

A LUTA CONTRA A TEORIA PURA DO DIREITO NA REPÚBLICA DE WEIMAR E O CAMINHO PARA O NACIONAL-SOCIALISMO

THE STRUGGLE AGAINST THE PURE THEORY OF LAW IN THE WEIMAR REPUBLIC AND THE WAY TO NATIONAL-SOCIALISM



Rodrigo Borges Valadão¹

“A tempo do positivismo jurídico chegou ao seu fim.”

Carl Schmitt, 1932²

RESUMO: O conhecimento jurídico tradicional afirma que o Positivismo Jurídico, em geral, e a Teoria Pura do Direito, em particular, foram responsáveis pela degradação da democracia da República de Weimar e pelo funcionamento do Estado Nazista. No entanto, uma análise histórica demonstra que a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, era a principal adversária teórica de doutrinas que buscavam legitimar e viabilizar um Estado mais forte. Este estudo tem por finalidade localizar a Teoria Pura do Direito no quadro geral das principais abordagens teóricas adversárias do Direito do Estado alemão na República de Weimar, demonstrando como ela era a única que se recusava a acompanhar a tendência organicista e politizada da época.

PALAVRAS-CHAVE: Nuremberg. Positivismo Jurídico. Mito.

ABSTRACT: Traditional legal knowledge states that Legal Positivism, in general, and the Pure Theory of Law, in particular, were responsible for the degradation of democracy in the Weimar Republic and the functioning of the Nazi state. However, a historical analysis shows that Hans Kelsen's Pure Theory of Law was the main theoretical adversary of doctrines that sought to legitimize and enable a stronger State. This study aims to locate the Pure Theory of Law in the general framework of the main theoretical approaches to German state law in the Weimar Republic, demonstrating how it was the only one that refused to follow the organicist and politicized tendency of the time.

KEYWORDS: Nuremberg. Legal Positivism. Myth.

SUMÁRIO: À guisa de Introdução: entre a Versão e o Fato; 1. A Caricatura e a Realidade da Teoria Pura do Direito; 2. O Suporte Teórico do Nacional-Socialismo; 2.1. Carl Schmitt; 2.2. Rudolf Smend; 2.3. Hermann Heller; 2.4. Considerações Parciais; 3. A Teoria Pura do Direito e a Rejeição dos Postulados Teóricos do Nacional-Socialismo; 3.1. A Crítica à Teologia Política

¹Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Advocacia Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/RJ). Doutorando em Teoria do Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemanha, em cotutela com a Universidade de São Paulo (USP).

² Frase dita um ano antes do incêndio do Reichstag e do conseqüente golpe nazista. MÜLLER, Ingo. Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz. München: Knaur, 1989, p. 221-222.

de Carl Schmitt; 3.2. A Crítica à Teoria da Integração de Rudolf Smend; 3.3. A Crítica à Teoria Organizacional de Hermann Heller; 4. Conclusões. Referências.

SUMMARY: By way of introduction: between the Version and the Fact; 1. The Caricature and the Reality of the Pure Theory of Law; 2. The Theoretical Support of National Socialism; 2.1. Carl Schmitt; 2.2. Rudolf Smend; 2.3. Hermann Heller; 2.4. Partial Considerations; 3. The Pure Theory of Law and the Rejection of the Theoretical Postulates of National Socialism; 3.1. The Critique of Political Theology by Carl Schmitt; 3.2. The Criticism of Rudolf Smend's Theory of Integration; 3.3. The Criticism of Hermann Heller's Organizational Theory - Conclusions. References.

À Guisa de Introdução: Entre a Versão e o Fato.

“– *Elementar, meu caro Watson!*” Embora esta conhecida frase tenha entrado para a história da literatura mundial, ela nunca foi dita pelo detetive Sherlock Holmes (não ao menos nos livros de Arthur Conan Doyle).³

Como se sabe, certas proposições passam a ser incorporadas pelo imaginário coletivo como sendo a expressão fidedigna de seus autores. Não obstante, é muito comum que a pessoa nunca tenha dito o que lhe é imputado ou, ainda que tenham dito, suas palavras sejam deturpadas em sua exatidão ou tenham sido veiculadas em contextos totalmente diversos dos quais vêm sendo difundidas.

De fato, em determinados casos, algumas frases famosas, embora jamais tenham feito parte da obra ou do pensamento do escritor na forma em que levadas até o grande público, podem torná-los mais atraentes, dando-lhes um charme especial ou, simplesmente, um toque de irreverência. De fato, como imaginar que Sherlock Holmes, ao descobrir uma pista ou desvendar um crime, não tenha dito tal frase a seu assistente?

Entretanto, se na literatura os efeitos destas frases imaginárias sejam bem-vindas por popularizar e difundir a obra, em boa ciência trata-se de um erro imperdoável. Qualquer frase não dita – ou mesmo qualquer expressão, embora dita, descontextualizada – é capaz de fazer ruir todo o pensamento científico que, por princípio, caracteriza-se pela necessária coerência interna e externa de raciocínio.

Isto porque, desde o advento do pensamento filosófico na Grécia antiga, a idéia de ordem (ou harmonia) é inerente à noção de racionalidade. Racionalizar significa exatamente ordenar a realidade de acordo com certos princípios básicos. Eis aí a noção do termo cosmos

³ *Apud* SAGAN, Carl. *Bilhões e Bilhões*, São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 12.

(*kosmos*), cujo significado, para os gregos, indicava o conhecimento do mundo enquanto realidade ordenada de acordo com certos princípios racionais.⁴

Este é o motivo pelo qual no discurso filosófico-científico faz-se necessária uma profunda coerência de raciocínio, não se admitindo, para sua aceitação, contradições internas (dissonâncias no discurso em si) ou externas (dissonâncias entre o discurso que se veicula e os demais discursos limítrofes).⁵ Qualquer frase não dita – ou mesmo qualquer interpretação realizada em sem o devido cuidado – pode comprometer a validade e aceitação de determinada teoria.

É exatamente o que se passa com a obra de Hans Kelsen. Nada está mais distante do pensamento do mestre de Viena do que aquilo que vem sendo reiteradamente – e, porque não, diante da disparidade entre suas lições e o que é divulgado como sendo de sua autoria, inescrupulosamente – difundido. Pode-se até mesmo discordar de algumas de suas premissas ou conclusões; afinal, a ciência, ao contrário da religião, convida à dúvida. Porém, seja qual for a escola jusfilosófica professada, é forçoso reconhecer a genialidade e a coerência científica de sua Teoria Pura do Direito.

1. A caricatura e a realidade da Teoria Pura do Direito.

Neste contexto, deve ser analisada uma das críticas mais comuns à Teoria Pura do Direito: a de que, graças a ela, foi possível o advento dos regimes autoritários do início do século XX.⁶

⁴ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 26.

⁵ Note-se, apenas, o seguinte: o discurso científico é sempre incompleto. E isto por 2 (dois) motivos: a) em primeiro lugar, sob uma análise *exógena*, teorias diversas nas mais variadas linhas de pesquisa vieram corroborar o entendimento de que a descoberta científica baseia-se numa “ignorância consciente”, entendido o termo como o reconhecimento dos limites da razão, o que traz como consequência a delimitação de uma área imune às investidas científicas (e.g., os valores em si); ii) em segundo lugar, sob uma análise *endógena*, todo conhecimento científico é construído a partir da linguagem que, por natureza, é sempre imprecisa para descrever a realidade em si, pois representa uma verbalização das imagens construídas em nossa mente, sendo, pois, limitada pela nossa percepção bipolar do mundo. Sobre os limites da pesquisa científica, cf. MALDONATO, Mauro. *Não Sabemos que Não Sabemos*. In: *Scientific American Brasil*, Ano 2, nº 21, Fevereiro/04, São Paulo: Duetto, p. 32 e segs.

⁶ Este mito teve origem num famoso artigo de Gustav Radbruch, publicado em 1946. Ao iniciar uma defesa da abordagem moralista do direito, afirmou o jusfilósofo que “com a sua convicção de que lei é lei, o positivismo jurídico deixou os operadores do direito alemão indefesos (*wehrlos*) perante leis de conteúdo arbitrário e

É o que sugere, por exemplo, Fábio Konder Comparato,⁷ *in verbis*:

“a legitimidade de qualquer sistema jurídico, portanto, há de ser aferida, segundo esta concepção [a positivista], não por meio de um juízo ético referido a valores externos ao próprio ordenamento jurídico, mas por um critério que lhe é intrínseco. Tal critério, as obras de Austin e Kelsen apontaram com muita clareza: a regularidade formal de produção de normas jurídicas. (...) A vida jurídica dispensa completamente, portanto, o juízo ético. Toda ordem jurídica, pelo simples fato de existir e funcionar segundo uma regularidade lógica interna, é necessariamente justa.”⁸

E continua adiante:

“o último argumento (...) da tese sustentada por Hans Kelsen, a respeito da separação entre moral e direito, é da maior importância, pois ele nos dá uma chave explicativa do peso histórico do positivismo jurídico, como elemento de legitimação (...) da lógica de funcionamento do Estado Totalitário.”⁹

Nenhuma outra afirmação pode estar mais longe da verdade. Em primeiro lugar, Kelsen jamais sustentou que a legitimidade de um ordenamento jurídico deve ser aferida internamente. Pelo contrário, sempre sustentou que tal substrato não pode ser fornecido pela ciência do direito.¹⁰

Em segundo lugar, o professor de Viena nunca defendeu que “a vida jurídica dispensa completamente o juízo ético”. Nem mesmo uma leitura rasteira da Teoria Pura do Direito permite tal conclusão. Na verdade, a teoria kelseniana não só reconhece o papel dos valores na vida jurídica, como também, através da noção de moldura, emprega alto rigor epistemológico ao processo de integração entre o direito e o “mundo da vida”.¹¹

criminoso.” DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo; Método, 2006, p. 257 e 258.

⁷ Note-se, aqui, que as críticas que se seguem não são dirigidas ao autor, que trouxe importantes colaborações na tentativa de consolidação dos direitos humanos. Dirige-se, apenas, às específicas afirmações que são transcritas no presente texto.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 361.

⁹ *Idem*, p. 362.

¹⁰ “A Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra (...) a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. *O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido.*” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 113.

¹¹ “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará

Em terceiro lugar, acaba-se por confundir o normativismo kelseniano com o denominado positivismo ideológico. Segundo este, qualquer que seja o conteúdo das normas jurídicas do direito positivo, este tem validade ou força moral obrigatória.¹² Além de não passar de uma caricatura do positivismo jurídico, é difícil encontrar sequer um único expoente que realmente sustente esta concepção.¹³ A Teoria Pura do Direito não pretende servir de base para a ação política; busca, apenas, trazer critérios epistemológicos para identificar o Direito.¹⁴ Ao rejeitar qualquer atitude valorativa perante o Direito, nada diz sobre a ação do seu aplicador, sob o ponto de vista moral, ou seja, se o este deve ou não aplicar a norma.¹⁵

Por fim, as últimas afirmações: a de que

“a troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade”¹⁶ ou que “é inegável que os positivistas contribuíram, decisivamente, para o surgimento, no século XX, de um dos piores monstros que a humanidade jamais conheceu em toda sua longa história: o Estado totalitário.”¹⁷

A refutação deste tipo de assertiva merece uma análise mais detida.

2. O suporte teórico do Nacional-Socialismo.

Depois da Segunda Guerra Mundial houve uma reação teórica contra o positivismo jurídico, que conduziu a uma espécie de renascimento do Direito Natural. Não obstante, a quantidade das críticas é inversamente proporcional à sua qualidade. De fato, encontram-se

de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso etc.” *Idem*, p. 393.

¹² STRUCHINER, Noel. *Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo*. In: *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 406.

¹³ *Idem*, p. 407.

¹⁴ NEUMANN, Franz. *Behemoth – Pensamiento y Accion en el Nacional-Socialismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 67.

¹⁵ Neste sentido, paradigmática é a assertiva de Alf Ross, *in verbis*: “uma terminologia descritiva nada tem a ver com aprovação ou condenação moral. Embora eu possa classificar uma certa ordem como ‘ordenamento jurídico’, é possível para mim ao mesmo tempo ter como meu dever moral mais elevado derrubar essa ordem.” *In Direito e Justiça*, Bauru: Edipro, 2003, p. 56.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

¹⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 363.

pouquíssimos argumentos racionais contra o juspositivismo, sendo que a maior parte dos ataques repousa em confusões conceituais¹⁸ ou em apelos à emoção.

Neste passo, a maioria dos críticos, ao “culpar” o positivismo jurídico de ter facilitado o advento do nacional-socialismo, esquece que os seus verdadeiros ideólogos costumavam invocar categorias metafísicas, próprias do discurso jusnaturalista – e muito em voga no que se convencionou denominar, atualmente, de neoconstitucionalismo –, para justificar as ações do Führer e do III Reich.¹⁹

Como bem anota Dimitri Dimoulis,

“o raciocínio aplicado nesses casos é conhecido como *reductio ad hitlerum*. Quando se pretende rejeitar uma teoria ou visão política, afirma-se que ela foi adotada pelo regime nazista ou, pelo menos, que correspondia à ideologia nazista. Isso permite rejeitar imediatamente esta teoria ou visão política, já que ninguém aceitaria, nos nossos dias, defender o pensamento nazista. (...) Temos aqui um artifício retórico que objetiva desqualificar os adversários sem análise da substância.”²⁰

Apenas um exame sério da teoria e da prática da Alemanha Nazista é capaz de demonstrar a injustiça desta crítica.

No nível teórico, o Estado Nazista se definia como o resultado da transição de um Estado de Direito para um Estado de Justiça, o que deveria conduzir a uma superposição entre Direito e Ética.²¹ Havia, na verdade, um enorme ressentimento da ruptura com as normas em vigor com o domínio da moral.²² Durante a República de Weimar (1918-1933), a maior parte dos juristas e do Poder Judiciário desenvolveu novas metodologias para o Direito Público que rejeitavam ou modificavam substancialmente categorias e conceitos do positivismo jurídico, conceitos estes que dominaram o discurso jurídico durante o Império Germânico (1871-1918).²³

¹⁸ ALCHOURRON, Carlos E. *et* BULYGIN, Eugenio. *Analisis Logico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 620.

¹⁹ *Idem*, p. 621.

²⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo; Método, 2006, p. 260.

²¹ Neste sentido, a seguinte afirmação de Carl Schmitt é paradigmática: “na Jornada dos Juristas Alemães, realizada em Leipzig, o Führer falou em 03 de outubro de 1933 sobre o Estado e o direito. Mostrou a oposição entre um direito substancial, não separado da eticidade e da justiça, e a legalidade vazia de uma neutralidade inautêntica e desenvolveu as contradições internas do sistema de Weimar, que se autodestruíu nessa legalidade neutra e se abandonou aos seus próprios inimigos. O Führer emendou com a frase; ‘isso nos deve servir de advertência.’” SCHMITT, Carl. *O Führer Protege o Direito*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*, São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 119.

²² FEST, Joachim. *Hitler*. vol. I. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005, p. 97.

²³ CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. IX.

No nível prático, a rejeição dos postulados positivistas era manifesta quando, por exemplo, a vontade do Führer se fazia legalmente obrigatória, independentemente da forma adotada.²⁴ Na maioria dos casos, estes decretos eram baseados em conceitos ambíguos, os quais deviam ser interpretados em consonância com os princípios do nacional-socialismo, encontrando seu fundamento de validade em construções materiais, tais como os valores comunitários ou os interesses do povo alemão. Com isso, assegurava-se que as interpretações sempre seriam realizadas na medida dos interesses do Reich.²⁵

Seria, portanto, equivocado sustentar que a pureza da teoria kelseniana, ao abandonar padrões éticos para da identificação do direito, teria permitido a ascensão do nacional-socialismo. Nos itens que se seguem, será realizada uma análise dos alicerces teóricos das principais Teorias do Estado que se opunham à Teoria Pura do Direito durante a República de Weimar.²⁶ Essas teorias disputavam com a Teoria Pura do Direito a primazia acadêmica, tinham ênfase em categorias ideais ou metafísicas.

2.1. Carl Schmitt.

Os escritos de Carl Schmitt sempre tiveram uma boa repercussão durante a República de Weimar, principalmente durante o período de crise que antecedeu o seu fim. Após a tomada de poder por Hitler, o eminente juspublicista juntou-se ao partido nazista, participando ativamente da construção do sistema jurídico do III Reich.²⁷

Suas teorias visavam “corrigir” um problema antigo do Estado Alemão, que, devido a fragmentação política interna, era altamente instável e fraco.²⁸ De fato, durante a República de Weimar, havia uma elevada desconfiança dos alemães nas instituições da democracia

²⁴ Para uma lista de exemplos, cf. KELSEN, Hans. *Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?* In: Jurisdição Constitucional, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 244.

²⁵ TUORI, Kaarlo. *Positivismo Crítico y Derecho Moderno*. BEFDP, n° 55, México: ITAM, 1998, p. 146.

²⁶ Note-se que, dos 03 (três) teóricos a serem estudados, apenas Carl Schmitt manteve vínculos formais com o nacional-socialismo. Rudolf Smend e Hermann Heller apenas inspiraram a sua construção jurídica, sendo suas teorias apropriadas pelos defensores do nazismo. De um lado, Smend nunca apoiou a doutrina do nacional-socialismo – chagando, inclusive, a criticá-la, após 45 –; de outro, Heller sempre defendeu abertamente a social-democracia e a Constituição de Weimar. Cf. CALDWELL, Peter C.. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 144.

²⁷ *Idem*, p. 87.

²⁸ É importante lembrar que os últimos anos da República de Weimar transcorreram inteiramente em regime de estado de exceção. Nos últimos 03 (três) anos antes da ascensão de Hitler ao poder, o país vivia sob um regime de ditadura presidencial, sem um funcionamento regular do Parlamento. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Biotempo, 2004, p. 29.

parlamentar, tendo em vista os incessantes conflitos e tensões entre os diferentes partidos, que acompanhava a sua experiência política desde as lutas pela unificação. Neste contexto, a concentração do poder nas mãos de um soberano forte era visto, pela maior parte do povo alemão, como única alternativa para a desejável unidade política.²⁹

Para tanto, a teoria schmittiana busca uma articulação entre a ordem jurídica e o estado de exceção. O operador da inscrição do estado de exceção na ordem jurídica é a distinção entre dois elementos fundamentais do direito: a norma (Norm) e a decisão (Dezision). Suspendendo a norma, o estado de exceção revela em absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão.³⁰

Deste modo, a teoria do estado de exceção pôde ser apresentada como doutrina da soberania. Soberania, portanto, é a possibilidade de decisão sobre o estado de exceção.³¹ Ao separar norma e decisão, Carl Schmitt tenta demonstrar que ambas são irreduzíveis, no sentido de que esta (decisão) nunca pode ser reduzida àquela (norma) sem deixar restos.³² A soberania (que decide) apresenta-se, assim, como uma espécie de substância capaz de romper a superfície do discurso normativo.

Esta vontade imanente (soberania) tem um caráter transcendente e nunca pode ser completamente reduzido a uma norma jurídica positivada. Por Constituição entende-se, pois, a decisão tomada por uma vontade unitária³³, apresentando-se não mais como um documento dotado de estabilidade, mas como decisão política fundamental de um povo.

Se a Constituição é uma decisão política unitária do povo alemão enquanto detentor do poder constituinte, Carl Schmitt sugere que o seu guardião seja o Presidente do Reich, pois ele, tendo sido eleito por todos os alemães, está destinado a defender a unidade do povo como um todo político. Se, de um lado, o Parlamento representa interesses disformes e fragmentados, por outro, o Presidente do Reich, por representar uma efetiva solidariedade de interesses de todo o povo alemão (leia-se: os seus valores mais importantes),³⁴ apresenta-se como instância politicamente neutra.³⁵

²⁹ ELIAS, Norbert. *Os Alemães*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 284.

³⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Biotempo, 2004, p. 53.

³¹ SCHMITT, Carl. *Political Theology – Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Cambridge: The MIT Press, 1985, p. 3.

³² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Biotempo, 2004, p. 58.

³³ CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 100.

³⁴ SCHMITT, Carl. *La Defensa de La Constitucion*. Madrid: Tecnos, 1983, p. 248

³⁵ Neste particular, Carl Schmitt vai adaptar a teoria do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant, originalmente elaborada para os regimes monárquicos, ao sistema republicano de Weimar. SCHMITT, Carl. *La Defensa de La Constitucion*. Madrid: Tecnos, 1983, p. 213.

Através desta construção, o povo que forma o Estado passa a ser encarado como um ente coletivo homogêneo, decorrente de um aspecto básico comum (raça ou religião), devendo esta substância imanente (a decisão) ser reconhecida ao Presidente do Reich. Ele passa, portanto, a encarnar a própria vontade – ou espírito – do povo alemão (Volksgeist) e somente ele poderá atuar como protetor e fator de unidade do Estado. Ao ser definida por categorias psicológicas (interesse, vontade etc.), a autoridade do Führer não é derivada, e sim originária, decorrendo de sua própria pessoa. Sua vontade será sempre baseada no consenso e no livre reconhecimento de uma unidade (ou superioridade) de valores do povo alemão.³⁶

2.2. Rudolf Smend.

Desde sua infância, Rudolf Smend manteve fortes relações com a doutrina calvinista, que via a Igreja Protestante como a congregação de um grupo orgânico de fiéis, cada um deles dotado de deveres para com o todo. Deste modo, o indivíduo não poderia ser compreendido fora de seu mundo socioespiritual, no qual participa como membro de uma comunidade. Esta visão religiosa teria uma forte influência na construção de sua Teoria da Integração, de 1928.

De início, Smend constatou que o Parlamento da República de Weimar era composto por grupos de interesses conflitantes. Partindo desta premissa, vai sustentar que o sistema representativo da democracia parlamentar era incapaz de cumprir a função orgânica a ser desempenhada pelo Estado, que deveria providenciar uma integração substancial do povo alemão.

Isto porque o Estado não seria uma mera ficção jurídica, mas uma “associação de vontades”, uma “unidade de vida espiritual de um povo”. Diante deste “fato”, seria necessário proclamar o fim de uma teoria do Estado e iniciar uma completamente nova. Somente uma teoria que reconhecesse o Estado, bem como todas as questões relativas a esse, como um processo social específico de integração poderia garantir tal unidade.³⁷

Esta nova Teoria do Estado deveria levar em conta que os sistemas sociais são sistemas de normas, a incluir todas as ciências do espírito. Logo, uma integração efetiva

³⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Biotempo, 2004, p. 128.

³⁷ KELSEN, Hans. *O Estado como Integração – Um Confronto de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1.

somente seria possível através do reconhecimento de certos valores, a serem realizados pela comunidade estatal. Uma vez que o Estado era uma totalidade social em constante processo de integrar e reintegrar os cidadãos na comunidade através de certos valores, ficavam superadas algumas dicotomias correntes na tradição positivista, principalmente a que diferenciava Estado e Sociedade Civil, o que, levado às últimas conseqüências, permitia uma superposição entre indivíduo e comunidade.³⁸

E como se daria a dinâmica desta integração? Como seria possível efetivar uma união real de todos os homens pertencentes ao Estado? Para Smend, esta tarefa deveria ser realizada através de pessoas, ou melhor, através de um comando, um centro de comando que, ao mesmo tempo, encarnasse indivíduo, sociedade e Estado. A pessoa integrante (ou seja, a pessoa que integra) só poderia ser o líder da nação, de sorte que o problema da integração pode ser reduzido a uma questão de comando.³⁹ Nas palavras de Peter C. Caldwell:

“personal integration took place through leaders (Führer), who were the life-form of that which is socially and spiritually unfolding in those being led. The monarch, for example, was in his own person the embodiment, the integration of the whole of the Volk. He ought not to engage in merely technical or practical activities (...); instead, he should act to renew the ‘self-perception’ of the nation.”⁴⁰

Deste modo, o verdadeiro conteúdo da Constituição deveria ser localizado na vida real, isto é, nos valores e nas instituições da comunidade, e não nas normas formais, na Constituição escrita. A assunção, por Rudolf Smend, da Constituição como uma comunidade homogênea de valores, personificada no Presidente do Reich, vai transformar sua Teoria da Integração numa vedete da Teoria Constitucional da República de Weimar. Estava aberta, assim, mais uma porta teórica para o triunfo do autoritarismo.

2.3. Hermann Heller

³⁸ CALDWELL, Peter C.. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 124.

³⁹ KELSEN, Hans. *O Estado como Integração – Um Confronto de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 64.

⁴⁰ CALDWELL, Peter C.. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 124.

Hermann Heller teve uma vida bastante curta, falecendo em 1933, aos 42 anos de idade. Desde o início dos anos 20, juntou-se a Carl Schmitt⁴¹ e a Rudolf Smend nas críticas à Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

Do mesmo modo que Smend, Hermann Heller vai propor a fundação de uma teoria do Estado completamente nova. A proposta de Heller era o abandono de uma teoria que partisse da idéia que o Estado pode ser analisado em suas características constante e universal, no tempo e no espaço.⁴² A nova teoria do Estado deveria investigar, não o direito que o constitui,⁴³ mas uma “específica realidade que nos rodeia”. O Estado seria uma realidade a ser investigada apenas enquanto formulação real e histórica.⁴⁴ Com base nestes pressupostos “epistemológicos”, Heller vai buscar novos fundamentos da unidade política.

Num primeiro momento, Heller vai buscar este fundamento numa concepção moral de política baseada na noção de interesse nacional. Com isso, sua teoria vai defender a primazia da “vontade” dos Estados-nação, com o que se justifica o direito básico de auto-preservação de todos os Estados, nas relações internas e externas. Nesta perspectiva, sua teoria vai conceber o Estado como uma entidade viva, como uma vontade da nação, acima da lei.⁴⁵

A defesa da nação era uma parte da estratégia de desenvolver uma política nacionalista, necessária para a realização do Estado socialista, tão caro à ideologia política de Heller. A nação apresentaria, assim, uma forma real e coletiva, sendo formada de acordo com certas “características nacionais”, comuns a todas as pessoas. Estas características, argumentava, eram de origens estritamente naturais: o solo (*Boden*) e o sangue⁴⁶ (*Blut*), e demonstravam as similaridades desenvolvidas pela interação mútua entre as pessoas no espaço (local da vida comunitária) e no tempo (através do casamento e da reprodução).

Após a visita de Heller à Itália Fascista no final dos anos 20, sua teoria iria sofrer algumas alterações, principalmente no que diz respeito ao papel integrador do Estado. Embora ainda interessado nas fundações nacionais do Estado, sua teoria passa a descrever a nação como

⁴¹ Não obstante, as obras de Hermann Heller vão trazer grandes críticas às teorias de Carl Schmitt, principalmente à legitimação da exceção permanente que este tentou proceder. Tendo em vista o objetivo do presente trabalho – comparar as teorias do nacional-socialismo com a Teoria Pura do Direito –, estas críticas não serão abordadas. Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 110.

⁴² HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 291.

⁴³ *Idem*, p. 81.

⁴⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 111.

⁴⁵ CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 128.

⁴⁶ Note-se, aqui, que Heller descrevia o “sangue” não como um fato biológico, mas como um processo social em que a solidificação da cultura vai criar características comuns na comunidade. *Apud Idem*, p. 130.

um sentimento de vida em comum dos cidadãos. Este sentimento, e não as considerações objetivas anteriores (solo e sangue), seria o pré-requisito substantivo para a legitimação do Estado e de sua legislação, que não poderia ser determinado de forma abstrata.⁴⁷ Mas, para tanto, Heller ainda apostava na necessidade de certo grau de homogeneidade nacional.⁴⁸

Esta homogeneidade, por sua vez, fundava e era fundada por uma “ordem estruturada para ações” que permitia a cooperação e a coordenação dos indivíduos e dos grupos em prol do todo. Não obstante, esta organização somente seria realizada na medida em que a vontade coletiva dá às normas um significado concreto. Neste momento, segundo Heller, nasce

“un centro de acción producido por múltiples fuerzas pero que, por su parte, actúa unitariamente, cuyos actos – independientemente de toda clase de normas – no pueden atribuirse ni a la suma de los miembros tan sólo, ni a los órganos em si, ni mucho menos a la ordenación aisladamente considerada.”⁴⁹

Surgem, assim, as bases de sua Teoria Organizacional do Estado, que defendia uma específica concepção de Estado, presente sobre todas as forças sociais e com capacidade de regular todos os seus conflitos. Esta definição complexa de soberania seria o símbolo da dialética unitária entre vontade e normas nos atos estatais. De acordo com Peter C. Caldwell,

“only an action undertaking within the normative framework of the state could be an expression of the state’s will, and similarly, only the legal norm that was effective and actually applied by some state organ was part of the state’s will.”⁵⁰

E, aqui, Heller aproximar-se-ia de Smend, ao afirmar que a manifestação de vontade dos órgãos estatais não está limitada apenas formalmente, mas também por considerações éticas e sociológicas, a saber: os valores compartilhados pela comunidade.⁵¹ Se o Estado é uma unidade de ação, que não pode ser compreendido abstratamente, esta ação estaria limitada pelo todo, ou seja, pela vontade comunitária básica. Quando a nação perde a fé na legitimidade do Estado enquanto instituição, ele chega ao seu fim.⁵²

⁴⁷ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁸ HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 293.

⁴⁹ *Idem*, p. 295.

⁵⁰ CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 131.

⁵¹ *Idem*, p. 132.

⁵² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 114.

Haveria, portanto, determinados valores que formam a base da Constituição – e, por isso, do Direito – e do Estado. Sem a sua observância, sem o seu reconhecimento pelo Estado, sem uma ação orientada para a sua realização, estaria fatalmente comprometida a unidade política da nação.

2.4. Considerações Parciais.

As diferenças entre as concepções políticas de Carl Schmitt, Rudolf Smend e Hermann Heller não são capazes de obscurecer as respectivas similaridades metodológicas. Todas as categorias utilizadas por estes teóricos são de natureza idealista ou metafísica.

De um lado, Carl Schmitt defendia a concentração da vontade do Estado num único órgão, encarregado de zelar pela unidade do povo alemão, sempre guiado, de forma politicamente neutra, por seus valores mais fundamentais.

Por sua vez, Rudolf Smend apostava num conceito totalitário de Estado como integração, que, identificando indivíduo e grupos sociais, deveria realizar os valores compartilhados pela comunidade.

Por fim, encontra-se Hermann Heller sustentando que Estado e nação deveriam ser unificados por um complexo processo dialético, unificação esta decorrente de uma ação guiada por valores comunitários.

Em todos estes teóricos encontra-se uma preocupação tipicamente antipositivista: identificar o Direito além da positividade, através da construção de uma filosofia ética dirigida ao conhecimento de princípios universais de justiça. De fato, todos eles estavam preocupados em identificar o “verdadeiro” conteúdo da Constituição (ou do Estado). Este conteúdo verdadeiro somente poderia ser localizado nos valores compartilhados por uma determinada comunidade.⁵³

Por todo o exposto, assiste razão a Luis Prieto Sanchís, ao afirmar que “*la jurisprudencia alemana de los años 30 (...) fue realizada como un examen de la ‘justicia’ o justificación de la ley a partir de parámetros extraconstitucionales, como la ‘natureza de la cosa’ o la ‘conciencia jurídica de la comunidad.’*”⁵⁴ Isto significa, noutras palavras, que a teoria

⁵³ CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 135.

⁵⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Biblioteca Miguel de Cervantes, 2000, p. 168.

do direito da República de Weimar foi dominada pelo discurso jusnaturalista, sendo este o viés teórico incorporado pelo nacional-socialismo alemão.

3. A Teoria Pura do Direito e a rejeição dos postulados teóricos do Nacional-Socialismo

Como visto, os maiores teóricos do nacional-socialismo construíram suas doutrinas juspolíticas em conceitos idealistas ou metafísicos, geralmente em contraposição aos conceitos positivistas.

Neste particular, a relação entre o positivismo jurídico e a fundamentação teórica do nacional-socialismo deve ser vista sob uma dupla perspectiva: i) de um lado, todos os teóricos que deram suporte, ainda que involuntário, à ascensão do III Reich visavam desconstruir as concepções positivistas, até então dominantes; ii) de outro, o positivismo jurídico, especialmente o normativismo kelseniano, ocupou o papel de especial destaque de resistência teórica às doutrinas de suporte do nacional-socialismo.

Nos pontos que se seguem, iremos analisar algumas das críticas de Hans Kelsen (e de sua Teoria Pura do Direito) às principais elaborações teóricas destes autores,⁵⁵ tentando demonstrar seu viés de resistência à hegemonia jusnaturalista do final da República de Weimar.

3.1. A crítica à Teologia Política de Carl Schmitt.

Assim como Carl Schmitt, Hans Kelsen buscou um elemento que conferisse unidade ao ordenamento jurídico. Da mesma forma, vislumbrou tal elemento num momento “pré-constitucional”.⁵⁶

Todavia, se Carl Schmitt vai buscar tal unidade num elemento subjetivo, uma vontade imanente do povo alemão (uma espécie de “vontade fundamental”), personificado no Führer, Kelsen busca tal unidade num elemento objetivo: a norma fundamental. Esta norma não é positiva, mas uma mera ficção. Logo, tal unidade é obtida através de uma norma fictícia, não

⁵⁵ Sempre que possível, as críticas de Kelsen serão transcritas *ipse litteris* no presente trabalho, por 02 (dois) motivos: i) em primeiro lugar, para não cair em erro comum de “colocar palavras na boca” do mestre de Viena; ii) em segundo lugar, para minimizar, ao máximo, a interferência subjetiva do autor nas mesmas.

⁵⁶ CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 100.

no sentido de um real ato de vontade, mas de um ato meramente pensado.⁵⁷ Com isso, a estabilidade do documento constitucional, negada por Carl Schmitt, alcança plena realização na Teoria Pura do Direito.

Ademais, a teoria de Carl Schmitt partia da idéia de que a unidade da nação decorria de um elemento homogêneo transcendente, uma comunidade de valores. Já a Teoria Pura do Direito, ao excluir o elemento subjetivo da ciência jurídica, permite que uma multiplicidade de razões distintas leve os diferentes setores da sociedade a aceitar a legitimidade da Constituição.⁵⁸

Por fim, Kelsen vai dirigir uma severa crítica ao papel de guardião da Constituição atribuído ao Presidente do Reich. Em seu ensaio “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?” (Quem deve ser o guardião da Constituição?), Kelsen, além de demonstrar a inconsistência dos pressupostos da doutrina schmittiana, acaba por fundar as bases teóricas do controle judicial de constitucionalidade, o que permitiu, após a queda do III Reich, um notável desenvolvimento das instituições demo-cráticas na Europa Ocidental.

Para legitimar o controle de constitucionalidade pelo Presidente do Reich, Schmitt invoca a teoria do *pouvoir neutre*, de Benjamin Constant. Kelsen vai, então, demonstrar a fragilidade teórica da adaptação de tal teoria, de inspiração monárquica, à República de Weimar. Eis suas palavras:

“quando Constant afirma que o monarca seria detentor de um poder neutro, apóia esta tese essencialmente na suposição de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto ‘passivo’ é que tal poder seria ‘neutro’. Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente ‘passivo’ o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior – sobretudo a assinatura de tratados –, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juizes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo. A tentativa de aplicar a ideologia de Constant (do *pouvoir neutre* do monarca) ao chefe de Estado de uma república democrática torna-se particularmente discutível se estiver relacionada com a tendência de estender a competência deste último para ainda mais adiante do âmbito normal de atribuições de um monarca constitucional.”⁵⁹

E continua:

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 328.

⁵⁸ CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 102.

⁵⁹ KELSEN, Hans. *Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?* In: *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 246.

“que Schmitt acredite poder aplicar sem maiores problemas a tese ideológica do pouvoir neutre do monarca constitucional ao chefe de Estado de uma república democrática, eleito sob a alta pressão das correntes político-partidárias, é tanto mais estranho porque, por vezes, ele vê claramente as circunstâncias reais que tomam transparente o caráter ideológico da doutrina constitucional do monarca como guardião da Constituição. Assim, ele afirma que na monarquia constitucional o perigo de uma violação da Constituição provinha do governo, ou seja, da esfera do executivo, circunstância que deveria ser totalmente eliminada pela idéia tanto de um por ‘neutro’ do monarca na função de chefe de governo e do executivo, como de sua vocação para atuar como guardião da Constituição! Schmitt, aqui, reconhece o perigo por parte do governo monárquico no século XIX apenas com a intenção de poder afirmar que ‘hoje’, ou seja, no século XX e na república democrática, o temor de uma violação constitucional se dirigia ‘sobretudo contra o legislador’, isto é, não contra o governo presidencial, mas contra o Parlamento.”⁶⁰

Afastada a tese schmittiana e partindo do princípio de que ninguém pode ser juiz em causa própria, o mestre de Viena vai demonstrar que o controle de constitucionalidade não pode ser confiado a um dos órgãos jurídicos cujos atos devem ser controlados. Assim, não poderia o controle de constitucionalidade ser exercido por um órgão político.⁶¹ Somente um Tribunal Constitucional que mantenha distância do processo político e que atue nos limites de um legislador negativo, pode realizar tal função de guarda da Constituição.

3.2. A Crítica à Teoria da Integração de Rudolf Smend.

As críticas de Kelsen à Teoria da Integração, de Rudolf Smend, mereceram um destaque especial. Em 1930, escreve “O Estado como Integração”, com o objetivo de proceder a uma crítica global àquela teoria, bem como confrontá-la com os princípios de sua teoria normativa do Estado.⁶² Segundo Kelsen, a teoria de Smend era repleta de inconsistências internas e de oscilações conceituais, bem como de interpretações confusas ou mesmo equivocadas.⁶³

Em primeiro lugar, Kelsen vai criticar o pressuposto central da Teoria da Integração: o Estado como uma realidade. Segundo o professor de Viena, o Estado deve ser

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?* In: *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 247.

⁶¹ KELSEN, Hans. *Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?* In: *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240.

⁶² KELSEN, Hans. *O Estado como Integração – Um Confronto de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.

⁶³ CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 123.

negado enquanto realidade, no sentido de que ele é uma criação do espírito, e não da natureza.⁶⁴ Deste modo, o Estado não seria dotado de uma existência corpórea; seria, na verdade, uma ficção, decorrente da imputação subjetiva de ideias a fatos. A “realidade” do Estado seria, portanto, uma “realidade” meramente pensada.

Ao recusar o reducionismo smendiano, a Teoria Pura do Direito impede, como consequência, a superposição conceitual entre fenômenos distintos, como natureza e espírito, ou realidade e valor. Nestes termos, ela não irá propor uma teoria geral da sociedade, ou mesmo uma filosofia da cultura, limitando-se, pois, a análise de um dos seus substratos: o direito.

Este rigor epistemológico, ausente na Teoria da Integração, impede a superposição acrítica das esferas normativas, diferenciando o direito dos demais sistemas normativos presentes na sociedade, superposição esta fundamental para a construção teórica do direito nacional-socialista, que se baseia no dirigismo moral e na desconsideração das subjetividades. Ademais, conforme bem notado por Franz Neumann,

“al insistir em la validez única del derecho positivo y en la total exclusión del campo de la ciencia jurídica de toda consideración moral de carácter sociológico o político, hacía imposible cubrir las demandas políticas con el manto del derecho.”⁶⁵

Por fim, a teoria smendiana vai conferir ao Presidente do Reich a tarefa de realizar a integração da totalidade do povo, tendo em vista que ele encarna (ou simboliza) sua unidade. Neste particular, sustenta Kelsen que,

“como a integração deve ser, em substância, uma relação efetiva, quer dizer, uma relação pela qual todos aqueles que pertencem juridicamente a um Estado são unidos em um conjunto fechado numa união real, proclama-se aqui como realidade uma ideologia e, ainda por cima, muito discutível.”⁶⁶

E prossegue:

⁶⁴ KELSEN, Hans. *O Estado como Integração – Um Confronto de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 15.

⁶⁵ NEUMANN, Franz. *Behemoth – Pensamiento y Accion en el Nacional-Socialismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 67.

⁶⁶ KELSEN, Hans. *O Estado como Integração – Um Confronto de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 67.

“na realidade, põe-se a questão: a função de integração é essencial para o monarca?⁶⁷ Deixaria de sê-lo se não conseguisse reunir todos os cidadãos em uma unidade real mediante simbolização, o que – admitindo-se que faça sentido – só pode significar: fazer com que todos os cidadãos sintam-se representados por sua pessoa e o percebam como símbolo sentindo-se, em consequência, ligados entre si. Perde-se a unidade sociológica do Estado e, com isso, o Estado sociologicamente entendido, se o monarca falhasse nessa função? Naturalmente Smend não leva em consideração, em nenhum momento, a idéia de tirar essa consequência de sua doutrina, isto é, a essência do Estado seja a inte-gração e que, sobretudo na monarquia, o monarca desempenha essa função cuja essência consiste na integração. Porque mesmo aqui Smend, de fato, não pretende, absolutamente, alcançar com a ‘integração’ nenhuma noção de essência, mas simplesmente um juízo de valor.”⁶⁸

3.3. A Crítica à Teoria Organizacional de Hermann Heller.

Ao contrário do que fez com a Teoria da Integração, Kelsen nunca procedeu a uma crítica sistemática da obra de Hermann Heller. Isto não significa que as suas teorias sejam plenamente compatíveis. Na verdade, partem de pressupostos diversos e chegam a conclusões bem distintas.

Logo de início, Kelsen irá contestar a realidade do Estado como um fato social concreto. É que, normalmente, acredita-se que, exatamente como existe o conceito jurídico de pessoa ao lado do conceito biofisiológico de homem, existe um conceito sociológico de Estado ao lado do seu conceito jurídico, e, até mesmo, que ele seja lógica e historicamente anterior a este.⁶⁹ Não obstante, tal visão estaria equivocada, pois não existe um direito criado “por” um Estado ou válido “para” um Estado. A relação entre o direito e o Estado não é análoga à que existe entre o direito e os indivíduos. Segundo Kelsen,

“o Estado como comunidade jurídica não é algo sepa-rado de sua ordem jurídica (...). Uma quantidade de indivíduos forma uma comuni-dade apenas porque uma ordem normativa regulamenta sua conduta recíproca. A comunidade (...) consiste tão-somente numa ordem normativa que regulamenta a conduta recíproca dos indivíduos. (...) Como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de ‘Estado’ é a ‘sua’ ordem jurídica.”⁷⁰

⁶⁷ Embora faça menção à monarquia, a mesma linha de pensamento pode ser adotada para o Presidente do Reich. É que Smend, para justificar sua teoria, recorre à simbologia da monarquia, utilizada por analogia à República de Weimar em momento posterior. Kelsen vai criticar, portanto, os fundamentos remotos da integração pessoal, localizados no regime monárquico.

⁶⁸ KELSEN, Hans. *O Estado como Integração – Um Confronto de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 67 e 68.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 263.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 263.

De fato, a asserção de que o Estado não é apenas uma entidade jurídica, mas uma entidade sociológica, uma realidade social que existe independentemente de sua ordem jurídica, só pode ser comprovada demonstrando-se que os indivíduos que pertencem ao mesmo Estado formam uma unidade e que essa unidade não é constituída pela ordem jurídica, mas por um elemento estranho ao direito.⁷¹ Exatamente por isso, a idéia do Estado como realidade sociológica, a ser definida como a própria vontade da nação – idéia esta defendida por Heller – , apresenta-se problemática.

Eis as palavras de Kelsen:

“se a teoria do Estado não deve transcender os dados da experiência e degenerar em especulação metafísica, essa ‘vontade coletiva’ ou ‘consciência coletiva’ pode ser a vontade ou consciência de um ser diferente dos indivíduos humanos que pertencem ao Estado; o termo ‘vontade coletiva’ ou ‘consciência coletiva’ pode significar apenas que vários indivíduos querem, sentem ou pensam de uma certa maneira e estão unidos por sua consciência de querer, sentir e pensar comum. Uma unidade real existe, então, apenas entre os que efetivamente têm um estado mental idêntico e apenas nos momentos em que essa identificação de fato prevalece. É improvável que tal identificação possa existir, exceto em grupos relativamente pequenos cuja extensão e membros estariam também em constante mudança. Afirmar que todos os cidadãos de um Estado querem, sentem ou pensam sempre de uma mesma maneira é uma ficção política óbvia (...).”⁷²

Verifica-se, pois que a ideologia política de Hermann Heller pode ser percebida com mais clareza quando o Estado é identificado com a ‘vontade da nação’. Para Kelsen,

“aquello que se denomina ‘voluntad colectiva’ no es más que una expresión abreviada para designar el contenido coincidente de una pluralidad de voluntades individuales, pero no es en modo alguno una voluntad supraindividual distintas de éstas. La afirmación opuesta (...) es la hipótesis ilegítima de una abstracción conceptual, de la misma especie que la hipótesis inadmisibile de un alma de las masas, que se basa en el siguiente sofisma: puesto que los individuos se comportan en masa, es decir, bajo el supuesto de una mutua motivación, de modo distinto en que la situación de aislamiento, la misma masa o el ‘alma de las masas’ tiene que ser el sujeto de este comportamiento distinto y coincidente de los individuos en masa, y esa ‘alma colectiva’ tiene que ser distinta de las almas individuales.”⁷³

Mas, na verdade – prossegue –,

“a população de um Estado está dividida em vários grupos de interesses mais ou menos opostos entre si. A ideologia de um interesse coletivo de Estado é usada para ocultar esse inevitável conflito de interesses. Chamar o interesse expressado pela

⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 264.

⁷² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998., p. 266.

⁷³ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Barcelona: Editorial Labor S. A., 1934, p. 12.

ordem jurídica [ou pelo Estado] de interesse de todos é uma ficção mesmo quando a ordem jurídica representa um compromisso entre os interesses mais importantes.”⁷⁴

Assim,

“lo específico de este objeto espiritual que llamamos Estado consiste en ser un sistema de normas. (...) Así, la afirmación siempre repetida, y siempre idéntica a través de sus varias formulaciones, acerca de la existencia objetiva, es decir, independiente del arbitrio subjetivo de los hombres que constituyen el Estado: lo cual sería absolutamente imposible si éste, su voluntad o su alma, no fuesen otra cosa que una suma de actos subjetivos de voluntad; pues un enlace, tan intenso como se quiera, de elementos subjetivos no puede constituir nada objetivo. Pero es fácil representarse esta existencia objetiva del Estado como la validez objetiva de las normas que constituyen el orden estatal: y la ‘objetividad’ de esa validez consiste en que toda validez normativa es independiente del querer y del deseo subjetivo de aquellos para quienes la norma pretende valer. (...) El Estado, considerado como autoridad dotada de fuerza de obligar – y no es posible expresar de otro modo su esencia –, es, pues, un valor o – si se prefiere la versión normativa del valor – una norma o sistema de normas; y, en cuanto tal, esencialmente diverso del hecho real específico, indiferente al valor, de la representación o volición de una norma.”⁷⁵

4. Conclusões.

De fato, Kelsen sempre procurou afastar as categorias ideais ou metafísicas da Teoria do Estado, em geral, e de sua Teoria Pura do Direito, em particular. Por outro lado, afirmar que foi justamente este distanciamento que proporcionou o advento dos Estados Totalitários do início do século XX, demonstra uma infeliz desinformação e, em alguns casos, uma generosa dose de má-fé.

Como pôde ser visto, foram justamente as categorias jusnaturalistas que assentaram os caminhos teóricos para o advento do nacional-socialismo, e não o corte epistemológico das teorias positivistas. Foram considerações de natureza ética que permitiram a institucionalização do estado de exceção na República de Weimar e a tomada do poder pelo Partido Nazista. As bases do Direito Nazista não foram construídas pela assepsia juspositivista, mas sim pela superposição conceitual entre a Ética e o Direito, pela tentativa de superação de um Estado de Direito por um Estado de Justiça.

A Teoria Pura do Direito, capitaneada por Hans Kelsen, funcionou neste período como uma verdadeira teoria de resistência ao totalitarismo, muito embora este não fosse seu objetivo primário. Ao desmascarar as ideologias políticas que informavam, por exemplo, as

⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Barcelona: Editorial Labor S. A., 1934, p. 18.

teorias de Carl Schmitt, de Rudolf Smend e de Hermann Heller, a Teoria Pura do Direito não permitia que, sob o manto do Direito, pudessem ser legitimados determinados discursos de poder. Perseguindo o sublime, os juristas opositores à Teoria Pura do Direito construíram, na verdade, o caminho para a barbárie.

Referências.

ALCHOURRON, Carlos E. et BULYGIN, Eugenio. *Analisis Logico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Biotempo, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

CALDWELL, Peter C.. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo; Método, 2006.

ELIAS, Norbert. *Os Alemães*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

FEST, Joachim. *Hitler*. vol. I. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. México DF: Fondo de Cultura Econômica, 2002.

KELSEN, Hans. *O Estado como Integração – Um Confronto de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?* In: *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Barcelona: Editorial Labor S. A.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

MÜLLER, Ingo. *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*. München: Knauer, 1989.

NEUMANN, Franz. *Behemoth – Pensamiento y Accion en el Nacional-Socialismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

SAGAN, Carl. *Bilhões e Bilhões*, São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Biblioteca Miguel de Cervantes, 2000.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de La Constituicion*. Madrid: Tecnos, 1983.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Biblioteca Miguel de Cervantes, 2000.

STRUCHINER, Noel. *Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo*. In: *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

TUORI, Kaarlo. *Positivismo Crítico y Derecho Moderno*. BEFDP, n° 55, México: ITAM, 1998.

Recebido em: 24/11/2020

1º Parecer em: 13/12/2020

2º Parecer em: 17/12/2020

Aceito em: 29/12/2020