

[TRADUÇÃO]

HERLINDE PAUER-STUDER¹**POSITIVISMO JURÍDICO DE KELSEN E SUA REJEIÇÃO
PELO DIREITO NAZISTA**KELSEN'S LEGAL POSITIVISM AND THE CHALLENGE OF NAZI
LAW

Traduzido do original em inglês por

RUBIN ASSIS DA SILVEIRA SOUZA²
(FGV-SP/Brasil)**RESUMO**

O positivismo jurídico de Kelsen é frequentemente acusado de submeter o judiciário alemão ao direito nazista. Sobretudo a insistência do autor na separação entre direito e moral foi considerada uma deficiência crucial. Rejeito essa crítica. Meu argumento consiste na afirmação de que a tese de Kelsen, da distinção entre direito e moral em duas esferas normativas próprias, refuta tal acusação, sabendo que os juristas do programa nazista almejavam a 'unificação do direito e da moral' com o fim de expandir a autoridade e o poder do regime. Critico, entretanto, o relativismo moral de Kelsen, posição essa que o torna vulnerável às objeções pós-guerra, as quais acusavam o positivismo jurídico de insuficiente para prover a devida salvaguarda contra a perversão do direito pelos nazistas.

Palavras-chave: Kelsen; Nazismo; Relativismo; Positivismo.

ABSTRACT

Kelsen's legal positivism has often been criticized for having supported the compliance of the German judiciary with Nazi law. Especially Kelsen's insistence on the separation of law and morality was considered as a crucial deficiency. I reject that criticism. My argument is that Kelsen's thesis that law and morality constitute two distinct normative spheres seems persuasive if one takes into account that the Nazi legal theorist's program of a 'unification of law and morality' served to extend the authority and power of the Nazi-regime. I criticize, however, Kelsen's relativist account of morality which made his position vulnerable to the post-war objections that legal positivism provided no safeguard against the Nazi perversion of law.

Keywords: Kelsen; Nazism; Relativism; Positivism.

Introdução

Neste artigo, examino o positivismo jurídico de Kelsen sob a ótica da teoria do direito nazista. Sustento que a sua tese, da separação entre a moral e o direito em duas esferas normativas distintas, é bastante razoável, porém a mesma possui certos pressupostos metaéticos significativamente problemáticos. A insistência de Kelsen na separação dessas duas esferas mostra-se ainda muito mais persuasiva se tomarmos em conta o programa dos teóricos nazistas de 'unificação do direito e da moral'. Assim, a crítica de que o positivismo jurídico foi responsável pela complacência com a interpretação e uso do direito pelos nazistas não é crível. Argumentarei, no entanto, que o relativismo moral de Kelsen tornou suas posições vulneráveis às objeções pós-guerra, as quais acusavam o positivismo jurídico de não prover a devida salvaguarda aos juízes alemães contra a perversão do direito pelos nazistas.

O artigo está estruturado da seguinte forma: de início, explico brevemente por qual razão o direito nazista é cogitado como um problema relacionado ao positivismo jurídico. Após, traço os principais aspectos do positivismo jurídico de Kelsen e seu relativismo moral. Na sequência, descrevo a visão antipositivista de alguns teóricos nazistas proeminentes. Finalmente, ofereço uma reflexão das lições aprendidas a partir dos argumentos dos teóricos nazistas. Concluo sustentando que o ponto fraco da posição de Kelsen não é a separação do direito da moral, mas seu ceticismo acerca da validade de uma moral intersubjetiva.

A objeção ao positivismo jurídico

O positivismo jurídico é famoso por negar a conexão interna entre direito e moral. Positivistas veem ambos em esferas normativas distintas. Mesmo um sistema jurídico que falha em atender aos padrões de determinada moralidade, ainda assim é direito: um sistema jurídico ruim continua a ser direito válido.

Na tradição continental da teoria do direito, Hans Kelsen certamente foi o defensor mais proeminente dessa posição. Diz: "A validade de uma ordem jurídica positiva independe de sua conformidade com um sistema moral" (KELSEN, 1967, 67). Na tradição Anglo-Americana, o positivismo jurídico tem sua expressão mais marcante na *tese de separabilidade* de Hart, a qual sustenta que "é sem sentido a verdade necessária de que a direito reproduz ou satisfaz certas demandas da moralidade, mesmo que, de fato, o faça" (HART, 1994, 185-186)

Teóricos jusnaturalistas, por outro lado, defendem que sistemas legais violadores de demandas morais e de justiça básicas não podem ser classificados como direito válido. Esses sistemas legais são, como coloca

John Finnis (2011, 11), “periféricos” e “versões insípidas” de temas jurídicos relevantes.

Nesse sentido, positivistas jurídicos são reiteradamente acusados de falharem em fornecer recursos para rejeitar um direito ruim ou mau. A tese da separabilidade, até onde vai a sua crítica, descarta qualquer juízo substancial de que ordens jurídicas imorais não são direito válido. Se aceitarmos a estrutura proposta pelo positivismo jurídico, sustentaremos que mesmo um sistema jurídico fraco, não obstante seu fracasso em atender a padrões básicos de moralidade, ainda assim é qualificado como direito.

Uma proeminente reação pós-segunda guerra mundial, quando os crimes, atrocidades e horrores do regime nazista tornaram-se aparentes, foi contra os profissionais do direito, por submissão ao regime e por sua aceitação cega ao princípio de que a “lei é a lei”. E a responsabilidade por essa falha foi atribuída aos positivistas e sua influência dominante sobre a jurisprudência e formação jurídica alemã no período pré-regime nazista.

Em seu impactante artigo, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, publicado em 1946, Gustav Radbruch reivindica o retorno ao direito natural na jurisprudência alemã pós-segunda guerra afirmando: “Positivismo, com sua tese de que ‘lei é lei’, tem, de fato, tornado o judiciário alemão indefeso contra leis arbitrárias e criminosas” (RADBRUCH, 2002, 10).

Em relação a essas críticas ao positivismo jurídico, como poderíamos avaliá-las considerando especificamente as críticas contra a teoria do direito de Kelsen? Vejamos a caracterização de Kelsen do positivismo jurídico.

Positivismo jurídico de Kelsen

O objetivo de Kelsen no desenvolvimento da ‘teoria pura do direito’ é oferecer uma teoria científica-descritiva do direito. A ciência do direito, assim, deveria descrevê-lo tal como é, não como deve ser a partir de um ponto de vista político ou moral. “A proposta da teoria pura do direito”, Kelsen escreve, “é investigar o que o direito é, não como deve ser” (KELSEN, 1967, 1). Portanto, o direito é considerado a partir da sua pureza normativa, livre de quaisquer “elementos externos”, como proposições psicológicas, éticas e políticas (KELSEN, 1967, 198).

Em conformidade com esse projeto de desenvolver uma teoria pura do direito, Kelsen defende que a definição da validade normativa deve ser necessariamente dada internamente pelo próprio sistema. Se certas normas são legalmente válidas ou se uma ordem normativa é válida, ela não depende de padrões externos, como critérios de correção política ou

moral. A validade do direito tem de ser determinada e avaliada somente por sua base normativa.

Kelsen desenvolve uma tese procedimental da validade do direito. Uma certa norma que ordena a obrigatoriedade ou proibição é válida se faz parte de um sistema normativo. Crucial, para isso, é o fundamento no qual essa mesma norma é considerada como parte desse sistema: uma norma particular pertence ao sistema normativo e é juridicamente válida se, e somente se, tem sua origem a partir do próprio sistema em particular que a define, através de um processo válido de autocriação normativa. "As normas de uma ordem normativa", diz o autor, "devem ser criadas por um processo específico" (KELSEN, 1967, 199).

Esse processo de criação normativa é definido pela constituição. Porém, isso resulta no risco de regresso ao infinito, considerando-se que a criação da própria constituição é um ato em si mesmo, o qual seria autorizado por uma autoridade normativa superior, e assim por diante. O processo de criação normativa, portanto, deve ter um começo; mas em uma estrutura jurídica a qual não está fundada na criação divina de uma ordem natural, os projetistas humanos têm de postular um ponto de partida. A constituição, logo, deve ser simplesmente declarada como a fonte do direito.

A criação de normas jurídicas positivas, portanto, depende de um órgão ou instituição, a qual a constituição confere autoridade de criação normativa. A constituição, entretanto, somente pode continuar atribuindo a si mesma o poder de estabelecer sua própria autoridade. Em "um sentido lógico", isso requer, de acordo com Kelsen, que a constituição seja lida através de uma pressuposição lógica, como um tipo de condição transcendental de possibilidade do processo de criação do direito. Essa pressuposição teórica é chamada por Kelsen de "norma fundamental" (*Grundnorm*). De acordo com seus escritos: "A norma fundamental é o ponto inicial pressuposto de um processo: o processo de criação do direito positivo" (KELSEN, 1967, 33).

O que Kelsen apresenta é um construtivismo jurídico típico: as normas de um sistema positivo não refletem uma ordem natural, mas uma ordem feita pelo homem. Na base de uma ordem jurídica está a constituição e a forma da criação de normas jurídicas via um procedimento preestabelecido.

Uma descrição científica e precisa do direito deve, Kelsen afirma, retratar a sua autoridade normativa. O direito ordena que certos atos devam ser realizados e que a sua omissão será punida. Se a lei, por exemplo, requer o pagamento de taxas, então a inadimplência do pagamento dessas taxas, especialmente se omitidas por um esquema

planejado de sonegação e evasão, terá consequências legais na forma de sanções. Sanções, para Kelsen, são elementos constitutivos do direito. As ordens jurídicas – e sua distinção da moralidade – estão asseguradas pelo poder de coerção característico. Como observa:

As ordens sociais designadas como “direito” são ordens coercitivas do comportamento humano. Elas comandam um certo comportamento, determinando um ato coercivo para o comportamento oposto. Esse ato coercivo é direcionado contra o indivíduo que age dessa forma (ou contra indivíduos que estão em algum tipo de relação social com ele) (KELSEN, 1967, 44-45).

Questiona-se, então, como Kelsen determina o conceito de direito em comparação a outros tipos de esquemas de coerção, por exemplo, um sistema coercivo determinado por assaltantes ou mafiosos? Se a coerção é uma característica constitutiva do direito, quais atos coercivos são excluídos, considerados como meramente ameaças ou mesmo crimes?

Kelsen reconhece que uma ordem de assalto – ‘seu dinheiro ou sua vida’ – direciona um ‘dever-ser’ a outro indivíduo. No entanto, apenas caracterizamos uma norma como possuindo um sentido objetivo se os seus comandos são ordenados a partir dos órgãos institucionais do Estado, definidos como tal pela constituição. O comando de um órgão institucional, e não de um assaltante, conta como uma norma objetivamente válida. Já a ordem de um assaltante contém meramente um ‘dever-ser’ subjetivo, refletindo um desejo individual, não uma norma válida objetivamente (KELSEN, 1967, 8). Kelsen afirma, no entanto, que o sentido subjetivo de uma ordem de um *gangster* e a ordem de um fiscal é o mesmo: ambos correspondem a um desejo de que determinada ação seja realizada. Contudo, o comando do fiscal tem, somado ao seu sentido subjetivo, o sentido objetivo de uma norma válida. Nas palavras de Kelsen:

Somente uma ordem, e não a outra, ordena objetivamente um ato como obrigatório, isso porque o ato do fiscal está autorizado por uma lei tributária, ao contrário da ação do gangster, baseada em uma ordem não autorizada pela legislação positiva. O ato legislativo, o que por si mesmo é um sentido subjetivo de dever, também possui um sentido objetivo, isto é, possui o sentido de uma norma objetivamente válida. Isso ocorre em função da constituição conferir ao mesmo tempo ao ato legislativo um sentido subjetivo e objetivo (KELSEN, 1967, 48).

Nota-se que a 'validade objetiva' é aqui definida em termos de validade normativa interna de uma ordem jurídica. A validade objetiva de uma norma depende de outra norma superior até, finalmente, ser determinada pela constituição.

Há, contudo, um caminho contrário ao de Kelsen para traçar a linha divisória entre o comando do fiscal do Estado e a ameaça do *gangster*. Muitos teóricos do direito consideram apelar para normas de justiça como essenciais para distinguir entre normas válidas e uma ordem de assalto. Uma ordem é considerada válida objetivamente quando a coerção almeja, ao final, à justiça; a ordem de um *gangster*, ao contrário, vale apenas como uma coerção advinda puramente da sua vontade arbitrária, atuando fora de todos as restrições morais e legais.

Kelsen rejeita esse caminho alternativo. Justiça, defende, não pode ser a linha demarcatória entre o direito e os outros sistemas coercitivos. Justiça, sustenta, "não pode ser um elemento do direito" (KELSEN, 1967, 49). A razão para isso é que Kelsen considera a justiça como um valor relativo, entendido e definido diversamente em comunidades sociais distintas.

O exemplo em que Kelsen fundamenta seu argumento é dado pelo autor na Teoria pura do direito. Ele cita Santo Agostinho, no *Civitas Dei*, de que não há direito se a justiça não estiver em seu lugar. A concepção agostiniana de justiça, Kelsen contesta, é definida tão somente a partir de uma crença em Deus. Agir justamente significa dar a Deus o que lhe pertence. Portanto, qualquer ordem coercitiva não estabelecida a partir da crença no Deus da religião cristã, para Agostinho, é uma ordem inválida objetivamente, tal como uma ordem de assalto. Dado esse ponto de partida agostiniano, conclui Kelsen, o direito romano não seria direito. Igualmente, continua, "a ordem coercitiva capitalista ocidental não é direito do ponto de vista do ideal de justiça comunista; nem a ordem coercitiva comunista da União Soviética o é pelo ponto de vista do ideal capitalista" (KELSEN, 1967, 18). Ou seja, ordenamentos jurídicos são avaliados como justos ou injustos tão somente a partir de uma certa concepção de justiça. Porém, esses padrões de justiça são relativos a determinada comunidade e dependentes da concepção de mundo particular dessa comunidade. Portanto, mesmo julgando uma ordem jurídica como injusta, não há razões para avaliá-la como inválida.

É crucial para uma avaliação correta do positivismo jurídico de Kelsen ter em mente que o autor era um relativista moral. Com isso, reconhece somente duas formas de valores: absolutos e relativos. Valores absolutos são baseados na crença em um Deus ou em uma autoridade sobre-humana. A noção de 'bem' objetivo, portanto, somente faz sentido em um contexto

de aceitação de que é obrigatória normativamente a vontade ou autoridade sobre-humana, sobretudo a vontade de Deus. Por oposto, todos os valores constituídos por fundamentos humanos são meramente relativos; ou ainda, são todos arbitrários. Diz Kelsen:

Considerando as normas constituídas apenas a partir de juízos de valor enunciados pela vontade humana, não sobre-humana, os valores estabelecidos por elas são arbitrários. [...] Portanto, as normas promulgadas pelo homem, e não pela autoridade divina, somente podem constituir valores relativos (KELSEN, 1967, 18).³

Kelsen distingue, nessa sequência, sentidos subjetivos e objetivos dos atos que são dirigidos ao comportamento das pessoas através da categoria do 'dever-ser'. O sentido subjetivo de um 'dever-ser' é unicamente pessoal, individual e reflete um desejo subjetivo de que a pessoa para quem é endereçado esse 'dever' o cumpra. O sentido objetivo de um 'dever-ser', por outro lado, é a norma válida dirigida a alguém, que a deve cumprir obrigatoriamente, não por mero desejo. Kelsen ilustra isso com o seguinte exemplo: se X precisa pedir a outra pessoa, Y, por ajuda, o sentido subjetivo para essa requisição é um desejo de X para que Y lhe ajude. Mas em um sentido objetivo, Y deve ajudar, isso quer dizer, ele é moralmente obrigado a ajudar apenas se uma norma geral estabelecida, por exemplo, pelo fundador de uma religião, validar esse 'dever-ser', i.e. estar em conformidade com as normas proferidas por esse fundador, como, por exemplo a norma de 'amar o próximo'. E essa norma moral, por sua vez, é objetivamente válida somente no caso de alguém se colocar no dever de objetivamente se comportar tal como o fundador da religião ordena. (KELSEN, 1967, 18).

Em resumo, o relativismo de Kelsen pode ser descrito através dos seguintes argumentos:

a. Para considerar uma norma moral como objetivamente válida e, portanto, boa, essa norma deveria necessariamente ser emanada por uma autoridade sobre-humana, i.e., por Deus ou por uma ordem natural criada por esse Deus.

b. O objeto de uma teoria científica dos valores são as normas (e os valores constituídos por essas normas) declaradas exclusivamente pela vontade humana.

c. Portanto: não é possível avaliar as normas e valores expressos pela vontade humana como sendo objetivamente válidos (se operamos sobre a estrutura de uma teoria científica dos valores).

Kelsen, no entanto, não oferece argumentos para a primeira premissa. A dicotomia – de que valores são ou absolutos e fundados na vontade de Deus, ou são criados pelos homens, com base na vontade humana e, portanto, relativos – é somente pressuposta. Kelsen exclui, por definição, a possibilidade de normas e valores construídos pela vontade humana e que podem, ao mesmo tempo, serem justificados pela razão deliberativa e justificados objetivamente, i.e., intersubjetivamente válidos. Isso demonstra que, embora Kelsen fosse um antagonista do direito natural, especialmente o direito natural fundado através da religião, ele obviamente manteve contato com o pensamento religioso quando veio a explicar a objetividade dos valores.

Assim, o relativismo de Kelsen é essencialista. Estamos, claro, familiarizados com a existência valores conflituosos: o que *A* julga como bom, *B* pode sustentar que é mau. *A* e *B* podem também defender normas válidas conflituosas: *A* mantém que a norma *x* é válida; *B* argumenta que a norma não-*x* é válida. O relativismo de Kelsen, entretanto, não se limita a afirmar que indivíduos podem divergir em relação às normas morais, e que conflitos de valores entre indivíduos podem, portanto, ocorrer. Kelsen vai além e pensa ser impossível racionalmente determinar entre duas normas morais conflituosas qual é a correta, como mostra na seguinte passagem:

Por exemplo, uma norma que proíba o suicídio ou não mentir sob todas as circunstâncias poderia ser válida e, ao mesmo tempo, outra norma que permita, ou mesmo ordene o suicídio, ou permita mentir sob determinadas circunstâncias também poderia possuir a mesma validade; ou, ainda, seria impossível provar racionalmente que somente uma dessas duas normas, mas não a outra, é verdadeiramente válida (KELSEN, 1967, 18).

O conflito entre normas e a disputa entre concepções contraditórias do que é válido poderia ser decidido somente se uma das duas normas conflituosas pudesse ser caracterizada como detentora de um valor absoluto. Isso significa que essa norma deveria ter por base uma autoridade sobre-humana, chamada de Deus ou a ordem natural criada por esse Deus. Para Kelsen, por oposto, tal suposição permanece fora de uma teoria científica dos valores, a qual pode considerar apenas normas e valores resultantes da vontade humana.

O caminho para Kelsen fundamentar uma 'ciência dos valores' certamente lembra a 'Concepção científica do mundo', propagada pelo

Círculo de Viena.⁴ Muitos dos membros do Círculo de Viena reconheciam apenas duas categorias de sentenças com sentido, chamadas de analíticas ou sintéticas. Excluía-se, portanto, sentenças normativas. A versão mais radical desse não-cognitivismo foi defendida por Rudolf Carnap, que negava que juízos de valor possuíssem qualquer conteúdo cognitivo e comparava eles a exclamações meramente emocionais, expressando aprovação ou reprovação (CARNAP, 1937, 23-29).

Kelsen, no entanto, não foi um emotivista. Não concordava com a visão de Carnap. Em uma de suas passagens, na *Teoria pura do direito*, responde diretamente a Carnap:

Se alguém diz que alguma coisa é boa ou má, mas se essa declaração é meramente uma expressão imediata de sua atitude emocional através de um certo objeto, se isso expressa que ele deseja alguma coisa ou não deseja isso, mas seu contrário, então a declaração não é um 'juízo' de valor, porque isso não é em função da cognição, mas uma reação do comportamento emocional da consciência; e se essa reação emocional se refere ao comportamento de outro indivíduo, então isso é uma expressão de aprovação ou reprovação, próximo às exclamações 'bravo' ou 'boo'! (KELSEN, 1967, 20).

Kelsen contra-argumenta que expressões emocionais não são juízos de valor, mas meramente "uma atividade de componentes emocionais da consciência"; para ser um juízo de valor, de fato, esse juízo deveria ser "um ato de conhecimento" (KELSEN, 1967, 20).

O autor traça aqui uma dupla distinção. Uma forma de distinguir entre os juízos de valor é considerar o valor específico desse juízo, particularmente se ele estabelece uma subjetividade ou objetividade. Outra forma para olhar a questão é perguntar se a expressão tem uma função emocional ou cognitiva.

Com respeito ao valor atribuído por um juízo, sustenta Kelsen, podemos apontar entre juízos de valor objetivo ou subjetivo. Um juízo subjetivo determina a relação entre o objeto ou ação e o desejo subjetivo individual sobre esse objeto ou ação. Tais juízos subjetivos, dessa forma, são juízo sobre valores subjetivos, i.e., valores os quais consistem em uma relação entre um objeto (particularmente o comportamento de outrem) e os desejos de alguém, ou a vontade de um indivíduo sobre esse objeto. Ainda, um juízo de valor é meramente subjetivo se a expressão de que *x* é bom significa que *x* é desejado pelo indivíduo avaliador; o juízo de que *x* é mau, então, somente significa um desejo individual do

comportamento oposto de *x*. Essa forma de valores 'bom' e 'mau', afirma, são relativos ao indivíduo que deseja *x* ou *não-x* (KELSEN, 1967, 20).

Por oposto, um valor objetivo, conforme Kelsen, refere-se à relação entre um objeto *x*, por exemplo, um certo comportamento, em correspondência à norma objetivamente válida. Um juízo de valor objetivo não tem relação aos desejos individuais; é tão somente um reconhecimento de se *x* (um determinado comportamento) corresponde a uma norma objetivamente válida.

Também em relação ao funcionamento emocional ou cognitivo de um enunciado, ambos os juízos são diferentes. Kelsen afirma que a categoria de juízos de valores subjetivos sai de cena quando uma declaração que seria meramente uma função de atitudes emocionais é, conforme o autor, não um juízo em sentido estrito.

A distinção emoção/cognição, portanto, determina o que é um juízo em si mesmo: juízos (mesmo que subjetivos) não podem ser a expressão de emoções. Assim, a visão subjetivo/objetivo depende se um juízo é sobre o desejo específico de alguém ou sobre uma norma específica. Podem existir julgamentos subjetivos: mas eles seriam atitudes cognitivas (não emocionais) sobre os desejos de alguém.

Já em relação ao seu aspecto cognitivo, qualquer julgamento deve ser necessariamente objetivo, no sentido de que deve ser realizado e posto independentemente dos desejos individuais. Logo, considerando o juízo a partir da perspectiva do seu conhecimento, todos os juízos de valor são objetivos.

Nota-se, entretanto, que Kelsen expõe tão somente uma leitura descritiva dos 'juízos de valor objetivos'. Proferir um juízo de valor objetivo significa, para ele, que alguém compara o comportamento de *x* com as normas de uma ordem existente e, então, avalia se esse comportamento está ou não de acordo com aquela ordem. Isso é puramente um exercício descritivo, que pode ser feito sem qualquer envolvimento emocional, sem qualquer forma de aprovação ou reprovação da ordem normativa em particular. Alguém pode, citando um exemplo dado pelo próprio Kelsen, afirmar que de acordo com a moralidade cristã é correto e bom amar seus inimigos, mas também alguém pode fazer um julgamento válido sobre isso sem tomar qualquer posição de aprovação ou reprovação de tal norma cristã. Tomando a seguinte explicação de Kelsen:

A resposta para a questão se de acordo com uma lei válida a pena de morte deve ser imposta sobre um assassino e consequentemente se – legalmente – a pena de morte em um caso de assassinato é legítima, pode, e dever, ser dada sem

considerar se alguém dá a questão sua aprovação ou reprovação à pena de morte. Somente aí então o juízo de valor é objetivo (KELSEN, 1967, 21).

Kelsen, portanto, exclui a possibilidade de uma avaliação da validade dos juízos de valor a partir de uma perspectiva normativa. Na sua concepção, a questão se *x* é um valor objetivo ou não, ou se a ordem *y* deve ser cumprida ou não, não é decidida normativamente. Para decidir se *x* ou *y* são válidos objetivamente é preciso saber em qual sistema normativo está assegurada sua validade, assim como conhecer o sistema legal particular ou a moralidade particular do grupo em qual está fundamentado o juízo de valor.

Kelsen simplesmente desconsidera que podemos interpretar um juízo de valor para fazer uma reivindicação normativa, a qual, por sua vez, permite-nos avaliar nossas bases normativas, a saber perguntando se o juízo conta parcialmente como um desejo ou interesse de um indivíduo em particular, ou se tal juízo poder ser normativamente endossado a partir da perspectiva dos outros (todos). Para Kelsen, questões sobre a moralidade não são temas com o quais devemos debater sob uma perspectiva universal. Não há, a partir de seu mundo normativista, princípios universais válidos de moralidade, i.e., uma moralidade da qual princípios básicos poderiam ser compartilhados através de diferentes religiões, sociedades, etnias e comunidades políticas. E essa posição é uma consequência da aceitação de Kelsen de apenas dois tipos de normas morais: todas as normas morais ou são princípios baseados na crença em um Deus e dependentes, portanto, da aceitação de certo sistema religioso; ou esses princípios são o resultado da vontade humana e partem de um sistema moral particular, o qual, entretanto, expressa meramente crenças morais de um grupo ou comunidade específica. No primeiro caso, as normas morais são absolutas; no segundo, relativas. Dada essa caracterização (a qual Kelsen não fornece razões ou justificção) das normas como absolutas, baseadas na religião particular de alguém, por um lado, e da moral construída pelo homem e, portanto, relativa, por outro lado, todos os princípios morais não-religiosos são, por definição, relativos.

Essa forma radical de relativismo, e não a separação entre direito e moral, é, penso, o ponto mais fraco da posição de Kelsen e de seu positivismo jurídico. Antes de elucidar esse ponto mais detalhadamente, vejamos a concepção nazista de direito

Filosofia do direito nazista: a unificação entre direito e moral

O programa dos defensores do nazismo reivindicava a unificação entre direito e moral (*Sittlichkeit*).⁵ Líderes da teoria jurídica nazista, como Reinhard Höhn, Otto Koellreutter, Karl Larenz, Ernst Forsthoff e o notório Roland Freisler pensavam que a eliminação da separação entre direito e moralidade fora uma conquista crucial para a formação jurídica do Nacional-Socialismo. A ideia era de que uma concepção correta de direito deveria não apenas considerar as normas positivadas, mas uma 'ideia elevada de direito' (*höhere Rechtsidee*), refletindo 'o direito e a justiça'. Princípios éticos, logo, deveriam estar emaranhados ao direito.

Höhn requer que considerações de justiça "achem imediatamente expressões nas normas jurídicas"; elas não são meramente relevantes nos casos de decisões discricionárias dos juízes. "Justiça", defende, "não está fora do direito" (HÖHN, 1938, 13). Enquanto o positivismo implica a "ideia de que a justiça não pode ser incorporada ao direito positivo" (HÖHN, 1938, 13), a dicotomia entre justiça e o direito positivado deveria ser ultrapassada no Estado Nacional-Socialista, porque "Direito é a moralidade viva" (HÖHN, 1938, 13). O direito conta, nas palavras de Höhn, não meramente como uma simples técnica a ser aplicada independentemente dos princípios éticos; "o direito pode somente significar a ética viva do povo". Desse modo, "a separação forte entre direito e moral perde seu significado" (HÖHN, 1938, 13).

A 'Comunidade do povo' (*Volks-gemeinschaft - volks-community*), defende Höhn, "está de acordo com a nova concepção alemã de direito, não apenas como um fato social, mas também como um princípio do direito (justiça)" (HÖHN, 1938, 9). Os valores éticos mandatários para a concepção Nacional-Socialista de comunidade, tais como honra, lealdade, raça, devem fazer parte do direito. Apenas na perspectiva de um sistema individualista, tais conceitos pareceriam ser "estranhos em sua essência e "não jurídicos"" (HÖHN, 1938, 9). Isso porque a partir da ideia da *volks-community* como um conceito jurídico, os princípios de semelhança racial e semelhança entre espécies são também constitutivos do direito, conforme a concepção Nacional-Socialista de sistema legal (HÖHN, 1938, 8).

Otto Koellreutter igualmente enfatiza o parentesco entre ética, direito e comunidade. É crucial para os membros da *volks-community* reconhecerem o status supremo da política e do direito da *volks-community*, assim como a personalidade e honra de todos os seus membros (KOELLREUTTER, 1938, 12). Esse senso de comunidade também desenvolve a capacidade do julgamento moral e jurídico:

Se a corporação sente-se desperta, nutrida e sustentada pelo volks-comrade (Volksgenosse), então há o desenvolvimento

correto do direito e do sentimento jurídico, o qual combina com a concepção popular de direito e justiça. A concepção popular de direito, então, tem as mesmas raízes na concepção popular de político” (KOELLREUTTER, 1938, 11).

Os padrões da justiça incluem, nas palavras de Koellreutter, aquelas normas e princípios que têm o “dever de proteger e desenvolver a ordem da vida nacional em sua existência” (KOELLREUTTER, 1938, 11).⁶ O sentimento da *volks-community*, assim, define o que é justo.

Höhn também descreve os membros da *volks-community* ariana como os possuidores de competência epistêmica decisiva na questão da legitimidade do direito: os juízos feitos por eles determinam o que vale como justo ou injusto. Torna-se especialmente claro e expõe o quanto confusa e ideológica essa afirmação é quando Höhn ratifica a declaração de Alfred Rosenberg: “Direito (justiça) é o que pessoas arianas consideram como correto, e injustiça o que elas reprovam” (HÖHN, 1938, 8).

Apesar dos padrões nazistas de justiça e correção corresponderem a esse juízo moral, isto é, serem objetivos, eles claramente dependem da aceitação da visão de mundo Nazista. Koellreutter, por exemplo, não tem reservas sobre a alegação presunçosa de que: “Portanto, o Estado de direito Nacional-Socialista é um Estado justo, assim como um Estado amparado na ordem” (HÖHN, 1938, 56).

Também Karl Larenz endossa esse mesmo tipo união entre direito e moral. Afirma:

O direito não é uma questão de discricionariedade arbitrária, assim como não é um expediente externo e utilitário, mas uma ordem viva intimamente conectado com a moral e a vida religiosa da comunidade, a qual confronta o indivíduo com suas próprias reivindicações de validade e, ao mesmo tempo, vincula esse indivíduo internamente (LARENZ, 1934, 5).

Larenz defende que o direito deve estar conectado com um entendimento específico de moralidade: e essa moral “não deve ser uma questão individual, mas uma forma de vida da comunidade, nas palavras de Hegel, ‘o verdadeiro espírito da família e do povo’” (LARENZ, 1934, 6). O significado e o fim do direito está, conforme o autor, localizado na ‘substância e promoção’ da *volks-community*, na qual reside seu valor incondicional. Normas do direito positivo devem estar alinhadas com a “consciência ética e valores morais do povo” (LARENZ, 1934, 9). Larenz sustenta que a “vontade comum”, não o desejo particular do indivíduo, deve

ser a base 'espiritual', assim como a "validade real" das normas jurídicas (LARENZ, 1934, 30).

O programa Nacional-Socialista de unificação entre direito e moral implica, como escreveu o jurista nazista Walter Hamel, na "impossibilidade da distinção entre deveres morais e legais...de forma irreversível" (HAMEL, 1937, 384).⁷ O mesmo era dito por Roland Freisler:

Não há lacuna entre um imperativo legal e um imperativo ético. Isso ocorre porque imperativos jurídicos são imperativos de decência; entretanto, o que é a decência é determinado pela consciência do povo e por membros individuais do povo (FREISLER, 1938, 56).

Consequentemente, em função da moralização do direito eliminar a distinção entre obrigações jurídicas e éticas, comportamentos honrados, decentes e leis são exigidos também legalmente. Porque a lei e a moral formam uma unidade, então o direito também regulamenta o comportamento dos membros da comunidade não apenas juridicamente, mas sobretudo eticamente.

O Nacional-Socialismo lê o direito como uma experiência ética de *volks-community* e amplia, assim, a autoridade do Estado e do regime Nazista. Ao contrário, em uma sociedade liberal, o preenchimento dos deveres morais e éticos são estruturados pela própria consciência pessoal. Os teóricos nazistas, entretanto, ao eliminarem a distinção entre direito e ética, reivindicaram uma total transformação dos deveres éticos em deveres jurídicos, executáveis através da coerção estatal.

Crucial para o novo entendimento do direito nazista, como expresso pelo criminalista Georg Dahm (1934, 826), é considerar que o "direito, a ética, o direito penal e a visão de mundo do povo desenvolvem-se juntos." Os valores do Nacional-Socialismo, as convicções legais e éticas e os sentimentos da *volks-community* formam os novos fundamentos do direito.

De modo geral, a necessidade de moralizar o direito permanecia como uma retórica programática e redutiva para invocar valores vagos da "*volks-community*" (SAUER, 1934, 188). Alguns teóricos nazistas, entretanto, buscavam formulações mais sofisticadas, apelando para as virtudes éticas. Wilhelm Sauer, por exemplo, enumera quatro "deveres alemães (*gothic*) originais", os quais são parte da "história e cultura germânica": veracidade, confiança, objetividade e autocontrole. Esses seriam valores e diretrizes encontradas na expressão do senso comunitário e no espírito de sacrifício germânico; a virtude do autocontrole inclui "limitar a autoafirmação". Os opostos dessas virtudes formam os "vícios criminosos tipificados", os quais

também são considerados como uma forte violação do *ethos* comunitário". São esses vícios a: não-retidão, traição, raiva, egoísmo, autoindulgência e intemperança (inveja) (SAUER, 1934, 188).

As consequências práticas da moralização do direito pelos Nazistas tiveram também um efeito sobre a atuação e autoentendimento público dos juízes. Considerando que normas éticas são vistas como essenciais, o juiz nazista tinha a obrigação de seguir sua consciência e demonstrar "pudor jurídico" (SAUER, 1934, 184). Os juízes deveriam respeitar "o direito judicial básico de bem-viver do povo como uma consciência de nação" (SAUER, 1934, 184). Assim, era crucial que não julgassem de maneira puramente formal, mas punissem o que considerassem substancialmente errado e uma ofensa material. A decisão judicial, dessa forma, não se referia meramente a uma violação formal da norma, mas sobretudo a infração da ordem ética translegal mais elevada.

Identificar o direito com a moral significa, além disso tudo, sobrepô-lo às instituições jurídicas formais. Nesse sentido, a separação entre os institutos formais e o direito (entre *Gesetz* e *Recht*), a qual é enfaticamente repetida pelos teóricos nazistas, valeria igualmente para o direito penal. Freisler, por exemplo, escreve:

Acreditamos que em relação ao direito penal uma concepção material de direito e não-direito deve ser decisiva, desde que não se coloque a parte o direito e os institutos legais, e não se desenvolva fora da ordem ética do povo. Do nosso ponto de vista, dever-se-ia, portanto, não deduzir o direito penal somente dos institutos normativos; dever-se-ia sobretudo igualmente identificar uma fonte extralegal de reconhecimento do direito (FREISLER, 1938, 57).

Ainda sobre o judiciário Nazista, a concepção material de legalidade e de legalmente certo e errado deveria, primeiramente, e acima de tudo, ser assegurada pela sentença habilidosa do juiz. Isso significa que o juiz deveria, ao lado da matéria dos fatos e das descrições do crime, também ter em conta elementos normativos específicos, os quais tornariam possível um julgamento fundado em valores. A lista dos "elementos normativos genuínos" citados por Freisler incluem: bem-viver do *Reich*, bem-viver do povo, autoestima social, não depreciação e exploração, bons costumes (*Sitten*), uma concepção de decência e um sentimento sanitário do povo. Esses "elementos normativos genuínos" são, conforme Freisler, decisivos para o estabelecimento de uma concepção material de certo e errado, assim como uma segunda fonte de conhecimento jurídico, ao lado (e igualmente) dos institutos normativos positivados (FREISLER, 1935, 61).

Assim, a fusão entre direito e moral serve aos juristas Nazis como um meio bem-vindo de expandir a autoridade e o poder do regime. Os escritos de Larenz são um exemplo claro disso. Por um lado, Larenz reivindica seguir a filosofia do direito de Kant, especialmente a forma de definir os conceitos de autoridade e de dignidade do direito independentemente de considerações utilitaristas. Argumenta, por exemplo, que Kant “corretamente remove não somente da esfera da ética, mas também da filosofia do direito” uma “forma de utilitarismo, o qual cobra que a lei exista a partir de um interesse individual do ser humano, criado por ele mesmo” (LARENZ, 1934, 5-6).⁸ A *volks-community* como um valor em si mesma reside no seu interesse ético desinteressado e auto-obrigatório de seus membros.

Por outro lado, Larenz visivelmente desiste do princípio básico da filosofia política kantiana, de que a força do Estado meramente estende sua regulação à esfera da liberdade externa (KANT, 1991, 31). O Estado, Kant argui, não está autorizado a interferir na esfera da liberdade interna. A autoridade e poder do Estado não deve ser estendido ao controle de nossas convicções pessoais, incluindo nossas atitudes éticas. Em consideração às consequências da lei, as restrições de Kant são: o Estado é instituído para forçar os indivíduos a seguirem as normas jurídicas. Mas o Estado não está autorizado a requer que essa obrigação repouse sobre motivos morais e éticos específicos.⁹ De acordo com Larenz (1935, 157-158), no entanto, os assuntos da ética interna são também de competência do direito e cruciais para essa concepção de direito do Nacional-Socialismo.

A eliminação da separação entre Estado, direito e moral embaça a linha divisória entre as esferas interna e externa da liberdade. Em uma estrutura liberal democrática de Estado e, portanto, de direito, o Estado regula apenas as relações de liberdade externa. Ética, por outro lado, é um padrão interno de liberdade, e o seu reconhecimento faz parte da autonomia da pessoa. O Estado nazista, assim, quebra a neutralidade do Estado através do controle das concepções éticas e de visão de mundo pessoais dos cidadãos. A esfera pessoal de liberdade é agora assunto do Estado e determinada por um amplo controle normativo.

As observações de Dahm claramente expõem essas novas orientações Nazistas quando escreve:

Reconhecemos, hoje, a independência e neutralidade do direito, a separação e oposição entre Estado e direito, direito e política, direito e visão de mundo, direito e ética como o núcleo do mau. Superadas essas oposições, assim como a

relativização da unidade do direito, obteremos uma renovação da nossa vida jurídica (DAHM, 1934, 826).

A eliminação da distinção entre direito e moral, então, fortalece o poder ditatorial do regime. Uma atitude de comprometimento e lealdade interna através do direito é muito mais oportuna aos fins do Estado Nazista do que meramente uma concordância com as ordens e regulamentos normativos da força estatal por si mesma. O 'reconhecimento ético' das ordens do *Führer* pelos oficiais e juízes foi, como os historiadores apontam, crucial para a alta estabilidade interna do Estado Nazista nos anos pré-guerra.¹⁰ A moral, portanto, tornou-se uma das ferramentas mais efetivas do regime para realizar seus fins políticos.

Conclusões

Quais conclusões deveríamos traçar a partir da filosofia do direito nazista? O que se segue considerando o positivismo jurídico de Kelsen? A alegação de que o positivismo jurídico contribuiu para a submissão dos juízes ao regime nazista é sustentável?

Os teóricos nazistas atacaram agressivamente o positivismo jurídico. Ernst Forsthoff, por exemplo, mantinha que a separação estrita entre direito/moral e a "concepção formal de direito" defendida pelos positivistas era a responsável pela "desorientação ética" da Alemanha durante a república de Weimar. Forsthoff acusava, ainda, que o Estado liberal é incapaz de distinguir entre "verdade e falsidade, justiça e injustiça, bem e mal, moral e imoral, isso porque falta a ele substância da qual poderia traçar tais distinções" (FORSTHOFF, 1935, 13-14). A república de Weimar foi, afirma, nada mais do que um "Estado aparelhado" (*Apparaturstaat*), guiado por conveniências funcionais e utilitaristas (FORSTHOFF, 1935, 13, 34). Ao invés do formalismo da constituição de Weimar, o Estado Nacional-Socialista é, conforme Forsthoff, necessariamente vinculado ao entendimento material do direito, exigindo a rejeição do positivismo e do individualismo.

Essas fortes objeções são endereçadas especificamente contra Kelsen, que era o mais proeminente representante acadêmico do positivismo jurídico em língua alemã da época. Karl Larenz, por exemplo, descreve a Teoria pura do direito como "um fenômeno intelectual de infiltração estrangeira" ("*eine Erscheinungsform der geistigen Überfremdung*") (LARENZ, 1934, 11). E Larenz enfatiza que foi Carl Schmitt quem conseguiu trazer novamente para a vida a "essência do político" e, "a simples realidade da vida política contra as abstrações artificiais da Escola de Viena (do pensamento legalista)" (LARENZ, 1934, 18). O alvo principal

das suas críticas é a busca de Kelsen em expor o direito e a moral como duas esferas normativas distintas. Positivismo jurídico, argumenta Larenz, retira do direito “sua conexão natural com os costumes e a moralidade nacional” (LARENZ, 1934, 12).

Logo, em vez de endossar o positivismo, os defensores do nazismo defendiam a unificação do direito e da moral em um sentido que, ao menos formalmente, corresponde às demandas normativas articuladas pelos antipositivistas pós-guerra.

A concepção de moralidade dos nazistas é, certamente, uma profunda distorção da moral, permeada de ideologia. No entanto, a moralização do direito pelos juristas nazistas deveria ser um alerta claro de que reivindicar a união entre direito e moral não é a melhor forma de remediar as perversões do sistema nazista.

O que, portanto, se conclui em relação ao nosso entendimento do direito? O direito deveria ser um instrumento para resolver problemas morais. Isso significa que não deveria se tornar um problema moral. Algumas vezes – e regimes totalitários são casos paradigmáticos disso – o direito torna-se tão moralizado que não pode mais funcionar como um guia normativo confiável para a solução dos conflitos morais.

Para que o direito evite ficar restrito a um território moralista e ideologizante, perdendo, assim, sua capacidade de ser um fórum imparcial de resolução de disputas, requer-se que ele mesmo se aprofunde em questões morais, para aí então aplicar sua regulação à moral, porém sem se confundir com ela. Requisitos como publicidade, confiabilidade, previsibilidade, profundidade, consistência, compreensibilidade, recusa da arbitrariedade e da retroatividade da lei¹¹ sustentam e trabalham juntos para evitar a deterioração do sistema legal. Todos esses critérios estavam longe de serem atingidos no sistema jurídico nazista. Entretanto, o argumento de que um sistema jurídico deve preencher esses padrões não significa considerar que o direito e a moral deveriam formar uma unidade a partir deles.

Em resumo: 1) a crítica pós-guerra de que o positivismo jurídico é responsável por submeter os membros do judiciário alemão ao nazismo não é correta. Ainda, 2) há uma profunda deficiência na posição teórica de Kelsen.

Kelsen defende a separação entre direito e moral em duas esferas normativas nos seguintes termos:

a. O direito é uma ordem coercitiva e as sanções são obrigatórias. A moral não é uma ordem coercitiva e as sanções são sugeridas.

b. A justificação do direito positivo pela moralidade somente seria possível se existisse o contraste entre normas morais e jurídicas e entre a legislação moral boa e ruim.

c. O direito, logo, não pode formar uma unidade com a justiça e a moral; de outra forma, a demanda de que o direito deve ser justo não faria sentido. Nas próprias palavras de Kelsen: "Se o direito é identificado com a justiça, e se ele é identificado com o que deve ser, então o conceito de justo, assim como o conceito de bom, perdem o seu significado" (KELSEN, 1967, 67).

A primeira suposição (a) é certamente incontroversa. A segunda e a terceira (b e c) requerem a formulação de uma linha divisória entre normas morais e jurídicas no sentido de tornar possível criticar certas normas como moralmente boas ou más. Outrossim, todas as três premissas são plausíveis, especialmente considerando o programa nazista de moralização do direito.

Contudo, no segundo e terceiro argumento Kelsen acaba, contraditoriamente, admitindo princípios de moralidade e justiça, nos quais se obtém fontes que permitem criticar o direito como uma ordem boa ou má. Ele argumenta como se existam de fato princípios funcionais de justiça que servem de guias normativos, direcionando-nos a um processo de deliberação capaz de avaliar quais tipos de normas jurídicas e legais deveriam ou não serem criadas. Relembrando de que necessitamos uma distinção entre direito e moral no sentido de que precisamos de uma clara noção do que o direito deve ser, Kelsen parece fazer uso do 'dever' em sentido normativo. Retomando, entretanto, o que Kelsen considera como valores morais relativos; moral é para ele somente o padrão parcial de moralidade de uma pessoa ou grupo.

Vejamos brevemente o que ele diz sobre o sistema jurídico nazista, mesmo alguns anos antes da guerra. Na edição em inglês da Teoria pura do direito de 1967:

As ordens legais dos Estados totalitários autorizam seus governantes a confinar em campos de concentração pessoas com opinião, religião, ou raça indesejada; obrigando-os a realizarem todo tipo de trabalho forçado; e mesmo assassinando eles. Tais medidas de moralidade deveriam ser violentamente condenadas; mesmo assim, elas não podem ser consideradas fora da ordem legal desses Estados (KELSEN, 1967, 40).

De um ponto de vista descritivo, a declaração de Kelsen, a qual se aplica também ao sistema jurídico nazista, é precisa. Mas, é claro, deveríamos saber que seus escritos também tratam sobre o sistema nazista a partir de um ponto de vista normativo. Nesse aspecto, as passagens

fornecidas a nós de que alguém deve “violentamente condenar” tal sistema são fundamentadas moralmente.

Porém em termos do relativismo de Kelsen acerca da moralidade, tal condenação moral seria apenas relativa e restrita a um ponto de vista pessoal e individual, ou relativa a uma moral de um grupo específico. Dado as bases teóricas de Kelsen, sua história pessoal e seu profundo engajamento com a democracia, sem dúvidas ele pessoalmente repudiava o regime nazista.¹² Porém, sua visão teórica não o permite condenar o regime a partir do seu ponto de vista científico - neutro e imparcial. O problema da posição de Kelsen, então, não é a separação entre o direito e a moral, mas seu relativismo em relação a moral.

Considerando o positivismo jurídico de Kelsen, podemos concluir então:

- A insistência de Kelsen na separação entre direito e moral é correta.
- O relativismo moral de Kelsen é implausível e sua concepção de moralidade precisa ser revisada.
- A concepção de ciência do direito de Kelsen, como uma mera análise descritiva do direito, deve ser corrigida. O direito, contudo, permanece como um empreendimento normativo; e a questão do que o direito *deve-ser* é essencial normativamente.

Mas dado o desenvolvimento dramático da política e das circunstâncias enfrentadas por Kelsen – especificamente a influência do absolutismo religioso resultando no autoritarismo do Estado corporativista cristão-católico (*Ständestaat*), eliminando a democracia parlamentar de 1934 a 1938 por um lado, e permitindo o surgimento do poder nazista na Alemanha por outro lado – é compreensível o desejo profundo de Kelsen de que ao menos o direito deveria estar livre da ideologia e de elementos moralistas, apesar de não devermos concordar com o seu relativismo moral.

Notas

¹ Professora Titular do Departamento de Filosofia da Universidade de Viena. Pesquisa financiada pelo ERC-Advanced-Reserach Grant.

² Pós-doutorando em direito pela escola de direito de São Paulo - FGV/SP. Pesquisa financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq-PDJ.

³ O relativismo de Kelsen também aparece em Kelsen (1955).

⁴ Em carta escrita em 1963, Kelsen sustenta que apesar de não fazer parte formalmente do Círculo de Viena, ele tinha contato com vários de seus membros, como Moritz Schlick, Otto Neurath, Philipp Franke, Viktor Kraft. Kelsen explica nessa carta que foram as 'verdades antimetafísicas' do Círculo de Viena as quais o conectaram com a filosofia. A carta é citada por Clemens Jabloner (1998).

⁵ Os juristas nazistas frequentemente usavam os termos '*Sittlichkeit*' para 'moralidade' o qual era comum para a época.

⁶ De acordo com Koellreutter, a lei racista do Nazismo pertence à constituição do terceiro *Reich*.

⁷ Koellreutter igualmente enfatiza a conexão entre ética, direito e comunidade. Ver Koellreutter (1938, 82-98).

⁸ Por utilitarismo, Larenz designa uma teoria da moralidade baseada no interesse próprio.

⁹ A partir de valores éticos que os cidadãos reconhecem as normas do Estado e sentem-se comprometidos aos deveres éticos judiciais, mas que isso não é algo que o Estado pode requisitar dos cidadãos a se fazer. Isso, claro, não significa que Kant exclui toda a intencionalidade e elementos internos da moralidade da esfera do direito. Uma boa discussão sobre esse ponto estão em Allen D. Rosen (1993).

¹⁰ Ver Hans Mommsen (1966).

¹¹ Os critérios mencionados são, claro, princípios os quais Lon Fuller considera constituintes da "moralidade interna do direito" e formam as bases do que sustenta que o direito sem um núcleo moral interno não merece ser chamado de direito. Ver Fuller (1969). Mas a suposição de Fuller de uma moralidade interna ao direito não traça a linha entre direito e moral de forma clara. Ela é, penso, muito próximo a ideia problemática de união entre direito e moral.

¹² Kelsen foi um dos escritores da constituição Austríaca de 1919. Deixou o país em 1930 para assumir como professor na Universidade Colônia. Em abril de 1933, durante a "Lei de restauração do serviço civil" Kelsen foi dispensado em função de

sua ascendência judaica da Universidade de Colônia. Após sua posição em Genebra e Praga, ele imigra para os EUA em 1940 (LEPSIUS, 2009).

Referências

- CARNAP, R. *Philosophy and logical syntax*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1937
- DAHM, G. Die Erneuerung der Ehrenstrafe. In: *Deutsche Juristenzeitung*, 39. Jahrgang, Heft 13, 1934.
- FINNIS, J. *Natural law and natural rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FORSTHOFF, E. *Der totale staat*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.
- FREISLER, R. Aufbau und Aufgabe des Besonderen Teils, Gestaltung seiner Tatbestände. Einbau des Schutzes der Bewegung in das Gesetz, In:
- GÜRTNER, F. *Das kommende deutsche Strafrecht*. Besonderer Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 1935.
- FREISLER, R. *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken, Schriften des Reichsverbandes Deutscher Verwaltungs-Akademien*. Berlin: Industrieverlag Spaeth & Linde, 1938.
- FULLER, L. *The morality of law*. New Haven and London: Yale University, Press, 1969.
- HAMEL, W. Wesen und Rechtsgrundlagen der Polizei im nationalsozialistischen Staate'. In: FRANK, H. (Ed.). *Deutsches Verwaltungsrecht*. München: Zentralverlag der NSDAP Eher, 1937, p. 381-398.
- HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HÖHN, R. Volk, staat und recht. In: *Reinhard Höhn, Theodor Maunz und Ernst Swoboda, grundfragen der rechtsauffassung*. München: Duncker & Humblot, 1938, p. 1-27.
- JABLONER, C. Kelsen and his circle: the viennese years. In: *European Journal of International Law* 9, 1998, p. 368-385.
- KANT, I. *Metaphysical First Principles of the Doctrine of Right*. In: KANT, I. *The Metaphysics of Morals*. Ed. by Mary Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 31, 6:239.

KELSEN, H. *Foundations of democracy*. In: *Ethics* 66, 1955.

KELSEN, H. *Pure theory of law*. Tradução: Max Knight. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1967.

KOELLREUTTER, O. *Deutsches verfassungsrecht*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1938.

LARENZ, K. *Deutsche rechtserneuerung und rechtsphilosophie*. Tübingen: Mohr, 1934;

LARENZ, K. *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*. Berlin: Junker und Dünnhaupt Verlag, 1935.

LEPSIUS, O. Hans Kelsen und der Nationalsozialismus. In: WALKER, R., *Hans Kelsen: leben – Werk – Wirksamkeit*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2009, p. 271-288.

MOMMSEN, H. *Beamtenum im Dritten Reich*. Mit ausgewählten Quellen zur nationalsozialistischen Beamtenpolitik. Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt, 1966.

RADBRUCH, G. Gesetzliches unrecht und übergesetzliches recht. In: *Radbruch: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

ROSEN, A. D. *Kant's Theory of Justice*. Ithaca and London: Cornell University Press, 1993.

SAUER, W. Die Ethisierung des Strafrechts. Über die Prinzipien der Strafrechtserneuerung und ihre praktische Auswirkung. In: FREISLER, R. *Deutsches Strafrecht. Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, Neue Folge, 1*. Berlin: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 1934, p. 177-190.

Received/Recebido: 29/07/21
Approved/Aprovado: 02/09/21