

# DIREITOS HUMANOS ENTRE JUSNATURALISMO E POSITIVISMO: UMA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS NATURAIS

JUSNATURALISM AND POSITIVISM: A DEFENSE OF HUMAN RIGHTS AS NATURAL RIGHTS

Recebido em	29/11/2022
Aprovado em	05/12/2022

Matheus Bellard Pereira Mariuba <sup>1</sup>  
Lucas do Couto Gurjão Macedo Lima <sup>2</sup>

## RESUMO

Na primeira metade do século XX, a humanidade presenciou um de seus mais tenebrosos e sombrios períodos, ocasionado por meio da ascensão dos regimes totalitários, tendo como destaque principal o Partido nazista, chefiado por Adolf Hitler. Este movimento se utilizou do ordenamento jurídico alemão para legitimar e realizar as mais diversas atrocidades, visando sempre exterminar quem contrariasse a sua ideologia autoritária, eugênica, racista e extremamente injusta. Durante esse período, o direito tornou-se uma ferramenta fundamental para que os líderes do Terceiros Reich pudessem colocar em prática os seus planos e objetivos. O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica sobre a razão de o direito positivo precisar necessariamente estar vinculado à moralidade. Dessa forma, sustenta-se que não basta apenas que uma determinada norma tenha cumprido com seus requisitos político-formais, mas que deva manifestar, de alguma forma, a virtude moral da justiça. Assim, deflagra-se a importância de uma teoria que lance um olhar moral para o funcionamento do direito em contraposição às teorias meramente descritivas que buscam identificar e validar o direito apenas com critérios formais e procedimentais. Dessa forma, utilizar-se-á o método comparativo entre a Teoria Pura do Direito, proposta pelo positivista Hans Kelsen, em face da teoria filosófica jusnaturalista defensora dos direitos humanos, baseando-se como cerne desta discussão o direito empregado durante a Alemanha nazista.

**Palavras-chave:** Jusnaturalismo; positivismo; direitos humanos; moral; lei natural.

## ABSTRACT

In the first half of the 20th century, humanity was able to witness one of its darkest and darkest periods, caused by the rise of totalitarian regimes, with the main highlight of the National Party of German Workers, led by Adolf Hitler, also known as the Nazi Party. This

<sup>1</sup>Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2023); Pós-graduando em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Id Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6292061560526561>. Id Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-0658-2624>. Email: [mathbellard@hotmail.com](mailto:mathbellard@hotmail.com).

<sup>2</sup> Professor da Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na linha Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos. Doutorando em Direitos pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

movement used the German legal system to legitimize and carry out the most diverse atrocities, always aiming to exterminate those who contradicted its authoritarian, eugenic, racist and extremely unfair ideology. During this period, the law became a fundamental tool for Third Reich leaders to put their plans and objectives into practice. The present work aims to carry out a critical analysis on why positive law must necessarily be linked to morality. In this way, it is argued that it is not enough that a certain norm has complied with its political-formal requirements, but that it must somehow manifest the moral virtue of justice. Thus, the importance of a theory that casts a moral look at the functioning of law as opposed to merely descriptive theories that seek to identify and validate the law only with formal and procedural criteria is highlighted. In this way, the comparative method will be used between the Pure Theory of Law, proposed by the positivist Hans Kelsen, in the face of the legal naturalist philosophical theory defending human rights, using the law used during Nazi Germany as the core of this discussion.

**Keywords:** Jusnaturalism; positivism; human rights; moral; natural law.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de apresentar uma análise crítica e descritiva sobre uma problemática atual e grave acerca da aplicabilidade dos Direitos Humanos no contexto da diversidade e multiplicidade dos ordenamentos jurídico-positivos. O labor empregado busca descrever as argumentações de autores das escolas de filosofia do direito que disputam a fundamentação jurídica das teorias de direitos humanos, quais sejam, o juspositivismo defendido por Kelsen e o jusnaturalismo aristotélico-tomista.

O objetivo desta pesquisa é estudar sobre a validade das normas jurídicas e sua conexão com a moralidade, analisando a relação entre a moral e o direito. Para tanto, buscou-se comparar a visão positivista da teoria pura do direito de Hans Kelsen, que visa descrever o direito sem uma mistura com a moral, com as teorias de direito natural, que procuram ter uma maior relação entre ambos os campos.

O problema de pesquisa consiste em de que forma o jusnaturalismo desatrelado da moralidade pode inviabilizar a aplicação dos direitos humanos? Para investigar tal problemática, fora pesquisado entre diversos autores e teorias concebidas na filosofia do direito. Nessa toada, sustentou-se a incapacidade da teoria “Kelseniana” em viabilizar a aplicação de direitos universais frente aos ordenamento jurídico-positivo diverso dos países.

A metodologia de pesquisa empregada fora o método comparativo, a partir do qual, após prévia explanação inicial do pensamento positivista, buscou-se comparar com a teoria do jusnaturalismo tradicional e retirar conclusões fundadas nas premissas. A comparação valeu-se de diversos mecanismos acadêmicos como citações doutrinárias e descrições do pensamento “Kelseniano” e dos adeptos à teoria da lei natural.

## 2 TEORIA PURA DE HANS KELSEN

### 2.1 INTRODUÇÃO DA TEORIA DE HANS KELSEN

O Positivismo constituiu uma nova forma de pensar, surgida por volta do século XIX, tendo nesse período o grande desenvolvimento das ciências naturais, que possuía o método experimental como caminho necessário na busca pela verdade, tendo, assim, como consequência a negação da metafísica. Dessa forma, o positivismo jurídico surgiu por meio da transposição das linhas mestras do positivismo filosófico, tendo como a sua ideia primordial a rejeição de todos os elementos de abstração na área jurídica, em destaque o direito natural, por julgá-lo metafísico (SOUSA, 2022).

A expressão máxima atribuída ao positivismo jurídico, nesse viés cientificista, foi dada pelo teórico austríaco Hans Kelsen, que para muitos é considerado o maior nome dessa corrente jurídica. Kelsen, desde logo cedo de sua jornada acadêmica, apresentou certos conflitos com o teórico alemão Carl Schmitt, principalmente pelo fato de Kelsen ser judeu, e Schmitt, nazista (SOUSA, 2022).

Schmitt defendia que o chefe do poder executivo (presidente do reich) seria o guardião da constituição, cabendo a ele realizar o determinado controle de constitucionalidade, atribuindo uma natureza política a carta magna, diferentemente de como defendia Kelsen, que atribuía uma natureza jurídica para a constituição. Kelsen entendia que o presidente não poderia jamais ser o guardião da constituição, pois esse deveria ser controlado por ela. Sendo assim, Kelsen defendia que o controle de constitucionalidade deveria ser feito por um órgão independente dos poderes executivos e legislativos (SOUSA, 2022).

O objetivo do renomado jurista austríaco era analisar e propor os fundamentos e métodos da teoria do direito, atribuindo, assim, à ciência jurídica os métodos e objetivos próprios, que seriam suficientes para vencer confusões metodológicas, possibilitando uma autonomia científica para um jurista.

Portanto, com essa finalidade, Hans Kelsen propôs o princípio da pureza científica e metodológica como elemento norteador de sua teoria, ganhando enfoque em sua obra “Teoria Pura do Direito”, lançada no ano de 1934.

### 2.2 A PUREZA DA TEORIA DE KELSEN

O livro Teoria Pura do Direito, lançado ao final do ano de 1934, é uma das maiores (se não a maior) obras do autor. A teoria desenvolvida por Hans Kelsen procurou por “purificar” o direito, reduzindo-lhe a expressão do direito à norma jurídica, livrando, assim, qualquer seguimento que pudesse impedir uma análise pura, separando, desta forma, a política, a

religião, a metafísica, a moral, a ética, e outros meios que pudessem prejudicar essa perspectiva singular, como pode ser observado no capítulo I de Teoria Pura do Direito:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: O que é e como é o direito? Mas já não lhe importa a questão de como dever ser o direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2015, p. 1).

Kelsen procurou através da pureza conceder uma independência científica ao direito, atribuindo como foco do método e do objeto da ciência jurídica apenas a norma. Por meio da teoria pura, Kelsen buscou proporcionar autonomia, objetividade e neutralidade ao direito. Sendo assim, o objetivo principal desse renomado jurista foi criar uma teoria que buscava definir o Direito como ciência, para que não continuasse sendo abordado por outras, como por exemplo a filosofia, sociologia e política (KELSEN, 2015).

Kelsen tinha o intuito de centralizar a sua teoria somente no direito positivo, ou seja, na norma escrita em si, buscando apenas conhecer e descrever o Direito, desprezando os juízes que pudessem dar um valor externo à norma, como por exemplo se essa seria justa ou injusta, boa ou ruim, moral ou imoral, rejeitando o direito natural e conseqüentemente o jusnaturalismo, combatendo também a metafísica e, assim, compreendendo o Direito apenas como estrutura normativa. Logo:

[...] A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (wertfreie). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito [...] (KELSEN, 2015, p.77).

Para Hans Kelsen (2015), os fatos sociais e os valores, como por exemplo a justiça e a moralidade, não seriam fatores determinantes para declarar a legitimidade e validade do direito. Portanto, segundo a sua teoria, para uma norma ser válida e legítima bastava apenas seguir os requisitos formais necessários, independentemente, dessa maneira, a sua forma material, ou seja, o seu conteúdo. A norma jurídica poderia aceitar qualquer conteúdo, estando todos

obrigados a aceitar sua imperatividade, mesmo que essa possa ser considerada injusta, ruim ou imoral. Assim:

[...]Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral [...] (KELSEN, 2015, p.77).

Os fatos sociais responsáveis por dar origem a um direito positivo seriam objeto de estudo da ciência sociológica. Logo, para Hans Kelsen (2015), caberia ao direito somente aplicar as normas que existem em um determinado ordenamento jurídico, e não o estudo da causa que deram a criação de determinada norma.

Por fim, segundo o autor (KELSEN, 2015), quando uma norma adentra no mundo jurídico, não deve ser feito qualquer juízo de valor sobre ela, apenas juízo de direito, discutindo aspectos que pudessem analisar o seu cumprimento ou não aos requisitos formais. As normas moralmente injustas deveriam ser aplicadas da mesma forma que as normas moralmente justas, pois a valoração dos fatos e dos valores não afeta a juricidade das normas, sendo assim, a pureza de Kelsen concebe a norma posta como o único elemento essencial do direito, cuja sua validade independe de conteúdos alheios.

### 2.3 METODOLOGIA DA TEORIA (DESCRITIVA E NEUTRA)

Kelsen, ao longo de sua obra “Teoria Pura do Direito”, consegue, por inúmeras vezes, exprimir qual seria a metodologia que utilizaria para estudar o fenômeno jurídico, porém sua ideia está bastante clara logo no seu capítulo inicial, destacando, dessa maneira, a importância de seu método, que ele mesmo define como uma metodologia geral, descritiva e neutra. Kelsen, por ter se aproveitado de algumas ideias do Filósofo David Hume, dentre elas destaca-se a distinção entre os julgamentos de realidade (que seriam julgamentos claros, neutros e objetivos) e os julgamentos de valor (que seriam subjetivos e valorativos), buscou, por meio desses princípios, formar a sua outra ideia norteadora de sua metodologia, qual seja a de que iria conter-se unicamente e exclusivamente à descrição do direito por meio de uma teoria descritiva (KELSEN, 2015; SOUSA, 2022).

Dessa forma, a teoria de Kelsen utiliza como metodologia a forma descritiva, limitando-se basicamente em descrever e explicar o Direito como ele é, emitindo sobre o



estudo do direito apenas juízos de fato que pudessem constatar e explicar os elementos e as características do direito, como, por exemplo, o que é o direito e como ele é. Kelsen buscou rejeitar dentro de sua metodologia descritiva qualquer juízo de valor que pudesse ser feito. Para o autor, não importava se o Direito era justo ou injusto, bom ou ruim; sua metodologia consistiria apenas em descrever o direito como ele é, não como ele deveria ser.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito (KELSEN, 2015, p. 1).

Por fim, o último elemento metodológico a ser apresentado fora o aspecto da neutralidade do Direito, a qual sem ela não seria também possível apenas descrever o direito como ele é, sem qualquer juízo de fato. Por “neutralidade”, Kelsen (2015) procurou expurgar dentro do estudo de uma teoria jurídica todos os elementos que pudessem ser estranhos ao direito, bem como também os elementos de carácter valorativo (subjetivo) que pudessem estar fundamentados em crenças, valores, costumes e hábitos dos indivíduos, pois esses juízes estranhos e subjetivos surgem como uma forma de juízo de valor. Isso porque vai ao contrário à sua teoria descritiva que buscava fazer um estudo do Direito de forma neutra, sem qualquer interferência de outro ramo que não fosse o próprio direito, como por exemplo a religião, moral, economia, sociologia, política, dentre outras ciências.

Sendo assim, a neutralidade é apresentada no sentido de que Kelsen pretendia, por meio de sua teoria, separar do estudo do Direito tudo o que não fosse “especificamente jurídico”, sendo uma teoria jurídica de carácter valorativo neutra, a qual iria ser isento qualquer juízo de valor sobre o Direito, sendo possível realizar apenas juízo de fato (SOUSA, 2022).

## 2.4 VALIDADE POR PROCEDIMENTO FORMAL

Para Kelsen (2015), norma válida seria aquela que esteja seguindo os conformes estabelecidos pela norma hierarquicamente superior, cujo fundamento da validade é encontrado por meio da norma fundamental. Desse modo, todas as normas jurídicas que respeitam e remetem à mesma norma fundamental, atendendo aos mesmos critérios formais de validade, compõem exatamente o mesmo sistema, sendo, assim, consideradas válidas e por esse motivo devem ser obedecidas.

Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é - como veremos - uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem (KELSEN, 2015, p. 33).

Por conseguinte, Kelsen (2015) afirma incisivamente que as normas jurídicas se situam em um contexto de uma teoria de validade jurídica (teoria hierárquica), no qual as normas “inferiores” recebem a sua validade das normas mais elevadas e gerais, até que se chegue na norma básica, ou “*grundnorm*”, que confere validade para todo o ordenamento jurídico. Vemos, assim, que há uma cadeia de autorização em torno da norma básica, pois somente por meio dela é possível se atribuir a validade para as demais leis.

Em suma, para que uma norma possa ser considerada válida, essa deve ter sido produzida pela autoridade competente, seguindo um determinado formalismo procedimental devido, nos limites autorizados de conteúdo, e alcançar o tempo determinado para a sua vigência (KELSEN, 2015). A norma seria um comando legítimo e válido por parte do Estado, que é estabelecida por meio de sua autoridade, e o sistema jurídico seria justamente esse conjunto de normas aprovadas e legitimadas, não importando, desse modo, o seu conteúdo, se ela é justa ou injusta, mas, sim, apenas se havia passado pelas etapas formais e procedimentais estabelecidos pelo Estado (KELSEN, 2015). Senão, vejamos:

O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas. (KELSEN, 2015, p. 216).

Assim sendo, o sistema jurídico seria estabelecido não apenas por uma norma válida em si, mas pela totalidade de normas que passaram pelo “crivo” estatal, que foram produzidas pela autoridade competente, em respeito as normas hierarquicamente superiores, sendo permitidas pelo Estado de adentrarem em um determinado ordenamento jurídico.

## 2.5 RESUMO DA TEORIA DE KELSEN

Em suma, é possível concluir que o Positivismo Jurídico defendido por Kelsen tem em sua origem uma ideologia mais ampla, chamada de Positivismo, que tinha como objetivo tratar as ciências humanas exatamente da mesma forma em que as ciências naturais eram

tratadas. Essas ciências possuíam o método descritivo como a sua principal forma de abordar a ciência, limitando-se apenas em descrever o objeto estudado. Por esse motivo, o positivismo jurídico enquanto método científico, pode ser definido como sendo puramente descritivo (SOUSA, 2022). Dessa forma, a teoria desenvolvida pelo austríaco buscou por “purificar” o estudo jurídico, reduzindo-lhe a expressão do Direito unicamente ao seu objeto, que seria a norma jurídica. Sendo assim, Kelsen rejeitou o Direito Natural e conseqüentemente o Jusnaturalismo, e por ser uma teoria científicista neutra, separou de seus estudos qualquer questionamento moral.

Dentro de seu método científico, destacou-se a importância da descrição do direito e a neutralidade. A descrição baseava-se no aspecto de que sua teoria seria descritiva, ou seja, iria apenas descrever o direito como ele é, abstendo-se dessa forma de realizar um juízo de valor, como por exemplo se o direito é bom ou ruim, justo ou injusto, moral ou imoral (SOUSA, 2022). Kelsen utilizou-se dessa neutralidade para manter a Pureza tão almejada dentro de sua teoria jurídica, que conseqüentemente resguardaria uma outra característica de sua tese, que seria a neutralidade, onde seria expurgado dentro de sua teoria jurídica todos os elementos que pudessem retirar a pureza do Direito, bem como os elementos de caráter valorativo, que afetaria a neutralidade do estudo (SOUSA, 2022).

No pensamento de Kelsen, para uma norma ser válida bastava que tivesse seguido os determinados procedimentos formais estabelecidos pelo Estado, ou seja, que ela tivesse sido criada pela autoridade competente e respeitado as normas superiores, de onde seria retirada a sua validade. Portanto, o conteúdo da norma não importa, para que seja válida, pois validade depende da forma e não do conteúdo da norma.

O ímpeto de Kelsen exacerba na atenção dispensada para a formalidade procedimental como critério da validade jurídica de uma determinada norma. Dessa forma, ao tentar construir uma teoria que separa o dever jurídico do dever moral, acaba por legitimar exigências imorais, desde que essas passem por um procedimento estatal específico para criação normativa. O jusnaturalismo, ao contrário, destaca a moralidade e ordena o procedimento legiferante à concretização e à aplicação de preceitos morais prévios à elaboração da legislação positiva. Para os defensores do direito natural clássico, o critério imprescindível para a validade de uma norma jurídica é sua compatibilidade com a moralidade objetiva e universal, e não a mera adequação ao procedimento (SOUSA, 2022).



### 3 O DIREITO NAZISTA E SEU CONTEXTO

#### 3.1 PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL

A Primeira Guerra Mundial, que ocorreu logo no início do Século XX, por meados do ano de 1914, pôs fim ao período de ouro europeu, também conhecido como “*Belle Époque*”, momento esse que reinava a paz entre os países do velho mundo. Porém, por meio da evolução tecnológica e com os Estados Modernos cada vez mais munidos de arsenais bélicos, possuindo armas de alta letalidade, consideravelmente superiores quando comparadas com as armas utilizadas nas guerras anteriores, seria inevitável uma futura e sangrenta batalha, que por sua vez foi iniciada com o advento da primeira guerra mundial, envolvendo as grandes nações e praticamente toda a Europa (HOBSBAWM, 2019).

No ano de 1919, após a primeira guerra, os países vencedores assinaram um tratado de paz que ficou mundialmente conhecido como Tratado de Versalhes, levando a Alemanha, perdedora da guerra, para uma profunda crise política, econômica e social. Assim, o cenário nacional germânico ficou marcado por um sentimento eufórico e de vingança, gerando um ambiente propício para a ascensão do cruel partido nazista.

#### 3.2 TRATADO DE VERSALHES: O INÍCIO DO CAOS POLÍTICO, ECONÔMICO, SOCIAL E MORAL

Em 28 de Junho de 1919, a primeira Guerra Mundial chegaria ao seu fim, por meio da assinatura do famigerado Tratado de Versalhes, firmado pelos países vencedores deste conflito. Este tratado, disfarçado como um acordo de paz, deveria ter como o seu principal objetivo reestruturar o cenário europeu, que era desastroso para todos os países, inclusive os que saíram vitoriosos desta batalha, com exceção dos Estados Unidos (EVANS, 2017a). Contudo, verifica-se por meio do artigo 231 deste tratado, que seu intuito seria punir ainda mais a derrotada Alemanha, atribuindo-lhe a culpa desta catastrófica batalha, ao invés de procurar reestabelecer a ruínas em que se encontrava o continente europeu (EVANS, 2017a).

O real objetivo do artigo 231 do Tratado de Versalhes era legitimar a imposição, por parte dos aliados, de reparações financeiras punitivas à Alemanha, impedindo a sua reestruturação e o seu possível crescimento como potência. Como resultado, a Alemanha se enfraqueceu economicamente, pois teve de ceder aproximadamente mais de 2 milhões de toneladas de navios mercantes, 5 mil locomotivas, 136 mil vagões, 24 milhões de toneladas de carvões e muito mais, sendo necessário pagar as indenizações financeiras em ouro, por um período que seria estendido até um futuro distante (EVANS, 2017a)

Para impedir uma reconstrução do poder militar alemão, o país germânico teve de reduzir o seu exército a um contingente máximo de 100 mil homens, sendo banido de se utilizar de tanques, artilharia pesada e do recrutamento militar obrigatório, sendo que mais de 15 mil aviões, mais de 130 mil metralhadoras e uma enorme quantidade de equipamentos bélicos tiveram de ser destruídos. Todos esses fatores, dentre outras medidas, foram recebidos de maneira horrorizada pela maior parte dos alemães, pois o mesmo país que estava em uma crescente econômica desde a unificação, em 1871, encontrava-se internacionalmente desprestigiado, sendo brutalmente expulsos da categoria das grandes potências. (EVANS,2017a).

Portanto, foi neste contexto de crise política, econômica, social e moral que se estabeleceu uma atmosfera de trauma na Alemanha. A humilhação nacional após a guerra, o colapso imperial do antigo “Chanceler de ferro” e a ameaça comunista pareciam ser motivos justificáveis para implementar as mais diversas medidas radicais, gerando assim um ambiente extremamente favorável para a Ascensão de Adolf Hitler, juntamente com seus seguidores nazistas.

### 3.3 A ASCENSÃO DO PARTIDO NAZISTA

Com a humilhação decorrente do Tratado de Versalhes, juntamente com a grande depressão econômica no ano de 1929, a Alemanha encontrava-se em ruínas, como jamais teria sido visto em toda a sua história após a unificação. A miséria era generalizada, bem como o medo e o receio de momentos piores. Quanto mais o tempo passava, mais aumentava-se a raiva e a impaciência com o atual governo, responsável por não saber administrar o país naquela terrível e interminável crise (EVANS, 2017b).

Em todo tipo de crise, os discursos nacionalistas sempre acabam ganhando notória representatividade, como alternativa de contornar o deplorável contexto nacional, e com a Alemanha não foi diferente, abrindo-se, assim, um espaço propício para a ascensão de Adolf Hitler, futuro líder do Partido Nazista ao poder.

Hitler era um orador carismático e hipnótico, conseguindo atenção de todos que estivessem lhe ouvindo. O “*Führer*”, como era chamado, aproveitou esse momento de ódio e miséria para apresentar a propaganda eleitoral Nazista, prometendo reverter as cláusulas impostas pelo Tratado de Versalhes, bem como restaurar os valores culturais da Alemanha, trazendo de volta o orgulho e prestígio nacional. Hitler conseguiu chegar ao poder no ano de 1933, por meios “legítimos”, dando início ao seu projeto maligno (EVANS, 2017b).

### 3.4 O ESTADO TOTALITÁRIO

Sobre o totalitarismo, é possível afirmar que este é um fenômeno especificamente do período moderno. O Estado totalitário jamais pode ser confundido com o estado absoluto ou com uma ditadura, apesar de que ambos possam ter certos elementos de um Estado totalitário. A principal característica dessa forma injusta de governo, que a torna diferente das demais, está relacionada ao fato de que o seu objetivo primário estaria voltado para governar todas as atividades que possam reger uma sociedade, inclusive a vida pessoal do homem, tratando-se de um controle por completo e total da atividade em que esteja ao redor do ser humano, incluindo o seu aspecto interior (HOBSBAWM, 2019).

O Estado Totalitário, que é marcado pelo seu profundo desrespeito a Lei Natural, e conseqüentemente aos Direitos Humanos, procura converter o homem a um mero instrumento do Estado, em vez de fazer o Estado o instrumento do homem. Ou seja, esse regime buscar “torna-se o senhor absoluto do homem, formando-o de acordo com sua pretensão ideológica em todas as suas dimensões” (SOUSA, 2022, p. 310).

Com a finalidade de moldar o pensamento dos cidadãos e transformá-los de acordo com as suas perspectivas, o regime nazista, utilizou-se de um tripé, com o intuito de dominar ainda mais o país, em especial os seus “súditos”, possuindo nesta base três elementos: A ideologia, a propaganda e o direito, tópicos que serão vistos a seguir.

### 3.5 A IDEOLOGIA NAZISTA

Engana-se quem pensa que as brutalidades cometidas pelo nazismo, em especial durante o holocausto, haviam sido geradas do nada. Pelo contrário, todas as atrocidades foram cometidas pelos nazistas, pois Hitler soube doutrinar desde cedo as crianças, através de sua juventude hitlerista, até a mais velha geração. Portanto, o partido nazista precisava da mobilização da massa, desde a juventude até os idosos, para poder conseguir o apoio incondicional dos seus propósitos, e para isso a doutrinação por meio de sua ideologia racista, eugênica e antisemita seria a sua arma principal (ARENDR, 2019).

A ideologia nazista, baseava-se na ideia de uma supremacia ariana, bastante afirmada e defendida pelo antigo primeiro ministro Otto Von Bismarck, a qual reconhecia uma superioridade da “Identidade germânica”. Hitler, que era extremamente crítico da cultura ocidental, em especial tudo que tivesse relação com os costumes “judaico-cristão”, buscou basear seus pensamentos em um dos mais controversos filósofos da modernidade, que era Nietzsche (EVANS, 2017). A teoria do Super-homem, criada por este filósofo, ganhou a atenção especial do chefe do partido nazista, porém acabou sendo entendida e aplicada de

uma forma distorcida. Hitler procurou, através deste personagem, doutrinar as pessoas, e, sendo assim, justificar o tratamento desigual que seria dado para os judeus e os demais inimigos, bem como utilizava-se desse conceito para explicar a necessidade da eugenia.

Hitler, além da filosofia, utilizou-se também da ciência, seguindo as teorias de que os inferiores deveriam ser eliminados da natureza, distorcendo-se assim também a ideia de Seleção Natural proposta por Darwin, e justificando futuramente o holocausto e a matança de seus inimigos (EVANS, 2017b). Hitler acusava os judeus de serem inferiores, responsáveis por desnacionalizarem o estado, de alterarem a pureza do sangue ariano e por serem os o motivo da ruína nacional, por isso deveriam ser excluídos e futuramente exterminados da sociedade. Por fim, já tendo convencido o povo alemão de tal superioridade, o antissemitismo, pela primeira vez na história, tornar-se-ia uma política de Estado de forma tão radical. Por esse motivo, a propaganda ganhou um papel fundamental, buscando cada vez mais “domar” o intelecto dos cidadãos alemães para, assim, poderem banalizar o mal (EVANS, 2017b).

### 3.6 A PROPAGANDA NAZISTA

A propaganda promovida pelo regime nazista foi um instrumento fundamental de controle social, pois por meio dela era possível de se disseminar as ideias nazistas, que seriam transmitidas por diversas maneiras, seja por rádio, cinema, televisão, jornais, como forma de doutrinar a todos desde a idade mais nova. Hitler sempre soube do importante papel que a propaganda possui, como forma de cada vez mais atrair o maior número de simpatizantes e também para o controle das massas visando sempre a atingir os seus propósitos. Portanto, como seu objetivo final seria o extermínio dos judeus, o partido nazista utilizava-se cada vez mais da propaganda para atacá-los, representando-os de forma monstruosa quando comparada ao ideal ariano e colocando neles a culpa do retrocesso da nação (EVANS, 2017a).

### 3.7 O DIREITO NAZISTA COMO FERRAMENTA DO MAL

De nada bastaria uma sociedade ideologizada por meio da propaganda se na prática nada pudesse ser feito, por isso, com a finalidade de atingir os seus objetivos, o partido nazista se apropriou do direito da época, como forma de legalizar e legitimar da ideologia defendida pelo partido nazista, principalmente para transformar os judeus em material subumano, tratando-lhes como pessoas sem personalidade jurídica (ARENDDT, 2019).

O objetivo principal da instrumentalização do direito por parte dos nazistas seria para transformar, na prática, os judeus em pessoas socialmente mortas, seres humanos pelo quais

os alemães não teriam qualquer dever moral, político ou jurídico, justificando assim as suas retiradas de direitos juntamente como da sua personalidade (ARENDR, 2019).

Como uma das primeiras medidas jurídicas de retirada dos direitos dos judeus, destaca-se a Lei de Restauração do Funcionalismo Público, de 7 de abril de 1933, que acabou por excluir os judeus de algumas atividades governamentais e de algumas profissões. Em 22 de setembro de 1933, os alemães afastaram os judeus das esferas culturais e da imprensa. Estima-se que aproximadamente 2 mil leis e normas administrativas foram criadas para degradar e tornar cada vez mais difícil a vida do judeu dentro do território alemão (MORRISON, 2006, p. 363)

Porém nenhuma dessas medidas haviam sido tão prejudiciais aos judeus como as leis de Nuremberg, promulgadas no ano de 1935. A lei de Nuremberg, foi o nome dado as duas leis promulgadas pela Alemanha nazista em setembro de 1935, a Lei para a proteção do sangue alemão e da Honra Alemã e a Lei de Cidadania do reich, sendo ela a principal responsável pela estruturação jurídica para uma campanha de “arianização”, pois foi a partir dela que foi possível definir quem seriam os judeus (EVANS, 2017b).

A lei de Cidadania do Reich definiu como cidadão exclusivamente pessoas de sangue alemão ou congênere. Destaca-se aqui o fato de que somente cidadãos do reich poderiam desfrutar de direitos políticos plenos, de modo que todas as demais pessoas do reich, em especial os judeus e os oponentes do regime eram apenas “sujeitos do Estado” e não definitivamente cidadãos. Essa lei deixava claro que os judeus possuíam apenas obrigações para com o Reich, mas não possuam sequer direitos políticos em troca, privando, assim, os judeus da cidadania alemã e rebaixando-os ao status de “súditos do estado” (EVANS, 2017b).

Além disso, definia um judeu como qualquer pessoa com três ou mais avós nascidos judeus, incluindo os convertidos ao cristianismo e os filhos e netos de tais convertidos, ou seja, os critérios de definição baseavam-se essencialmente no sangue (raça) e não na identidade religiosa. Um judeu que nascesse judeu, jamais deixaria de ser judeu, mesmo se mudasse de religião, sendo assim, nunca poderia se tornar cidadão de fato. Não obstante, as leis de Nuremberg abriram caminho para a drástica discriminação contra qualquer um que pudesse ser classificado como judeu (EVANS, 2017b).

A segunda norma, também conhecida como lei da proteção do sangue alemão e da honra alemã, foi talvez a que mais afetou a vida privada dos judeus. Esta lei, dentre de suas ordens, proibiu o casamento de judeus e não judeus, relações sexuais extraconjugais entre judeus e não-judeus. Os judeus já não mais poderiam empregar serviçais domésticas menores de 45 anos de idade se fossem alemães (EVANS, 2017b).



Portando, verifica-se que o direito foi um instrumento fundamental na mão dos carrascos nazistas, por meio da modificação do status de cidadão para o de ser humano sem direitos, apenas detentores de obrigação, tornando os judeus socialmente mortos, transformando-os em um material subumano, “ervas daninhas” que precisavam ser arrancadas do jardim e futuramente exterminadas através da solução final.

## **4 A INDISSOLUBILIDADE DO DIREITO E DA MORAL SEGUNDO O JUSNATURALISMO TRADICIONAL**

### **4.1 BREVE INTRODUÇÃO DO JUSNATURALISMO**

O ideário jurídico de Kelsen, que prega a separação completa do Direito e da moralidade encontra resistência teórica em face das teorias de Direito Natural, que por sua vez procuram de forma assídua assegurar e defender os Direitos Naturais que são inerentes a todos os seres humanos. O jusnaturalismo consiste na filosofia jurídica que prega uma relação de interligação entre a moral e o Direito Positivo, e defende a existência de uma ordem superior e preestabelecida intrínseca à natureza ontológica do ente humano. Contudo, o jusnaturalismo, corrente antiga que remonta à filosofia grega e aos jurisconsultos romanos, não se encontra com plena uniformidade teórica nos tempos atuais, frente às oposições ideológicas que advieram com o avanço da modernidade (SOUSA, 2022).

O jusnaturalismo tradicional (ou clássico) defende que a natureza humana apresenta, por si mesma, dignidade ímpar, que é corolário de sua nota essencial que distingue o homem dos demais animais brutos, sendo esse elemento a racionalidade. O caráter racional imputa à essência humana uma série de Direitos intrínsecos à sua natureza, que são conhecidos como “direitos naturais”, por lhe atribuir a condição de “pessoa”<sup>3</sup>. Assim, o Direito, enquanto objeto da virtude da justiça, seria “o que é devido” para o homem alcançar seu fim teleológico (a Eudaimonia). Dessa forma, o Direito possui como um dos seus papéis principais ordenar a sociedade e defender tais direitos intrínsecos de sua natureza.

Para a explicação do Direito Natural, do Jusnaturalismo e dos equívocos das teorias Positivistas “tradicionais”, será utilizado o estudo realizado pelo renomado jurista e filósofo brasileiro José Pedro Galvão de Sousa (2022), que conseguiu de maneira célebre abordar o assunto em seu livro “Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito”.

---

<sup>3</sup> Para tal, os jusnaturalistas se valem do conceito boesiano de personalidade: “substância individual de natureza racional”

#### 4.2 O ENTENDIMENTO CLÁSSICO DE DIREITO NATURAL

A lei positiva deve estabelecer o que é justo e determinar os direitos subjetivos, porém, esta mesma lei não pode jamais ser elaborada ao simples gosto pessoal do legislador, ou seja, não pode ser fruto da mera arbitrariedade da autoridade civil criadora da lei, pois existe uma justiça anterior e superior à lei escrita, havendo direitos que precedem a feitura das normas estatuídas pelo poder social competente. Além de um direito próprio de cada estado, existe um Direito decorrente da natureza humana, que é universal. Essa justiça e esses direitos, que não dependem de um determinado ordenamento jurídico positivo, advêm da Lei Natural, que é a base norteadora das teorias jusnaturalistas (SOUSA, 2022).

A Lei natural, segundo Santo Tomás de Aquino (2015), não é outra coisa senão a participação da lei eterna na criatura racional, sendo assim, é a mesma lei eterna promulgada no homem por meio da razão natural. Quando o homem alcança o uso da razão, conhece ao menos os primeiros princípios da lei natural (deve-se fazer o bem e evitar de todo modo o mal) que tem a obrigação de cumprir, e essa participação na lei eterna é a lei natural subjetivamente considerada (MARÍN, 1961).

Podemos dizer que o Direito Natural é aquilo que é devido ao homem em virtude de sua essência, isto é, pelo simples fato de ser homem, dotado de uma natureza racional. O Direito Natural, dessa forma, compreende um conjunto de normas e princípios que todo homem, por ser tal, pode exigir como seu, como algo que lhe é devido. De forma “simplificada”, o Direito Natural é integrado de todos os princípios conhecidos de forma espontânea pelos homens ao aplicarem a sua razão natural do conhecimento de seu próprio ser e dos bens que lhe são conaturais e necessários (SOUSA, 2022).

Chamamos essas normas de Direitos Naturais por dois motivos: O primeiro, por serem descobertos naturalmente através de nossa razão, visto que a evidencia de seu conteúdo se impõe espontaneamente a todos os seres humanos, e o segundo motivo, por ser diretamente relacionados à natureza humana (SACHERI, 1975).

Assim, como, por exemplo, o direito à vida, a contrair matrimônio e o de receber educação intelectual e moral são direitos essenciais ao ser humano. Sendo assim, basta considerar o que é o ser humano e quais são os bens necessários para viver dignamente que surgirá a evidência de que todo e qualquer ser humano possui os direitos definidos acima, o direito natural.

Por fim, o Direito natural possui três características, a saber: a universalidade, a imutabilidade e a cognoscibilidade.

Entende-se por universalidade o fato de a lei natural dever ser obedecida por todos os seres humanos, sem nenhuma exceção, até mesmo crianças e pessoas incapacitadas racionalmente, ainda que não possam violá-la formalmente. Dessa forma, todos os seres humanos estão sujeitos e são detentores desse direito, independente de raça, religião, sexo, pois seria contraditório falar de uma lei natural que não valesse para todos os indivíduos que possuem a mesma natureza.

A imutabilidade refere-se à permanência do direito. Enquanto as leis positivas devem ser moldadas e adaptadas, a depender das diversidades de situações que devem atender, as normas do Direito Natural sempre se perduram e não são modificadas nem derogáveis. As leis criadas pelas autoridades humanas legítimas podem até ser revogadas ou alteradas caso seja necessário, porém o mesmo não acontece com a lei natural, que perdura durante todos os tempos sem sofrer mudanças.

Por fim, a cognoscibilidade se refere ao conhecimento do direito. O direito natural, desta maneira, pode ser “captado” espontaneamente por meio da consciência moral do indivíduo, como por exemplo, uma criança consegue perceber a maldade que existe por trás da mentira e do roubo, a maldade existente em matar um inocente e a bondade presente dentro de um ato de heroísmo, de lealdade e de afeto (MARÍN, 1961).

Assim, o jusnaturalismo sustenta a existência de valores morais universais, sendo contrário ao relativismo, responsável por negar a verdade absoluta e a moralidade objetiva. A lei natural seria, dessa maneira, acessível a todos os entes que usufruíssem e pertencessem à mesma classe ontológica, independente do país, sexo, raça ou religião, pois seria contemplável através da razão humana, atributo que todo ser humano apresenta.

#### 4.3 FINALIDADE DA LEI POSITIVA

Enquanto a lei natural é a participação da lei eterna na criatura racional, a lei positiva deveria ser a participação das prescrições das autoridades legítimas à lei natural. Logo, a lei positiva ou também chamada lei civil também é extremamente importante para o ser humano, haja vista que é um ser social. Sendo assim, o Estado é a sociedade natural responsável por se preocupar em proporcionar o bem-estar do ser humano nesse mundo. Nesse sentido, a lei positiva é necessária em decorrência da própria natureza do homem, devido ao fato de que nenhuma sociedade pode subsistir sem leis (MARÍN, 1961).

A lei positiva é aquela que resulta da ordenação da razão dirigida ao bem comum e temporal dos homens, que deve ser promulgada pela autoridade competente. Contudo, o fim

próprio da lei positiva deve ser sempre visando ao bem comum temporal do homem, que é a sua felicidade<sup>4</sup> na vida presente (SOUSA, 2022).

Uma lei pode ser conhecida como justa e legítima quando, em geral, tenha como finalidade o bem comum humano e não entre em contradição com nenhuma lei natural. Mas para um exame mais aprofundado, segundo o teólogo moral, o Padre Antonio Royo Marin, uma lei para ser considerada justa deveria atender a quatro causas, sendo elas: A relação com a causa final, que somente será justa se for ordenada ao bem comum; a causa eficiente, se foi emanada pela autoridade competente dentro de suas atribuições; A causa material, quando for boa em si mesma e atenda as circunstâncias de tempo e lugar; A causa formal, quando se impõe aos cidadãos guardando neste caso a proporção devida, como exige a justiça distributiva (MARÍN, 1961).

Embora os dois tipos de lei sejam necessários, e se complementem mutuamente, é evidente que a lei natural deve ser o fundamento da lei positiva. Se assim não o fossem, o direito positivo poderia ser o legitimador de tremendas injustiças, tais como as observadas no ordenamento jurídico alemão nazista que precederam e “reinaram” até o fim da segunda guerra mundial, sendo consideradas injustas por não visarem ao bem comum, mas sim à disseminação do mal. Por ser injusta, a referida lei Nazista, por carecer da retidão essencial a toda lei – Bem comum – não pode ser verdadeira lei e não poderia obrigar ninguém.<sup>5</sup>

A lei positiva, portanto, deve seguir obrigatoriamente a lei natural, sendo uma necessidade imposta por essa para a sua concretização e plena realização. Como a fonte da lei positiva é a lei natural e a inferior e menos perfeita se ordena à superior e mais perfeita, quando a lei positiva contraria a lei natural ela deixa de poder ser considerada até mesmo enquanto lei. Isso ocorre, pois a lei iníqua não ordena a razão para o bem comum<sup>6</sup>, mas, pelo contrário, diverge da própria lei natural e desordena o agir humano do seu fim (MARÍN, 1961).

Portanto, a lei positiva que contrarie a lei natural não somente não obriga ninguém, mas também é obrigatório que seja desobedecida, boicotada e deve ser feito o possível que ninguém a cumpra, já que se trata de uma lei perniciososa ao bem comum, injusta, e, por esse motivo, desprovida de qualquer valor jurídico.

<sup>4</sup> Aristóteles, como Platão e os clássicos, identifica a felicidade do homem com a prática da virtude: “Também se ajusta à nossa concepção a dos que identificam a felicidade com a virtude em geral ou com alguma virtude particular, pois que à virtude pertence a atividade virtuosa.” (Aristóteles, *Ética a Nicômaco* I.8, 1098b30–1).

<sup>5</sup> A obrigação moral se refere ao dever de agir conforme a moralidade objetiva, isto é, na ação teleologicamente ordenada ao fim último do ente. Essa fundamenta a obrigação jurídica que consiste no dever de seguir as prescrições jurídico-positivas que não contrariarem os preceitos primários da lei natural.

<sup>6</sup> Conceito de lei para Santo Tomás de Aquino.

#### 4.4 A DIGNIDADE HUMANA E O JUSNATURALISMO COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS

Conforme esse ramo jurídico e filosófico, todo ser humano seria portador de uma dignidade ímpar desde sua concepção, haja vista que pertence a uma classe ontológica racional, sendo sujeito de direitos e deveres prévios ao próprio Estado, em ordem a um fim último. Digno é “aquilo” que tem valor em si mesmo e por si mesmo (SACHERI, 1975).

Essa concepção de dignidade que faz do ser humano algo “sagrado” traz três consequências essenciais que interferem de forma direta na estrutura social. A primeira consequência é que a sociedade política se ordena em favor da pessoa, e não a pessoa em favor da sociedade política, como acontecia dentro regime nazista, em que as pessoas como objeto do Estado (SACHERI, 1975).

A segunda consiste em que a condição de pessoa faz do homem sujeito de direitos, sendo esse outro “princípio” violado pelo ordenamento jurídico nazista, haja vista que suas leis visavam a diminuir os judeus a nada, retirando-lhes a sua personalidade, seus direitos e sua dignidade (SACHERI, 1975).

E por fim, para uma reta concepção do bem comum político, faz-se necessário conceber o homem como agente ativo da vida social, o homem como tal, longe de ser tido como objeto do Estado e um elemento passivo, deve ser considerado sujeito, fundamento e fim da vida social (SACHERI, 1975).

Ora, tal base teórica se fez presente para a fundamentação da ideia de direitos humanos universais, haja vista que cada estado-nação é soberano para decidir o que considera como direito positivo e o que não é, causando uma diversidade de ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

A própria ideia de universalidade dos direitos humanos deriva do reconhecimento de uma natureza comum e compartilhada por todos, que manifesta a chamada dignidade da pessoa humana. O direito não pode ser, como almejam os positivistas, um mero exercício arbitrário da vontade política da autoridade legiferante pois, se assim o fosse, admitir-se-ia enquanto direito válido as prescrições iníquas e violadoras de direitos humanos como as ocorridas no 3º Reich. Excluindo a definição de lei natural, não existirá razão suficiente para que a autoridade legislativa promova o bem comum e nem mesmo razoabilidade dos cidadãos em obedecer à autoridade.

A ideia de uma justiça moral superior à mera deliberação ou prescrição legiferante dos homens já é deflagrada, como supramencionado, pelos romanos. O próprio Cícero (106/43



a.C.) já reconhecia a imprescindibilidade da relação entre a lei positiva e a moralidade, afirmando que:

Se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juízes, constituíssem o direito, então para criar o direito ao latrocínio, ao adultério, à falsificação de testamentos, seria bastante que tais modos de agir tivessem o beneplácito da sociedade. Se tanto fosse o poder das sentenças e das ordens dos insensatos, que estes chegassem ao ponto de alterar, com suas deliberações, a natureza das coisas, por que motivo não poderiam os mesmos decidir que o que é mau e pernicioso se considerasse bom e salutar? Ou por que motivo a lei, podendo transformar uma injúria em direito, não poderia converter o mal no bem? É que, para distinguir as leis boas das más, outra norma não temos que não a da natureza (CÍCERO, 106/43 A.C, I, 16).

Nessa toada, os preceitos primários são considerados enquanto imutáveis. Eles podem ser definidos enquanto os primeiros princípios de moralidade e suas conclusões particulares, podendo ser sintetizados pelo dever de fazer o bem e evitar o mal. O bem consiste naquilo que deve ser feito para atingir o fim último do homem e o mal em tudo aquilo que afasta o homem desse fim. Assim, convém ao homem seguir suas inclinações naturais para conservar sua própria vida pois, sem ela, não conseguiria sequer agir racionalmente e, desta forma, não iria atingir seu *telos*.

Tais preceitos primários implicam direitos subjetivos naturais, por todos os humanos compartilhados, quais sejam, o direito à vida, à liberdade, à propriedade privada, entre vários outros. Caberia aos Estados-Nação reconhecerem tais direitos em suas legislações positivas e, inclusive, traçar garantias positivas internacionais que norteiem a proteção de tais direitos pelo mundo. Entretanto, os preceitos secundários da lei natural, isso é, a aplicação concreta dos preceitos primários, podem ser variáveis conforme a nação, não exigindo homogeneidade jurídica, como, por exemplo, as regras de dosimetria para a pena de roubo podem variar nas legislações positivas de cada país, sem contrariar a lei natural. O que deve ser resguardado em todas as legislações, nesse caso, seria o direito à propriedade ser imune de violação arbitrária, por ser inerente à lei natural (SOUSA, 2022).

#### 4.5 O DIREITO NATURAL CONTRA O NAZISMO ALEMÃO

O positivismo kelseniano, ao se prender ao aspecto formalista e não se importar com o conteúdo da norma confeccionada, acaba por justificar um perigo para a existência de regimes totalitários que sejam moralmente iníquos. Dessa forma, tiranias, oligarquias e todos os demais regimes moralmente condenáveis, desde que passassem por um crivo formal estatal (como um processo legislativo constitucional), seriam normas juridicamente válidas e

exigíveis de cumprimento aos cidadãos, de acordo com a ideia de Direito válido proposto por Kelsen (SOUSA, 2022).

Nesse diapasão, as leis promulgadas durante o 3º Reich Alemão, por terem passado por todo procedimento estatal legiferante, poderiam ser enquadradas como uma legislação válida, exigível e não poderia ser condenada por um direito superior ao direito positivo daquele país. Isso ocorre pois o conceito de Direito definido por Kelsen é compatível com uma lógica de relativismo moral e não acredita na existência de uma justiça e uma verdade una, universal e objetiva. Dessa forma, o positivismo relativista iria submeter o direito e as leis à vontade da autoridade governante competente para a sua edição, caindo num perigoso voluntarismo jurídico. O direito positivo, visto pelo seu aspecto meramente formal, enseja numa verdadeira ameaça ao reconhecimento de tiranias, pelo simples fato de serem procedimentais e promulgadas por autoridades (SOUSA, 2022).

Tal entendimento fora exposto por José Pedro Galvão Souza (2022, p. 135):

E, na verdade, a experiência alemã, de entre as duas guerras, confirma cabalmente, de forma exuberante, que, nos marcos do positivismo jurídico, o Estado de direito perde toda a riqueza do seu conteúdo, pela ausência de um critério com o qual estabelecer a legitimidade ou ilegitimidade de uma ordem jurídica. Cai-se no Estado de mera legalidade, isto é, de uma legalidade positiva — onde o *iussum* suplanta o *iustum* — produto de uma vontade que se impõe de modo absoluto, seja a vontade do povo, a do príncipe ou a do chefe (Führerprinzip).

As legislações positivas oriundas do nazismo alemão somente podem ser condenadas e proscritas enquanto más e inválidas se aceitos os pressupostos do direito natural e da existência de uma ordem moral superior que fundamenta a lei positiva. É dessa maneira que se defende a existência dos direitos humanos subjetivos e intrínsecos universalmente à dignidade da pessoa humana. A teoria de Hans Kelsen, por ser presa em aspectos meramente formais do direito, acaba por colocar em risco até mesmo a licitude do julgamento dos nazistas pelo Tribunal de Nuremberg, haja vista que, para o positivismo kelseniano, esses se enquadrariam como meros servidores públicos cumpridores de ordens juridicamente válidas e exigíveis (SOUSA, 2022).

Ora, dessa forma, é possível extrair da Teoria Pura do Direito, de que não se poderia condenar os comandantes legiferantes e administradores nazistas que ordenavam e criavam as leis injustas violadoras dos direitos humanos (e, claro, naturais) que eram seguidas pelos demais, haja vista que seria admitida como uma lei válida e que deveria ser cumprida. A exigibilidade jurídica decorrente da validade do direito nazista, para uma teoria positivista como a de Kelsen, acaba por colocar em perigo a validade e a existência dos direitos

humanos, bem como a validade do julgamento de Nuremberg, pois para ele, é legítimo o direito positivo nacional de cada país, independente do conteúdo nele expresso.

#### 4.6 A TEORIA “IMPURA” KELSENIANA E A BANALIZAÇÃO DO MAL

O próprio Adolf Eichmann, tenente-coronel da Alemanha Nazista e um dos principais responsáveis pela ideia de “solução final” (holocausto), afirmou explicitamente ao ser julgado que apenas estava “cumprindo ordens” de seus superiores (ARENDR, 2019). Ora, para o positivismo de Kelsen, as ordens iníquas também são normas válidas e plenamente exigíveis juridicamente. Dessa forma, uma sociedade que defenda o ideário positivista jurídico obedeceria às ordens governamentais mesmo se imorais fossem, pois reconheceriam que, por mais que pudessem ser normas desagradáveis social e moralmente, elas causariam um dever jurídico de cumprimento. Já uma sociedade jusnaturalista impugnaria a norma como inválida, pois sustenta que a própria existência da lei positiva está fundada na sua conformidade com a justiça (virtude moral) da lei natural.

Hanna Arendt, cita em seu livro “Eichmann em Jerusalém” o que considera como o fenômeno da “banalidade do mal”, isso é, da normalização pela sociedade e pelos militares do cumprimento de normas (ordens e leis) injustas e iníquas, que expuseram diversas pessoas às violações aos direitos humanos. Ela afirma que durante o processo de julgamento dos nazistas, em vez dos monstros sanguinários, apresentava-se “um burocrata” que estava cumprindo ordens do sistema jurídico iníquo da Alemanha daquela época (ARENDR, 2019).

Ora, isso é a mais clara expressão do que uma visão de positivismo jurídico, conforme defendido por Hans Kelsen, pode fazer com uma sociedade: separar o dever jurídico do dever moral e criar um dever jurídico imoral exigível de cumprimento pela sociedade. O positivismo, querendo criar uma nova teoria jurídica desprendida da moralidade para a criação de seus postulados, acaba por criar deveres jurídicos igualmente desprendidos da moralidade e da necessidade de respeito aos direitos humanos.

Dessa forma, deflagra-se a necessidade de defesa dos direitos humanos de todas as pessoas humanas, pois todas ostentam a mesma natureza de animal racional e, em razão disso, apresentam uma dignidade ímpar e própria. Todos têm direitos inalienáveis e naturais independente de sua origem, sexo, religião, classe social e etc. É necessário, portanto, que os sistemas jurídicos positivos não apresentem normas jurídicas imorais que criam deveres jurídicos cruéis e violadores da dignidade humana.

Destarte, é importante salientar que a Lei Positiva deve obrigatoriamente seguir a Lei natural, lei esta que é universal, imutável e cognoscível pela razão, não sendo criada por

nenhuma vontade humana, mas sim pelo Ato Puro. Dessa forma, uma lei injusta jamais pode ser válida e exigível, pois sequer ordena a razão em vista do bem comum (*lex injusta non est lex*).

Por fim, deflagra-se que a concepção jusnaturalista fundamenta de forma mais eficiente a teoria de direitos humanos, dado que ostenta a característica da universalidade, isso é, no fato de que os direitos humanos são comuns a todos os seres humanos independente do país de nascença. Assim, o jusnaturalismo consegue se enquadrar e justificar plenamente à teoria de direitos humanos e sua exigência aos demais países, dado o seu caráter universalista e objetivista moral, por sustentar que todo ente humano, dada a sua natureza racional, ostenta uma dignidade ímpar e deve ser protegido independente de sua nacionalidade e da própria legislação positiva de seu país de origem.

## 5 CONCLUSÃO

O século XIX pode ser considerado como o século positivista por excelência, no qual buscou por ofuscar os estudos da metafísica e do direito natural, em decorrência do surto admirável das ciências experimentais. O método indutivo, que trouxe nas ciências físicas e naturais resultados positivos, deveria ser o único a conduzir também as pesquisas sobre o homem e a sociedade, ganhando destaque nas mais diversas teorias positivistas “tradicionais”, como a de Hans Kelsen.

Kelsen, em sua Teoria dita “pura”, buscou por separar o Direito de qualquer valoração, buscando apenas descreve-lo sem qualquer juízo de valor, ou seja, para ele independia se o direito era justo ou injusto. Reduziu o direito à norma jurídica, que para ser válida bastava que fosse promulgada pela autoridade competente, independentemente de seu conteúdo.

Diante desse cenário, onde o positivismo teve o seu auge, verificou-se a ascensão de um cruel e sanguinário partido político, o Partido Nazista, liderado por Adolf Hitler. Os nazistas defendiam uma ideologia antissemita, racista e imoral. Desse modo, para conseguir os seus objetivos eugênicos e raciais, utilizaram-se do direito como instrumento principal, valendo-se dele para legitimar suas atrocidades e banalizar o mal moral.

O positivismo jurídico defendido por Kelsen, por ser formalista e relativista, acaba por considerar válida as normas promulgadas durante o regime nazista e deslegitima a própria teoria de direitos humanos universais e por todos compartilhados, pois afirma que todo direito é um mero produto de um processo formal. Assim, cada Estado-Nação teria seu ordenamento elaborado de acordo com a vontade de suas autoridades legiferantes e, desde que passado pelo crivo formal, válidos e exigíveis. Seu entendimento mostra-se extremamente injusto e criador

de deveres jurídicos alheios à moralidade, na medida em que o modelo de direito proposto por Kelsen ignora o conteúdo da norma em detrimento da formalidade.

O jusnaturalismo, ao contrário, fundamenta e justifica a existência de direitos humanos, que são universais, indisponíveis e inalienáveis, servindo como parâmetro objetivo para a aferição da validade dos ordenamentos jurídicos positivos de cada nação. Em regra, para o jusnaturalismo, uma norma jurídica somente será válida e justa se tiver como base o respeito aos direitos naturais e, por corolário, aos direitos humanos. É a partir dele que se resguardam os preceitos que concretizam a dignidade da pessoa humana e se evitam regimes totalitários iníquos de chegarem ao poder alegando cumprimento de formalidades constitucionais.

Dessa forma, a teoria da lei natural busca trazer para o debate jurídico a necessidade da observância de direitos universais que independem dos ordenamentos jurídico-positivos de cada Estado-Nação. Isso se mostra deveras útil, dado ao fato de que o direito positivo de cada país pode ser seduzido pela imoralidade de regimes tirânicos e totalitários, que desprezam a dignidade da pessoa humana. Assim, o jusnaturalismo, por considerar que todos ostentam direitos intrínsecos à sua natureza e independentes do reconhecimento do direito positivo estatal, mostra-se como um legitimador da expansão dos direitos humanos por todo o planeta, contra os erros e imoralidades cometidos por regimes totalitários.

Portanto, a experiência da história, em especial os fatos ocorridos durante a Alemanha nazista, testemunham que não é possível atingir um sistema jurídico justo e moral apenas seguindo “cegamente” as normas promulgadas por uma autoridade humana. Antes de qualquer lei ou ordenamento jurídico, faz-se extremamente necessário compreender a importância do reconhecimento de uma ordem supralegal, que está acima de tudo e de todos, não estabelecida por nenhuma autoridade humana. Caso contrário, o direito irá se valer de acordo com que os detentores do poder definam como direito e sistemas jurídicos injustos e imorais irão continuar surgindo.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução Carlos Josaphat Pinto de Oliveira et al. v. 106 4; 6. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo - SP: EDITORA SCHWARCZ S.A, 2019.

EVANS, Richard J. **Terceiro Reich no poder**. 3. ed. São Paulo - SP: Editora Planeta do Brasil LTDA, 2017a.



EVANS, Richard J. **A chegada do Terceiro Reich**. 3. ed. São Paulo - SP: Editora Planeta do Brasil LTDA, 2017b.

HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos: O breve século XX: 1914 - 1991**. 2. ed. São Paulo - SP: EDITORA SCHWARCZ S.A, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARÍN, Antonio Royo. **Teologia Moral para leigos**. Rio de Janeiro - RJ: EDITORA CDB, 2022.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito dos Gregos ao Pós-Modernismo**. 2. ed. São Paulo - SP: Editora WFM Martins Fontes Ltda., 2012.

SACHERI, Carlos Alberto. **A Ordem Natural**. 1. ed. Belo Horizonte, Minas gerais: Edições Cristo Rei, 2014.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e Estado de Direito: e o Estado tecnocrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: EDITORA CDB, 2022.