

ASAS DA NORMA: O POSITIVISMO JURÍDICO E O MITO DE ÍCARO

WINGS OF THE RULE: THE LEGAL POSITIVISM AND THE MITH'S OF ICARUS

RAFAEL HENRIQUE PEREIRA

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB. Estagiário no escritório Riedel, Azevedo & Advogados Associados, especificamente na área de Direito Administrativo Federal. Dedicou-se, principalmente, ao estudo do Direito Constitucional, Administrativo e Filosofia do Direito.

raphs.henrique@gmail.com

RESUMO

Estabelece paridades entre o mito de Ícaro, consagrado pela mitologia grega, repleto de mensagens de natureza subliminar e de moral trágica, e o positivismo jurídico no período compreendido na Segunda Guerra Mundial, desde a introdução da Lei de Nuremberg até o declínio do positivismo jurídico, associado à queda do totalitarismo nazista vigente na Alemanha em paralela personificação dos personagens míticos aos seres históricos, bem como estabelecendo relações entre as situações reais e mitológicas. Os recursos metodológicos utilizados para exposição do tema escolhido foram pesquisas bibliográficas, abrangendo fontes nacionais e estrangeiras, como também doutrinárias e filosóficas.

Palavras-chave: Hans Kelsen; Leis de Nuremberg; O mito de Ícaro; Positivismo jurídico.

ABSTRACT

Sets similarities between Icarus's myth, established by greek mythology, full of messages of subliminar nature and tragic moral, and the effects of the juridical positivism during the World War Two, from the insertion of Nuremberg's Laws to the decline of juridical positivism, combined with the fall of the current nazi totalitarianism in Germany, in parallel to the personification of the mythical characters and the historic individuals, as well as establishes relations between real situations and the myth itself. The methodological resources used for display of the selected subject-matter were bibliographic researches, covering national and international sources, as well as doctrinal and philosophical.

Keywords: Hans Kelsen; Nuremberg's Law; The myth of Icarus; Legal positivism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O MITO DE ÍCARO; 2 O POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA PURA DE HANS KELSEN; 3 O MITO GREGO E O NORMATIVISMO LÓGICO; 3.1 A morte de Talos e a queda do jusnaturalismo; 3.2 O positivismo jurídico no período nazista e a fuga de Dédalo e Ícaro para Creta; 3.3 O presente do touro branco de Posêidon e a supremacia ariana; 3.4 O voo livre de Ícaro e o desenvolvimento do positivismo jurídico; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, procurou-se no universo jurídico estabelecer diretrizes, parâmetros e respostas que explicassem os equívocos e injustiças ocorridas no modelo compreendido na Segunda Guerra Mundial, que ensejou e legitimou a dizimação quase total da

população judaica durante o período nazista na Alemanha, bem como a busca pela reconstrução de um novo modelo baseado na dignidade da pessoa humana, reposicionada em um nível hierárquico superior à própria norma positiva.

Com a efetiva publicação das ideias do jurista Hans Kelsen, especificamente no que se refere à produção literária nomeada *Teoria Pura do Direito*, e, conseqüentemente, ao final da Segunda Guerra Mundial, restou atribuída a ele a responsabilidade teórica jurídica, notoriamente apontada por uma parcela significativa dos jusfilósofos no mundo contemporâneo, como legitimador do nazismo alemão.

Apesar de haver divergências de posicionamentos, até hoje se discute no universo acadêmico jurídico se, de fato, o ideal proposto na teoria elaborada pelo jurista austríaco, baseada em conceitos de legalidade e na força normativa, foi responsável ou até mesmo legitimador da população judaica em campos de concentração.

Como instrumento analítico, apesar de anterior ao regime totalitário ocorrido na Alemanha, o mito de Ícaro, consagrado pela mitologia grega, apresenta uma hermenêutica obscura e um fim moral de natureza subjetiva em tal enredo. Diante disso, objetiva-se estabelecer uma relação entre as contradições inseridas, ainda que superficialmente, no instituto defendido por Hans Kelsen (positivismo jurídico) com o mito grego de Ícaro, sob um determinado fato social, especificamente o compreendido no período nazista.

Assim, o objetivo do presente trabalho é desenvolver uma relação entre os antagonismos e as contradições atribuídas ao positivismo jurídico sob uma perspectiva do pensamento de Hans Kelsen em paralelo com o mito grego de Ícaro, a partir do confronto dos ideais propostos por Hans Kelsen, na obra “Teoria Pura do Direito”, com a narrativa do mito de Ícaro que tem por protagonista o filho de Dédalo, comumente conhecido pela sua falha tentativa de fugir de Creta voando, voo este frustrado devido à queda que ensejou como consequência a sua morte.

Portanto, os recursos metodológicos utilizados para exposição do tema escolhido foram pesquisas bibliográficas, abarcando fontes nacionais e estrangeiras, doutrinárias e filosóficas.

A pesquisa, de cunho dissertativo científico, e dentro dos limites dos objetivos propostos, se desenvolverá por capítulos e tópicos da seguinte forma: primeiramente será realizado o levantamento das fontes bibliográficas que abordem o tema pesquisado, referente ao mito de Ícaro, que será enfatizado sob a ótica da literatura histórica e mitológica, bem como pela perspectiva sociológica e artística, posteriormente será analisado o instituto do positivismo jurídico. Por fim, serão esquadrihados os institutos contemporâneos jurídicos e suas respectivas

transformações, analisados em paralelo ao mito de Ícaro e os fatos históricos compreendidos na Segunda Guerra Mundial, bem como no pós-guerra.

1 O MITO DE ÍCARO

O mito pode ser definido como uma narrativa, como sintetiza Rocha¹, em sua obra intitulada “O Que é Mito”. Sob esta perspectiva é fácil perceber que os mitos geralmente constituem em narrativas que descreve sobre a origem da vida em sua integralidade, dos seres vivos, da cultura, das línguas, cuja representação literária discrimina o meio social à época de sua criação.

Os mitos gregos, analisados em uma perspectiva *latu sensu*, se apresentam sob a forma de expressão subliminar e entendimento amplamente subjetivo- complexo no qual, na maior parte das vezes, representa, além de imperfeições humanas, estruturas de representação da sociedade inspiradas na cultura helênica.

Se adotássemos como parâmetro de análise, no presente trabalho, as visões hermenêuticas críticas, formuladas no campo acadêmico sobre o mencionado mito, especificamente, no âmbito das ciências sociais e humanas, tornar-se-ia possível estabelecer algumas características incomuns, como, por exemplo, no que se refere ao mito de Ícaro e sua atitude infrutífera ante as orientações estabelecidas por seu pai Dédalo, ao lexema dominante na palavra “excesso”, recorrente nas análises interpretativas.

Tal assertiva abaixo apresenta uma perspectiva defendida por Amorim:

No mito, como se vê, apresenta-se um movimento vertical, em que se tem, por um lado, a ascensão, que é também uma fuga, e por outro, a queda, provocada por um desmedido anseio de se ir mais além. Manifesta-se, em um arranjo como esse, o que se pode pensar como a “imagem das ambições desmesuradas do espírito”, sendo Ícaro uma sorte de símbolo “do intelecto que se tornou insensato”, ou, em outros termos, o símbolo “do excesso e da temeridade”. A tentativa da personagem mítica estaria ligada, em um sentido que, entretanto, não deixa de ser moralizante, a uma forma de aberração do espírito: a mania das grandezas, a megalomania.²

¹ ROCHA, Everardo. **O que é mito**. 9ª reimpressão da primeira edição de 1985. São Paulo: Brasiliense: Primeiros Passos, nº 151, 2001, p.3.

² AMORIM, Bernardo Nascimento. **A minguia e o excesso: Mário de Sá-Carneiro, Arthur Rimbaud e o complexo de Ícaro**. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 12.

O mito de Ícaro é analisado nas ciências sociais como uma forma de demonstrar a necessidade de censurar ou limitar ações, pois o “excesso” é utilizado como palavra-chave em inúmeras dissertações acadêmicas, induz ao pensamento de perda de controle e abuso e, que, examinadas sob a ótica jurídica e política, nos remete à ideia de ações autoritárias de um poder arbitrário imposto, totalmente alheio às políticas democráticas ou benéficas à coletividade e desamparado de moralidade, visto que o “além de” ultrapassa os limites dos direitos e garantias individuais e sociais, prevalecendo o direito das minorias sobre um todo.

Assim, com objetivo de ampliar o entendimento, que posteriormente será sustentado, torna-se essencial dispor a narrativa do mito de Ícaro, repassado às várias gerações, tanto no mundo ocidental quanto oriental, sintetizado no contexto popular como a história do menino que voou até o sol.³

Dédalo é descrito como um genioso e habilidoso escultor e engenheiro ateniense, famoso pela construção do labirinto de Creta. A inveja e os ciúmes conduziram o artista à miséria. Sentindo-se superado em talento, pelo seu sobrinho e aprendiz Thalo, inventor da roda, do oleiro e o serrote de ferro, Dédalo mata-o e foge, banido de sua terra de origem. Assim, se aventura pela Ática com seu filho Ícaro com destino à Creta.

Enquanto isso, o rei de Creta, Minos, havia ganhado um touro branco de Posêidon, que deveria ser sacrificado em sua honra, porém, deslumbrado com a beleza do animal o rei guarda para si. Assim Posêidon, sentindo-se traído, desperta na rainha Pasífae uma doentia paixão pelo animal, no qual resulta, da união de ambos, o nascimento do famoso Minotauro, ser mitológico monstruoso e discriminado fisicamente por uma cabeça de homem e um corpo de touro.

Dédalo, acolhido com honras em Creta pelo rei, que ouviu falar de suas habilidades, convidou-o a ficar em seu país, a fim de construir uma prisão para a fera, e que assim o fez. Porém, segundo o mito de Teseu, Dédalo teria ensinado o jovem Teseu a sair do labirinto, sugerindo que Teseu utilizasse um novelo, e fosse desenrolando-o à medida que entrasse no labirinto. Assim, após matar a criatura, o jovem conseguiu fugir do labirinto. Furioso, o rei Minos aprisionou Dédalo e seu filho Ícaro no labirinto de Creta, e é assim que, efetivamente, se inicia o mito de Ícaro.

Para que não escapassem, o rei deixou guardas em todas as saídas do labirinto, porém, inteligentemente, Dédalo construiu asas com as penas que caíam dos pássaros, colando-as com

³ BENNETT, William J. *O livro das virtudes*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1993.

cera de abelha. Quando finalmente ficaram prontas, o pai de Ícaro forneceu algumas orientações fundamentais ao seu filho. Assim, antes de alçar voo, o pai recomendou-lhe que quando ambos estivessem voando, não deveriam voar muito alto, para que o calor do sol não derretesse a cera, e nem muito baixo, pois a umidade do mar tornaria as asas pesadas.

Ocorre que Ícaro, encantado pela sensação de voar, não seguiu a recomendação estabelecida por Dédalo, aproximando-se, além do limite permitido, perto do sol. Com efeito, a cera que sustentava as asas foram derretendo, o que resultou na queda e morte de Ícaro, precipitando-o no mar. Tempos depois, seu pai o encontra morto em uma ilha e o enterra com um sentimento de perda e dor por ter perdido o seu filho tão estimado.

Assim, no campo das artes, se retira dessa narrativa, na visão de Galbiati, na qual utiliza à teoria semiótica de corrente *greimasiana*, que reflete a adaptação do texto verbal, às artes, *in casu*, a pintura e literatura a seguinte interpretação:

Como se pode ver, a negligência de Ícaro fez com que ele fosse lançado, de maneira rápida e violenta, para seu fim trágico: a morte. Ícaro foi levado pela sedução de estar voando, visto que voar é uma habilidade reservada apenas aos animais dotados de asas e aos deuses, e cobiçada pelo ser humano, por sua fácil locomoção e sensação de liberdade. A história trágica de Ícaro pode ser entendida como um mito de suplício: quando alguém faz algo “errado” (contra normas, leis, regulamentos, convenções) sofre um castigo, toma uma punição. Além disso, há uma lição moralizante: a obediência dos filhos aos seus pais. Se os filhos desobedecem, sofrem as consequências de seus atos, já que não ouviram a voz da experiência, dos mais velhos, aqueles que possuem sabedoria.⁴

Dessa maneira, a fim de estabelecer uma paridade entre o mito grego mencionado e o instituto positivista sustentado pelo jusfilósofo austríaco, neste presente trabalho, faz-se necessário à utilização do conceito de “norma” como instrumento bussolar, supostamente sustentado como instrumento imponente e garantidor inicial da supremacia estatal nos períodos totalitários. Além do mais, para Kelsen, acredita-se que deverá ser excluído do conceito de “norma” tudo o que é metajurídico, quaisquer normatividades materiais passíveis de realização no caso real, em concreto, ou seja, sustenta, de certa forma, uma teoria autossuficiente na lógica formal.

⁴ GALBIATI, Maria Alessandra. **Bruegel e Williams: uma leitura intersemiótica do mito de Ícaro**. Todas as Musas: Revista de Literatura e das Múltiplas Linguagens da Arte, São Paulo, v. 1, n. 2, 2010, p. 103.

2 O POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA PURA DE HANS KELSEN

O termo positivismo jurídico possui origem no latim, de *ius positivum* ou *ius positum*. A palavra positivismo jurídico não deriva do positivismo filosófico embora haja ligação entre eles, isto decorre ante ao fato de que vários positivistas jurídicos eram também positivistas filosóficos.

O termo positivismo jurídico originou-se na Alemanha, enquanto o positivismo no sentido filosófico surgiu na França. Pode-se afirmar que o positivismo jurídico é caracterizado como direito positivo oposto ao direito natural, portanto, não há como conceituar o positivismo jurídico sem antes analisar, de forma clara, o significado do direito positivo.

A corrente positivista desenvolve-se a partir do termo ‘positivo’ que, nas ciências humanas, "representa a tentativa de se estender a elas o método experimental, em rejeição ao racionalismo e ao naturalismo"⁵.

Conforme menciona Cortese, no que se refere à formação do termo positivismo jurídico, assim dispõe:

A construção do axioma jurídico ocidental foi motivado pelas divergências entre o direito natural e direito positivo, apesar do termo direito positivo ser encontrado em diversos textos gregos, há que se considerar como um lexema relativamente novo, pois, sua utilização somente se verificou nos documentos latinos medievais. As obras primárias foram escritas em latim, utilizava-se a palavra positivismo para fazer referência a justiça essa na época ligada ao direito natural existentes apenas da constituição de leis naturais e não da justiça positiva que se refere às leis reguladoras da vida social.⁶

O instituto denominado “positivismo jurídico”, em sua forma teórica, é caracterizado como fenômeno jurídico originário da Europa, em meados do século XIX, durante o processo histórico de concentração do poder político pelos instrumentos estatais.

Nesta fase, é possível perceber o intenso interesse na codificação e positivação do direito e amadurecimento, a exemplo, na França, com o Código de Napoleão, promulgado em 1804. Com a perda da influência da Igreja e os valores a ela associados e, conseqüentemente, com a supervalorização do ser humano como objeto central na esfera social, tais transformações

⁵ AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: UFMG. 1984, p. 52.

⁶ MENDONÇA, Fabrício Cortese. *O positivismo jurídico*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100527142200764&mode=print>. Acesso em: 19 out 2013.

gradativas conduziram à decadência de teorias jusnaturalistas, ascendência das normas de natureza religiosa por normas estatais, leis escritas e positivadas.

Ao tratar do positivismo jurídico, cujo auge estrutural ganhou forças no século XX, o filósofo Miguel Reale em sua obra *Filosofia do Direito*⁷, no que se refere à introdução das ideias de Hans Kelsen no mundo moderno, deixa claro que as ciências jurídicas apresentavam-se, em tal período, como uma espécie de fortaleza, rodeada por economistas, políticos, psicólogos e sociólogos, na qual cada um com suas especialidades objetivava ir além dos muros da jurisprudência, para torná-la sua, e incrementá-la em sua propriedade, que na visão de Kelsen, tais ciências apresentavam uma perspectiva deturpada do direito.

Conforme sustenta Rocha, sobre a Teoria Pura do Direito na base do pensamento de Hans Kelsen, assim dispõe, *in verbis*:

A Teoria Pura do Direito tem, como uma de suas diretrizes basilares, o dualismo metodológico Kantiano, entre ser/dever ser. [...] Como sabemos, entre os juízos de realidade e os juízos de valor, Kelsen, fiel à tradição relativista do neo-Kantismo, de Marburgo, optou pela construção de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do dever ser. Tal ênfase, acarretou a superestimação dos aspectos lógicos constitutivos nas análises Kelsenianas, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento.⁸

Poderíamos nos aprofundar ainda mais, nesse aspecto e tomar nota das palavras de Castanheira Neves, que assim sustenta sobre o pensamento de Kelsen, que sob sua ótica, o filósofo austríaco une elementos do neokantismo e do positivismo científico para eliminar, respectivamente, a política e sociologia da seara do direito e sua ciência, a propósito:

[...] o seu neokantismo de origem lhe determinou um dualismo metodológico em que o postulado de não sociologização da ciência do direito foi evidente corolário e se exprimiria numa delimitativa ou específica intencionalidade objetivante, o seu positivismo científico (o positivismo do herdado cientificismo do século XIX e epistemologicamente depurado na radicalização empírico-analítica deste século) impôs-lhe, por sua vez, e para o cumprimento estrito dessa intenção tão-só teórica, um postulado de não politização da mesma ciência do direito, que dela excluiria todos os momentos axiológico-normativamente constitutivos e os remeteria para os domínios não científicos do ideológico-político e da opção subjetiva.⁹

⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁸ ROCHA, Leonel Severo. *O sentido político da teoria pura do direito*. Seqüência: Florianópolis. v. 5, n. 9. 1984, p. 60.

⁹ NEVES, Antônio Castanheira. *Método jurídico: digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, v. II, 1995. p. 101.

Dessa forma, Hans Kelsen expande a marca da *Teoria Pura do Direito* nesse contexto histórico, período no qual desenvolveu o movimento de purificação do direito ou como ele próprio denominou “Teoria Pura”, pois o objetivo era separar do direito de discussões morais, éticas e demais lexemas metajurídicos ou jusnaturalistas, ainda que o próprio positivista considerasse legítimo tais questões no campo da Psicologia, Sociologia, História e Política. Isto é, o direito, que aos olhos de Kelsen, deve ser observado como norma e não como fato social ou natureza metafísica¹⁰.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que o Hans Kelsen não nega a existência e ligação entre o Direito e demais ciências, nem tenta erradicar essas relações, mas estabelece que a ciência jurídica é autônoma e que não pode ser interpretada em uma mistura do Direito com outros ramos das ciências sociais, ou como o próprio autor aduz em sua obra:

De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo, não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.¹¹

Aparentemente, há uma tendência hermenêutica negativa ou associativa sobre Kelsen, que direciona sua teoria pura, de forma objetiva, ao modelo nazista que, naquele período, restou guiado pela Lei de Nuremberg sob o comando de Adolf Hitler, líder do movimento nazista.

Antes de adentrar a matéria de fundo do presente trabalho, é imperioso expor que o ditador Adolf Hitler, líder político, foi um grande representante da técnica da oratória, no qual propagou seus ideais antisemitas e convenceu milhares de pessoas a aderirem à extinção de determinados grupos sociais, utilizando-se das artes retórica e oratória, ou seja, falar bem e persuadir.

Fato é que a construção nazista de pensamentos e a sua exposição na sociedade modificou, significativamente, uma geração inteira, o que trouxe, em consequência, resultados desastrosos para a população mundial devido às ideias genocidas promulgadas com a Lei de Nuremberg, cujo teor se unifica com a edição de três leis que nortearam o movimento

¹⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

¹¹ KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*. [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.1.

antissemita: a *Reichsflaggengesetz* (lei da bandeira do Reich); a *Reichsbürgergesetz* (lei da cidadania do Reich); a *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* (Lei da proteção do sangue e honra alemã).

Ademais, destaca-se que o homem, desde a gênese da história, cria e mistifica os lexemas de bem e mal, certo e errado, herói e anti-herói, no qual se integram em permanente conflito entre tais antagonismos, utilizado em várias searas, alguns como orientação religiosa ou referências divinas, outros no campo sociológico como um instrumento de regulação social e que, na verdade, objetivam apenas o controle e manutenção do equilíbrio da própria sociedade, que se encontra repletos de antagonismos sociais calibradores.

Como já explorado por Santo Agostinho, é necessário e fundamental a existência dessa dualidade entre os dois polos, opostos, na sociedade, pois o homem é um ser social, ele não vive sozinho, e somente diante a utilização desses instrumentos calibradores que impera a necessidade de positividade das normas para, efetivamente, propagar e estabelecer a diferença do certo do errado, a partir de uma concepção sociológica e de valores de uma estrutura projetada por um fim moral, com o objetivo de estabelecer regramentos éticos que preservem o próprio ideal de justiça e demais valores sociais, garantindo a unicidade do Estado com direitos harmônicos nas comunidades.

Sob esta perspectiva, a título demonstrativo, há que ser exposto em evidência, os mais importantes críticos, opositores aos ideais do jurista Hans Kelsen, como, por exemplo, o jurista Rudolf Smed, criador do Método Integrativo ou, como melhor conhecido, método Científico-Espiritual, também, no que se refere à obra *Cinco Minutos de Filosofia do Direito* de Gustav Radbruch, professor de direito alemão da Universidade de Heidelberg, político e jurista.

Desse modo, o presente excerto se refere ao texto de Radbruch, distribuído aos seus alunos na Universidade de Heidelberg, à época em que ministrava, cujo enredo se encontra preenchido de forte crítica à teoria pura proposta por Kelsen, na qual atribuiu-se a ele o papel de ponte reguladora das atrocidades ocorridas no período nazista, veja-se:

"Esta concepção da lei e sua validade, que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará o primeiro."¹²

¹² RADBRUCH, Gustav. "Cinco minutos de filosofia do direito". In: _____. Filosofia do Direito. Tradução de L. C.ada, 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997. p. 415-418.

Ora, tal posicionamento, apesar de ideologicamente discutível, se torna inconcebível responsabilizar, na integralidade, o jurista austríaco por toda e quaisquer atos nazistas ocorridos no período da Segunda Guerra, tendo em vista que a teoria apresentada por Kelsen, não ratifica de modo exclusivo ou sequer autoriza tais atitudes violentas e desumanas, o que ocorre, na verdade, é que o teórico judeu demonstra na sua obra que o objeto norma, no sentido formal, ainda que utilizada para atos cruéis e desumanos, é uma norma jurídica válida, pois sua criação se concretizou no universo jurídico por quem possuía legitimidade para tanto dentro de um sistema jurídico, tal como o Poder Legislativo ou parlamento, representantes reais dos anseios da sociedade.

Além disso, vale expor que a teoria de Hans Kelsen, foi considerado uma ameaça ao modelo nazista liderado pelo *Führer*, pois a *Teoria Pura do Direito* esbarrava em óbices que colocavam em risco o ideal nazista, bem como trazia instabilidade ao poder do próprio ditador.

Acrescenta-se neste ponto, que Kelsen rejeitava claramente a posição de Carl Schmitt em relação ao guardião da Constituição, pois este declarava claramente que o Presidente do Reich era legítimo para figurar na proteção dos direitos coletivos e individuais, veja-se um excerto do seu discurso na obra *O Führer protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no Reichstag*, do jurista Carl Schmitt, citado na obra de Macedo Júnior no livro denominado *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, assim dispõe:

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 juiz supremo do povo alemão”. O verdadeiro líder (*Führer*) sempre é também juiz. Da liderança (*Führertum*) emana a judicatura (*Richtertum*). Que quiser separar ambas ou mesmo opô-las ou transforma o juiz no contra-líder (*Gegenführer*) ou em um instrumento do contra-líder e procura paralisar o Estado com a ajuda do Judiciário. (ênfatisou-se).¹³

Neste contexto, Kelsen, ao manifestar seu posicionamento¹⁴ sobre a obra *O Guardião da Constituição*¹⁵, do jurista Carl Schmitt, filósofo e integrante do partido nazista, na qual este último defendia, com fulcro no artigo 48 da Constituição de Weimar, que o presidente do Reich, possuía plenos poderes para tutelar a Constituição, agindo como tutor, legislador e pacificador

¹³ SCHMITT, Carl. “O Führer protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no Reichstag em 13 de julho de 1934” (1934). Trad. Peter Naumann. In. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 221.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.246.

¹⁵ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 234.

de conflito, aquele jurista positivista evidencia sua rejeição ao ideal nazista *schmittiano*, esclarecendo assim seu fiel posicionamento, o que confronta as alegações de que o jurista judeu legitimou o nazismo. Aliás, confira-se o trecho exposto por Lorenzetto, no que se refere às concepções de Kelsen e Schmitt, em debate sobre a competência de guardião da Constituição:

O debate entre Schmitt e Kelsen sobre Quem deve ser o Guardião da Constituição, pode ser sintetizado em poucas linhas. Enquanto Kelsen acredita na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt afirma que cabe ao Presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a Constituição (em nome do povo). O debate teria um vencedor argumentativo, Schmitt, em sua leitura de grande intensidade crítica (ao liberalismo e à realidade parlamentar de sua época) e pautada pela imanência de um lado e, um vencedor fático-histórico, Kelsen, pois a prevalência de sua posição se deu na utilização preponderante de seu sistema constitucional nos países democráticos ao longo da segunda metade do século XX.¹⁶

Dessa forma, é claro que a presença de Hans Kelsen na construção dos ideais jurídicos do mundo contemporâneo, considerado hoje um dos mais importantes juristas da atualidade, ante toda contribuição filosófica e jurídica, bem como na projeção dos modelos garantistas atuais, o qual desenvolve também, dentre a suas teorias, a ideia de que a norma fundamental indicará o processo legislativo e determinará quem deverá exercer o papel de legislador, apresenta o princípio da supremacia constitucional e, além disso, exhibe o Estado como um sistema de normas estruturais de forma lógica, a partir de uma norma hierárquica superior, teoria esta popularmente conhecida como pirâmide de Kelsen, que simplesmente se impõe como fundamental ao sistema eficaz de sanções e direitos.

Contudo, é inviável inocentar os efeitos que a teoria pura do direito trouxe, negativamente, ao pensamento jurídico e concreto dos Estados, aliás, como bem observado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, este aduz sobre os efeitos do positivismo jurídico e a valorização da norma positiva, no período compreendido na Segunda Guerra Mundial, vejamos:

[...] O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

¹⁶ LORENZETTO, Bruno Menezes. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da constituição. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo - SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2236.pdf>. Acesso em: 19 out. 2013.

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.¹⁷

Em síntese, sob esta perspectiva, há um apoio sólido do conceito de legalidade na autoridade do Estado, que concede e permite, ao mesmo tempo, que o poder estatal se perpetue como única fonte do direito, não havendo nada que o impeça ou proíba, salvo sua própria instrução normativa positiva.

Porém, existem ressalvas a serem consideradas, pois foram várias as críticas contra a *Teoria Pura do Direito*, criada pelo jurista judeu, restando indícios de que, na verdade, ocorreu na espécie uma deturpação da obra pura de Kelsen, que, injustamente, o tornou intermediário dos desvios de conduta moral e atos discricionários, bem como protagonista de imensuráveis injustiças sociais, atos truculentos de poder, e demais acontecimentos noticiados no período da Segunda Guerra Mundial com os regimes fascistas e nazistas instituídos na Itália e Alemanha por Mussolini e Hitler, respectivamente.

3 O MITO GREGO E O NORMATIVISMO LÓGICO

De forma que seja possível interpretar o mito de Ícaro em relação a Hans Kelsen e suas concepções jurídicas da teoria do direito no período da Segunda Guerra Mundial, tal capítulo será disposto em ordem cronológica, em relação à narrativa do mito, além de estruturado em subtópicos, indicadores dos pontos interpretados e associados ao objeto em questão contido na filosofia jurídica do positivismo jurídico defendido pelo autor austríaco em destaque.

3.1 A morte de Talos e a queda do jusnaturalismo

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.241-242.

Deparamos-nos com a inveja de Dédalo em relação ao seu sobrinho Talos e seu posterior assassinato por seu próprio tio, em que, conforme a narrativa exposta, é possível estabelecer uma analogia ao período compreendido na segunda metade do séc. XX, ao qual Kelsen, com sua obra “pura”, desvincula o valor incluso na moralidade com o direito, divórcio este que traz para o mundo moderno a ideia de supremacia da letra fria da lei como única fonte, ensejando o nascimento do ideal contido no positivismo jurídico puro, vazio de interpretações fora da norma, isento de uma discussão ética ou moral por acreditar que tais discussões não se inserem como parte do universo jurídico em sua totalidade, tal posicionamento reforça a ideia de que o jusnaturalismo no referido período foi considerado um movimento anti-científico e abstrato, razão de sua exclusão do movimento ulterior.

A morte de Talos nada mais é que uma comparação histórica ao ocorrido em tal período, cujo surgimento do positivismo na sua forma jurídica se caracterizou pela eminente separação de tais princípios, norteadores do direito, da norma, pois ao contrário do instituto proposto por Kelsen, o jusnaturalismo objetivava uma aproximação do direito com a razão, a fim de alcançar um Direito mais equitativo e justo, na qual posiciona o ser humano como objeto central do Estado e o protege com garantias e direitos fundamentais, armas estas utilizadas no combate de ações extremistas, quaisquer que fossem tais fatos, valorizando um modelo supostamente justo e repleto de moral na sociedade.

3.2 O positivismo jurídico no período nazista e a fuga de Dédalo e Ícaro para Creta

Com medo de ser morto, Dédalo foge com seu filho Ícaro para Creta e é recebido com louvor pelo rei Minos, pois o mesmo possuía informações sobre os grandes feitos de Dédalo, sua impressionante inteligência no campo das exatas, suas construções arquitetônicas e demais invenções de nível complexo e inovador. O rei o recebe unicamente com a intenção de que Dédalo construa para ele um labirinto para prender o ser mitológico *Minotauro*, fruto do amor doentio de sua esposa com o touro branco, presente concebido pelo deus Posêidon.

A semelhança entre o trecho narrado e o período histórico ocorrido se torna evidente quando se concretiza a aplicação do positivismo jurídico, tendo como elemento máximo a norma como única fonte do direito, que se concretizou no período de instauração da Lei de Nuremberg, após ascensão forçosa de Adolf Hitler ao poder, exercendo o papel de legislador supremo, e que, mediante a utilização do discurso, meios de telecomunicações, se apoiou na força normativa

positiva e que, ao final, passou a governar a nação alemã, impondo ideais antissemitas, discriminatórios, racistas e legitimador do pensamento de inferioridade de qualquer cultura e estereótipos que não fossem de natureza alemã.

De forma paralela, analisando o direito em relação ao positivismo jurídico, sob o instrumento da teoria proposta por Kelsen, tem-se que a partir de então, o direito era tido como válido somente o que a letra de lei positivasse e estabelecesse no texto legal, sem nenhum tipo de hermenêutica posterior e integralmente desamparada de princípios e discussões extras norma escrita, ou seja, há uma clara ruptura entre o direito positivo e o direito natural, este último instituto capaz de impedir qualquer tipo de absolutismo estatal e arbitrariedade dos governantes.

Assim, o filósofo Hans Kelsen poderia ser tomado como Dédalo inicialmente, neste trecho, apresentando-se como fundador dessa nova teoria que serviu como portal de acesso, apesar de restritamente inicial, ainda que de forma não dolosa, e sim culposa, às ações totalitárias e ideais discriminatórios, formulados por Hitler e Mussolini no período estabelecido na 2ª Guerra Mundial.

Ocorre que, inicialmente o positivismo jurídico e a teoria pura de Hans Kelsen efetivamente serviram para iniciar o movimento nazista com a publicação da Lei de Nuremberg, porém, sua aderência e aplicação no modelo normativo puro no Estado Alemão, não se perpetuou durante tal período, pois, conforme leciona Norberto Bobbio, este esclarece que houve uma rejeição posterior do Estado ao positivismo jurídico, pois a lei não deveria atender aos anseios listados na letra da lei, mas sim, ao interesse exclusivo do Estado, confira o seguinte trecho:

A ideologia jurídica do nazismo era, por outro lado, nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei, sustentando, ao contrário, que o juiz devia decidir com base no interesse político do Estado (em particular, em oposição ao princípio *nullum crimen, nullum poena sine lege*, a ideologia nazista sustentava que deveriam ser considerados como delitos todos os atos contrários ao “são sentimento popular” - *gesundes Volksempfinden* - mesmo se não previstos como crimes pela lei).¹⁸

Dessa forma, quanto ao Minotauro, ele é o próprio positivismo jurídico, tal analogia se configura de forma evidente quando se verifica que há ruptura do positivismo com o modelo

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 236.

totalitarista alemão, em que o Estado passa a utilizar-se do poder de império, na pessoa do *Führer*, como fonte máxima e exclusiva, na qual define e traça os anseios sociais, configurando uma efetiva ditadura, relativizando a própria força normativa.

Ora, da mesma forma que o Rei Minos rejeita o Minotauro, bem como seu desejo de retirá-lo da cidade de Creta, visto aqui como uma ameaça à própria concretização dos ideais de supremacia ariana, assim o Estado alemão, posteriormente, rejeita positivismo jurídico, mediante a imposição Estatal totalitarista, a fim de alcançar o ideal da “raça pura”, em que Hitler pregava ser o povo alemão superior às demais “raças”, denominação essa excluída das sociedades contemporâneas em face à ausência de base científica.

3.3 O presente do touro branco de Posêidon e a supremacia ariana

Filho de Zeus com Europa, princesa fenícia, Minos nasceu em Creta e foi criado pelo rei Astérion, com quem a princesa Europa se casou. Quando o rei Astérion morreu, Minos quis reivindicar o trono, assim, para provar ao povo de que era o escolhido e digno do reinado, firmou-se a profecia com Posêidon, deus dos mares, que aceitou a forjada profecia que afirmava pelo surgimento de um touro branco nos seus domínios de Minos como forma de prenúncio de confirmação de que o mesmo deveria reinar, e, ao final, Minos deveria sacrificar o touro branco em honras ao deus dos mares.

Após o cumprimento da profecia, Minos foi traído por suas próprias palavras, ao invés de sacrificar o touro como anunciado, o rei de Creta matou um touro comum e guardou o presente branco de Posêidon por ter achado muito bonito, tomando-o para si e preservando-o como reprodutor. Tal atitude fez ressurgir a ira em Posêidon, que, como vingança, fez com que a esposa do rei de Creta se apaixonasse perdidamente pelo touro, na qual resultou o ser Minotauro, fruto desse romance doentio. Era somente o começo da ira de Posêidon, que posteriormente trouxe à loucura o Minotauro e fez com que ele atacasse e que destruísse o povo cretense. Assim, faz-se útil Dédalo com a sua construção fabulosa do labirinto que conteve o temível Minotauro.

A alma do nazismo e facismo se concebem no totalitarismo sob o ideal de que o próprio *Führer* e o Estado possuíam legitimidade para realizar o controle social e universal do país. Assim, para que isso fosse possível, tornar-se-ia necessário uma homogeneização da sociedade, eivado de ações violentas e represálias, além disso, instaurava-se uma alienação psicológica de

rivalidade entre países da Europa e uma relação de ódio às minorias étnico-religiosas, repúdio este criado como meio de atingir o ápice do ultranacionalismo e o totalitarismo na sua forma legítima. Dessa forma, surge a supremacia branca ou superioridade da raça branca alemã, na qual consiste em uma ideologia etnocentrista, apoiada na construção ideológica de que as pessoas de cor de pele branca são elevadamente superiores às demais pessoas com estereótipo diverso.

O touro branco representa exatamente esse conceito racista de superioridade da classe branca sobre os demais, insere-se no contexto mitológico de profecia divina ou atribuída como presente do temível deus dos mares, na qual a cor branca do estimado touro prevalece sobre as demais espécies existentes. Tal conceito de superioridade do touro branco, na mitologia, é criado e forjado por Minos para tomar posse em um trono apoiado na concepção de providência divina e que acredita ser de direito. Ao mesmo tempo, no contexto histórico, Hitler, filho bastardo do povo alemão, deverá ser comparado ao rei de Creta, pois o mencionado ditador utiliza de todos os meios de comunicações, discursos em praças públicas para garantir o totalitarismo juntamente com a publicação das Leis de Nuremberg, de iniciativa do próprio ditador, que propaga todo ideal antissemita do nazismo. Além do mais, a título de curiosidade, Hitler durante sua trajetória saiu ileso de quarenta e dois atentados contra sua vida, tais tentativas frustradas fez com que o Führer atribuísse ao insucesso dos seus inimigos como uma demonstração clara de providência divina e que seus ideais eram tão autênticos que nada o poderia derrubar, ou seja, integralmente semelhante ao rei cretense com sua criação profética de reinado.

Com a concepção do Minotauro, associado ao próprio positivismo jurídico, bem como o ataque enlouquecedor do ser monstruoso aos cidadãos de Creta, nos direciona a instabilidade evidenciada no positivismo jurídico em ameaça ao modelo nazista. Além disso, nesse contexto encontra-se inserido Hans Kelsen, judeu e fundador da teoria pura positiva, aqui tomado como Dédalo, que criou o complexo labirinto e que, posteriormente, fora utilizado contra ele mesmo, assim como a *Teoria Pura do Direito*, que inicialmente fora utilizada para garantir e modificar a estrutura dos Estados, bem como serviu de apoio à introdução dos regramentos contidos nas leis de Nuremberg, como forma legítima, jurídica e plenamente válida, assim como aduz o próprio jurista austríaco.

Posteriormente, Dédalo é preso com seu filho Ícaro no labirinto que o próprio Dédalo criou, apesar de inicialmente ter ajudado Minos. Dessa maneira, Kelsen foge para os Estados Unidos, exilado em razão de ameaça e perseguição ao povo judeu, visto que sua teoria pura,

utilizada inicialmente e deturpadamente modificada pelo modelo nazista, fora utilizada contra ele mesmo. Assim, se faz oportuno recorrer à filosofia de Derrida¹⁹, no qual aduz e justifica que violência que constrói o direito gera a justiça, e que tal violência é a própria força de lei que pode agir tanto para o uso do bem comum quanto para o mal, porém ninguém conhece sua origem.

Por fim, vale ressaltar que tal momento histórico se posiciona durante o ápice do período nazista, momento este que reuniu países do mundo inteiro contra tal genocídio ocorrido na Alemanha e demais países do eixo, minorias aliadas (Itália por Benito Mussolini e império nipônico Japonês), alcançando proporções territoriais e conseqüentemente atrocidades, em completo descontrolo.

3.4 O voo livre de Ícaro e o desenvolvimento do positivismo jurídico

Após a morte do Minotauro, Dédalo juntamente com seu filho Ícaro, foram presos no labirinto que prendia o ser mitológico. O famoso engenheiro estudava uma maneira de fugir das complexas paredes intermináveis construídas e que, logo percebeu que seria impossível escapar por terra ou pelo mar, pois o rei de Creta havia ordenado que os guardas ficassem ao redor do labirinto a fim de impedir qualquer tentativa de fuga. Dédalo então reúne várias penas que caíam dos pássaros que sobrevoavam o labirinto e com o auxílio de cera de abelha, foi capaz de construir dois pares de asas para que ele e seu filho pudessem escapar pelo céu, voando.

Antes de alçar voo, Dédalo avisou seu primogênito que controlasse o voo, evitando voar tão alto para que não houvesse o derretimento da cera que formava as asas e nem que voasse tão baixo, pois a umidade do oceano aumentaria o peso das asas e o precipitaria no mar, pois estaria impedido de manter-se no ar com tamanho peso. Ícaro, porém, em um ato de desobediência e fascínio com a possibilidade de voar, voou além do permitido e orientado por seu pai Dédalo e prosseguiu subindo até que a cera derreteu e as asas desuniram-se, caindo diretamente no mar.

Com o final da segunda guerra mundial, o positivismo jurídico, defendido por Kelsen e seu sistema regulado pela força normativa, entrou em decadência, ainda durante os regimes nazifascista, em que se fez necessário recriar valores concebidos no direito natural como forma

¹⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.26.

de impedir que, mais uma vez, imperassem regimes legitimadores do totalitarismo, como o genocídio semelhante ao ocorrido na Segunda Guerra Mundial.

Em exclusiva análise entre o contexto histórico e a narrativa mitológica grega, é válido ressaltar que a desobediência de Ícaro demonstra exatamente o desenvolvimento desenfreado desse sistema positivo extremista e desprovido de limites morais e éticos, definido pelo desprezo das orientações estabelecidas no modelo jusnaturalista. Reporta-nos, ainda, à ausência das garantias estabelecidas pelos direitos fundamentais, inerentes dos seres humanos, pela inobservância dos valores, essenciais na ponderação e ações absolutistas e ditatoriais, bem como a ausência de limites e controle do poder estatal.

Já a teoria formulada por Adolf Hitler, especificamente, quanto às Leis de Nuremberg, formuladas e positivadas pelo ditador, tem-se, em destaque, que sua aplicação é gradativa, mas veloz, ganha força e adeptos partidários de outros países, e tecem um ideal independente, que não se preocupa com os valores tradicionais e conquistas revolucionárias de outrora, êxitos estes que serviram como porta de entrada da democracia e que, finalmente, incorre diretamente em um retrocesso da ordem jurídica e ordem social, tendo em vista o retorno ao modelo ditatorial imposto, no qual impera as vontades do Estado e do próprio déspota, silenciando a própria democracia.

O desenvolvimento do positivismo jurídico na Segunda Guerra Mundial se solidifica de forma exatamente idêntica à insubordinação de Ícaro ao pai, cujo voo ultrapassa a altura limítrofe, um desequilíbrio na forma de aplicação e, analogicamente, certo descontrole no voo estabelecido por Dédalo entre os limites do sol e do mar.

O positivismo jurídico expõe um sistema inovador e repressivo das correntes fixadas no moralismo que defende a validade da norma positiva independente das discussões em torno do justo e do correto, diversamente contrário ao defendido por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Isso não significa que o positivismo jurídico excluiu a interferência da moral no direito, apenas garante que sua influência não seja objeto do direito.

A propósito, no pensamento de Pereira, de forma objetiva, assim nos coloca:

Desde a antiguidade é inquirido sobre o que seria melhor: leis justas aplicadas por homens injustos ou, leis ainda que injustas, aplicadas por homens justos. Evidentemente, o ideal é ter leis justas e homens justos. Porém, na

impossibilidade, o bom senso e a coerência levam a optar por homens justos, capaz de lapidarem a lei injusta.²⁰

Destarte, a ausência de discussões morais, justiça e demais valores na construção do direito, geram prejuízos imediatos às sociedades, visto que a superioridade estatal e a impossibilidade de limitar as ações de poder do chefe de Estado legitimam atuações ofensivas às sociedades e afastam diretamente o ideal de democracia, sociedades estas submetidas, na maior parte das vezes, a situações cruéis e violentas, impostas por um tirano ou ditador, que submetem às represálias sem um controle ético e justo, garantia esta conquistada desde a Revolução Francesa de 5 de maio de 1789, que trouxe maior equidade aos trabalhadores e cidadãos em sua totalidade, com os lexemas de *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*.

Assim, a dor e culpa sentida com a morte de Ícaro recai sobre Dédalo, aqui personificado em Kelsen, se projeta nas inúmeras críticas realizadas pelos pensadores e juristas do período pós positivista, especificamente sobre a *Teoria Pura do Direito*, que apesar de moldar um ordenamento jurídico válido, ultrapassou a temática inserida na obra e foi, posteriormente, rejeitada por vários Estados, uma ameaça à construção garantista do direito e ao próprio modelo democrático.

Por fim, nas palavras e pensamento de Savigny, em sua obra *System des heutigen Römischen Rechts*, ao tratar dos princípios fundamentais da interpretação, assim aduz:

Toda ley tiene la función de comprobar la naturaleza de una relación jurídica, de enunciar cualquier pensamiento (simple o compuesto) que asegure la existencia de aquellas relaciones jurídicas contra error y arbitrariedad. Para lograr este fin, hace falta que los que tomen contacto con la relación jurídica, conciban pura y completamente aquel pensamiento. A este efecto se colocan mentalmente en el punto de vista del legislador y repiten artificialmente su actividad, engendran, por consiguiente, la ley de nuevo en su pensamiento. He aquí la actividad de la interpretación, la cual, por consiguiente, puede ser determinada como la reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley. Sólo de esta manera podemos obtener una inteligencia segura y completa del contenido de la ley; y sólo así podemos lograr el fin de la misma.²¹

²⁰ PEREIRA FILHO, Benedito. *Pressupostos teóricos para a efetividade material da tutela executiva*. 1999. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999, p 179.

²¹ SAVIGNY, F.C. von. Los fundamentos de la ciencia jurídica. In: SAVIGNY, F.C. von et al. _____. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 80-83. Toda lei tem a função de verificar a natureza de uma relação jurídica, de apresentar qualquer pensamento (simples ou compostos) que garanta a existência de tais relações jurídicas contra a arbitrariedade e o erro. Para alcançar esse propósito, é necessário que aqueles que possuem contato com a relação jurídica, pura e compreendam completamente aquele pensamento. Este efeito é mentalmente colocado no ponto de vista do legislador e repetem artificialmente sua atividade, geram, portanto, a lei nova em sua mente. Aqui é a atividade de

Nesse sentido, a hermenêutica jurídica contemporânea não se limita puramente a um procedimento metódico e lógico, ou melhor, o objetivo não é alcançar unicamente a vontade da lei, mas a convicção jurídica do povo, o *Volksgeist*. Talvez assim seja possível expulsar da nossa sociedade comportamentos exclusivamente totalitários e de soberania ditatorial.

No entanto, não há que se olvidar que a obra do jurista austríaco contribuiu significativamente para a evolução das sociedades de um modo geral, o que evidencia a importância da norma no universo jurídico, hoje utilizada como instrumento mantenedor da própria segurança jurídica, supremacia constitucional e unicidade dos entes federativos, sem contar que Kelsen, ao propor o modelo de Controle Concentrado de Constitucionalidade, adotado no Brasil, garantiu a limitação de atuação do Estado e passou a regular as irregularidades e atos discricionários, por meio do Supremo Tribunal Federal, em proteção a ordem jurídica e harmonização dos Poderes Federativos.

CONCLUSÃO

Em meados de 1943, a guerra estava girando em desfavor aos poderes dos países do Eixo, porém, isso estimulou Joseph Gobbels, ministro da propaganda alemã, a intensificar ainda mais a propaganda nazista, incitando a população alemã a aderir o ideal de mobilização em massa e guerra total. Vale destacar uma frase propagada pelo propagandista, na qual afirma que *uma mentira mil vezes repetida, torna-se verdade*.

Joseph Gobbels, era figura chave do absolutismo hitleriano e ministro da propaganda da Alemanha nazista, era um político fundamental no *Reich*, conta-se que, momentos antes do suicídio do Führer, foi indicado pelo mesmo a exercer o cargo de Chanceler do Reich, exercendo-o por um dia, tal nomeação expõe claramente sua relevância no governo nazista e a confiança estabelecida por Hitler com o propagandista.

Apesar de todo repúdio universal ao movimento nazista que gerou infinitos estragos no período estabelecido na Segunda Guerra Mundial e, com a consequente dizimação em massa de

interpretação, a qual, por conseguinte, pode ser determinada como a reconstrução do pensamento ínsito de lei. Só desta forma podemos obter uma compreensão completa e segura do conteúdo da lei, e só então poderemos alcançar o fim da mesma.

milhares de pessoas, é importante mencionar que tal assertiva mencionada pelo Chanceler possui certa plausibilidade e pertinência fática.

Podemos ao final deste trabalho perceber que uma teoria pura extremista, bem como a atuação sem controle moral pelo Estado, empregada de forma errônea, eivada de normas discriminatórias é capaz de modificar uma estrutura de governo e pensamento de uma sociedade inteira, influência direta que fora propagada de forma eficaz pelos meios de comunicação alemães, alienando os cidadãos e incitando-os a acreditar que são superiores às demais sociedades e culturas, o que era uma completa mentira que tornou-se verdade em tal período. Vale acrescentar também, sobre este ponto, que, ao mesmo tempo em que a lei escrita aparece como forma de regulação de direitos e garantias fundamentais, apresenta-se também como criadora de violência e arbitrariedade.

O mito de Ícaro, utilizado no presente trabalho como instrumento analítico dos ideais propostos pelo positivismo defendido por Hans Kelsen com o período compreendido no III *Reich*, apresenta-se mais uma vez como uma forma de reforçar ou garantir que, quaisquer que sejam os regimes extremistas vigentes, ainda que não tenha sido utilizado na sua forma pura, ao contrário, se encontrava ausente de qualquer controle democrático ou limitador, poderá desenvolver modelos constitucionais não equitativos e imparciais, afirmativa esta já visualizada em todo contexto histórico e mitológico apresentado.

Além do mais, deve-se primar pelos direitos inerentes aos cidadãos, pela dignidade da pessoa humana, pelos valores éticos e morais e demais princípios, aliados de forma isonômica à lei escrita e positiva, visto que esta tem um papel de garantir o convívio social isonômico, sem interferir no direito individual de cada um, dando a cada qual o que lhe é de direito, sem discriminação, desigualdade, e superioridade de grupos racistas e etnocêntricos em detrimento das minorias, ou seja, deve haver uma clara vedação a tais sistemas absolutistas.

Contudo, compreende-se que a ideologia proposta por Hans Kelsen, não foi capaz de responsabilizá-lo pelos atos ocorridos no período nazista, pois é evidente que Hitler, no seu papel de líder supremo do Estado Alemão, ignorava o regramento positivista vigente e exercia o papel de legislador como bem entendesse, criando e excluindo direitos e sanções que incorressem contra o nazismo alemão, além disso, não há como se eximir a responsabilidade popular alemã, na qual estavam magnetizados e convencidos de que eram superiores às demais sociedades.

Dessa forma, o que se conclui, na verdade, é que a Segunda Guerra Mundial, especificamente sobre o nazismo na Alemanha, foi comandada por um poder totalitário

(Presidente do *Reich*), na qual mantinha o Estado com o disfarce de legalismo jurídico, que era exercido sob a roupagem do jusnaturalismo, no que se refere aos valores culturais arianos, e por fim, concretizados por normas positivas arbitrárias, dentro de um contexto fático, que ainda assim, conforme aduz Hans Kelsen, era, um sistema de normas juridicamente válidas, sem questionamentos morais.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: UFMG, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENNETT, William J. **O Livro das virtudes**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**. 4. ed. São Paulo: Mandarim, 1995.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GALBIATI, Maria Alessandra. Bruegel e Williams: uma leitura intersemiótica do mito de Ícaro. *Todas as Musas: Revista de Literatura e das Múltiplas Linguagens da Arte*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 99-111, jan./jul. 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LORENZETTO, Bruno Menezes. **O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da constituição**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo - SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2236.pdf>. Acesso em: 19 out. 2013.

MENDONÇA, Fabrício Cortese. **O positivismo jurídico**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100527142200764&mode=print>. Acesso em: 20 out 2010.

NEVES, Antônio Castanheira. **Método jurídico: digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. II.

PEREIRA FILHO, Benedito. **Pressupostos teóricos para a efetividade material da tutela executiva**. 1999. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999.

RADBRUCH, Gustav. “Cinco minutos de filosofia do direito”. In: _____. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. C.ada, 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Everardo. **O que é mito**. 9ª reimpressão da primeira edição de 1985. São Paulo: Brasiliense, 2001. Coleção Primeiros Passos, nº 151.

ROCHA, Leonel Severo. **O sentido político da teoria pura do direito**. Seqüência, Florianópolis, v. 5, n. 9.

SAVIGNY, F.C. von. **Los fundamentos de la ciencia jurídica**. In: SAVIGNY, F.C. von et al. _____. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. “O *Führer* protege o direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no *Reichstag* em 13 de julho de 1934” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

Recebido em: 21.05.2013

Correções em: 30.08.2013

Aprovado em: 31.10.2013