

# Sobre os Três Tipos do Pensamento Jurídico<sup>1</sup>

## Sumário

### I. Distinção dos tipos do pensamento jurídico<sup>2</sup>

1. O pensamento de regras ou leis (normativismo)  
e o pensamento do ordenamento concreto
2. O pensamento da decisão (decisionismo)
3. O positivismo jurídico do séc. XIX como combinação  
do pensamento da decisão e do pensamento da lei  
(decisionismo e normativismo)

### II. A inserção dos tipos do pensamento jurídico na evolução global da história do direito

1. A evolução alemã até o presente
2. A evolução na Inglaterra e França
3. A situação contemporânea da ciência jurídica alemã

## Conclusão

As conferências que proferi em 21 de fevereiro de 1934 perante a Sociedade Imperador Guilherme para o Fomento das Ciências e em

Registro aqui, sem adjetivos, o meu agradecimento a Ronaldo Porto Macedo Jr. Os comentários do revisor, respaldados por um conhecimento técnico que não possuo, deixaram a tradução mais precisa e também mais legível. Poder contar com uma revisão dessa qualidade honra qualquer tradutor. Os beneficiários são os juristas e cientistas políticos de língua portuguesa, cujas críticas e sugestões de melhoria serão bem-vindas. [Nota do Tradutor.]

Ao deparar-se com a expressão “pensamento jurídico”, o leitor deverá ter em mente que Carl Schmitt se refere ao “pensamento em termos de ciência jurídica” [*rechtswissenschaftliches Denken*]. Às vezes, ele usa a expressão *juristische Denkart* de sentido igual. Optei por “pensamento jurídico” por razões de estilo e para tornar a leitura menos pesada. [Nota do Tradutor.]



10 de março de 1934, na Jornada do *Reichsgruppenrat der Reichsjuristen* (Jungjuristen), na Federação de Juristas Alemães Nacional-socialistas, em Berlim, têm por base o presente trabalho.

### I. Distinção dos tipos do pensamento jurídico [7]

Cada jurista que fundamenta o seu trabalho, consciente ou inconscientemente, em um conceito de "direito", compreende esse direito como uma regra ou como uma decisão, ou ainda como um ordenamento e uma configuração concretos. Os três tipos do pensamento jurídico, aqui distinguidos, definem-se segundo essa compreensão.

Todo o pensamento jurídico trabalha tanto com regras quanto com decisões, ordenamentos e configurações. Mas a representação [Vorstellung] última, da qual são derivadas juridicamente todas as outras, sempre é somente uma coisa: ou uma norma (no sentido da regra e da lei), ou uma decisão, ou um ordenamento concreto. Em todo e qualquer direito natural ou racional – que são, ambos, apenas um pensamento jurídico desenvolvido e pensado até as suas últimas consequências – também encontraremos como representação última do direito, ou uma norma, ou uma decisão, ou um ordenamento, podendo determinar a partir daí os diferentes tipos do direito natural ou racional. Assim, e.g., o jusnaturalismo aristotélico-tomista da Idade Média é um pensamento jurídico centrado na ideia de ordenamento, ao passo que o direito racional dos séc. XVII e XVIII é em parte normativismo abstrato, em parte decisionismo. Segundo o grau hierárquico distinto, atribuído no pensamento jurídico àqueles três conceitos especificamente jurídicos, e segundo a sequência hierárquica na qual um é derivado do ou retroreferido [8] ao outro, distinguem-se os três tipos de pensamento de regras e leis do pensamento de decisões e do pensamento de ordenamentos e configurações concretas.

Quando tipos e modos de pensar são estabelecidos para determinada área do conhecimento, combinam ou sobrepõem-se via de regra outras distinções, quase sempre adicionais e genéricas, mas frequentemente também mais restritas, encontradas para uma área vizinha do saber. Naturalmente, tipificações filosóficas ou caracterológicas produzem também efeitos que adentram a ciência jurídica. Também entre os juristas poderemos constatar, e.g., a diferença entre

\* Os numerais entre colchetes correspondem à paginação do original alemão utilizado pela tradução. A paginação original visa facilitar o acompanhamento das citações a partir do original contidas no trabalho introdutório. [Nota do Revisor.]

platonícos e aristotélicos, ontologistas, idealistas, nominalistas e posturas intelectuais discursivas e intuitivas. Do mesmo modo, podem-se constatar as diferenças genéricas das posturas gerais de seres humanos (*habitus*), como no interior de toda e qualquer área do conhecimento, assim também na ciência jurídica; também aqui há fleumáticos e sanguíneos, naturezas direcionadas mais para o dinâmico e outras direcionadas mais para o estático, voluntaristas e intelectualistas etc. Podem-se constatar também graus de desenvolvimento e idade na história do direito; assim, e.g., Savigny distinguiu entre a infância, a adolescência, a idade madura e a senilidade para explicar a necessidade de codificações como sinal do término da adolescência e por essa razão rejeitar um Código Civil elaborado para o povo alemão, ainda adolescente. Nesse caso, seria uma outra questão a ser tratada em separado, se fosse possível correlacionar o pensamento jurídico na sua totalidade ou tocante a determinadas áreas e disciplinas de ensino de modo específico a determinado tipo de pensamento ou tipo humano; se, por exemplo, conforme suposto, o pensamento jurídico autêntico é tributário do realismo conceitual ao menos no Direito Público, ao passo que um nominalismo consequente põe em risco ou destrói a boa ciência do direito [9], podendo ter no máximo uma certa margem de atuação no direito civil das trocas [*bürgerliches Verkehrsrecht*].

No entanto, o tema do presente tratado contém um outro problema, pois aqui se pretende constatar e distinguir não de fora, mas a partir de dentro do trabalho jurídico, diferentes tipos do pensamento jurídico, que se manifestam teórica e praticamente no plano da história das ideias [*geistiges geschichtlich*]. Esse é o caminho da observação concreta, que talvez conduza mais rapidamente a um resultado do que a exames prévios genéricos de natureza metodológica ou gnoseológica sobre as possibilidades puramente lógicas ou as condições puramente formais de toda e qualquer [*überhaupt*] ciência jurídica. À medida que tais exames prévios genéricos conseguem chegar até um objeto jurídico concreto e não ficam sendo inteiramente vazios e desprovidos de objeto, elas próprias quase sempre só se deixam explicar a partir do caráter distinto das três espécies do pensamento jurídico. Na ciência jurídica, incondicionalidades formais e categorias supostamente puras fun- [*Unbedingtheiten*] determinam-se apenas na autoafirmação incondicional de determinado tipo de pensamento jurídico, que só precisamos identificar como tal para compreender integralmente e classificar corretamente a lógica do seu método de pensamento [*Gedankengänge*].

É de grande alcance saber que tipo de pensamento jurídico se impõe em determinado tempo e em determinado povo. Os diferentes povos e raças correlacionam-se com diferentes tipos de pensamento,



e uma dominação intelectual [*geistig*] e, com isso, política pode combinar-se com a supremacia de determinado tipo de pensamento. Há povos que existem sem território, sem Estado, sem igreja, apenas na "lei"; a eles, o pensamento normativista se afigura como o único pensamento jurídico razoável, e toda outra espécie de pensamento, incompreensível [10], mística, fantástica ou ridícula. Mas o pensamento germânico da Idade Média foi integralmente um pensamento de ordenamento concreto, embora a recepção do Direito Romano na Alemanha tenha reprimido essa espécie de pensamento desde o séc. XV entre os juristas alemães, fomentando um normativismo abstrato. No séc. XIX, uma segunda recepção, não menos preñe de consequências, a um normativismo constitucional de corte liberal-constitucionalista descolou o pensamento constitucional alemão da realidade concreta dos problemas internos da Alemanha, desvirtuando-o em pensamento normativo orientado segundo a ideia do "Estado de Direito". É natural que as recepções de sistemas jurídicos estranhos produzam tais efeitos. Cada configuração da vida política se vê em um nexo de relações imediatas, recíprocas com os tipos de pensamento e argumentação específicos da vida do direito. Assim, e.g., o sentimento do direito, a práxis e a teoria jurídica de uma sociedade feudal se distinguem do pensamento contratual privado de uma ordem de trocas do direito civil, não apenas no método e no conteúdo da produção da prova jurídica individual. Para uma distinção jurídica de tipos de pensamento jurídico, é de importância bem maior e profunda que a diferença se manifeste nas representações pressupostas e subjacentes de uma ordem global, nas representações do que podemos considerar situação normal, de quem é uma pessoa normal e de quais são as figuras concretas da vida a serem ajuizadas com justiça, que devemos supor como típicas na vida e no pensamento jurídicos. Sem suposições concretas permanentes, inevitáveis e imprescindíveis, não existem nem uma teoria, nem uma práxis jurídico-científica. Ocorre que tais suposições jurídicas surgem sem mediações a partir dos pressupostos concretos de uma situação suposta como normal [11] e de um tipo humano suposto como normal. Por isso, elas são distintas tanto no tocante às épocas e aos povos quanto também no tocante aos tipos do pensamento jurídico.

# 1. O pensamento de regras ou leis (normativismo) e o pensamento do pensamento do ordenamento concreto

Parto do pressuposto de que, com vistas à distinção entre tipos de pensamento jurídico, importa se o direito é concebido como regra, como decisão ou como ordenamento. É quase evidente *per se*

que cada um dos três tipos de pensamento jurídico assim determinados equipara a representação específica do seu tipo – quer dizer, ou a norma, ou a decisão, ou o ordenamento concreto – ao conceito do próprio direito e contesta ao outro tipo a pretensão de ser um modo de pensamento "rigorosamente jurídico". Por isso, fazemos bem em não partir de oposições como direito e decisão, ou direito e lei, ou direito e ordenamento, pois em tais antíteses já se esconde todo um universo de posicionamento fundamentado em decisões anteriores. Pela mesma razão, uma maior cautela também recomendaria não falar imediatamente de normas jurídicas, decisões jurídicas ou ordenamentos jurídicos, pois está em discussão não a oposição entre direito, por um lado, e norma, decisão ou ordenamento, por outro, mas o caráter distinto do pensamento da norma, da decisão ou do ordenamento, e porque cada qual desses três conceitos reivindica para si o direito. Cada um deles afirma representar o sentido e núcleo propriamente ditos do direito; cada um busca tornar-se universal [*durchgängig*] e determinar a partir de si os dois outros conceitos em termos jurídicos.

Se, e.g., nos acostumamos a falar de um "ordenamento jurídico" sem esclarecer a relação entre o direito e o ordenamento, manipulamos apenas um dos muitos substantivos compostos [*Doppelworte*] plurívocos [12] que se tornaram tipicamente costumeiros e preferidos no séc. XIX. Há combinações de conceitos que são plenas de vida, como Alemanha do Norte [*Nord-Deutschland*], América Latina etc. Assim, uma palavra como "nacional-socialismo" é necessária, pois põe termo ao dilaceramento do nacionalismo e da dimensão socialista e à tática de jogar um contra o outro. Há, no entanto, também combinações exteriores de palavras, mediante as quais se atinge, em vez de uma unidade sintetizante, apenas um vaivém generalizante ou um tanto quanto próprio do diletantismo. Hoje, a composição de palavras e conceitos como "ordenamento jurídico" [*Rechts-Ordnung*] não mais pertence às boas combinações de palavras, pois pode ser usada para encobrir a diferença existente entre o pensamento de regras e o pensamento dos ordenamentos. Pois, se a palavra "direito" [*Recht*] em "ordenamento jurídico" [*Rechts-Ordnung*] é pensada como norma, regra ou lei abstrata – e cada jurista que raciocina em termos normativistas obviamente a concebe nesse sentido –, toda e qualquer ordem se transforma a partir dessa representação normativista do direito em uma mera síntese ou soma de regras e leis. Surgem, então, as conhecidas determinações conceituais dos manuais que, sob a supremacia do pensamento normativista, reduzem toda e qualquer ordem a regras legais e definem todo e qualquer



direito e toda e qualquer ordem como "suma de regras legais" ou algo parecido. Tomada em si, a combinação de palavras "ordenamento jurídico" permitiria também, do ponto de vista lógico e linguístico, que não se concebesse o direito a partir da ordem concreta como "regra jurídica", mas que se determinasse o conceito de direito a partir de um conceito autônomo de "ordenamento" (e superasse assim a ocupação normativista do conceito de direito e a transformação do ordenamento jurídico em mera regra jurídica) [13].

Em termos jurídicos, o "ordenamento" também não é para o pensamento do ordenamento concreto uma regra ou uma soma de regras, mas, inversamente, a regra é apenas uma parte integrante e um meio do ordenamento. O pensamento das normas e regras é, por conseguinte, uma parte restrita, mais especificamente, uma parte derivada da tarefa e da atividade total e integral da ciência jurídica. A norma ou regra não cria o ordenamento; muito pelo contrário, ela possui somente na base e no quadro de um ordenamento dado certa função reguladora com uma medida relativamente pequena de validade em si autônoma, independentemente da situação da matéria [*Lage der Sache*]. Mas para um método puramente normativista é, entretanto, característico que ele isole e absolutize a norma ou regra (em oposição à decisão ou ao ordenamento concreto). Cada regra, cada normatização legal regulamenta muitos casos. Ela se coloca acima do caso individual e da situação concreta e possui, enquanto "norma", certa superioridade e sublimidade [*Erhabenheit*] sobre a mera realidade e facticidade do caso individual concreto, da situação cambiante e da vontade cambiante das pessoas.

Nessa sublimidade funda-se o argumento que confere ao normativista a sua superioridade e faz dele um tipo eterno da história do direito. O pensamento normativista pode invocar o seu estatuto de ser impessoal e objetivo, ao passo que a decisão é sempre pessoal e os ordenamentos concretos sempre são suprapessoais. O normativista reivindica, portanto, para si a justiça impessoal, objetiva, diante do arbítrio pessoal do decisionista e do pluralismo dos ordenamentos: feudal, estamental ou de qualquer outra natureza. Em todas as épocas, exigiu-se que a lei, e não as pessoas, devesse dominar. Assim, o normativista interpreta de modo normativista uma das máximas [*Prägungen*] mais belas e antigas de todo o pensamento jurídico humano, a expressão de [14] Píndaro sobre o *nomos basileus*, o "nomos enquanto rei": somente a lei, não a necessidade da respectiva situação que muda constantemente ou mesmo o arbítrio de pessoas, pode "dominar" ou "dar ordens". Em numerosas situações históricas e em muitas variações, essa palavra do *nomos basileus*, da lei

enquanto rei, da *lex* enquanto *rex* exclusivo, provou possuir uma forte capacidade de influência. Repetiu-se sempre de novo que somente as leis, e não as pessoas, podem governar. Na tradição estoica, que influenciou dois milênios, essa palavra continuou atuando em uma formulação de Crisipo,<sup>3</sup> segundo a qual a lei é o rei, o supervisor, o governador e o ordenador sobre o que é ético e não ético, direito e não direito [*Recht und Unrecht*]. Também as frequentemente repetidas antíteses de *ratio* e *voluntas*, *veritas* e *auctoritas* apoiam a exigência normativista de um governo da lei em oposição ao governo de pessoas. Os pais da constituição norte-americana de 1787 estavam inteiramente na esteira dessa tradição, quando se empenharam em regulamentar a constituição e a vida pública dos Estados Unidos de tal modo que se tivesse um *government of law, not of men*. Todos os representantes do "Estado de Direito" falam essa linguagem e fazem do Estado de Direito um estado de leis<sup>4</sup> [15].

Mas assim como "law", "nomos" não significa lei, regra ou norma, mas o direito, que tanto é norma quanto decisão, bem como, sobretudo, ordenamento; e conceitos como rei, senhor, guardião ou *governor*, mas também juiz e tribunal, transportam-nos de imediato a ordenamentos institucionais concretos que não são mais meras regras. O direito como soberano, o *nomos basileus*, não pode ser qualquer norma, regra ou disposição legal gratuita, meramente positiva; o *nomos*, que deve suportar um rei efetivo [*rechter König*], deve ter em si certas qualidades de ordenamento supremas, imutáveis, mas concretas. Não se dirá de um mero modo de funcionamento ou de uma tabela de horário de trens [*Fahrplan*] que ele é "rei". Se o pensamento puramente normativista quiser continuar coerentemente fiel a si mesmo, pode invocar sempre tão somente normas e validades de

<sup>3</sup> Edição dos fragmentos dos estoicos por H. v. Arnim, vol. III (1905), p. 134.

<sup>4</sup> Assim a definição do "Estado de Direito" em G. Anschütz, *Deutsches Staatsrecht*, na *Encyclopadie de Holtzendorff-Kohler*, vol. 2 (1904), p. 593, afirma: "Um Estado que está inteiramente sob o signo do direito, cuja vontade suprema não se chama *rex*, mas *lex*; uma sociedade estatalmente organizada [*Gemeinwesen*], na qual as relações entre os indivíduos não apenas entre si, mas sobretudo com o poder de Estado são definidas por normas jurídicas, onde, por conseguinte, governar e ser governado se dão segundo o direito e não segundo o *tel est notre plaisir* das pessoas governantes [...]. O ordenamento jurídico deve 'ser tornado também inviolável diante da vontade' (von Martitz), a lei deve aparecer como um poder igualmente colocada do acima da vontade dos dominados bem como das pessoas governantes". Essa passagem é ao mesmo tempo um exemplo padrão da identificação positivista do direito e da lei (na qual a "lei", por fim, torna-se por via decisionista uma mera decisão majoritária do parlamento).



normas, mas nunca um poder e uma autoridade concretos. Para o normativista puro que sempre retrocede a uma norma enquanto fundamento de raciocínio jurídico, o rei, o líder [*Führer*], o juiz, o Estado tornam-se meras funções de normas, e a autoridade maior na hierarquia dessas instâncias é apenas emanção da norma superior, até que finalmente a norma suprema ou de alicerce, a lei das leis, "a norma das normas", na sua forma mais pura e intensa passa a ser nada mais do que norma ou lei.<sup>5</sup> *In concreto* não se atinge com isso nada mais do que jogar a norma ou a lei com intenção político-polêmica contra o rei ou líder [*Führer*]; a lei destrói, com esse "governo da lei", o ordenamento concreto do rei ou do líder; os donos da *lex* submetem o *rex* [16]. Essa é quase sempre também a intenção política concreta de um tal artifício normativista da *lex* contra o *rex*.<sup>6</sup> De um *nomos* efetivo como rei efetivo só se pode falar se *nomos* significa precisamente o conceito de direito total, que abrange um ordenamento e uma comunidade concretos. Assim como na combinação de palavras e conceitos "ordenamento jurídico" [*Rechts-Ordnung*] os dois conceitos distintos de direito e ordenamento se determinam reciprocamente, na combinação *nomos rei* o *nomos* já está concebido como ordenamento referido a uma vida e comunidade concretas, se é que a palavra "rei" ainda deve ter um sentido aqui; e, do mesmo modo, "rei" é uma representação de ordenamento em termos de conceito jurídico, que deve ser da mesma espécie do *nomos*, caso a representação do *nomos rei* não deva ser um acoplamento exterior de palavras, mas uma autêntica relação atributiva [*Zu-Ordnung*]. Assim como o *nomos* é *rei*, o *rei* é *nomos*, e com isso já nos encontramos novamente em meio a decisões e instituições concretas, em vez de normas abstratas e regras genéricas. Mesmo se nos empenhamos em construir um juiz dependente apenas da norma, "sujeito apenas à lei", enquanto órgão puro da norma pura, e deixar assim dominar apenas a norma, adentramos ordenamentos e séries de instâncias hierarquizadas e não nos submetemos a uma norma pura, mas a um ordenamento concreto.

Uma lei não se pode aplicar, manejar ou executar a si mesma; ela não se pode interpretar nem definir ou sancionar a si mesma; ela também não pode – sem deixar de ser uma norma – indicar ou nomear,

<sup>5</sup> A assim chamada Escola Vienense, liderada por Hans Kelsen, defendeu a pretensão de dominação exclusiva de um normativismo abstrato na época de 1919-1932 com especial "pureza".

<sup>6</sup> Cf. como exemplo do último século da história alemã a definição de "Estado de Direito" de G. Anschütz, citada na nota *supra*.

ela mesma, as pessoas concretas que devem interpretá-la e manejá-la. Também o juiz independente, sujeito apenas à lei, não é um conceito normativista [17], mas, sim, um conceito de ordenamento, uma instância competente, um membro de um sistema de ordenamento de cargos e órgãos. O fato de justamente essa pessoa concreta ser o juiz competente não resulta de regras e normas, mas de uma organização concreta dos tribunais e de nomeações e convocações pessoais concretas. Assim, fica para sempre correto o que Hölderlin disse em uma anotação à sua tradução daquela passagem de Píndaro sobre o "nomos basileus"<sup>7</sup>: "O *nomos*, a lei, é aqui a disciplina, à medida que ela é a figura na qual o ser humano se depara consigo mesmo e com Deus, a igreja, a lei do Estado e as instituições legais herdadas dos tempos d'antanho" [*altererbtte Satzungen*], que fixam as relações vivas nas quais no decorrer dos tempos um povo se deparou e se depara consigo mesmo".

Toda e qualquer consideração de palavras duplas combinadas como "ordenamento jurídico" [*Rechts-Ordnung*], "governo da lei" [*Gesetzes-Herrschaft*] e "validade das normas" [*Normen-Geltung*] faz emergir as duas espécies de pensamento jurídico, o tipo das regras ou normas abstratas e o tipo do ordenamento concreto. Para o jurista do primeiro tipo, que encontra o direito em regras e leis gerais previamente determinadas, independentes da situação dos fatos concretos, todo e qualquer fenômeno da vida jurídica – toda e qualquer ordem, medida, contrato, decisão – se torna norma, todo e qualquer ordenamento e comunidade concreta se dissolve em uma série de normas válidas, cuja "unidade" ou "sistema", por sua vez, é apenas normativo. Para ele, o ordenamento consiste essencialmente no fato de que uma situação concreta corresponde a normas genéricas pelas quais é medida. Mas essa "correspondência" é um problema lógico difícil e muito discutido, pois o pensamento normativista, mais lógico e muito discutido, conduz a uma separação quanto mais se torna puramente normativista, conduz a uma separação cada vez mais nítida de norma e realidade, ser e dever-ser, regra e conjunto de fatos concretos. Enquanto vigentes [18], todas as normas válidas naturalmente sempre estão "em ordem" [*in Ordnung*], pois a "desordem" da situação concreta não interessa ao normativista interessado apenas na norma. Assim visto, o fato concreto nem

<sup>7</sup> V. VI, p. 9 das obras completas editadas por H. v. Hellmuth, L. v. Pigenot e F. Seebass (Berlin, 1923).

<sup>8</sup> Na expressão arcaizante "instituições herdadas dos tempos d'antanho", Hölderlin se refere a leis (*nomoi*) muito antigas, por assim dizer de tempos imemoriais e, por conseguinte, venerandas. [Nota do Tradutor.]



pode, do ponto de vista do normativismo, ser desordem em oposição à ordem.

Em termos normativos, o dispositivo legal é confirmado pelo fato de o assassino ser condenado à morte mediante aplicação da lei penal vigente; mas o crime não é desordem, e sim mero "tipo legal". Como tal, ele é, para uma lógica jurídico-normativista, um "tipo legal", assim como no Direito Tributário, uma pretensão tributária do Estado; no Direito Civil, uma pretensão juscivilista é configurada mediante a existência do suporte fático legal. A pena é uma "intervenção" na liberdade do criminoso, assim como o imposto é uma intervenção na propriedade e o serviço militar na guerra é uma intervenção no direito à vida da pessoa. Todas essas "intervenções" são indistintamente ou conformes ou contrárias à lei. Do ponto de vista normativista não se pode dizer nada mais sobre elas. Todo o direito se contrai na norma separada do conjunto de fatos [*Sachlage*]; o resto é "mero fato" e motivação de suporte fático da "confirmação da lei". O crime que fundamenta a pretensão punitiva do Estado, reduzido pela perspectiva normativista ao pressuposto do suporte fático de uma aplicação da norma, não é ordem ou desordem em grau maior do que o noivado de uma filha, que fundamenta uma pretensão de dote. Nesse caso, o criminoso não viola a paz ou a ordem; ele nem viola a norma genérica enquanto regra; "em perspectiva jurídica", ele, no fundo, não viola nada. Só a paz concreta ou um ordenamento concreto podem ser violados; só a partir de tal pensamento se pode obter o conceito do crime. Em contrapartida, a norma e regra abstratas continuam, conforme é sabido, inalteradamente válidas apesar do "crime"; elas pairam acima de toda e qualquer situação e ação concreta [19]; por meio de um comportamento contrário à norma ou à lei, elas não perdem a sua vigência. Normatividade e facticidade são "planos inteiramente distintos"; o dever-ser permanece intocado pelo ser e conserva a sua esfera inviolável para o pensamento normativista, ao passo que na realidade concreta todas as distinções de direito e não direito, ordem e desordem transformam-se, do ponto de vista normativista, em pressupostos materiais da aplicação da norma. A materialidade e a objetividade do normativismo puro tornam-se aqui um absurdo jurídico que destrói e dissolve o ordenamento.

É, no entanto, possível imaginar o funcionamento previsível de relações de troca entre pessoas [*menschliche Verkehrsbeziehungen*] como uma mera função de regras predeterminadas, previsíveis, genéricas. A sucessão de tais trocas sem atritos, conforme as normas e regras, afigura-se então como "ordenamento". Há uma área e esfera da vida humana na qual um tal conceito de ordenamento, funcionalisticamente preso a regras [*regelmäßig-funktionalistisch*], tem

sentido. Assim se pode dizer, e.g., no âmbito da circulação de trens conforme os horários que aqui não "governa" o arbítrio pessoal de pessoas, mas a objetividade impessoal da tabela de horários [*Fahrplan*] e que essa conformidade ao horário é sinônimo de "ordem". O trânsito bem regulamentado na rua de uma metrópole moderna fornece a melhor imagem dessa espécie de "ordem". Aqui também o último resíduo de dominação e arbítrio humanos, que o agente da polícia de trânsito ainda poderia representar, parece ter sido substituído por sinais coloridos automáticos, que funcionam com exatidão. Uma esfera da vida cujo interesse está direcionado apenas com vistas à previsibilidade de uma regulamentação segura, como a ordem de uma sociedade de troca de corte individualista-burguês, talvez ainda pudesse ser relacionada com um tal conceito de ordem. Mas há outras esferas da existência humana para as quais a transferência de um tal funcionalismo da regularidade justamente destrói a essência especificamente jurídica do ordenamento concreto. Trata-se de todas as áreas da vida que não se configuraram à maneira do trânsito, tecnicamente, mas de forma institucional. Elas possuem os seus conceitos do que é normal, tipo normal e situação normal, em si mesmos, e o seu conceito de normalidade não se esgota, como em uma sociedade tecnicizada do trânsito, em ser função calculável de uma regulamentação normatizante. Elas possuem uma substância jurídica própria, que decerto conhece também regras e regularidades genéricas, mas somente enquanto emanam dessa substância, apenas a partir do seu ordenamento concreto próprio, interior, que não é a soma daquelas regras e funções [20]. O convívio dos cônjuges em um matrimônio, dos membros da família em uma família, dos membros do clã em um clã, dos companheiros de corporação [*Standesgenossen*], dos funcionários de um Estado, dos clérigos de uma igreja, dos camaradas de um campo de trabalho, dos soldados de um exército não pode ser dissolvido nem em um funcionalismo de leis predeterminadas, nem em regulamentações contratuais.

Os variados costumes, regularidades e previsibilidades no âmbito de tais ordenamentos não podem e não devem apreender e esgotar a essência desse ordenamento, mas podem apenas servir a ela. Enquanto perdura uma instituição, o seu ordenamento concreto, a disciplina e a honra internos resistem a qualquer tentativa de normatização e regulamentação integral; elas colocam todo e qualquer legislador e toda e qualquer pessoa que aplicar a lei diante do dilema de assumir e utilizar os conceitos jurídicos concretos, dados juntamente com a instituição, ou de destruir a própria instituição. Onde, e.g., ainda existe uma família, tanto o legislador quanto o jurista aplicador da lei se veem sempre de novo forçados a assumir, em vez do



“guardiães da constituição”;<sup>11</sup> ou o “líder [*Führer*] do movimento”, que um raciocínio normativista se vê obrigado a transformar em “órgão estatal competente”, para incorporá-lo destarte ao sistema de legalidade do Estado de Direito, como no séc. XIX o monarca desclassificado em “órgão do Estado”;<sup>12</sup> ou se colocarmos o problema das incompatibilidades, isto é, se formularmos com vistas a determinada figura concreta da vida pública a pergunta, que funções e tarefas são compatíveis ou incompatíveis nela: uma pergunta que só pode ser formulada em ordenamentos concretos, mas não em termos puramente normativistas, pois, do ponto de vista do normativismo, não se trata de figuras de ordenamentos concretos, mas apenas de “pontos de imputação” abstratos, nos quais obviamente tudo é compatível com tudo e incompatibilidades “internas” nunca podem ser plausíveis.<sup>13</sup> Sabemos que a norma pressupõe uma situação normal e tipos normais [23]. Todo e qualquer ordenamento, também o “ordenamento jurídico”, está vinculado a conceitos normais concretos que não são derivados de normas genéricas, mas geram tais normas a partir do seu próprio ordenamento e com vistas a ele.

Uma regulamentação legal pressupõe conceitos do normal que tão pouco derivam da regulamentação legal, que, muito pelo contrário, sem eles justamente a normatização se torna inteiramente incompreensível e nem se pode mais falar de uma "norma". Por um lado, uma regra genérica deve ser independente de uma situação individual concreta e colocar-se acima do caso individual, porque

Leipzig, 1917), o seguinte: “As ideias do Estado Constitucional e de Direito fizeram parecer bem-vindo tudo o que pôde servir a garantir o direito e a lei contra os abusos das autoridades [...]. Assim surgiria uma garantia da lei como ela não pode ser melhor pensada, pois agora cada funcionário público se vê instituído como seu guardião diante dos seus superiores”. Naturalmente se perceberam sem tardar que essa espécie do governo único da lei inverte o ordenamento concreto da hierarquia do funcionalismo público e a coloca de ponta-cabeça, embora ela somente possa ser refutada com razões positivas e não com termos normativistas, jurídicos e de “Estado de Direito”.

12 Sobre a destruição do conceito de líder [Führer] pelo normativismo do conceito de controle, ver Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk; die Drei-conceito de controle*, ver Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk; die Drei-politischen Einheit*, Hamburgo, 1933, pp. 36 e ss.

13 Por esse motivo, o Estado partidário pluralista da Constituição de Weimar foi um "reino das incompatibilidades parlamentares para funcionários públicos, que conhecem a construção dual de Estado e sociedade civil públicos, surge hoje, depois da construção dual de Estado e sociedade civil pública de Estado que passou a ser problemática, a pergunta (não solucionável em tal tipo de Estado) pelas assim chamadas incompatibilidades econômicas; ver sobre esse tema a substanciosa tese de doutorado apresentada à Handels-Hochschule Berlin por Ruth Büttner (Berlim, 1933).

9 Literalmente: torcido o pescoço. [Nota do Tradutor.]  
10 Une nouvelle mystique: la notion d'...

10 Une nouvelle mystique: la notion d'institution, in: *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*, 1931/32. O artigo de Bonnecase contém de resto material excelente e permanente sendo valioso e digno de ser lido.

O barão Marechal von Bieberstein (*Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des Obersten Kriegsherrn*, Berlin, 1911, p. 392) refere-se (criticamente) às "opiniões que avançam em meio à marcha triunfal do Estado de Direito e pretendem convocar todo e qualquer órgão de Estado, não importa em que degrau da escada hierárquica, igualmente para assumir a posição de guardião do ordenamento jurídico". Otto Mayer afirma em seu livro *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2. ed., vol. II, p. 324 (Munique e



deve regulamentar muitos casos, e não apenas um caso individual; por outro lado, ela só se coloca acima do caso individual numa medida muito restrita, apenas num quadro bem determinado e apenas até uma altura modesta acima da situação concreta. Se ela transpuser esta medida, não será mais pertinente nem atinente ao caso que deve regulamentar. Torna-se destituída de sentido e sem relações. A regra segue a situação mutante para a qual foi destinada. Uma norma pode apresentar-se tão inviolável quanto queira, mas ela domina uma situação apenas na medida em que esta não se tornou inteiramente anormal e enquanto o tipo concreto pressuposto como normal não desapareceu. A normalidade da situação concreta, regulamentada pela norma, e do tipo concreto por ela pressuposto não é, por conseguinte, apenas um pressuposto exterior a ser desconsiderado pela ciência jurídica, mas um traço distintivo jurídico, interno da essência da validade da norma e uma determinação normativa da própria norma. Uma norma pura, sem situação e sem tipo, seria um contrassenso jurídico.

[24] No seu livro *L'Ordinamento giuridico*, Santi Romano afirmou com razão que não é correto falar do direito italiano, francês etc. e pensar a propósito apenas em uma soma de regras, ao passo que, na verdade, esse direito é constituído em primeiro lugar pela organização complexa e diversificada do Estado italiano ou francês enquanto ordenamentos concretos, pelas muitas instâncias e vinculações de autoridade pública ou poder de Estado que produzem, modificam, aplicam e garantem as normas jurídicas, mas não se identificam com elas. Só isso é direito italiano ou francês. "O ordenamento jurídico (*L'ordinamento giuridico*) é um ser unitário, uma entidade que parcialmente se move segundo regras, mas que sobretudo move, ela própria, as regras como se fossem figuras sobre um tabuleiro de jogo; por isso, as regras representam antes o objeto ou também o meio do ordenamento jurídico, e não tanto um elemento da sua estrutura".<sup>14</sup> Com razão, ele acrescenta que uma alteração da norma é mais consequência do que causa de uma alteração do ordenamento.

## 2. O pensamento da decisão (decisionismo)

Somente nas últimas décadas a distinção aqui desenvolvida entre pensamento da norma e do ordenamento apareceu com contornos nítidos e foi tornada consciente. Em autores mais antigos praticamente não encontraremos uma antítese como a da passagem antes citada de Santi Romano. Antíteses mais antigas não se referem à oposição entre norma e ordenamento, mas quase sempre à oposição entre norma e decisão ou norma e ordem. Tais oposições

<sup>14</sup> Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, p. 17.

se cruzam com outros pares de conceitos opostos como *ratio* e *voluntas*, objetividade e subjetividade, norma impessoal e vontade pessoal. Elas foram tornadas conscientes mais cedo [25], pois afetam velhos problemas teológicos e metafísicos, especialmente a pergunta se algo é bom porque Deus o ordena. Já Heráclito disse-nos que seguir a vontade de uma única pessoa seria igualmente sinônimo de um "nomos".<sup>15</sup>

Juridicamente podemos encontrar o último fundamento jurídico de todas e quaisquer validades e valores de direito em um processo volitivo, uma decisão que, enquanto tal, cria o "direito" e cuja "força jurídica" [*Rechtskraft*] não pode ser derivada da força jurídica de regras de decisão, pois mesmo uma decisão que não corresponde à regra cria direito. Essa força jurídica de decisões contrárias à norma pertence a todo e qualquer "ordenamento jurídico". Diante disso, um normativismo consequente deveria levar ao absurdo de que a decisão, conforme a norma, extrai a sua força jurídica da norma, ao passo que a decisão contrária à norma extrai a sua força apenas de si mesma, da sua contrariedade à norma!

Para o jurista do tipo decisionista, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão última, dada com o comando, que constitui a fonte de todo e qualquer "direito", isto é, de todas as normas e ordenamentos seguintes. O tipo do decisionista não é menos "eterno" do que o do normativista. Mas, em sua pureza, ele adquiriu contornos nítidos apenas tardiamente. Isto porque antes da dissolução das representações antigas e cristãs da ordem do universo, causada pelas ciências naturais da Idade Moderna, sempre estava presente no pensamento, como pressuposto da decisão, uma nova ideia de ordenamento. Com isso, a pura decisão que é tão somente decisão [*reine Nichts-als-Entscheidung*] já é novamente limitada e integrada pelo pensamento do ordenamento; ela emana de um ordenamento pressuposto. Quando o jurista e teólogo Tertuliano afirma: "Somos obrigados a algo, não porque é bom, mas porque Deus o ordena" [26] (*noque enim quia bonum est, idcirco auscultare debemus, sed quia deus praecipit*), isso já soa como um decisionismo jurídico, mas, devido ao conceito do Deus cristão aqui pressuposto, falta ainda a representação consciente de uma desordem completa, de um caos que não é transformado em lei

<sup>15</sup> Νομος και βουλη παιδεσθαι ενος [Em seu Heráclito e seu (dis)curso, publicado em 2000 pela editora L&PM de Porto Alegre, Donaldo Schüller traduz o fragmento B33 de Heráclito conforme segue: "Lei é também a libertação de obedecer a um só". (Nota do Tradutor.)



e ordenamento mediante uma norma, mas apenas por meio de uma mera decisão. Não importa quão inescrutáveis os desígnios de um deus pessoal sempre já estão "em ordem" e não são uma decisão pura enquanto se acredita em Deus. O dogma católico romano da infalibilidade da decisão papal contém igualmente fortes elementos jurídico-decisionistas; mas a decisão infalível do papa não fundamenta o ordenamento e a instituição da igreja, e sim pressupõe-na: o papa somente é infalível enquanto cabeça da igreja, por força do seu ofício, e não inversamente o infalível é o papa. Na doutrina calvinista, segundo a qual Deus já decidiu definitivamente antes do pecado original sobre a bem-aventurança e danação, graça e desgraça de cada alma humana, no dogma da "predestinação supralapsária",<sup>16</sup> também poderemos encontrar uma postura decisionista contra toda e qualquer vinculação, medição e cálculo [*Berechenbarmachung*] da decisão divina que tenha forma de regra. Mas, ao mesmo tempo, essa doutrina restitui novamente um conceito autêntico de direito e ordenamento, a saber, o conceito da pura graça ou desgraça, degenerado por normativizações jurídicas ou morais. Ela devolve ao conceito da graça, que o pensamento da lei sempre busca normatizar e relativizar, a sua incalculabilidade e imensurabilidade que lhe cabe no ordenamento justo [*rechte Ordnung*]; ela o desloca de um ordenamento humanizado, normativista, para o ordenamento divino que lhe cabe, acima de normativizações humanas. Tanto no conceito "absolutista" de Calvino [27] (Deus é *lege solutus, ipse sibi lex, summa maiestas*) quanto na sua teoria da predestinação apareceram representações teológicas cujo decisionismo interno influi também nas representações da soberania estatal do séc. XVI, nomeadamente nas de Bodin.<sup>17</sup> Mas também a teoria da soberania de Bodin ainda se insere integralmente no tradicional pensamento do ordenamento; ela deixa subsistir a família, o Estado e outros ordenamentos e instituições legítimas, e o soberano, a saber, o rei legítimo, é uma instância legítima.

O caso clássico do raciocínio decisionista aparece somente no séc. XVII com Hobbes. Todo e qualquer direito, todas as normas e

leis, todas as interpretações de leis, todos os ordenamentos são para ele essencialmente decisões do soberano, e o soberano não é um monarca legítimo ou uma instância competente, mas justamente aquele que decide soberanamente. Direito é lei, e a lei é o comando que decide o conflito em torno do direito: *Autoritas, non veritas facit legem*.<sup>18</sup> Nesse enunciado, *autoritas* não significa, e.g., uma autoridade de um ordenamento pré-estatal; mesmo a distinção entre *auctoritas* e *potestas*,<sup>19</sup> ainda viva alhures (e.g., em Bodin), desaparece integralmente [28] na decisão soberana. Ela é *summa auctoritas* e *summa potestas* ao mesmo tempo. Quem produz a tranquilidade, a segurança e a ordem é soberano e possui toda a autoridade. Enquanto decisão autêntica e pura, essa produção do ordenamento não pode ser derivada nem do conteúdo de uma norma preexistente nem de um ordenamento já existente, pois do contrário ela seria, pensando em termos normativistas, uma mera autoaplicação da norma válida ou, pensando em termos de pensamento do ordenamento concreto, emanação de um ordenamento já existente, restituição e não produção do ordenamento. A decisão soberana não é, portanto, explicada a partir de uma norma nem a partir de um ordenamento concreto, porque, muito pelo contrário, somente a decisão fundamenta para o decisionista tanto a norma quanto o ordenamento. A decisão soberana é o início absoluto, e o início (também no sentido de ἀρχή<sup>20</sup>) não é outra coisa senão decisão soberana.

Ela nasce de um nada normativo e de uma desordem concreta. O estado natural é, para Hobbes, o estado da ausência de paz social [*Unfrieden*], a mais profunda e desesperada desordem e insegurança, uma luta sem regras e ordenamento de todos contra todos, o *bellum omnium contra omnes* do *homo homini lupus*. A transição desse estado anárquico de desordem e insegurança integrais para o estado político da paz, segurança e ordem de uma *societas civilis* só é causada pelo surgimento de uma vontade soberana cujo comando e cujo ordenamento são lei. Em Hobbes, a estrutura lógica do decisionismo adquire máxima nitidez, pois o decisionismo puro pressupõe uma desordem que somente é ordenada [*in Ordnung gebracht*] pelo

<sup>16</sup> Os supralapsários constituem no Calvinismo a corrente que localiza a predestinação já antes do pecado original. [Nota do Tradutor.]

<sup>17</sup> Em G. Beyerhaus (*Studien zur Staatsanschauung Calvins, mit besonderer Berücksichtigung seines Souveränitätsbegriffs*, Berlin, 1910), encontramos registros que mostram que o Deus de Calvino também é senhor da *ordo naturae* e do *ius naturae*. A influência de Calvino sobre o conceito de soberania estatal é analisado na tese de doutorado de Karl Buddeberg (defendida em Marburg, em 1933), que contém um instrutivo capítulo sobre "Teologia Política".

<sup>18</sup> *Leviatã*, cap. 26, p. 133 da edição latina de 1670; p. 143 da edição inglesa de 1651. Nesse capítulo figuram também os claros enunciados sobre a interpretação (*in qua sola consistit Legis*).

<sup>19</sup> Sobre a distinção entre *auctoritas* e *potestas*, cf. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, p. 136.

<sup>20</sup> *Arché* - palavra grega que contempla igualmente os significados de princípio, causa, fundamento e ponto de partida. [Nota do Revisor.]



fato de uma decisão ser tomada (e não pelo modo pelo qual ela é tomada) [29]. O soberano que decide não tem competência para a decisão, e.g., com base em um ordenamento já existente. Somente a decisão que institui no lugar da desordem e da insegurança do estado de natureza a ordem e a segurança do estado estatal torna-o soberano e possibilita todo o restante – lei e ordenamento jurídico. Para Hobbes, o maior representante do tipo decisionista, a decisão soberana é ditadura estatal que cria a lei e o ordenamento em meio à e sobre a insegurança anárquica de um estado natural pré-estatal e subestatal.

### 3. O positivismo jurídico do séc. XIX como combinação do pensamento da decisão e do pensamento da lei (decisionismo e normativismo)

O tipo decisionista está especialmente difundido entre os juristas, pois o ensino jurídico e uma ciência do direito que serve diretamente à prática jurídica tendem a ver todas as questões jurídicas apenas pela perspectiva de um caso de conflito e a atuar como meros preparadores da decisão judicial sobre este. Determinado método de preparativos para o exame e dos exames jurídicos acentua essa tendência ainda mais grosseiramente na direção de uma formulação rudimentar em esquemas de perguntas e respostas e na direção de uma igualmente rudimentar presteza na decisão do caso e na sua "fundamentação" normativista a partir do teor literal de uma normatização escrita. O pensamento jurídico orienta-se, dessarte, exclusivamente segundo o caso de colisão ou de conflito. Ele é dominado pela representação de que um conflito ou uma colisão de interesses, quer dizer, uma desordem concreta somente é superada e ordenada [*in Ordnung gebracht*] por meio de uma decisão. As normas e regras com as quais a fundamentação da decisão em termos jurídicos se depara transformam-se, dessarte, em meros pontos [30] de vista para decisões de litígios, material de documentação para fundamentações de decisões judiciais. Deste modo, a rigor nem existe mais uma ciência sistemática do direito; todo e qualquer argumento de ciência do direito não passa de razão potencial da decisão à espera de um litígio.

A tendência a essa espécie de ciência do direito aparece nomeadamente quando uma codificação concluída se torna, enquanto norma "positiva" e "direito positivo", critério de aferição para juízes profissionais, que são funcionários públicos, e para os advogados que se adaptam ao modo de pensar desse tipo de Judiciário. Tal positivismo identifica a normatização legal com o direito; no lugar do direito, conhece tão somente a legalidade normativamente fixada – ainda

que faça concessões à possibilidade do direito consuetudinário. Nos dois grandes países, nos quais o positivismo jurídico tornou-se dominante no séc. XIX, na França, bem como na Alemanha, evidenciou-se que ele só pode ser compreendido enquanto modo funcional da legalidade estatal de um Judiciário com *status* profissional de funcionalismo, sob o influxo de codificações escritas e com fundamento em um ordenamento estável da política e segurança domésticas. Na França, a indistinção positivista de direito e lei, a identidade de *droit* e *loi*, teve sua expressão na ciência do direito na *École de l'exégèse*, que durante meio século – cerca de 1830 a 1880 – dominou de forma incontestada e mesmo hoje, apesar da crítica metodológica e filosófica, está longe de ser eliminada.<sup>21</sup> Na Alemanha, esse positivismo da regra legal também soube declarar-se até hoje como o método jurídico. Nem a doutrina do direito consuetudinário, nem as discussões metodológicas de muitas décadas sobre a relação entre lei e sentença, lei e juiz, movimento do Direito Livre [31] e Jurisprudência de Interesses chegaram até a oposição decisiva das diferenças entre o pensamento legalista, o pensamento da decisão e o pensamento do ordenamento; elas só tentaram flexibilizações e melhores adaptações do pensamento legalista a uma situação alterada e oscilante.

O positivismo jurídico do séc. XIX insere-se no grande contexto histórico do seu período; por conseguinte, toca e também aparenta-se de várias maneiras com o positivismo filosófico inaugurado por Auguste Comte, bem como com o positivismo das ciências naturais. Mas ele deve ser compreendido principalmente a partir das peculiaridades internas da situação jurídica desse século. Para a ciência do direito do séc. XIX, "positivismo" significava num primeiro momento algo polêmico: a rejeição de todo o direito "extralegal", não criado por instituição humana, não importa se ele se manifesta como direito divino, natural ou racional. O pensamento jurídico se torna pensamento legalista. Nesse empenho, a fundamentação científica desse positivismo legalista percorre todos os três estágios: inicialmente, positivismo legalista percorre todos os três estágios: inicialmente, houve uma vinculação à vontade do legislador; depois, para não cair em investigações subjetivas e psicológicas, falou-se, de modo aparentemente mais objetivo, da vontade da lei; por fim, declarou-se como critério de aferição apenas a própria lei, a norma que se satisfaz a si mesma. Havia nisso uma sujeição incondicional à vontade ou ao conteúdo de uma norma determinada, mas, simultaneamente, também uma restrição dessa sujeição: submetemo-nos apenas à norma e ao seu conteúdo seguramente constatável. Isso aparente-

<sup>21</sup> J. Bonnecase, *L'École de l'exégèse*, Paris, 1924.



mente confere ao pensamento do positivismo legalista o valor de objetividade, firmeza, inviolabilidade, segurança e calculabilidade máximas; em uma palavra, o valor de "positividade". Em uma situação estável, tal modo de pensamento é plausível e parece efetivamente possível abstrair de todos os pontos de vista "metajurídicos" [32]. Nesse caso, o positivismo é considerado um método "puramente jurídico", cuja pureza consiste em eliminar todas as ponderações metafísicas, bem como as "metajurídicas".

"Metajurídicos" são, no entanto, todos os outros pontos de vista atinentes à visão do mundo [*weltanschaulich*], moral, economia, política ou quaisquer outras esferas, precisamente os pontos de vista não puramente jurídicos. Nem as situações ou os tipos normais pressupostos na regulamentação legal, nem o princípio subjacente, nem a natureza da coisa, nem o sentido de uma determinação, mas justamente apenas o conteúdo palpável [*handgreiflich*], indubitável da própria norma podem ser critério de aferição para esse jurista positivista. Só então ele crê estar realmente no "chão seguro" do conteúdo "positivo" da norma, tratado de forma "puramente jurídica". Em qualquer outro caso, ele teme escorregar para o "subjetivismo" incalculável de considerações metajurídicas. Nesse caso, a segurança, firmeza, inviolabilidade e objetividade já estão novamente em perigo. No livro *Ciência do direito e filosofia do direito*, de Karl Bergbohm, publicado em 1892, esse modo de pensamento encontrou a sua expressão melhor e mais clara. Aqui se manifesta também com maior nitidez a combinação de normativismo e decisionismo, sinal de identificação do tipo positivista. Para Bergbohm, o "direito", por um lado, contém "a representação de algo normativo, como regra abstrata que quer ser seguida, como algo em funcionamento" (p. 81); simultaneamente, esse direito não é nada mais do que "instituição humana", e todos os que imaginam um direito "que é independente da instituição humana" (p. 131) caem na "corrupção" jusnaturalista. À medida que esse positivismo oferece uma fundamentação em termos de filosofia do direito, ele conduz aos raciocínios de um interesse individualista pela segurança jurídica e argumenta que seria injusto [33] desapontar a expectativa dos outros membros da comunidade jurídica [*Rechtsgenossen*], a *expectation*, a "confiança". Nisso se reconhece a "justiça da positividade".<sup>22</sup>

<sup>22</sup> O representante mais radical da segurança da lei positiva é Jeremias Bentham; o locus clássico sobre a *expectation* enquanto fundamento da segurança jurídica encontra-se na edição das obras de Bentham de John Bowring, v. II, pp. 299, 307, 311 e ss., Edinburgh, 1843. A fórmula "justiça na

Mas a segurança, certeza, firmeza, cientificidade rigorosa, previsibilidade de funcionamento e todas aquelas qualidades e vantagens "positivas" [34] na verdade não eram vantagens da "norma" legal e da instituição humana, mas tão somente vantagens da situação normal, relativamente estável de um Estado da época, do séc. XIX, cuja ênfase estava na legislação; eram, portanto, vantagens do sistema de legalidade de um estado legislador.<sup>23</sup> Era possível ser "positivo" assim não porque a norma era estável, segura e firme, mas porque e à medida que esse Estado construído de determinada forma o era. Já os problemas mais simples da interpretação e apreciação das provas deviam ensinar-nos que a firmeza e a segurança mesmo dos textos legais escritos cuidadosa e circunstanciadamente [*umständlich*] permaneciam extremamente questionáveis em si mesmas. Teor literal e sentido da palavra, história da sua origem, sentimento de direito [*Rechtsgefühl*] e necessidades comerciais misturam-se na constatação do conteúdo "indubitável" do texto legal, de questões atinentes à apreciação das provas e da qualificação dos "fatos" na constatação "puramente jurídica" do suporte fático [*Tatbestand*] do modo mais distinto imaginável. Pode-se imaginar a indignação que toma conta do fanático da segurança da lei positiva, Jeremias Bentham, já diante da simples palavra *interpretation*, e cujo motivo fundamental é o mesmo da indignação acima (p. 150), mencionada por Hobbes diante

positividade", de Erich Jung (*Das Problem des natürlichen Rechts*, 1912), também fundamenta a exigência de segurança jurídica na expectativa dos membros da comunidade jurídica. Da "garantia aos súditos do direito", "expectativa" e "confiança" no uso inviolável fala também Georg Jellinek. *Allgemeine Staatslehre*, 3. ed., p. 369; de "confiança" fala, e.g., Max Rümelin. *Rechtssicherheit*, 1924, p. 6.

<sup>23</sup> Conforme a atividade na qual o Estado coloca a sua ênfase e enuncia a palavra final, pode-se distinguir entre estados legisladores, estados de governo ou administração ou estado de jurisdição. Essa distinção foi desenvolvida nas minhas publicações *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, p. 76, e *Legalität und Legitimität*, Munique, 1932, pp. 7-19. Cf. especialmente nesta última obra, p. 8: "Um Estado legislador é um Estado dominado por normatizações de conteúdo mensurável e determinável impessoais, por isso genéricas, e predeterminadas, por isso concebidas com vistas à permanência, no qual a lei e a sua aplicação estão separadas". Essa é ao mesmo tempo uma definição do que se denominou até agora "Estado de Direito". Na publicação de H. Henkel (*Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburgo, 1934), o nexos histórico e sistemático do enunciado *nulla poena sine lege* tanto com o sistema de legalidade de um tal Estado legislador quanto com o antes mencionado interesse na segurança jurídica está documentado com exemplar clareza.



do arbítrio dos juristas intérpretes: "Se o juiz se atreve e se arroga o poder de interpretar as leis, tudo isso se torna arbítrio inteiramente incalculável. Em tais métodos, toda e qualquer segurança chega aos seus limites".<sup>24</sup> Nem a prática inglesa da vinculação aos casos precedentes (a do assim chamado *case-law*) nem as interpretações dos juristas da tradição do Direito Romano, dos *Roman lawyers*, satisfazem à necessidade positivista de Bentham de segurança e calculabilidade incondicionais. Só depois de o juiz ter-se tornado integralmente uma função da clara palavra e do claro conteúdo da lei, ter-nos-emos nos aproximado do ideal da "segurança" e "inviolabilidade". Mas, então, também não existe mais nenhuma produtividade na ciência jurídica; teremos, então, apenas a dominação da segurança, firmeza e inviolabilidade de um aparelho de execução de normas que funciona conforme o horário de trens e com vistas ao qual é mais funcional capacitar tecnicamente bons agulheiros<sup>25</sup> do que oferecer uma formação em ciência jurídica [35].

O positivista não é nenhum tipo independente e por isso também não eterno de pensamento jurídico. Ele se submete – de forma decisionista – à decisão do legislador que está respectivamente de posse do poder estatal, pois só ele pode fornecer a possibilidade de efetivamente realizar de forma coercitiva [*Erzwingbarkeit*]; mas ele exige ao mesmo tempo que essa decisão continue em vigência de modo firme e inviolável enquanto norma, isto é, que o próprio legislador estatal também se submeta à lei por ele instituída e à sua interpretação. Denomina "Estado de Direito" apenas esse sistema de legalidade, embora ele justamente ponha um Estado Legislador no lugar de um Estado de "Direito" e substitua a justiça pelo interesse da segurança jurídica.<sup>26</sup> Mas, por meio do normativismo da legalidade, ele se coloca novamente acima da decisão de poder do Estado, à qual ele se submetera no interesse da segurança e da firmeza, e formula agora pretensões normativas ao legislador. Ele fundamenta, portanto, o seu ponto de vista primeiro em uma vontade (do legislador ou da lei) e, depois, contra a sua vontade, sem mediações em uma lei "objetiva". Na sequência histórica das fórmulas, pode-se constatar a sequência da vontade do legislador até a própria lei, passando pela vontade da lei. É plausível supor nisso uma evolução intrinsecamente

<sup>24</sup> *With this manner of proceeding is there is no security*, op. cit., p. 325.

<sup>25</sup> Como o Brasil não tem uma tradição ferroviária comparável à da Alemanha, talvez seja útil lembrar que o autor ilustra aqui o seu argumento com imagens do transporte ferroviário. [Nota do Tradutor.]

<sup>26</sup> Ver, a propósito, o discurso "Nationalsozialismus und Rechtsstaat", publicado na *Juristische Wochenschrift*, de 24 de março de 1934, pp. 713 e ss.

coerente da vontade até a norma, da decisão à regra, do decisionismo ao normativismo. Mas em vez de ter nascido da coerência intrínseca de determinado modo de pensar, essa sequência só foi possibilitada pela combinação de decisionismo e normativismo, peculiar ao positivismo; ela permite que o jurista se apresente, de acordo com a situação [*Lage der Sache*], ora como decisionista, ora como normativista, para satisfazer a única necessidade de segurança e calculabilidade, essencial ao positivismo. O traço peculiar do positivista [36] está sempre no interesse na segurança, firmeza e previsibilidade efetivas do que de fato é considerado possível de ser realizado de forma coercitiva, seja a decisão do legislador, seja a lei decorrente dessa decisão e a decisão judicial previsível oriunda dessa lei. Diferentemente de outras espécies de validade, a validade "positiva" da lei é necessariamente sempre algo efetivo, algo que pode ser realizado de forma coercitiva pelo poder humano, faticamente e sem mediações.

Ora, um dado de fato real [*Tatsache*], o "mero fato", naturalmente não constitui nenhuma fonte de direito, e a pergunta relevante em termos de ciência do direito busca saber justamente como esse item apenas fático – a vontade da lei ou o instante da validade efetiva –, ao qual o positivista se atém, deve ser concebido em termos jurídicos, se como norma, ou como decisão, ou como parte de um ordenamento. O positivista estará inclinado a rejeitar essa pergunta pelo princípio da validade positiva da norma como questão de natureza não mais jurídica. Mas também ele não pode fugir à necessidade jurídico-científica de apreender o ponto no qual ele inicia a sua atividade de cientista jurídico, a fonte do direito ou o fundamento da validade, em uma categoria de ciência do direito. Por conseguinte, ele interpretará esse momento fático efetivo no qual inicia a validade positiva, em termos normativos ou decisionistas. A partir do campo normativista, um positivista do séc. XIX, Georg Jellinek, cunhou a expressão típica da "força normativa do fático". Como ele parte da "força normativa motivadora do direito", fatos e dados de fatos reais [*Tatsachen*], que indubitavelmente exercem uma força motivadora especialmente acentuada, possuem sem mais nem menos também uma "força normativa".<sup>27</sup> A fórmula da [37] "força normativa do fático" foi repetida inúmeras vezes.

<sup>27</sup> *Allgemeine Staatslehre*, 3. ed., pp. 341, 360, 371 (a primeira edição foi publicada em 1900); a tese fundamental normativista está enunciada na p. 355: "Todo e qualquer direito é norma de ajuizamento e por isso nunca é congruente com as relações a serem ajuizadas por ele". Assim, apesar dessa "força normativa do fático", "a política" deverá permanecer "excluída da Teoria Geral do Estado" (p. 23). Poder e direito são contrapostos de



Considerada do ponto de vista da lógica jurídica em si mesma, ela é uma mera combinação de palavras e apenas uma perifrase da linguagem vazia, segundo a qual o positivismo, a partir do seu elemento normativo, obviamente sempre pode interpretar a positividade fática como uma força "normativa". Um positivista com lógica mais apurada falaria de uma força "decisionista" do fático, que naturalmente é no mínimo tão grande quanto a força "normativa". Em contrapartida, um positivista não gostará de invocar a "força positiva" do fático, embora ele, com a sua submissão ao fato positivo da possibilidade de realizar de modo coercitivo, não tenha outra coisa em mente. Mas o autodevelamento que estaria contido na expressão da "força positiva do fático" provavelmente seria também inaportável para o positivista puro. Já aqui se evidencia que o positivista não é nenhum tipo de pensamento fundamental [*originär*] da ciência do direito.

Poder-se-ia falar mais apropriadamente de uma "força ordenadora" do fático, mas o pensamento do ordenamento concreto não corresponde no mesmo grau à necessidade positivista de segurança e previsibilidade em boas condições de funcionamento do que a combinação de normativismo e decisionismo que caracteriza a essência do positivismo em termos de ciência do direito. Um normativismo puro deveria derivar a norma positiva de uma norma suprapositiva [38]; o pensamento do ordenamento concreto conduziria igualmente a uma unidade de ordenamento suprapositiva, abrangente, total. Mas o pensamento decisionista, ao contrário, permite a continuidade positiva a partir de determinado momento efetivo, no qual, a partir de um nada anterior normativo ou de um nada anterior em termos de ordenamento, surge a lei positiva, exclusivamente relevante em termos positivos, que, no entanto, deverá continuar valendo como norma positiva. Uma vez instituída, ela deverá, entretanto, ter validade também contra a vontade que a instituiu; do contrário, ela não poderia fornecer a necessária segurança quanto ao "que se deve esperar do Estado". Mas só o elemento decisionista possibilita ao positivista interromper num determinado instante e num determinado lugar a pergunta pelo fundamento último de validade da norma válida, ao invés de levá-lo cada vez mais na direção do imprevisível, do "metajurídico", e reconhecer a vontade de um poder soberano que em determinado momento histórico existe de fato, impõe-se de fato, sem conceber esse poder como uma instituição, ou como qualquer outro

modo normativista, o direito de emergência do Estado é rejeitado como uma expressão do enunciado de que o poder prevalece sobre o direito, mas "lacunas na constituição" podem ser positivamente "preenchidas por relações fáticas de poder" (p. 359).

ordenamento concreto, ou genericamente, sem perguntar pela sua razão de ser [*nach ihrem guten Recht fragen*].

A segurança, firmeza e inviolabilidade invocadas pelo positivista são, na realidade, no que diz respeito ao elemento decisionista do positivismo, apenas a segurança, firmeza e inviolabilidade da vontade cuja decisão soberana transforma a norma em norma válida. No tocante ao fato de que o positivista invoca a vontade do legislador estatal ou da lei estatal, uma decisão do legislador estatal que se expressa e se impõe em um "poder de Estado" efetivamente existente, ele está, em termos de história do Direito, vinculado à teoria decisionista do Estado surgida no séc. XVII, devendo com ela desaparecer. Mas no tocante ao fato de que ele invoca a lei enquanto uma norma, a sua segurança e firmeza são apenas a segurança e firmeza da legalidade do Estado Legislador que chegou ao poder no séc. XIX. À medida [39] que por trás da necessidade de segurança do positivismo se esconde apenas a subalterna busca genericamente humana de uma proteção contra riscos e responsabilidades, pode-se afirmar – embora apenas em sentido depreciativo – que se trata aqui de um tipo "eterno" e indestrutível, universalmente humano. No entanto, enquanto fenômeno notável em termos de ciência do direito, o positivismo jurídico está inteiramente vinculado à situação do Estado e da sociedade, característica do séc. XIX. Dado que o normativista e o decisionista são tipos sempre recorrentes do pensamento na ciência jurídica, a combinação de decisionismo e normativismo, da qual consiste o positivismo do séc. XIX, não poderá ser considerada nem um tipo jurídico fundamental [*originär*] nem um tipo jurídico eterno.

Se um tal método positivista, que alega ser puramente jurídico, rejeita toda e qualquer consideração não puramente jurídica como própria de uma visão de mundo econômica, sociológica, moral ou política, ficando assim eliminadas todas essas considerações de ordem material, não resta muito para a argumentação puramente jurídica. O que pode ficar como resto se subtrairmos a um caso e à sua dica. O que pode ficar como resto se subtrairmos a um caso e à sua apreciação todos os elementos atinentes à visão de mundo, à economia, à política? Se o pensamento jurídico for destacado de todo e qualquer sentido conteudístico e da situação normal pressuposta, qualquer sentido em oposição cada vez mais forte a todos ele se põe necessariamente em oposição à visão de mundo, moral, os conteúdos, a tudo o que disser respeito à visão de mundo, moral, econômica ou política. Com isso, as distinções entre esfera jurídica e econômica ou política, entre esfera jurídica e econômica, entre esfera da visão de mundo, entre esfera jurídica e econômica, entre esfera jurídica e moral etc. são tão agudizadas que em dialética consequente por fim resta apenas a falta de sentido em termos de visão de mundo, economia, ética e política, enquanto característica específica



fica única [40] de um modo de pensar indubitavelmente puro, tão somente jurídico.

Max Planck mostrou certa vez como o positivismo nas ciências naturais confia na sua busca da certeza incondicional apenas na impressão sensível, não podendo, por conseguinte, diferenciar percepções sensíveis errôneas ou ilusórias de outras percepções sensíveis, pois uma física positivista desconhece ilusões dos sentidos.<sup>28</sup> O destino do positivismo jurídico, integralmente dimensionado para a segurança e o impedimento do arbítrio subjetivo, apresenta algumas similaridades com essa sequência. Na ausência da normalidade da situação concreta, pressuposta na norma positiva, mas irrelevante em termos de direito positivo, desaparece toda e qualquer aplicação firme, calculável e inviolável da norma. Mesmo a "justiça da positividade", da qual falou Erich Jung, termina aqui. Sem o sistema de coordenadas de um ordenamento concreto, o positivismo jurídico não consegue distinguir nem entre direito e não direito [*Unrecht*], nem entre objetividade e arbítrio subjetivo.

## II. A inserção dos tipos do pensamento jurídico na evolução global da história do direito

Uma ciência do direito livremente pairante [*freischwebend*] existe tão pouco quanto uma inteligência livremente pairante. O pensamento jurídico e o pensamento na ciência do direito só operam no contexto de um ordenamento total historicamente concreto. Ele também não se pode ater a regras ou decisões livremente pairantes. Mesmo as *fixções* e *ilusões* de uma tal "liberdade" e de um tal "pairar" pertencem, enquanto sintomas colaterais, a determinado estado de dissolução [*ausgelöster Ordnung*] e só podem ser [41] compreendidas com vistas a ele. Os tipos de pensamento aqui formulados não são, portanto, apresentados de modo relativista, por assim dizer para fins de seleção aleatória, mas obtêm a sua posição hierárquica no nexo total da situação concretamente contemporânea e da realidade da nossa vida jurídica contemporânea.

O direito natural aristotélico-tomista da Idade Média é uma unidade legal de ordenamentos, viva e estruturada em graus de essência e existência, em supra- e subordinações, inserções e desmembramentos. Hoje inexistem as equivocadas interpretações normativistas, às quais esse direito natural se viu exposto no último século. Do

<sup>28</sup> *Positivismus und reale Ausserwahl*. Palestra proferida em 12 de novembro de 1930 na Sociedade Imperador Guilherme, Berlim e Leipzig, 1931, p. 11.

colapso dos muitos ordenamentos medievais e do seu correlato pensamento do ordenamento exsurgiu desde o séc. XVI o ordenamento estatal com o ordenamento uno, que absorveu em si todos os outros ordenamentos. O decisionismo da teoria do Estado e do direito de Hobbes é a expressão jurídica científica mais coerente do novo pensamento centrado na ideia da soberania, e por isso também a sua expressão jurídica mais preñhe de consequências em termos de história do direito. Nele aparece o grande *Leviatã*, que engole todos os outros ordenamentos. Ele elimina ou relativiza as tradicionais comunidades feudais, estamentais e eclesiais, as gradações hierárquicas e os direitos adquiridos, elimina todo o direito à resistência apoiado em tais ordenamentos pré-estatais, monopoliza o direito junto ao legislador estatal e busca construir o ordenamento estatal a partir do indivíduo, isto é, em perspectiva de ordenamento, a partir de uma tábula rasa, a partir de um nada em termos de ordenamento e comunidade. Ocorre que o "contrato", mais precisamente "consenso" dos indivíduos, causador do Estado, somente é possível por meio de um garante soberano do ordenamento assim fundamentado, somente por meio do Estado, cujo poder se origina precisamente desse consenso geral. O soberano é onipotente por meio do consenso que ele mesmo causa e possibilita por meio da [42] onipotência estatal e da decisão. Somente na nova base de uma paz [*Ruhe*], segurança e ordem públicas causadas por esse Estado difunde-se então, na estabilidade maior do séc. XVIII, um direito racional mais normativista que faz recuar o decisionismo absoluto e dissolve todos os ordenamentos naturais em normas e relações contratuais entre indivíduos, até desembocar finalmente, no séc. XIX, no funcionalismo das regras positivistas de uma sociedade burguesa-individualista orientada para a troca.

### 1. A evolução alemã até o presente

Na Alemanha, o pensamento do ordenamento concreto e das comunidades concretas nunca deixou de existir. Foi eliminado da práxis jurídica somente no séc. XIX, no fundo somente na segunda metade do séc. XIX, pelo assim chamado positivismo jurídico ou legalista. Até então, os conceitos de ordenamento eclesiais e intraestatais continuaram exercendo a sua influência. O ordenamento interno dos novos estados territoriais alemães surgidos desde o séc. XVII de modo algum fez *tabula rasa*; no início, a determinidade institucional da igreja católica e da vida nos países católicos, espiritualmente formada por ela, mas em grau nada menor o senso luterano dos "ordenamentos naturais da criação", presente na Alemanha protestante, continuaram definindo a realidade da vida jurídica mais fortemente



jurídicas. A lei intencionalmente não fala mais de empregador e empregado; no lugar do contrato coletivo de trabalho, temos um ordenamento salarial; empresários, funcionários administrativos e trabalhadores são líderes e seguidores [*Gefolgschaft*] em uma empresa que trabalham conjuntamente para fomentar as finalidades da empresa e em benefício comum do povo e do Estado; ambos aparecem como membros de um ordenamento comum, de uma comunidade com caráter de Direito Público. O tribunal de honra de causas sociais [*soziale Ehrengerichtbarkeit*] é uma aplicação coerente da ideia do ordenamento; em virtude dela, a fidelidade, obediência [*Gefolgschaft*], disciplina e honra não são mais compreendidas como funções de regras e normatizações abstratas [*losgelöst*], mas como elementos essenciais de uma nova comunidade e do ordenamento concreto e da configuração concreta da vida nessa comunidade.

### [65] Conclusão

Somente depois dessa breve e resumida visão de conjunto sobre a situação contemporânea da ciência jurídica alemã se pode reconhecer o significado profundo e decisivo do novo conceito de jurista introduzido na Alemanha pelo movimento nacional-socialista. A integração corporativa [*ständische Zusammenfassung*] dos juristas alemães na Frente do Direito Alemão fundamentou a sua organização em um conceito de jurista que suspende e supera o dilaceramento positivista de direito e economia, direito e sociedade, direito e política. Deverá fazer parte das novas formações corporativas dos juristas alemães todo o companheiro de etnia alemã [*deutscher Volksgenosse*] que se ocupa no seu trabalho profissional da aplicação ou do aperfeiçoamento do direito alemão na vida pública, no Estado, no setor privado ou nas autarquias, estando, dessarte, enraizado<sup>54</sup> na vida jurídica alemã. Nesses novos conceitos de direito, jurista e profissão jurídica [*Rechtsstand*] fundamentam-se tanto a Federação Nacional-Socialista dos Juristas Alemães, isto é, aquela parte do movimento nacional-socialista que se ocupa em sentido específico com o direito alemão, quanto a Academia de Direito Alemão, fundada no outono de 1933. O *Führer* da Frente do Direito Alemão, fundador e presidente da Academia de Direito Alemão, Comissário de Justiça do *Reich*, Dr. Hans Frank, identificou a tarefa dos juristas alemães [66]

<sup>54</sup> A palavra "enraizado" é um dos numerosos exemplos comprobatórios da absorção da fraseologia nazista nos trabalhos de Carl Schmitt depois de 1933. "Enraizados" são os "companheiros de etnia" [*Volksgenossen*], já desenraizados são os membros de outras "raças", sobretudo os judeus. [Nota do Tradutor.]



sobretudo em uma "configuração da realidade" [*Sachgestaltung*] correspondente ao espírito alemão.<sup>55</sup> Nessa palavra por ele cunhada, a característica essencial do novo pensamento dos ordenamentos concretos e das configurações concretas foi expressa de forma concisa.

Para o tradicional tipo de pensamento positivista, esse avanço inegável de um novo modo de pensamento jurídico se afigura, entretanto, apenas como um corretivo do seu velho método, como uma mitigação de um enrijecimento, aparentado aos anteriores movimentos do Direito Livre, como mera adaptação a uma nova situação para fins de continuação e autopreservação do tipo até agora existente. Mas a mudança do modo de pensar da ciência jurídica está hoje ligada a uma mudança de toda a estrutura do Estado. Conforme foi mostrado acima, todas as transformações de um tipo de pensamento jurídico situam-se no grande nexos histórico e sistemático que os insere na respectiva situação da vida política da comunidade. Assim como o decisionismo de Hobbes pertence ao séc. XVII, à época da implementação do absolutismo dos príncipes, e assim como o normativismo juracionista pertence ao séc. XVIII, a combinação de decisionismo e normativismo, representada pelo positivismo legalista dominante desde o séc. XIX, explica-se a partir de determinada relação dualista de Estado e sociedade civil, da estrutura binembre da unidade política de outrora, partida em Estado e sociedade, alternando entre Estado de exceção e legalidade. Tão logo essa estrutura dualista de Estado e sociedade livre de Estado se encerra, desaparece também necessariamente seu correlato tipo de pensamento na ciência jurídica. O Estado do presente não se subdivide mais em dois membros de Estado e sociedade, mas estrutura-se em três séries de ordenamentos segundo Estado, Movimento e Povo. Enquanto série especial de ordenamento, o Estado não detém mais o monopólio do político [*des Politischen*] [67], mas é apenas um órgão do líder-comandante [*Führer*] do movimento. A uma unidade política estruturada desta forma o elemento decisionista ou normativista ou o pensamento positivista, que combina ambos, já não é mais adequado. Faz-se mister agora um pensamento do ordenamento concreto e da configuração concreta, que esteja à altura das numerosas novas tarefas da situação do Estado, do povo-etnia [*völkische Lage*], da economia e da visão de mundo, bem como das novas formas comunitárias. Por isso, cada avanço de um novo modo de pensar na ciência jurídica não contém apenas uma mera correção de métodos positivistas existentes até agora mas também uma transição a um novo tipo do pensamento jurídico, que possa fazer justiça às comunidades, aos ordenamentos e às configurações emergentes de um novo século.

<sup>55</sup> *Juristische Wochenschrift*, 1933, p. 2091.

### O *Führer* protege o Direito sobre o discurso de Adolf Hitler no *Reichstag* em 13 de julho de 1934

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

No seu discurso no *Reichstag* em 13 de julho de 1934, dirigido a todo o povo alemão, o *Führer* lembrou uma outra advertência da história. O forte Império Alemão, fundado por Bismarck, desmoronou durante a Guerra Mundial, pois no instante decisivo não teve a força para "fazer uso dos seus artigos para os casos de guerra". Paralisada pelo modo de pensar de um "Estado de Direito" de natureza liberal, uma burocracia civil sem instinto político não teve coragem de tratar amotinados e inimigos do Estado segundo o seu merecido direito. Quem ler hoje no vol. 310 dos impressos do *Reichstag* o relatório sobre a Assembleia Plenária Pública de 9 de outubro de 1917, ficará estarecido e compreenderá a advertência do *Führer*. O comunicado do então governo do *Reich*, de que os cabeças dos marinheiros amotinados tinham negociado com deputados do *Reichstag* do Partido Socialista Independente foi respondido pelo *Reichstag* com grande indignação nos seguintes termos: não se poderia podar o direito constitucionalmente assegurado de um partido a fazer propaganda no exército, além disso, faltariam provas concludentes quanto ao crime de alta traição. Ora, essas provas concludentes os Socialistas Independentes nos cuspiram um ano depois no rosto.



Com coragem sem precedente e sob terríveis sacrifícios o povo alemão resistiu quatro anos ao mundo inteiro. Mas as suas lideranças políticas fracassaram tristemente na luta contra o envenenamento do povo e o solapamento do direito e do sentimento da honra alemães. Penamos até os dias atuais pelas inibições e paralisias dos governos alemães da Guerra Mundial.

Toda a indignação ética diante da ignomínia de um tal colapso acumulou-se em Adolf Hitler e tornou-se nele a força propulsora de uma ação política. Todas as experiências e advertências da história do desastre alemão estão vivas nele. A maioria das pessoas teme a dureza dessas advertências e prefere se refugiar em uma superficialidade que evita o confronto e busca a conciliação [*ausweichende und ausgleichende Oberflächlichkeit*]. Mas o *Führer* leva as advertências da história alemã a sério. Isso lhe dá o direito e a força para fundar um novo Estado e uma nova ordem.

II. O *Führer* protege o direito do pior abuso, quando ele, no instante do perigo, cria o direito sem mediações, por força da sua liderança [*Führertum*] e enquanto Juiz Supremo. “Nessa hora fui responsável pelo destino da nação alemã e com isso Juiz Supremo do povo alemão”. O verdadeiro líder [*Führer*] sempre é também juiz. Da liderança [*Führertum*] emana a judicatura [*Richtertum*]. Quem quiser separar ambas ou mesmo opô-las, ou transforma o juiz no contralíder [*Gegenführer*], ou em instrumento do contralíder e procura paralisar [*aus den Angeln heben*] o Estado com ajuda do Judiciário. Eis um método, muitas vezes experimentado, da destruição não apenas do Estado mas também do Direito. A tentativa de transformar o Direito Penal na grande carta branca, na “Magna Carta do criminoso”, (F. von Liszt) foi muito característica para a cegueira jurídica do pensamento legalista liberal. Do mesmo modo, o Direito Constitucional tornou-se, nessa corrente de pensamento, a Magna Carta dos que cometem alta traição e traem a pátria. Com isso, o Judiciário transforma-se em uma engrenagem de imputações [*Zurechnungsbetrieb*], sobre cujo funcionamento previsível e por ele calculável o criminoso tem um direito subjetivo adquirido. Mas em uma legalidade alegadamente sem lacunas, o Estado e o povo se veem totalmente manieta-dos. Para o caso de extrema emergência talvez se conceda ao Estado, debaixo do panc [*unter der Hand*], saídas apócrifas de emergência, reconhecidas por alguns teóricos liberais do direito de acordo com a situação, negados por outros em nome do Estado de Direito e considerados “juridicamente inexistentes”. Mas com essa forma de ciência jurídica não se pode compreender a palavra do *Führer*, segundo a

qual ele agiu “como o juiz supremo do povo”. Ela pode reinterpretar o ato judicante do *Führer* apenas em uma medida de estado de sítio, que deve ser legalizada *ex post facto* e carece da concordância posterior do parlamento [*indemnitätsbedürftig*]. Assim, uma afirmação fundamental do nosso direito constitucional contemporâneo, o princípio do primado da liderança política, é distorcida em flor retórica juridicamente irrelevante; e o agradecimento, que o *Reichstag* externalizou ao *Führer* em nome do povo alemão, é distorcido assim em uma homologação posterior de ato governamental pelo parlamento [*Indemnität*] ou mesmo em uma absolvição.

Em verdade, o ato do *Führer* foi o exercício de uma autêntica judicatura. Ele não está sujeito à justiça, ele mesmo foi justiça suprema. Não se tratou da ação de um ditador republicano que em um espaço vazio de direito, enquanto a lei por um instante fecha os olhos, cria fatos consumados para que depois, no assim criado chão dos novos fatos, as ficções da legalidade sem lacunas possam novamente ocupar o seu lugar. A judicatura do *Führer* brota da mesma fonte de direito da qual brota também todo e qualquer direito de qualquer povo. Na necessidade suprema, o direito supremo prova o seu valor [*bewährt sich*] e manifesta-se o grau mais elevado da realização judicantemente vingativa desse direito. Todo o direito tem a sua origem no direito do povo à vida. Toda a lei do Estado, toda a sentença judicial contém apenas tanto direito quanto lhe afluê dessa fonte. O resto não é direito, mas um “tecido de normas positivas coercitivas”, do qual um criminoso hábil zomba.

III. Em oposição cortante [*scharfer Entgegensetzung*], o *Führer* sublinhou a diferença entre o seu governo e o seu Estado e o Estado e os governos do sistema de Weimar: “Não quis abandonar o jovem *Reich* ao destino do velho”. “Em 30 de janeiro de 1933, não foi formado pela enésima vez um novo governo, mas um novo regime [*neues Regiment*] afastou uma era velha e doente.” Se o *Führer* exige em tais palavras a liquidação de um segmento turvo da história alemã, isso possui um alcance jurídico também para o nosso pensamento jurídico, para a práxis e interpretação do direito. Precisamos reexaminar em todas as áreas do direito os nossos métodos e raciocínios usados até agora, as opiniões doutrinárias até agora dominantes e as decisões prévias dos tribunais supremos. Não podemos ater-nos cegamente aos conceitos e argumentos jurídicos e aos prejudgados produzidos por uma era velha e doente. É certo que alguns enunciados nas fundamentações de sentenças dos nossos tribunais devem ser compreendidos a partir de uma justificada resistência à corrupção



do sistema de então; mas mesmo isso significaria hoje o contrário, caso continuássemos nesse caminho sem maior reflexão, e transformaria o Judiciário no inimigo do Estado atual. Se o Tribunal do *Reich* viu em junho de 1932 (RGSt. 66, p. 386) o sentido da independência do juiz em "tutelar o cidadão nos seus direitos legalmente reconhecidos contra o possível arbítrio de um governo que lhe fosse adverso", tal juízo foi formulado a partir de uma postura liberal-individualista. "A judicatura é imaginada em posição de enfrentamento não apenas do chefe de Estado e do governo mas também dos órgãos da Administração Pública."<sup>1</sup> Isso é perfeitamente compreensível a partir dessa época. Mas hoje temos o dever de impor da maneira mais decidida possível o novo teor de sentido de todas as instituições do Direito Público, também do Judiciário.

No fim do séc. XVIII, o velho Häberlin interligou a questão do direito emergencial do Estado com a questão da delimitação de matérias judiciais e matérias governamentais e ensinou que, em caso de perigo ou de grande dano para o Estado, o governo poderia declarar matéria governamental cada matéria judicial. No séc. XIX, Dufour, um dos pais do Direito Administrativo francês, definiu o ato governamental subtraído a todo e qualquer controle por parte dos tribunais (*acte de gouvernement*) no sentido de que o seu objetivo seria a defesa da sociedade, mais especificamente, contra inimigos internos e externos, abertos ou ocultos, atuais ou futuros. Não importa o que pensemos de tais determinações, elas de qualquer modo apontam para uma especificidade juridicamente essencial dos "atos de governo" de natureza política, que logrou reconhecimento jurídico até nos Estados Liberais de Direito. Mas num *Führerstaat*, no qual a legislação, o governo e o Judiciário não se controlam reciprocamente com desconfiança, como ocorre num Estado Liberal de Direito, aquilo que normalmente é de direito para um "ato do governo" deve valer em medida incomparavelmente mais elevada para um ato por meio do qual o *Führer* comprovou a sua liderança e judicatura supremas.

O conteúdo e a abrangência do seu procedimento são determinados pelo próprio *Führer*. O fato de desde a noite de domingo, dia 1º de julho, o estado da "justiça normal" está restabelecido, foi mais uma vez assegurado no discurso do *Führer*. A Lei sobre Medidas de Legítima Defesa do Estado, promulgada em 3 de julho de 1934 (RGBl. I, p. 529), designa na forma de uma lei governamental a abrangência temporal e material da ação direta do *Führer*. "Ações

<sup>1</sup> Cf. o recentemente publicado escrito de H. Henkel, *Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt*, Hamburg, 1934, pp. 10 e ss.

especiais", localizadas fora ou dentro do espaço de tempo dos três dias, não relacionadas com a ação do *Führer* e não autorizadas por ele são uma negação do direito [*Unrecht*] tanto pior quanto mais elevado e puro for o direito do *Führer*. Segundo as declarações do primeiro-ministro da Prússia, Göring, de 12 de julho, e das declarações do Ministro da Justiça do *Reich*, Gürtner, de 20 de julho de 1934,<sup>2</sup> foi ordenada uma perseguição penal especialmente rigorosa de tais ações especiais inadmissíveis. O fato de a delimitação de ações autorizadas e não autorizadas não poder, em caso de dúvida, ser matéria a ser decidida pelos tribunais, deveria ser autoevidente depois das alusões anteriores sobre a especificidade do ato governamental e da ação do *Führer*.

IV. No âmbito do período total desses três dias aparecem com especial nitidez aquelas ações judicantes do *Führer* pelas quais ele vingou, enquanto líder do movimento, a peculiar deslealdade dos seus sublíderes, cometida contra ele enquanto líder supremo do movimento. O líder do movimento tem, enquanto tal, uma tarefa judicante cujo direito intrínseco não pode ser efetivado por nenhuma outra pessoa. O fato de no nosso Estado existir apenas um titular da vontade política, o Partido Nacional-Socialista foi expressamente sublinhado pelo *Führer* no seu discurso no *Reichstag*. Mas faz parte de uma sociedade politicamente organizada [*Gemeinwesen*], que se estrutura e ordena de tal modo em Estado, Movimento e Povo, também o direito intrínseco próprio àqueles ordenamentos vitais e comunitários que sustentam o Estado e estão fundamentados de modo especial no juramento de lealdade ao *Führer*. Do cumprimento da tarefa inerente ao partido depende hoje nada menos do que o destino da própria unidade política do povo alemão. "O partido e a SA não podem ser aliviados por nenhuma outra instância, muito menos ainda por um tribunal burguês liberal [*bürgerliches Gericht*] que procede de forma judicial, dessa tarefa ingente na qual se acumula também todo o perigo do fator político [*des Politischen*]. Aqui o partido e a SA dependem inteiramente de si mesmos."<sup>3</sup> Por essa razão, o líder político tornou-se adicionalmente juiz supremo de um modo específico, em virtude da qualificação específica do crime.

V. O *Führer* lembra sempre de novo o colapso do ano 1918. A partir dessa data define-se a nossa situação atual. Quem quiser avaliar

<sup>2</sup> Diário *Völkischer Beobachter* de 13 de julho e de 22/23 de julho de 1934 e *Deutsche Justiz*, p. 925; cf. também a resenha, *infra*, p. 983.

<sup>3</sup> [Carl Schmitt] *Staat. Bewegung, Volk*, Hamburgo, 1933, p. 22.



corretamente os graves acontecimentos do dia 30 de junho não poderá dissociar os eventos desse e dos dois próximos dias do nexo da nossa situação política global e isolá-los e encapsulá-los, à maneira de certos métodos de processo penal, até que a sua substância política tiver sido expurgada e restar apenas uma “conformidade ou não conformidade puramente jurídica ao tipo legal”. Com tais métodos não se pode fazer justiça a nenhum processo de natureza altamente política. No entanto, um dos meios de envenenamento do povo nas últimas décadas e um dos artifícios há muito usados da propaganda antialemã consiste justamente em apresentar esse procedimento por isolamento como o único correspondente ao “Estado de Direito”. No outono de 1917, todos os parlamentares alemães, confundidos no seu pensamento jurídico, tanto os capitalistas quanto os comunistas, tanto os clericais quanto os ateus, exigiram em estranha unanimidade que o destino político da Alemanha fosse abandonado a tais ficções e distorções processualistas, e uma burocracia espiritualmente desamparada nem sentiu naquela época o sentido político dessas exigências “jurídicas”. Diante do ato de Adolf Hitler, vários inimigos da Alemanha virão com exigências similares. Dirão que é escandaloso [*unerhört*] que o atual Estado alemão possui a força e a vontade de distinguir entre amigos e inimigos.<sup>4</sup> Prometer-nos-ão o louvor e o aplauso de todo o mundo, se mais uma vez, como em 1919, cairmos de joelhos e sacrificarmos a nossa existência política aos ídolos do liberalismo. Quem olhar para o portentoso fundo da nossa situação política global compreenderá as admoestações e advertências do *Führer* e se armará para o grande combate espiritual no qual teremos de defender o nosso bom direito.

<sup>4</sup> A distinção amigo-inimigo, central no pensamento de Schmitt, é desenvolvida no livro *O Conceito do Político*. [Nota do Revisor.]