechaçada, para que a moralidade fosse chamada ao protagonismo. Parece, todavia, que carece de fundamentação substancial essa correlação entre o regime de exceção da Alemanha Nazista e os postulados de Kelsen; ao contrário, esta associação é falsa. Não o positivismo, mas a interpretação deturpada de sua proposta é que o

⁶ “The conflict between justice and legal certainty may be resolved in that the positive law, established by enactment and by power, takes precedence even when its content is unjust and improper, unless the contradiction between positive law and justice reaches such an intolerable level that the statute, as “incorrect law” [*unrichtiges Recht*], must yield to justice. It is impossible to draw a sharper line between cases of statutory non-law and law that is still valid despite unjust content. One boundary line, however, can be drawn with utmost precision: Where there is not even an attempt to achieve justice, where equality, the core of justice, is deliberately disavowed in the enactment of positive law, then the law is not merely “incorrect law,” it lacks entirely the very nature of law. For law, including positive law, cannot be otherwise defined than as an order and legislation whose very meaning is to serve justice.”

associou ao nacional-socialismo.

O juspositivismo como teoria inapta à justificação totalitarista e os limites da doutrina do Direito Natural

Como um dos modelos de Estados totalitários, a Alemanha Nazista tinha como fundamento um vínculo comunitário e orgânico, a *Volksgemeinschaft*. O Nazismo foi a prática de uma concepção teórica que teve largo apoio de muitos intelectuais de língua alemã da época, com diversos modos de justificação de sua prática. Todavia, o positivismo jurídico não era um deles.

É errado correlacionar o holocausto alemão a um ordenamento jurídico, como proposto na primeira edição de *Teoria Pura do Direito* (*Reine Rechtslehre*, 1934). Em verdade, o movimento sobre o qual se assentou o regime totalitário foi *contra legem*, e não propriamente configurado a partir de uma legislação substancial. As ordens do *Führer*, cumpridas pelos oficiais da Gestapo, ainda que manifestamente injustas, se colocavam acima da lei (Neumann (1995, p.435).

Nem ao menos um Estado de legalidade a Alemanha Nazista foi. O Estado nacional-socialista era justificado pela emergência (Schmitt, 2005, p. 5). Era poder exclusivo do *Führer* decidir sobre a exceção e, conseqüentemente, decidir se havia ou não emergência que justificasse a exceção. Além disso, a decisão sobre o estado de exceção significava determinar quais normas vigorariam neste período. Uma vez que a emergência nos Estados totalitários é permanente, o *Führer* tinha poderes ilimitados.

O Estado nazista não era, assim, pautado na legalidade. Ao invés de ser um pilar do Estado de Direito e proporcionar segurança jurídica aos cidadãos contra os abusos dos governantes, a “legalidade” era nada mais que um instrumento servil ao regime. É, portanto, equivocado atribuir ao nazismo uma característica de legalidade. Assim, antes de se pensar em um ordenamento jurídico legitimador do colapso de valores humanos durante os doze anos do Terceiro *Reich*, cumpre pensar em uma reinterpretação das leis que as colocavam em um patamar de inferioridade aos ditames do partido nazista. Não sendo, pois, diretamente baseados nas leis, é errado afirmar que foi o juspositivismo o grande responsável pelos crimes do Estado alemão.

Diferentemente do *Rechtsstaat*, o *Führersstaat* se constitui na emanção da vontade do *Führer* com vontade objetiva da *Volksgemeinschaft*. A própria figura do Estado, no Nazismo, é reduzida perante o poder do *Führer*. De fato, há uma rejeição evidente na consideração do Estado como uma pessoa que pudesse estabelecer limites na emanção de valores acima e além do direito, o *Führerprinzip*.

O direito, nesse contexto, não é composto por normas caracterizadas por generalidade e abstração, em um plano ontológico diverso da realidade, em um dever-ser. Diametralmente oposto a Kelsen ou à qualquer teoria do positivismo jurídico, o direito, na concepção de autores do nacional-socialismo como Karl Larenz, é um ser (*Sein*); é, pois, uma dimensão do *Volksgeist* (Novais, 2013, p. 152). Segundo Bonnard (1939), a criação legislativa era uma

atividade ilimitada do *Führer*, a despeito da existência de leis durante o regime nazista.

Ao se verificar a relação entre o princípio da legalidade e sua rejeição na Alemanha Nazista, observa-se também a falsa afirmação de Radbruch (1973, p. 93, tradução nossa) no seu *primeiro minuto*: “Essa visão de lei e de validade (que chamamos de doutrina positivista) tornou indefesos advogados e o povo contra as leis mais arbitrárias, cruéis e criminosas. Por fim, equipara o direito ao poder; somente o que é poder, é direito”. Neste *primeiro minuto*, Radbruch no primeiro parágrafo descreve uma situação de legalismo, dando a entender que o regime nazista era um pautado na legalidade: *Befehl ist Befehl, heißt es für den Soldaten. Gesetz ist Gesetz, sagt der Jurist* - “Ordens são ordens, para o soldado. Lei é lei, diz o jurista” (Radbruch, 1973, p. 93).

Em segundo lugar, a figura do *Führer* parecia se travestir de uma aura messiânica congruente com ideais suprapositivos do direito natural. Indo além, parece mais acertado pensar em um embate entre o direito natural verdadeiro e um “falso direito natural” do Terceiro *Reich*, em nome do qual se perpetrrou a barbárie por meio da violação frontal dos mais fundamentais direitos humanos, do que em uma mal interpretada contraposição do teoria do direito positivo com o jusnaturalismo.

Esse aspecto também se relaciona muito mais com o quinto minuto proposto por Radbruch do que o positivismo jurídico, como o próprio autor falsamente acusa. Veja-se: “Existem princípios jurídicos, portanto, que são mais fortes do que qualquer direito positivo, de modo que qualquer lei que os contrariar, inválida será. Estes princípios são chamados de direito natural ou direito racional” (Radbruch, 1973, p. 94, tradução nossa).

Verifica-se como que, na verdade, Radbruch acaba mascarando seu argumento contrariando um falso adversário. Positivismo jurídico não é legalismo, positivismo jurídico não é uma teoria da obediência – pelo menos o de Kelsen e de boa parte das teorias juspositivistas conhecidas. Todavia, Radbruch acaba reafirmando o enfraquecimento da legalidade, recomendando pela sua lição que, no caso de conflito com uma lei supostamente injusta, a lei não é válida. Há um pantanoso subjetivismo neste aspecto que, apesar de talvez bem-intencionado em não querer uma sociedade injusta, pode fortalecer uma determinada concepção de justiça em detrimento de outra. Como foi o próprio regime nazista, aliás.

Quando Radbruch diz que uma lei injusta não deve ser válida, direciona seu argumento sobretudo à aplicação da lei, que em boa parte das vezes é realizada pelos juízes. Perceba-se algo: o juiz não deve ser a boca da lei (como almejado por Montesquieu), mas com poderes de desconsiderar uma lei por considerá-la injusta (e não inconstitucional) é uma aproximação evidente ao juiz enquanto *Volksgenosse*. Como um soldado do *Führer*, o juiz não tinha função neutra, tampouco independente. Ao contrário, deveria impregnar suas decisões com *Führerprinzip*, que naquele contexto da Alemanha Nazista, continha as concepções de justiça possíveis. Assim, se uma lei contrariava os princípios revelados pelo *Führer*, logo injusta era e deveria ser desconsiderada pelo juiz. A legalidade, assim, é substituída pela ideia de conformidade com o direito (*Rechtmäßigkeit*).

Em estudo acerca do Direito na Alemanha Nazista, Novais (2013, p. 154) deixa evidente o afastamento entre o regime nacional-socialista e o positivismo jurídico: “a postura anti-positivista de contraposição do Direito à legalidade funcionava, no contexto autoritário do

nacional-socialismo, não como proteção contra a onipotência legislativa do Estado [...], mas antes como armadura teórica da intervenção arbitrária do *Führer*”.

Para além disso, o postulado da neutralidade do intérprete, característico do juspositivismo Kelseniano, não guarda relação com a ubiquidade do *Führer*, que tudo poderia fazer, visto que arauto de uma “moralidade” interessante aos objetivos da Alemanha nazista. Os valores absolutos, com efeito, guardam mais íntima relação com um direito único e imutável, típico do direito natural (em especial, o direito natural Moderno): “se o critério último da justiça passa a ser a vontade geral, *i.e.*, a vontade de uma sociedade livre, o canibalismo é tão justo quanto o seu oposto. Toda instituição consagrada por um pensamento popular tem que ser vista como sagrada” (Douzinas, 2009, p. 29).

Cite-se ainda, conforme entendimento de Hadelmann (2005, p. 169ss), que o conceito de validade normativa destacado da aferição do conteúdo justo ou injusto da lei não implica em um inextrincável dever moral de cumprimento de toda e qualquer norma legal. Os agentes do nazismo, assim, poderiam ter optado ou não pelo cumprimento dos deveres impostos, considerando que o relativismo filosófico juspositivista impõe ao cidadão a difícil tarefa de discernir, por si mesmo, o que é certo do que é errado – em virtude de se negar valores absolutos a priori. Para Kelsen (1945 p. 374), com efeito, somente para os destinatários de tais normas é que a possibilidade de uma resistência no cumprimento da norma posta por questões éticas ou morais se mostra limitada.

A proposta relativista do direito positivo, embora acusada injustamente de conduzir à legitimação de normas injustas – o que Neumann (1995) chamou de *delinquência estatal* -, ao separar o direito da moral e negar a existência de valores absolutos, desautoriza a existência de uma autoridade transcendental, de onde emanaria o direito. O relativismo filosófico Kelseniano, desta maneira, retira do ordenamento jurídico apelos emocionais que lhe arroubariam a neutralidade e que ensejariam, como propôs Hart, o exurgimento de um questionável “sentimento do povo” capaz de traduzir, como se viu no regime nazista, ideias totalitárias instigados pelo *Führer*. Assim, a aceitação de conceitos de justiça universais vulnerabiliza a democracia, visto que verdades absolutas são tendencialmente impostas, “com a agravante certeza de se estar fazendo um bem” (Machado, 2008, p.337). Neste sentido, ensina Fontoura (2009, p.52):

E, neste sentido, não seria demais recordar que o regime de exceção no Brasil, durante os “anos de chumbo”, deu-se também a partir de violações da ordem constitucional, evocando eventualmente as forças “da ordem e da segurança nacional”. Seria equivalentemente errado dizer que “positivistas” tivessem orquestrado ou fundamentado o golpe militar e a ordem jurídica instalada por meio dele.

Desta forma, parece pouco arrazoada a creditação ao positivismo jurídico do século XX das agruras do regime totalitário nazista – assim como não parece cadente de verdade atribuir à ordem jurídica vigente durante o período da ditadura militar brasileira - mais precisamente, à Constituição Federal de 1946 – os males dos golpe militar, que foi instituído, claramente, *contra legem*.

Não se olvide, ainda, que o conceito de validade da norma não deve se confundir com o de

validade do *sistema jurídico*. Parece ter razão Rinck (2007, p.42) quando, ao dissertar sobre o positivismo kelseniano, prelecionou que a eficácia social é *conditio sine qua non* da validade do sistema: o conjunto de regras emanadas do Terceiro *Reich* foram válidas porque “os indivíduos daquele sistema aceitaram e se comportaram em conformidade com os seus mandamentos (...), seja por livre concordância ou pela imposição da força”. Assim, se, por um lado, a norma jurídica é válida, dentro dos contornos da Teoria Pura do Direito, por conformidade com o sistema escalonado, de outro, um *sistema* somente teria o atributo da validade se a coletividade o aceitasse (e assim os nazistas fizeram, entendemos, em virtude da aura metafísica de um conceito de bem comum introjetado no inconsciente coletivo).

Ressalta-se, finalmente, que Kelsen não ignorou de todo a importância ética e moral ao propor uma ciência do Direito. O momento de exurgimento de sua doutrina foi o de desgaste do racionalismo jusnaturalista, a partir da filosofia dos Séculos XIX e XX, com um necessário giro paradigmático que punha em xeque as certezas do mundo de ser – o que justificava a urgência pela criação de uma ciência com uma metodologia própria, tendo-se a si mesmo como próprio objeto (Liziero, 2013). É o que explica Kelsen (2006, p. XI) ao delinear o objetivo de sua teoria:

(...) desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.

Assim, claro está que, antes de escrever uma teoria apta a justificar, por mera mecânica de subsunção, as mais irrefutáveis injustiças, Kelsen buscava salvaguardar o Direito contra um sincretismo metodológico que furtaria desse ramo do conhecimento a possibilidade de ser descrito enquanto uma ciência objetiva e exata – e não delinear uma teoria amoral e condescendente com arbitrariedades.

Assim, o ressurgimento dos ditames do jusnaturalismo a partir do término da Segunda Guerra parece ter advindo de uma interpretação equivocada do positivismo Kelseniano. De mais a mais, é importante delinear os riscos do apelo ao jusnaturalismo – em especial, ao moderno.

O absolutismo filosófico associado ao jusnaturalismo mais parece encetado do moderno Direito Natural. Para Hervada (2008, p. 347), por outro lado, a doutrina tomista -e, pois, clássica -, pautada na aristotélica, pressuporia um realismo jurídico clássico, não inteiramente adequado, pois, à caracterização moderna do Direito Natural que, como definiu Kelsen (1998, p. 71), consubstanciar-se-ia em uma doutrina ideal, imutada, pretensamente identificada com a justiça – e, assim, pouco concreta e com margem à ambiguidade.

Tomada nesses termos, as primeiras manifestações da doutrina jusnaturalista parecem ter melhor se adequado a uma ideia menos vaga ou não-concreta de justiça, pois que seus

preceitos não seriam extraídos de princípios a priori, mas, sim, da observação da natureza humana, em consonância com uma antropologia filosófica aristotélica (Villey, 2005, p. 54).

Ocorre que, quando da retomada do jusnaturalismo a partir das violações cometidas quando da segunda Guerra, foi à corrente moderna que se recorreu. Admitir a existência de valores independentes e absolutos é recair na possibilidade de se erigir, em nome da moral, regimes de exceção, totalitários, afinados com um pretense bem comum.

Conclusões

Ante o exposto, parece inafastável o entendimento de que somente a partir de uma interpretação deturpada da doutrina positivista (em específico, a doutrina proposta por Kelsen, calcada no relativismo e no ceticismo), é que é possível associá-lo à legitimação do nazismo.

Ora, são frágeis as premissas sobre as quais recai essa acusação. Não houve, durante os anos de chumbo da Alemanha de Hitler, um ordenamento jurídico substancialmente criado para regular seus contornos: o regime, em verdade, se desenvolveu acima da lei. É necessariamente o fomento de uma moralidade absoluta – e, pois, diametralmente distinta de um relativismo que não se fixa em conteúdos predeterminados – que incita a construção de normas *contra legem*, que, instigando um sentimento de povo, podem afastar o ordenamento jurídico válido, vigente e eficaz.

A fórmula de Radbruch, embora de inolvidável relevância em um momento de esvaziamento do sentido do Justo – especialmente em virtude de seu condão de unir valores antinômicos –, ao trazer à lume o jusnaturalismo moderno (ainda que com a mitigação do requisito da *extrema injustiça*), corre o risco de, saindo do *dever ser* para o *é*, aproximar-se de um Direito absoluto contra qual nenhuma resistência pode ser oposta.

Portanto, a descrença no positivismo jurídico do pós-guerra parece infundada, e ignora o fato de que o Poder em um estado de exceção não depende, em absoluto, de nenhuma norma de autorização. Assim, propõe-se afastar da doutrina kelseniana as injustas trevas. Considerando-se que a história se repete, imperiosa é a reinterpretação dos juspositivismos, para que não seja dado azo à ascensão de uma “Ordem Natural” passível de insurreição contra a segurança jurídica – garantidora, esta sim, de direitos humanos – inerente a um Direito legitimamente posto pelo Estado soberano.

Bibliografia

- AUSTIN, J. 2007. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge, Cambridge University Press.
- BEDAU, H. A. 2000. "Anarchical Fallacies": Bentham's Attack on Human Rights. *Human Rights Quarterly*, 22(1):261-279.
- BERGEL, J.-L. 2006. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo, Martins Fontes.

- BONNARD, R. 1939. *Le Droit et l'Etat dans la doctrine nationale-socialiste*. 2e édition, revue et augmentée. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- BIAZI, C. A. S. M. 2016. A importância de Hugo Grócio para o Direito. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS*, Rio Grande do Sul, **11**(2):386-406.
- BOBBIO, N. 1947. *Il diritto naturale nel secolo XVIII*. Torino, Giappichelli.
- _____. 1995. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo, Ícone.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. 1998. *Dicionário de política*. 11 ed. v.1. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília, Editora Universidade de Brasília.
- CUNHA, P. F. da. 1998. *Princípios de Direito: Introdução à Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Porto, Resjurídica.
- DIMOULIS, D. 2006. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo, Método.
- DOUZINAS, C. 2009. *O fim dos Direitos Humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo, Unisinos.
- FARAGO, F. 2004. *A Justiça*. Trad. Maria José Pontieri. Barueri, Manole.
- FONTOURA, J. F. S. da. 2009. Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina.
- GOYARD-FABRE, S. 1999. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. Irene Paternot. São Paulo, Martins Fontes.
- HALDEMANN, F. 2005. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on Nazi law. *Ratio Juris*, **18**(2):162-178.
- HERVADA, J. 2008. *Lições Propedêuticas de filosofia do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo, Martins Fontes.
- KELSEN, H. 1945. *General Theory of Law and State*. Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press.
- _____. 2006. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes.
- _____. 1998. *O Problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo, Martins Fontes.
- LIZIERO, L. B. da S. 2014. O Pacifismo por trás da Teoria Pura do Direito. In: J. M. Adeodato; Á. de A. Gonzaga. (Org.). *Filosofia do direito II*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, p. 103-127.
- LOCKE, J. 1978. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo, Abril Cultural.
- LOSANO, M. G. 2008. *Sistema e Estrutura no Direito, Vol. 1: Das Origens à Escola Histórica*. São Paulo, Martins Fontes.
- MACHADO, R. D. 2008. Das críticas e dos preconceitos ao positivismo jurídico. *Rev. Fac. Direito UFMG*, **52**:329-354.
- MAUS, I. 2000. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã'. *Novos Estudos Cebrap*, **58**:183-202.
- MONTESQUIEU, C. de S., B. de. 2011. *Do espírito das leis*. São Paulo, Martin Claret.

- NEUMANN, U. 1995. Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre “delincuencia estatal” em la anterior RDA. *Revista DOXA, Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, **17-18**:435-444.
- NOVAIS, J. R. 2013. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra, Almedina.
- PALOMBELLA, G. 2005. *Filosofia do Direito*. Trad. Ivone Benedetti. São Paulo, Martins Fontes.
- RADBRUCH, G. 2006. Five Minutes of Legal Philosophy (1945). Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. *Oxford Journal of Legal Studies*, **26**(1):13-15.
- _____. 1973. Fünf Minuten Rechtsphilosophie. In: Rhein-Neckar-Zeitung vom 12.9.1945, zitiert nach dem Neuabdruck in: ders., *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., hrsgg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Stuttgart.
- _____. 2006. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). Trad. , Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson.: *Oxford Journal of Legal Studies*, **26**(1):1-11.
- RIBEIRO, R. J. 2006. Thomas Hobbes, ou: a paz contra o clero. In: A. A. Boron (org.), *Filosofia política moderna: De Hobbes a Marx*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo.
- RINCK, J. A. 2007. Positivismos: uma reflexão conceitual interna sobre Kelsen, Ross e Hart. *Phronesis: Revista do Curso de Direito da FEAD*, **3**:79-95.
- ROHLING, M. 2014. Natureza, direito e justiça: o fundamento da lei natural na natureza humana em cícero. *Revista Ágora Filosófica*, **1**(2):144-189.
- SACCO, R. 2001. *Introdução ao Direito Comparado*. Trad. de Vera de Fradera. São Paulo, RT.
- SAHD, L. F. N. de A. e S. 2010. Samuel Pufendorf e o discurso dos direitos. *Síntese - Rev. de Filosofia*, **37**(118):243-266.
- _____. 2007. Teorias da Lei Natural: Pufendorf e Rousseau. *Trans/Form/Ação – Rev. De Filosofia*, **30**(2):219-234.
- SCHIER, P. R. 2007. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: C. P. Souza Neto; D. Sarmento (org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- SCHMITT, C. 2005. *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty* Trad. de George Schwab. Chicago, University of Chicago Press.
- _____. 2006. *The nomos of the Earth in the international law of the Ius publicum europaeum*. New York: Telos Press Publishing.
- STRAUMANN, B. 2015. *Roman Law in the State of Nature: The Classical Foundations of Hugo Grotius' Natural Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- VELÁSQUEZ, G. J. G. 2016. El derecho procesal fundamental. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, **97**:313-350.
- VILLEY, M. 2005. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo, Martins Fontes.

Submetido: 17/06/2020

Aceito: 31/10/2025