THIAGO SADDI TANNOUS

**O ALUNO DO ALUNO:
A CONTROVÉRSIA ENTRE HANS KELSEN E FRITZ SANDER**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR ASSOCIADO ARI MARCELO SOLON

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO
2013

THIAGO SADDI TANNOUS

**O ALUNO DO ALUNO:
A CONTROVÉRSIA ENTRE HANS Kelsen E FRITZ SANDER**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito.

ORIENTADOR: PROFESSOR ASSOCIADO ARI MARCELO SOLON

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO
2013

*À minha mãe, Gysélle,
por tantos anos de dedicação incondicional,
e por ter despertado em mim
o gosto pelos estudos.*

*Daß du nicht enden kannst, das macht dich groß,
Und daß du nie beginnst, das ist dein Los.
Dein Lied ist drehend wie das Sterngewölbe,
Anfang und Ende immerfort dasselbe,
Und was die Mitte bringt, ist offenbar
Das, was zu Ende bleibt und anfangs war.
(Unbegrenzt – Johann Wolfgang Goethe)*

*Não poder terminar, engrandece-te.
A nunca começar, destina-te.
Gira canção em voltas celestiais,
Início e fim eternamente iguais,
O instante intermediário
É fim, começo, resultante e originário.
(Unbegrenzt – Johann Wolfgang Goethe)*

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	8
RESUMO.....	11
ZUSAMMENFASSUNG	12
INTRODUÇÃO.....	14
1. PRESSUPOSTOS	20
1.1 ESCOLA JURÍDICA DE VIENA: CONTEXTO HISTÓRICO.....	20
<i>1.1.1 Gênese: Viena fin-de-siècle.....</i>	<i>20</i>
<i>1.1.2 O estudante Hans Kelsen</i>	<i>22</i>
<i>1.1.3 Influência das ciências naturais.....</i>	<i>24</i>
<i>1.1.4 Antissemitismo.....</i>	<i>25</i>
1.2 ESCOLA JURÍDICA DE VIENA: ASPECTOS TEÓRICOS	28
<i>1.2.1 Teoria Pura do Direito: propósitos e síntese.....</i>	<i>28</i>
<i>1.2.2 Fundamentos filosóficos.....</i>	<i>31</i>
<i>1.2.3 Teoria Pura do Direito ao longo dos anos: a Escola Jurídica de Viena.....</i>	<i>34</i>
2. FRITZ SANDER.....	36
2.1 ASPECTOS BIOGRÁFICOS	36
2.2 FRITZ SANDER NA ESCOLA JURÍDICA DE VIENA.....	38
<i>2.2.1 Chegada</i>	<i>38</i>
<i>2.2.2 Ascensão.....</i>	<i>43</i>
<i>2.2.3 Excurso: uma significativa carta de recomendação</i>	<i>46</i>
2.3 PRIMEIROS CONFLITOS VISÍVEIS	50
<i>2.3.1 Polêmicas em torno da teoria da construção escalonada e da relação entre direito internacional e direito estatal</i>	<i>50</i>
<i>2.3.2 Resenhas.....</i>	<i>54</i>
2.4 WENDEPUNKT: TEORIA DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA.....	57

3. OPOSIÇÕES	61
3.1 OPOSIÇÕES À TEORIA PURA DO DIREITO	61
3.2 NÓ GÓRDIO METODOLÓGICO: OBJETO DA CIÊNCIA JURÍDICA.....	63
3.2.1 <i>Direito e Legislação: dogma do direito que se encerra em um único plano legal</i>	67
3.2.2 <i>Normatividade do Direito</i>	69
3.2.3 <i>Ciência como Fonte do Direito</i>	72
3.3 IMPUTAÇÃO: UM CONCEITO CENTRAL	73
3.4 DEUS E ESTADO, TEOLOGIA E CIÊNCIA JURÍDICA: PARALELOS	75
3.5 RESPOSTAS AMARGAS: <i>RECHTSWISSENSCHAFT UND RECHT</i> E <i>KELSENS</i> <i>RECHTSLEHRE</i>	77
4. PROCESSO	83
4.1 UMA QUESTÃO DE ESTRATÉGIA	83
4.2 O PAPEL DOS DISCÍPULOS	83
4.3 PROCESSO DISCIPLINAR	85
4.3.1 <i>Instauração</i>	85
4.3.2 <i>Objeto</i>	87
4.3.3 <i>Parecer de Menzel</i>	88
4.3.4 <i>Relatos</i>	92
4.3.4 <i>Decisão</i>	98
5. DESDOBRAMENTOS	102
5.1 PRIMEIROS ANOS	102
5.2 RECONCILIAÇÃO	103
5.3 PRAGA.....	105
5.2.1 <i>Percursos e percalços</i>	105
5.2.2 <i>Nomeação conturbada</i>	106

5.2.3 <i>Uma questão ideológica</i>	108
5.2.4 <i>Estudantes Nacionalistas</i>	111
6. DESFECHO	114
REFERÊNCIAS	121

AGRADECIMENTOS

Quando estava no terceiro ano da Graduação, no já longínquo ano de 2005, tomei conhecimento da controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander. Por conhecer seus trabalhos sobre Kelsen, escrevi ao Professor Dr. Ari Marcelo Solon para perguntar sobre o assunto. Sua resposta foi o primeiro impulso para este trabalho (“É uma história obscura, você poderia contá-la”). Agradeço a ele, vivamente, a acolhida no Programa de Pós-Graduação da FDUSP e a orientação que ampliou percepções.

Em novembro de 2010, fui agraciado com uma bolsa de estudos do Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, em Frankfurt, que me permitiu subsidiar a pesquisa ora apresentada. Essa bolsa foi possível graças ao incentivo do Prof. Dr. Thomas Duve, que sempre esteve à disposição para conversar sobre o tema. Durante minha permanência em Frankfurt, no primeiro semestre de 2011, tive a oportunidade de apresentar as linhas gerais do trabalho ao Prof. Dr. Michael Stolleis, que fez diversas contribuições relevantes. Ainda em Frankfurt, conheci o Dr. Heinz Mohnhaupt, que me auxiliou a decifrar cartas de Sander grafadas em *Sütterlin*, lendo-as em voz alta e ensinando a compreender cada caractere. Encontrei, ainda, a sempre prestativa Michaela Braun, que me enviou diversos artigos digitalizados ao longo dos últimos anos, contribuindo para que não faltasse a bibliografia necessária à pesquisa. Por fim, conheci o Prof. Dr. Federico Fernández-Crehuet López, da Universidad de Almería, que foi um grande amigo durante a estada no Velho Mundo. Sou eternamente grato a eles, e a todos os membros do Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte com quem convivi durante os inesquecíveis meses na Alemanha.

Em Viena, tive a imensa sorte de conhecer Jürgen Busch, que se tornou um grande amigo, além de um dos principais interlocutores durante a pesquisa. De forma bastante generosa, Jürgen me auxiliou a buscar “tesouros” em arquivos na Áustria e na República Tcheca. Sem sua ajuda e entusiasmo, este trabalho certamente teria sido mais pobre. *Herzlichen Dank*, Jürgen!

Não posso deixar de registrar minha gratidão ao Dr. Klaus Zeleny, do Hans Kelsen-Institut. Muito antes de me tornar bacharel em Direito, compartilhava algumas de minhas várias dúvidas com Zeleny, que foi, desde sempre, solícito ao extremo. Além disso,

durante minhas estadas na Áustria, fui recebido por ele no Hans Kelsen-Institut e pude contar com seu constante apoio durante a realização deste trabalho.

Ainda no coração do extinto Império Habsburgo, agradeço a Marijana Josipovic, do Österreichisches Staatsarchiv. Graças a ela, tive a oportunidade de vasculhar arquivos do extinto *Feldgerichtsarchiv*, onde Kelsen e Sander trabalharam durante a Primeira Guerra Mundial. Por sorte, encontrei uma parte do acervo até então inexplorada, com documentos importantes para que se pudesse obter um retrato mais fiel daquele período da Escola Jurídica de Viena.

Saindo de Viena, mas não das difusas fronteiras do Império Austro-Húngaro, agradeço a Alena Míšková, que me recebeu no *Archiv Československé Akademie Věd*, durante minha curta estada em Praga. Jamais esquecerei a manhã do dia 21 de fevereiro de 2011, quando encontrei, graças ao seu auxílio, um manuscrito inédito de Fritz Sander, no desorganizado acervo pessoal de W. Weiszäcker, além de cartas e outros documentos relevantes.

De volta ao Novo Mundo, contei com sagazes observações dos Professores Samuel Barbosa e Caio Gracco Pinheiro Dias, que arguíram meu trabalho de qualificação. Não menos perspicazes foram as contribuições, de longa data, feitas por Osvaldo Alves de Castro Filho.

Durante a etapa final, não faltaram espíritos generosos para me auxiliar. Thiago Rocha da Fonseca contribuiu enormemente com as traduções de alguns documentos mencionados no texto. Francisco Medina serviu como contrapeso à minha desorganização e ajudou a reencontrar, nas bibliotecas de Munique, textos que outrora copiei. Max Bandeira contribuiu com a adequada formatação das imagens apresentadas no trabalho.

Meus amigos de São Paulo foram essenciais durante o percurso. Gabriel Buschinelli leu uma versão inacabada deste trabalho e, *comme d'habitude*, apresentou questões de grande dificuldade. Flávio Beicker, com sua imensa percepção de mundo, divagava de forma proveitosa sobre possíveis aspectos da controvérsia. Patrick Luna leu o projeto que originou este trabalho e, com suas críticas ácidas, contribuiu para seu aprimoramento. Rodrigo Cadore auxiliou na concepção do projeto e na preparação para os exames de ingresso no Mestrado. Com Bruno Garrote dividi, nos intervalos das aulas de pós-graduação, reflexões sobre os mais variados problemas jurídicos e filosóficos. Meus

amigos de Curitiba – Thomaz Pazio, Ricardo Siqueira, Leonardo Bibas, Marcus Vinicius Machado, Leonardo Acosta e Rodrigo Ramina (meu colega duas vezes, na FDUFPR e na FDUSP) – também tiveram grande importância no percurso.

Meus colegas de escritório foram pacientes e generosos, permitindo que eu tivesse a tranquilidade espiritual necessária à redação de um trabalho acadêmico. Bruno Lara Resende, querido amigo, conversou comigo sobre praticamente todos os assuntos abordados nesta dissertação, formulando questionamentos filosóficos de grande relevância. Marcelo Trindade, Pedro Testa e Ricardo Castorri não me apressaram – pelo contrário, incentivaram. Philippe Medeiros, Eduardo Oliveira e Maria Antônia Barretto ensinaram-me muito, ao longo dos últimos meses, sobre questões jurídicas para as quais livros não fornecem respostas. Pedro Junqueira, Cecília Garret e Giovanna Rossi ajudaram com questões operacionais relevantes. João Paulo Georgief me ajudou, sobremaneira, com traduções.

Mais do que meu, este trabalho é de minha família. Desde a infância, meus pais, Sérgio e Gysélle, investiram incondicionalmente em minha formação. Permitiram que saísse de casa aos catorze anos, para estudar. E que saísse do Brasil aos vinte, para dimensionar, um pouco melhor, o tamanho do mundo. Minhas queridas irmãs, Thaísa e Thamires, compartilharam sua casa quando cheguei em São Paulo. Toleraram livros espalhados e estantes desajeitas colocadas no centro da sala.

Minha querida Susana foi terna, amável e companheira. Apoiou-me sem pedir razões, mesmo quando este trabalho nos impôs a dolorosa distância física. Por ela, apaixono-me diariamente e encanto-me ao vê-la realizar a máxima *volo, ut sis*.

A todos vocês, obrigado.

RESUMO

Em sua autobiografia, Hans Kelsen relata um episódio “associado a lembranças muito dolorosas”: Fritz Sander, um de seus alunos mais vocacionados, o acusava de plágio. O objetivo deste trabalho é elucidar esse traumático capítulo da Escola Jurídica de Viena.

Por volta de 1915, Fritz Sander passou a frequentar os seminários coordenados por Kelsen, onde conviveu com Adolf Merkl, Alfred Verdross, Leonidas Pitamic, Felix Kaufmann, entre outros. No início, Sander era um ouvinte tímido e reservado. Não tardou, no entanto, para que atraísse a atenção de seus pares, com contribuições profundas e originais.

Na medida em que encontrava seus próprios caminhos, Sander passou a se distanciar de certos pressupostos metodológicos adotados por Kelsen. Por exemplo, não concebia a chamada ciência jurídica como ciência normativa. As investigações deveriam se voltar aos processos jurídicos, no âmbito dos quais se constitui o direito. Ao adotar a premissa segundo a qual o método empregado constitui o objeto do conhecimento, Kelsen estaria repetindo, com agudeza jamais vista, antigos dogmas jusnaturalistas, como o dogma da ciência jurídica como fonte do direito.

Em torno do possível paralelo teórico entre Deus e Estado, Teologia e Ciência Jurídica, a controvérsia atingiu seu ápice trágico: quem teria sido o primeiro a desenvolvê-lo com profundidade? A partir desse questionamento, trocaram-se acusações recíprocas de plágio. A pedido de Kelsen, a Câmara Disciplinar da Universidade de Viena apreciou a questão, concluindo que o comportamento de Kelsen nada tinha de inadequado. Anos mais tarde, Kelsen e Sander se encontraram na Universidade Alemã em Praga. As instabilidades políticas pelas quais passava o continente europeu refletiram em sua relação acadêmica e pessoal. As feições ideológicas da controvérsia foram potencializadas.

Ao longo dos anos, as críticas realistas de Fritz Sander foram esquecidas. É provável, no entanto, que elas tenham influenciado o desenvolvimento posterior da chamada teoria pura do direito.

ZUSAMMENFASSUNG

Hans Kelsen berichtet in seiner Autobiographie über eine “mit sehr schmerzlichen Erinnerungen” verbundene Affaire: Fritz Sander, einer seiner begabtesten Schüler, erhob gegen ihn einen Plagiatsvorwurf. Das Ziel der vorliegenden Arbeit besteht darin, diese traumatische Episode der Wiener rechtstheoretischen Schule näher zu beleuchten.

Etwa um 1915 trat Sander in Kelsens berühmtem Privatseminar auf, an dem er neben Adolf Merkl, Alfred Verdross, Leonidas Pitamic, Felix Kaufmann u.a. teilnahm. Am Anfang soll er ein stiller und bescheidener Hörer gewesen sein. Es dauerte aber nicht lang, bis er die Aufmerksamkeit seiner Kollegen auf sich zog, indem er originelle Beiträge leistete.

Soweit Sander eigene theoretische Wege fand, nahm er Abstand von manchen bei Kelsen angenommenen metodologischen Voraussetzungen. Sander fasste z.B. die Rechtswissenschaft nicht als Normwissenschaft auf. Der Blick sei vielmehr auf Rechtsverfahren zu richten, innerhalb deren das Recht tatsächlich erzeugt wird. Gegen Kelsen wandt er ein, indem dieser von der methodologischen Grundannahme ausgehe, dass der *Gegenstand durch Methode erzeugt werde*, wiederhole er unbewusst naturrechtliche Postulate mit „ungesehener Schärfe“, wie z.B. das Dogma der *Rechtswissenschaft als Rechtsquelle*.

Um die mögliche Parallele zwischen Gott und Staat sowie Theologie und Rechtswissenschaft, kam die Kontroverse auf ihren tragischen Höhepunkt: Wer war der erste, der die diesbezüglichen Problemstellungen durchdachte? Aus Anlass dieser Frage wurden im Zuge einer veritablen Kontroverse gegenseitige Plagiatsvorwürfe erhoben. Aufgrund einer Selbstanzeige Kelsens äusserte sich die Disziplinarkammer der Universität Wien zu dem Fall. Sie kam zum Schluss, die gegen Kelsen erhobenen Vorwürfe seien unbegründet. Erst viele Jahre später standen sich Kelsen und Sander an der Deutschen Universität in Prag wieder gegenüber. Diesmal spiegelte sich die ganze politische Instabilität Europas in ihrem akademischen und persönlichen Verhältnis wider, und machte die ideologische Dimension der Kontroverse evidenter.

Im Laufe der Zeit wurde Sanders Kritik in der Diskussion der *Reinen Rechtslehre* vergessen. Man soll darüber aber keineswegs die Möglichkeit ausschliessen, dass sie die weitere und vor allem Spätentwicklung der *Reinen Rechtslehre* beeinflusst hat.

ABSTRACT

In his autobiography, Hans Kelsen writes about an episode “associated to very painful memories”: Fritz Sander, one of his most gifted students, was accusing him of plagiarism. The object of this thesis is to clarify this traumatic episode of the Vienna School of Jurisprudence.

Around 1915, Fritz Sander began to participate in the seminars coordinated by Kelsen, alongside Adolf Merkl, Alfred Verdross, Leonidas Pitamic, Felix Kaufmann, among others. In the beginning, Sander was a shy and silent listener. It was not long, however, before he attracted attention of his peers with his deep and original contributions.

As he found his own path, Sander began distancing from certain methodological assumptions adopted by Kelsen. For example, he did not conceive legal science as normative science. The investigations should turn to legal processes (*Rechtsverfahren*), in which law is actually created. By adopting the assumption that the employed method constitutes the object of knowledge, Kelsen would be repeating, with acuteness never before seen, old natural law dogmas, such as the dogma of legal science as the source of law.

Revolving around the possible theoretical parallel between God and State, Theology and Legal Science, their controversy reached its tragical apex: who had been the first to develop it profoundly? From that question onwards, accusations of plagiarism were exchanged. On Kelsen’s request, the Disciplinary Chamber of the University of Vienna analyzed the issue, concluding there was nothing inadequate in Kelsen’s conduct. Years later, Kelsen and Sander met at the German University in Prague. The political instabilities the European continent was undergoing were reflected in their relationship. The ideological features of the controversy were strengthened.

Throughout the years, Fritz Sander’s realistic criticism was forgotten. It is likely, however, that it has influenced the later development of the pure theory of the law.

INTRODUÇÃO

Em 16 de julho de 1923, a Câmara Disciplinar da Universidade de Viena se reuniu para julgar um caso peculiar: o Professor Hans Kelsen, um dos principais responsáveis pela legislação constitucional austríaca, apresentara um pedido de investigação contra si próprio. Seu objetivo era apurar a veracidade de certas afirmações “incompatíveis com a honra de um Professor acadêmico”,¹ feitas a seu respeito pelo livre-docente Fritz Sander.

O processo disciplinar então instaurado se afigurava como previsível consequência de uma relação problemática, que já havia sido rompida e reatada. Seus desdobramentos mais drásticos ainda estavam por ocorrer. Repetia-se a história de muitos círculos intelectuais: o “discípulo” voltara-se contra o “mestre”.

Naquela ocasião, os integrantes da Câmara Disciplinar não apreciaram a dimensão científica da controvérsia. Essa tarefa foi incumbida às gerações posteriores.²

Décadas se passaram sem que o prognóstico então feito por Kelsen tenha se concretizado: a história ainda não proferiu uma sentença clara a respeito desse marcante episódio das teorias jurídicas.³

* * *

O espírito desta dissertação se esconde na Universidade de Viena.

Enquanto o acesso ao jardim central permanece proibido em razão da neve, os rostos esculpidos em bustos e paredes sussurram a história do local. Filólogos, juristas, físicos e médicos se misturam, sem distinções artificiais a demarcar o conhecimento. Mesmo as diferenças temporais entre os homenageados parecem se atenuar diante de genuína alusão à inteligência humana.

¹ "In einem soeben erschienenen Buche: „Kelsens Rechtslehre, Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz“ (...) werden gegen mich eine Reihe von Beschimpfungen und Verdächtigungen erhoben. Die ersteren berühren mich nicht. Die letzteren aber behaupten Tatsachen, die, wenn sie wahr wären, mit der Standesehre eines akademischen Lehrers unvereinbar wären. Archiv der Universität Wien (AUV). Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 1 – Eingabe Kelsens, p. 01.

² “Ob Kelsens Rechtslehre oder Sanders Theorie der Rechtserfahrung den Vorzug verdiene, kann kein Disz. Verf. entscheiden. Darüber möge der wissenschaftlichen Kritik weit ergehen.” AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 12 – Schlussantrag des Disziplinaranwaltes, p. 1.

³ “Auf die Behauptungen Sanders, dass ich gewisse seiner Gedanken mit ausdrücklicher Quellenangabe übernommen habe, dass diese Gedanken aber nicht in mein System passen oder, dass sie dessen wichtigsten Bestandteil bilden, brauche ich mich hier nicht einzulassen. Das zu überprüfen, ist Sache der wissenschaftlichen Kritik. Nach dieser Richtung spricht die Literaturgeschichte das Urteil.” AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 1 – Eingabe Kelsens, p. 2.

Ao mesmo tempo em que reminiscências de uma realidade hoje inexistente se expõem ao relento, centenas de estudantes ocupam a biblioteca central. As luminárias douradas – que bem recordam balanças antigas – se acendem e se apagam, indicando o fluxo de pessoas que circulam pelas imponentes mesas de madeira.

Enquanto dois jovens estudantes de engenharia discutem a solução de um problema, uma estudante de história escreve seu trabalho final; um estudante de letras antigas carrega dicionários pesados; e alguém com cabelos vermelhos cochila sobre os próprios livros. As prateleiras de mogno que rodeiam os dois únicos andares contrastam com as capas coloridas das obras que abrigam.

Há quase cem anos, em ambiente semelhante, iniciou-se a história contada a seguir, na qual a dimensão trágica da *belle époque* vienense se confunde com suas luzes. O fascínio que essa história pode vir a exercer, tanto tempo depois, talvez se explique pela riqueza de elementos que a constituem. Ou talvez não se explique. Trata-se de uma história de amor, na qual as facetas mais profundas desse fenômeno humano se revelam com nitidez incontestável.⁴

Como sói acontecer no “mundo real”, muitas pistas se perderam no tempo, impossibilitando respostas plenas a algumas perguntas. O que se apreende de documentos originais e de livros não se compara com a magnitude das interações vitais. Infelizmente, é o que restou: quem há cem anos possuía consciência do mundo, hoje não vive mais.⁵

Por isso, a maior dificuldade encontrada foi a transposição do espírito para um contexto em que Karajan ainda não era um grande maestro, o Império Habsburgo existia e “um grande plano sionista” consistia em formar filas de judeus dispostos a se converterem pelo batismo na *Stephansdom*.⁶

* * *

⁴ “Wie die Gerechtigkeit der Macht immanent ist, so ist sie auch ein notwendiger Zug der Liebe. Jegliche Form der Liebe, ja, Liebe überhaupt, ist chaotische Selbstpreisgabe, wenn sie sich von Gerechtigkeit löst. Sie zerstört dann den Liebenden wie auch den, der solche Liebe annimmt.” TILLICH, Paul. **Liebe, Macht, Gerechtigkeit**. Unveränd. photomechanischer Nachdr. – Berlin, New York: De Gruyter, 1991, p. 186.

⁵ Durante a elaboração deste trabalho, não foram poucas as buscas (sem sucesso) por testemunhas oculares da controvérsia, ao menos de sua etapa ocorrida em Praga, entre os anos 1936 e 1939. Pela colaboração nessa difícil missão, registro o agradecimento ao Prof. Harald Lönnecker, da Universidade de Paderborn.

⁶ Sobre o ambíguo plano de Theodor Herzl, cf. Capítulo 1, *1.1.1*.

São pouquíssimas, talvez inexistentes, as faculdades de direito brasileiras em que Hans Kelsen, tantas vezes reconhecido como o “Jurista do Século 20”,⁷ não seja mencionado ao menos uma vez. Sua obra foi traduzida para diversos idiomas e sua *teoria pura do direito* – tratada, neste trabalho, como um amplo projeto, e não como título de uma única obra – influenciou os estudos jurídicos em muitos países.

Os vínculos desse “charmoso austríaco nascido em Praga”⁸ com o Brasil remontam ao menos a 1933, quando redigiu parecer sobre as competências da Assembleia Nacional Constituinte que então se instalava.⁹

Mais de quinze anos depois, em 1949, visitou o Rio de Janeiro e proferiu palestras sobre o chamado “Pacto do Atlântico”, na presença de juristas como Afonso Arinos, Victor Nunes Leal e Osvaldo Euclides de Souza Aranha.¹⁰ Nessa ocasião, foi agraciado com o título de *Professor Honoris Causa* da Faculdade Nacional de Direito.¹¹ Parece natural, portanto, que ainda hoje desperte interesse em um país que facilmente se deixa impressionar com estrangeiros.

⁷ A designação foi feita em algumas ocasiões, por diferentes juristas. Cf. DREIER, Horst. Hans Kelsen (1881-1973): “Jurist des Jahrhunderts?”. In: HEINRICHS, H. et. al. (Hrsg.) **Deutsche Juristen jüdischer Herkunft**. München: C.H. Beck, 1993, p. 705-732; LESER, Norbert. **Skurrile Begegnungen**. Wien: Böhlau, 2011, p. 115.

⁸ Assim o retrata Hans Mayer em sua autobiografia. MAYER, Hans. **Ein Deutscher auf Widerruf: Erinnerungen**. Band I. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1982, p. 148.

⁹ O parecer em questão foi originalmente publicado na revista **Política – Revista de Direito Público, Legislação Social e Economia**. Ano 1, n. 1. Rio de Janeiro, 1934, p. 35 e ss., tanto em português quanto em alemão. À época em que foi escrito (Kelsen o assina em 14 de outubro de 1933), Kelsen se encontrava em Genebra. As circunstâncias nas quais a consulta foi formulada não são claras.

¹⁰ A palestra proferida por Kelsen no então existente “Instituto de Direito Público e Ciência Política” da FGV foi fartamente documentada em fotos, atualmente arquivadas no Núcleo de Documentação da FGV. Nelas, percebe-se a presença dos juristas citados. Ademais, graças ao empenho do acadêmico Felipe Drummond, da UERJ, foi possível localizar o Sr. Everardo Moreira Lima, que assistiu à palestra de Kelsen na Faculdade Nacional de Direito. O Sr. Everardo relatou que alunos da pós-graduação foram convocados às pressas pelo então Professor Matos Peixoto, de Direito Romano, e que poucas pessoas (aproximadamente dez) estavam presentes.

¹¹ Houve, por certo tempo, confusão quanto à instituição que concedeu o título em questão. Em artigo sobre a viagem de Kelsen pela América Latina, Oscar Sarlo afirma, equivocadamente, que o título foi concedido pela própria FGV. (SARLO, Oscar. La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El “frente sur” de la teoría pura. In: **Ambiente Jurídico – Facultad de Derecho - Universidad de Manizales**. n. 12, 2010, p. 415). Contudo, nos arquivos do Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio de Janeiro está disponível a informação correta. Disponível em <<http://www.consuni.uffj.br/index.php/titulos>> (acesso em 28 de novembro de 2012).

Imagem 1 - Hans Kelsen no Brasil. Fonte: Núcleo de Documentação da FGV/RJ.

Ao longo de sua vida, Kelsen provocou reações extremas. Os que se consideravam seus adversários apelaram a recursos inusitados, chegando até mesmo a disseminar boatos sobre sua morte.¹² Em 08 de agosto de 1928, o signatário “Dr. M. Siems” requereu a expulsão de Kelsen da Universidade de Viena, tendo em vista que “um homem com tais concepções não possui a necessária autenticidade intrínseca e, conseqüentemente, a qualificação moral que se deve exigir para o trabalho científico”. Kelsen seria “um risco à juventude” e, portanto, “não mereceria ser remunerado com o dinheiro do povo”.¹³

Eugen Ehrlich, Carl Schmitt, Rudolf Smend, Erich Kaufmann e Alexander Hold-Ferneck são exemplos de rivais intelectuais – alguns deles pessoais – que figuraram em sua trajetória.¹⁴ Com certa frequência, as controvérsias com esses juristas são ainda lembradas

¹² “Vor einigen Tagen wurde das Universitätsrektorat vom Bundeskanzleramt, Bundespressdienst, durch einen Herrn Dr. Fuchs verständigt, dass das Gerücht aufgetaucht sei, Sie, verehrter Herr Professor, seien in einem tschechoslowakischen Orte, dessen Name unbekannt sei, gestorben. Erst nach längerem Nachforschen habe das Bundeskanzleramt erfahren, dass diese Nachricht glücklicherweise nicht den Tatsachen entspreche.” AUV. **Personalblatt Hans Kelsen**. Z. 1196 de 1924/25, correspondência de 4 de setembro de 1925, enviada a Kelsen pelo Reitor da Universidade de Viena.

¹³ AUV. **Personalblatt Hans Kelsen**. 8. August 1928.Z. 1223, 1938.

¹⁴ Uma análise sistemática dos principais opositores de Kelsen foi feita em KORB, Axel-Johannes. **Kelsens Kritiker**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. No exame específico de sua controvérsia com Sander, há pontos aparentemente questionáveis, que serão abordados mais adiante.

pela literatura especializada. Contudo, o *enfant terrible*¹⁵ da *Escola Jurídica de Viena* foi esquecido: não se faz alusão a Fritz Sander nas salas de aula e pouco se escreveu sobre sua disputa com Kelsen.¹⁶

A despeito de sua obscuridade, é difícil ignorar a força das referências feitas pelo próprio Kelsen à controvérsia travada com Sander. Tratar-se-ia de um capítulo “associado a lembranças muito dolorosas”.¹⁷

A tormenta vivida por Kelsen é compreensível: um de seus “alunos” mais vocacionados o acusava de plágio.

* * *

No ápice da controvérsia, não foram poucas as vezes em que Kelsen se referiu a Sander como um ex-discípulo, pertencente ao seu círculo mais restrito de interlocutores acadêmicos.¹⁸ No entanto, a alcunha de “aluno” não foi apenas expressamente rejeitada por

¹⁵ Até onde se tem notícia, a designação foi feita pela primeira vez por Stanley Paulson, nos comentários à carta enviada por Kelsen a Renato Treves em 1933. Cf. *The Pure Theory of Law, ‘Labandism’ and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves*. In: PAULSON, Stanley. **Normativity and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 171, nota de rodapé n. 9.

¹⁶ Curiosamente, Fritz Sander foi redescoberto ao longo dos últimos cinco anos. Há cinco trabalhos relativamente recentes que versam, de maneira mais abrangente, sobre aspectos da controvérsia: KLETZER, Christoph. *Fritz Sander*. In: **Der Kreis um Hans Kelsen – die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008; OLECHOWSKI, Thomas; BUSCH, Jürgen. *Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag 1936-1938. Biographische Aspekte der Kelsen-Sander-Kontroverse*. In: MALÝ, Karel; SOUKOUP, Ladislav. **Československé právo a právní věda v meziválečném období 1918-1938 a jejich místo v Evropě**. Praha 2010, p. 1106-1134; KORB, Axel-Johannes. *Sander gegen Kelsen: Geschichte einer Feindschaft*. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, 32, 2009, p. 195-209. KORB, Axel-Johannes. **Kelsens Kritiker**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010; e KLETZER, Christoph. *Kelsen, Sander and the Gegenstandsproblem of Legal Science*. In: **German Law Journal**, 12, 2011, p. 785-810. Disponível em <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1342>> (acesso em 28 de novembro de 2012). No Brasil, a controvérsia foi mencionada com um pouco mais de vagar por DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 269-270. Também se encontram referências mais detalhadas a teorizações de Sander em CADORE, Rodrigo Garcia. **Vivência Jurídica**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011. Ao que consta, o último trabalho em que se mencionou a controvérsia (seus desdobramentos em Praga) foi OBERKOFER, Gerhard. **Ludwig Spiegel und Kleo Pleyer – Deutsche Misere in der Biografie zweier sudetendeutscher Intellektueller**. Innsbruck: Studienverlag, 2012, p. 145 e ss. É importante ressaltar que o presente trabalho versa sobre a *controvérsia de Sander com Kelsen*, e não sobre toda a obra de Sander, a qual, por sua extensão, mereceria diversos outros estudos.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 64.

¹⁸ Por exemplo: “Allein solches Missverständnis kann ich jedem zubilligen, nur nicht Sander, der durch Jahre hindurch dem engsten Kreise meiner wissenschaftlichen Freunde und Schüler angehört und hier reichlich Gelegenheit hatte, meine Lehrmeinung soweit kennen zu lernen, dass er gerade hinsichtlich des hier in Frage stehenden Punktes auch nicht den geringsten Zweifel hegen konnte.” KELSEN, Hans. *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der ‘Rechtsdogmatik’*. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band III. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922, p. 204.

Sander, como também usada em seu favor: em seu último escrito específico sobre o embate, referiu-se expressamente a seu “aluno Kelsen”.¹⁹

Resta saber quem terá sido, efetivamente, o aluno do aluno.

¹⁹ “Kelsen quebrou suas promessas e, portanto, não posso mais dar *ao meu aluno Kelsen* – jamais assisti a suas aulas, ao passo que ele frequentava, diariamente, minha *Privatissima!* – um atestado de “cooperação de confiança” (vertrauensvollen Zusammenarbeitens). (tradução livre) SANDER, Fritz. **In eigener Sache**. Prag, 1923, p. 06.

1. PRESSUPOSTOS

*“Como todas as grandes cidades, constituía-se de irregularidades, transformações, movimento, descompassos, colisões de coisas e de problemas, pontos esparsos de silêncio em meio àquilo, caminhos e descaminhos, de uma grande pulsão rítmica e dos eternos desencontros e interferências de todos os ritmos, uns contra os outros (...)”*²⁰

1.1 ESCOLA JURÍDICA DE VIENA: CONTEXTO HISTÓRICO

1.1.1 Gênese: Viena *fin-de-siècle*

Em breve espaço de tempo, Viena passou por muitas transformações. Em diversos âmbitos da vida, a capital austríaca adquiriu contornos universais, tendo influenciado de modo decisivo a história do pensamento humano. Entre o advento do liberalismo político²¹ e a ascensão artística de Oskar Kokoschka, consolidou-se como um *pequeno mundo, no qual o grande se punha a prova*.²²

No *Gymnasium*,²³ jovens estudantes admiravam o florescimento de diversas formas de genialidade. A disputa em torno dos traços arquitetônicos que imprimiriam identidade à *Ringstrasse* antecipava o porvir das fachadas vienenses. A influência de Wagner sobre os artistas da *Secessão* era notória.²⁴ Quando adolescente, o poeta Hugo von Hofmannsthal foi considerado a encarnação de *Goethe* em seu tempo.²⁵ Antes da revolução dodecafônica, a

²⁰ MUSIL, Robert. **Der Mann ohne Eigenschaften**. Erster Band. 25. Auflage. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 2010, p. 10 (tradução livre).

²¹ Sobre impactos específicos da revolução de 1848 – evento ao qual se atribui o advento do liberalismo nas difusas fronteiras germânicas – sobre o Império Habsburgo, cf. WHEATCROFT, Andrew. **The Habsburgs – Embodying Empire**. Penguin, 1996, p. 260 e ss.

²² “Dies Österreich ist eine kleine Welt, in der die grosse ihre Probe hält”. HEBBEL, Friedrich. Prolog zum 26. Februar 1862. (Zu Wien im Operntheater gesprochen.) Vers 97 ff. Aus: **Sämtliche Werke**. Hist.-krit. Ausgabe besorgt von Richard Maria Werner. Erste Abteilung. Neue Subskriptions-Ausgabe, 2. unv. Auflage. 6. Band. Berlin: Behr, 1905. p. 421.

²³ Importante instituição de ensino, escolhida especialmente por famílias liberais que desejavam educar seus filhos de acordo com os “novos valores”: “Algumas famílias burguesas orgulhavam-se muito de sua posição para que expusessem seus filhos ao meio aristocrático esnobe do [Gymnasium] Theresianum. O Ginásio preferido pelo liberal – e judeu – secular era o Akademisches Gymnasium”. SCHORSKE, Carl. **Viena Fin-de-siècle**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 142, em nota de rodapé. Coincidentemente, Kelsen frequentou o Akademisches Gymnasium, onde foi colega de Ludwig von Mises.

²⁴ A esse respeito, cf. KARNES, Kevin. Wagner, Klimt and the Metaphysics of Creativity in *fin-de-siècle* Vienna. **Journal of the American Musicological Society**. Vol. 62, n. 3 (Fall, 2009), p. 647-697.

²⁵ Essa foi, ao menos, a percepção de Arthur Schnitzler e Stefan Zweig sobre o jovem prodígio. Cf. ZWEIG, Stefan. **O mundo de ontem**. Recordações de um europeu. Tradução de Gabriela Fragoso. Lisboa: Assírio e Alvim, 2005, p. 63.

Ópera da Corte foi dirigida pelo ainda pouco conhecido Gustav Mahler.²⁶ Franz Kafka e Max Brod costumavam se hospedar nos bcos da *Kärntnerstrasse*, onde travavam longas discussões com Peter Altenberg.²⁷ Embora tenha se suicidado aos 23 anos, Otto Weininger permanece mundialmente famoso por seu livro *Geschlecht und Charakter*.²⁸ A psicanálise de Sigmund Freud difundiu-se pelos continentes. Estes são apenas alguns dos vários exemplos que poderiam ser invocados para ilustrar a época em que Viena se tornava uma espécie de “capital do mundo”.²⁹

As mudanças não eram menos sensíveis na esfera política. O declínio da *Casa de Habsburgo* permitiu que forças liberais adquirissem influência sobre os rumos da cidade. Contudo, em menos de meio século, até mesmo o liberalismo já estava desgastado.

Políticos como Georg von Schönerer e Karl Lueger imbuíam massas do espírito antissemita que passava a tomar forma, enfraquecendo decisivamente o racionalismo liberal. De outro lado, o sionista Theodor Herzl³⁰ – que fora editor dos famosos *feuilleton* da *Neue Freie Presse* – articulava um ambíguo plano de combate em prol da causa judaica.³¹

Na virada do século 19, Viena era uma cidade em plena ebulição cultural, política e intelectual. Nesse contexto, é natural que também juristas pretendessem tomar parte do intenso movimento de revoluções do pensamento que se avistava por toda parte.

²⁶ “O recém-chegado nunca havia regido na capital, não passava de um *Kapellmeister* municipal no norte da Alemanha, um judeu de nascimento e, aos 36 anos, era absurdamente jovem para um cargo de tamanha importância.” LEBRECHT, Norman. **O Mito do Maestro**. Grandes regentes em busca do poder. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 75. Sobre vários aspectos da vida de Mahler, cf. FISCHER, Jens Malte. **Gustav Mahler: Der fremde Vertraute**. DTV, 2010.

²⁷ Logo ao início da *Dorotheergasse*, há uma placa aludindo a esses encontros.

²⁸ WEININGER, Otto. **Geschlecht und Charakter**. Eine Prinzipielle Untersuchung. 3. Auflage. Wien und Leipzig: Wilhelm Braumüller, 1904.

²⁹ Entre os diversos trabalhos que abordam a dimensão intelectual de Viena na virada do século 19, merece destaque o recente KANDER, Eric. **The Age of Insight: the quest to understand unconscious in art, mind and brain, from Vienna 1900 to the present**. New York: Random House, 2012.

³⁰ Sobre o “trio” mencionado: SCHORSKE, Carl. **Viena Fin-de-siècle**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 125 e ss.

³¹ Propondo, entre outras coisas, fazer surgir filas de judeus, dispostos a se submeterem ao batismo, ao longo da nave da *Stephansdom*: “Assimilação dos judeus através da Igreja de Roma – que proposta estranha para um liberal secular! O *beau geste* do duelo traía igualmente uma qualidade anacrônica: desferir um golpe, não pela liberdade moderna, mas pela honra feudal. Os objetivos assimilacionistas assumiam formas arcaístas e pré-burguesas à medida que Herzl Tateava soluções pós-racionalistas para o futuro dos judeus. Ainda isolado dos próprios judeus, repudiando alguns como *Geldjuden* e outros como *Ghettojuden*, alguns como racionalistas excessivamente otimistas e outros como crentes excessivamente primitivos, Herzl assim começava a reunir para os judeus os elementos da política em novo tom: uma postura aristocrática, a rejeição profética do liberalismo, o rasgo teatral e a assunção da vontade como a chave para a transformação da realidade social.” SCHORSKE, Carl. **Viena Fin-de-siècle**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 166.

1.1.2 O estudante Hans Kelsen

Quando se senta no Salão Nobre da Universidade de Viena, é inevitável reparar nos painéis afixados em seu forro. Trata-se da representação das quatro Faculdades originárias daquela Universidade: filosofia, medicina, direito e teologia. As três primeiras foram ilustradas por Gustav Klimt. Seu objetivo era retratar o nebuloso período pelo qual passava o lema “*Wissen macht frei!*”,³² estandarte do liberalismo. Não foi à toa, portanto, que essas polêmicas pinturas se transformaram em objeto de protestos e críticas.³³

No quadro *Jurisprudenz* – mais do que mero retrato de uma faculdade, verdadeira reflexão sobre o direito –, inverteu-se o desfecho pensado por Ésquilo para a saga de Orestes.³⁴ Ao invés de cooptadas por Palas Atenas, as Fúrias surgem em primeiro plano, ao redor de um velho homem envolvido por tentáculos. Embora não estejam vendados, seus olhos repousam fechados. Ao fundo, a divindade que tem em mãos a placa “LEX” observa o evento de forma impassível, expressando sua profunda resignação. Em um terceiro plano, rostos pálidos indicam expectadores mantidos fora daquele espetáculo.

Na mesma época em que *Jurisprudenz* foi produzido e publicamente discutido, Hans Kelsen frequentava, como estudante de direito, o pátio de arcadas da *Alma Mater Rudolphina Vindobonensis*.³⁵

As incertezas retratadas por Klimt em relação ao Direito foram sentidas por Kelsen em relação ao modo como se o ensinava. As primeiras aulas lhe causaram profunda decepção: Karl Ritter von Czychlarz ensinava direito romano sem relacioná-lo com a cultura antiga e mesmo sem apresentar sua importância para os tempos de então; Otto von Zallinger era péssimo orador, e ouvi-lo representava um “castigo”; Sigmund Adler, professor de história do direito, era uma figura caricata.³⁶

³² Em tradução livre, “*O saber liberta!*”. Observe-se que essas pinturas não são as originais – incineradas durante a Segunda Guerra – mas reproduções.

³³ Klimt era um dos alvos preferidos de Karl Kraus. Sobre o quadro *Jurisprudenz*, do qual se falará a seguir: KRAUS, Karl. *Die Fackel*. 147, p. 10, 1903.

³⁴ “Co.: Alegrai-vos, alegrai-vos, reitero / todos os da cidade / Nomes e homens / senhores da cidade de Palas, / se reverenciardes meu domicílio, / não vituperareis os reveses da vida.” ÉSQUILO. *Eumênides*. Edição bilingue. Tradução de Jaa Torrano. São Paulo: Iluminuras FAPESP, 2004, p. 145-147.

³⁵ Há diversas obras retratando a história da Faculdade de Direito de Viena e, especificamente, a história dos estudos jurídicos na Áustria. Ver, por todos, OBERKOFER, Gerhard. *Studien zur Geschichte der österreichischen Rechtswissenschaft*. Frankfurt am Main: Lang, 1984; e, especialmente, o rico trabalho de GOLLER, Peter. *Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848-1945)*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.

³⁶ KELSEN, Hans. *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*. Tübingen, 2006, p. 35.

Não fosse a qualidade questionável das aulas ministradas na Faculdade de Direito de Viena e talvez não se discutisse, ainda hoje, o projeto conhecido como *teoria pura do direito*.

Após desistir de frequentar os auditórios, Kelsen passou a se dedicar ainda mais intensamente à leitura de obras filosóficas. Conversava frequentemente com um amigo mais velho, que então redigia sua tese de doutorado: Otto Weininger. A influência de Weininger foi essencial para que Kelsen seguisse sua vocação científica.³⁷

Antes de aspirar à produção de trabalhos mais relevantes, mas já insatisfeito com grande parte dos temas jurídicos e com as formas tradicionais de abordá-los, Kelsen dedicou seu primeiro livro à teoria do Estado do poeta Dante Alighieri – talvez o único de seus trabalhos que não tenha despertado reações amargas.³⁸

Mais importante do que sua análise da obra de Dante é a constatação de que Kelsen, aos 24 anos de idade, abordou muitos dos temas com os quais se ocuparia, intensamente, ao longo de sua vida. Já naquele momento se referia, por exemplo, à *unidade* como princípio metodológico (*principium unitatis*)³⁹ e à relação entre as noções Deus e Estado.⁴⁰ Sua convicção democrática transparecia,⁴¹ bem como sua percepção acerca da intrínseca relação entre direito e Estado.⁴²

³⁷ KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen, 2006, p. 35-36.

³⁸ Trata-se de KELSEN, Hans. **Die Staatslehre des Dante Alighieri**. Wien, Leipzig: Franz Deuticke, 1905. É um equívoco pensar que essa obra foi escrita como “tese de doutorado”. Essa sequer era uma exigência da Universidade de Viena à época. Sobre esse trabalho, no Brasil, cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Dante por Kelsen. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, v. 1, 1991, p. 61-66. Em resumo, Kelsen delinea, a partir de perspectiva jurídica, a doutrina estatal subjacente à obra de Dante Alighieri. Dante teria antecipado características essenciais do Estado Moderno, lançando bases para a superação do pensamento medieval. Exemplos de ideias nesse sentido seriam a) sua concepção de Estado como um conjunto de relações orgânicas; b) a realização de um fim *cultural* como principal tarefa do Estado; c) a elevação do monarca ao mais alto patamar do poder estatal; d) a independência do monarca em relação à Igreja. Por outro lado, o que prendia fortemente Dante aos seus contemporâneos era o conceito central de sua doutrina estatal: *Weltkaisertums* ou *Weltreichsidee*. Ainda assim, Dante teria sido o primeiro a submeter essa característica noção a uma análise monográfica séria.

³⁹ “Wie in der körperlichen Welt des Universums, so ist auch in der sittlichen Welt das oberste ordnende Prinzip das *principium unitatis*. Die Einheit ist zugleich das Gute; in allen Dingen ist am besten, was am meisten Eins ist.” KELSEN, Hans. **Die Staatslehre des Dante Alighieri**. Wien, Leipzig: Franz Deuticke, 1905, p. 40-41.

⁴⁰ “Hand in Hand mit dieser Etwertung des Staates geht entsprechend der christlichen Lehre von der göttlichen Bestimmung des Menschen, eine erhöhte Würdigung des Individuums in seinem Verhältnisse zum Staate.” KELSEN, Hans. **Die Staatslehre des Dante Alighieri**. Wien, Leipzig: Franz Deuticke, 1905, p. 19.

⁴¹ Pelo menos duas passagens são ilustrativas nesse sentido. Em primeiro lugar, quando se queixa da omissão de Dante em relação a uma análise efetiva da democracia (“Eine wissenschaftliche Untersuchung der Demokratie oder überhaupt einer anderen nichtmonarchischen Staatsform – etwa ein selbständiger Versuch, die verschiedenen Staatsformen nach einem bestimmten Gesichtspunkte einzuteilen, fehlt, wie gesagt, bei Dante vollständig”); e pouco depois, quando dirige ácidas críticas às deduções feitas por Dante a respeito da

Dante não foi apenas objeto de estudos de Kelsen. Mais do que isso, simbolizou sua amizade com o único “gênio” de quem julgou ter estado diante:⁴³ após o suicídio de Otto Weininger, seu pai presenteou Kelsen com um pequeno busto do poeta italiano, mantido sobre a escrivaninha até o fim de sua vida.⁴⁴

1.1.3 Influência das ciências naturais

Quando Kelsen publicou seu livro sobre a teoria estatal de Dante, um jovem alemão de 26 anos, que estudava na Suíça, apresentou ao mundo uma série de artigos que viriam a constituir a chamada *teoria da relatividade especial*.⁴⁵

Poucos anos antes, em 1900 e 1901, trabalhos de Max Planck sobre radiação de calor lançaram bases essenciais para o desenvolvimento da física quântica.⁴⁶ As descobertas feitas nesse campo ensejavam a reinterpretação de proposições centenárias, não tardando para que se falasse em uma verdadeira “revolução”.⁴⁷

O intenso clima de inovação científica envolveu pesquisadores de diversas áreas, ultrapassando os limites das ciências naturais. Não era pouco usual, ademais, que físicos participassem de discussões filosóficas, especialmente sobre os limites do conhecimento e o significado de suas descobertas.⁴⁸

“superioridade da Monarquia como sistema político”(Es hätte keinen Sinn, die offenkundigen Fehler dieser Deduktionen darzulegen; vom Standpunkte unseres heutigen Denkens können wir ja solche Kuriositäten kaum noch begreifen: wir lächeln darüber. Und doch wurden diese Gedankengänge von ihrer Zeit mit dem ganzen Ernste wissenschaftlicher Forschung als beweiskräftig anerkannt“). KELSEN, Hans. **Die Staatslehre des Dante Alighieri**. Wien, Leipzig: Franz Deuticke, 1905, p. 73 e 83, respectivamente.

⁴² “Die innigen Beziehungen, die Unzertrennbarkeit dieser beiden Begriffe - Recht und Staat – erkennt er deutlich und spricht sich auch darüber aus“. KELSEN, Hans. **Die Staatslehre des Dante Alighieri**. Wien, Leipzig: Franz Deuticke, 1905, p. 90.

⁴³ Em uma entrevista que concedeu a Kurt Eissler em 1959 (trechos disponíveis em OLECHOWSKI, Thomas. **Biographische Untersuchungen zu Hans Kelsen**, p. 4. Disponível em <<http://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/biographischeuntersuchungen.pdf>> (acesso em 19 de abril de 2012), Kelsen declarou sua profunda admiração por Weininger, dizendo que “*nur ein einziges Mal in [s]einem Leben (...) einen Menschen getroffen [habe], von dem ich den Eindruck gehabt habe, er ist ein Genie. Das war mein Freund Otto Weininger...*”.

⁴⁴ MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen: Leben und Werk**. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1969, p. 6.

⁴⁵ Cf., especialmente: EINSTEIN, Albert. Zur Elektrodynamik bewegter Körper. **Annalen der Physik und Chemie**. Bd. 17, p. 890-921, 1905; EINSTEIN, Albert. Ist die Trägheit eines Körpers von dessen Energieinhalt abhängig? **Annalen der Physik**. Bd. 18, p. 639-643, 1905.

⁴⁶ PLANCK, Max. Zur Theorie des Gesetzes der Energieverteilung im Normalspektrum. **Verhandlungen der Deutschen physikalischen Gesellschaft**. Bd. 2, n. 17, p. 245 e ss., 1900; PLANCK, Max. Über das Gesetz der Energieverteilung im Normalspektrum. **Annalen der Physik**. Bd. 4, p. 553-563, 1901.

⁴⁷ A esse respeito, cf. EINSTEIN, Albert. The advent of the Quantum Theory. **Science**, New Series, Vol. 113, n. 2926 (Jan. 26, 1951), p. 82.

⁴⁸ Um interessante exemplo nesse sentido é o relato feito por Werner Heisenberg ao longo de sua pequena autobiografia. Cf. HEISENBERG, Werner. **A Parte e o Todo**: Encontros e conversas sobre física, filosofia,

A relação desse contexto com o futuro das teorias jurídicas não deve ser subestimada. A intensa atmosfera científica foi provavelmente decisiva para os posteriores trabalhos de Kelsen e talvez explique parte significativa de seus propósitos teóricos. Não se pode esquecer, aliás, de sua limitada propensão espiritual para o direito. Por algum tempo, arrependeu-se de não ter cursado Filosofia, Física ou Matemática.⁴⁹

A presença das chamadas *ciências naturais* é marcante nos escritos de Kelsen. Seja indiretamente, refletida na preocupação metodológica que viria a caracterizar a *teoria pura do direito*; seja diretamente, nas referências expressas em seus trabalhos. Ao abordar a distinção entre imputação e causalidade, por exemplo, eram frequentes as menções às novidades advindas da física.⁵⁰

1.1.4 Antissemitismo

Um dos elementos mais marcantes do período em que germinou a *teoria pura do direito* foi, sem dúvidas, o antissemitismo.⁵¹

No contexto austríaco, não são poucos os relatos sobre judeus do leste europeu que desembarcavam e dormiam na estação de trem *Nordbahnhof*. Aglomeravam-se em pequenas casas, situadas na *Taborstrasse*.⁵² Eram considerados um problema cultural a ser resolvido – inclusive por judeus assimilados, liberais e bem sucedidos.⁵³

religião e política. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. À p. 145, "Kant não tinha nenhum meio de antever que, num capo experimental tão distante da experiência cotidiana, já não poderíamos tratar as observações como se elas se referissem ao modelo da "coisa em si" ou a "objetos"; em outras palavras, ele não poderia prever que os átomos não são nem coisas nem *Gegenstände*."

⁴⁹ "Ich verliess die Mittelschule mit der Absicht Philosophie, Mathematik und Physik zu studieren. Ich habe es Zeit meines Lebens bedauert, diese Absicht nicht ausgefuehrt zu haben." KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Herausgeben von Matthias Jestaedt. Tübingen, 2006, p. 34.

⁵⁰ Para citar um único exemplo, entre vários nesse sentido: "Das Wahrscheinlichkeitsprinzip, das gewisse Physiker, wie Bohr und Heisenberg, an Stelle des strengen Kausalprinzips in die moderne Physik einführen, betrachten sie nicht als Folge der Unzulänglichkeit menschlicher Erkenntnis oder Beobachtung, sondern als im Gegenstand der Erkenntnis oder Beobachtung selbst begründet. Aber sehr bedeutende Physiker, wie Lorentz, Schroedinger und Einstein, haben das Prinzip der strengen Kausalität niemals aufgegeben. Neuerdings hat auch der französische Physiker Louis de Broglie, der sich bisher in dieser Hinsicht an Bohr und Heisenberg angeschlossen hatte, in einer Schrift „La physique quantite restera-t-elle indéterministe?“ (Paris, 1953) die Notwendigkeit, in der Quantenphysik das Prinzip der strengen Kausalität durch das der blossen Wahrscheinlichkeit zu ersetzen, in ersten Zweifel gezogen" KELSEN, Hans. Kausalität und Zurechnung. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 558.

⁵¹ Sobre a difusão europeia do antissemitismo moderno, cf. especialmente a Parte I de ARENDT, Hanna. **Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

⁵² Um dos relatos literários mais marcantes a esse respeito se encontra em ROTH, Joseph. **Juden auf der Wanderschaft**. 3. Auflage. München: DTV, 2010. À p. 52: "Die Ostjuden, die nach Wien kommen, siedeln sich in der Leopoldstadt an, dem zweiten der zwanzig Bezirke. Sie sind dort in der Nähe des Praters und des Nordbahnhofs. Im Prater können Hausierer leben – von Ansichtskarten für die Fremden und vom Mitleid,

O antissemitismo não se restringia às fronteiras do *segundo anel* de Viena. Pelo contrário, manifestava-se em praticamente todas as esferas das relações sociais.

Na Universidade, estudantes de origem semita não encontravam portas abertas para ingressar na carreira acadêmica. Docentes judeus sofriam para conquistar a tão desejada cátedra. Pense-se, por exemplo, no caso de Freud: não fosse a Baronesa Frestel, sua ex-paciente, agradar ao então Ministro da Educação com um quadro de Emil Orlik e talvez Freud amargasse o “*quase-sucesso*” por longos anos, culpando sua condição judaica por isso.⁵⁴ Para citar outro exemplo um pouco mais tardio, lembre-se de Moritz Schlick, assassinado por um ex-aluno no prédio principal da Universidade de Viena, na escadaria que conduzia à faculdade de filosofia.⁵⁵

Na esfera política, os discursos antissemitas tornavam-se cada vez mais agressivos. O nada elegante Cavaleiro de Rosenau – título do já mencionado Georg von Schönerer – valia-se de tom inflamado, atribuindo aos judeus a responsabilidade por problemas econômicos e sociais então vigentes. Também repercutia nos foros políticos vienenses o conhecido *affaire Dreyfus*: se era possível tolerar em alguma medida a existência e a prosperidade de judeus assimilados, parecia inconcebível que um judeu comandasse as forças armadas de um país como a França.⁵⁶

A questão judaica ganhou holofotes também nos meios artísticos. A indicação de maestros judeus às grandes orquestras certamente não era natural. Na literatura, em diversas oportunidades fez-se do judeu personagem e do antissemitismo tema central. Basta lembrar da inquietante peça *Professor Bernhardi*, de Arthur Schnitzler, na qual se

das den Frohsinn überall zu begleiten pflegt. Am Nordbahnhof sind alle angekommen, durch seine Hallen weht noch das Aroma der Heimat, und es ist das offene Tor zum Rückweg.”

⁵³ “Quando o Caso Dreyfus veio adverti-los de que essa segurança estava ameaçada, encontravam-se mergulhados num processo de assimilação desintegradora, durante o qual sua falta de sabedoria política havia aumentado em vez de diminuir. Assimilavam-se rapidamente àqueles elementos da sociedade nos quais todas as paixões políticas são sufocadas sob o peso morto do esnobismo social, dos grandes negócios e de oportunidades de lucro. Esperavam livrar-se da antipatia que essas tendências inspiravam, desviando-a contra os seus correligionários ainda não assimilados. Usando as mesmas táticas que a que a sociedade gentia havia empregado contra eles, empenharam-se em dissociar-se dos chamados *Ostjuden*.” ARENDT, Hanna. **Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 140.

⁵⁴ Sobre essa passagem da vida de Freud, cf. a biografia de GAY, Peter. **Freud – uma vida para nosso tempo**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 138 e ss.

⁵⁵ No exato local em que seu ex-orientando Hans Nelböck o assassinou, há uma placa registrando o trágico evento, sobretudo seu caráter antissemita.

⁵⁶ Sobre o caso Dreyfus, ARENDT, Hanna. **Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 111 e ss. No Brasil, cf. o ensaio de GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *O Affaire Dreyfus e as Cartas de Inglaterra* de Rui Barbosa. In: BARBOSA, Rui. **O Processo do Capitão Dreyfus**. São Paulo: Giordano, 1994, p. 37-68.

expõe uma das principais crenças subjacentes ao antissemitismo: a de que o judeu havia perdido sua dimensão efetivamente espiritual, limitando-se aos ritos sociais.⁵⁷

No âmbito teórico, não foram poucos os trabalhos pretensamente científicos destinados a elucidar e a formular uma espécie de psicologia do judaísmo. Muitos deles estavam sob a influência de Chamberlain e de outros teóricos do antissemitismo.⁵⁸

Certas manifestações antissemitas tinham uma significativa particularidade: eram fomentadas por judeus. Por mais paradoxal e surpreendente que isso possa parecer, é notório que uma forma de *ódio de si* se espalhava pelas sinagogas.⁵⁹

A negação da própria condição existencial que marcou parte da comunidade judaica foi decisiva na vida de Otto Weininger, o já mencionado amigo de Kelsen. Em sua obra principal, Weininger faz do antissemitismo uma de suas bandeiras. Chega a afirmar que “*o sionismo é a negação do judaísmo*”⁶⁰ – algo que talvez seja suficiente para resumir o fenômeno que bem poderia ser chamado de “antissemitismo judaico”.⁶¹

Apesar de tentativas de se identificar em sua obra influências do judaísmo,⁶² Kelsen sabia que suas origens poderiam representar empecilhos à sua carreira. Por isso, às vésperas de concluir seus estudos de graduação, converteu-se ao catolicismo. Anos depois, em 1912, converteu-se novamente, desta vez ao protestantismo.⁶³

⁵⁷ “Na, leben wir nicht in einem konfusen Land? Auf deinen jüdischen Schmiss bist du heut’noch stolzer als auf dein ganzes Deutschtum.” SCHNITZLER, Arthur. **Professor Bernhardi**. 10. Auflage. Frankfurt: Fischer Verlag, 2007, p. 216.

⁵⁸ Houston Stewart Chamberlain foi um dos marcos teóricos fundantes do pangermanismo e do antissemitismo moderno. Sua primeira grande obra, cuja primeira edição foi publicada em 1898, foi **Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts**. Em 1905, publicou em Viena seu incômodo **Arische Weltanschauung**.

⁵⁹ No idioma alemão, *Selbsthass*. Theodor Lessing resumiu o fenômeno, analisando-o a partir de seis casos exemplares: Paul Rée, Otto Weininger, Arthur Trebitsch, Max Steiner, Walter Calé e Maximilian Harden. Cf. LESSING, Theodor. **Der jüdische Selbsthass**. Neue Ausgabe. Berlin: Matthes & Seitz, 2004.

⁶⁰ “Wie man im anderen nur liebt, was man gern sein möchte und doch nie ganz ist, so hasst man im anderen nur, was man nimmer sein will, und doch immer zum Teil noch ist. (...) So erklärt es sich, dass die allerschärfsten Antisemiten *unter den Juden* zu finden sind.” WEININGER, Otto. **Geschlecht und Charakter**. Eine Prinzipielle Untersuchung. 3. Auflage. Wien und Leipzig: Wilhelm Braumüller, 1904, p. 403. A análise do movimento sionista como destruição do judaísmo se encontra à p. 407.

⁶¹ “Der Begriff ‘jüdischer Antisemitismus’ scheint ein Widerspruch in sich selber zu sein. Aber er ist es so wenig, dass, wenn irgendwo von einem Juden gesagt wird, er sei ein Rosche (Judenhasser), die andern alsbald rufen: ‘Das ist echt jüdisch’.” LESSING, Theodor. **Der jüdische Selbsthass**. Neue Ausgabe. Berlin: Matthes & Seitz, 2004, p. 60. Sobre esse ponto especificamente em Kelsen, cf. nota de rodapé 71.

⁶² Nesse sentido, o interessante e original trabalho de SOLON, Ari. **Judaism – Jewish Law in Kelsen**, cujo manuscrito foi gentilmente compartilhado com o autor deste trabalho.

⁶³ Cf. OLECHOWSKI, Thomas. **Biographische Untersuchungen zu Hans Kelsen**, p. 7. Disponível em <<http://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/biographischeuntersuchungen.pdf>> (acesso em 19 de abril de 2012). Sobre a conversão ao catolicismo, com registros documentais, cf. STAUDACHER, Anna. Zwischen

Mesmo tendo se convertido duas vezes, o caráter antissemita da *Viena fin-de-siècle* determinou os rumos vitais de Kelsen. E teve, em particular, papel relevante em sua relação com Fritz Sander – outro judeu convertido em cristão.⁶⁴

Viena, uma cidade em ebulição; o ensino jurídico, insatisfatório; as ciências naturais, repletas de descobertas revolucionárias; o antissemitismo, disseminado por várias esferas sociais: eis o contexto histórico no qual se concebeu o projeto conhecido como *teoria pura do direito*.

1.2 ESCOLA JURÍDICA DE VIENA: ASPECTOS TEÓRICOS

1.2.1 Teoria Pura do Direito: propósitos e síntese

No Brasil, não é incomum que se associe a expressão *teoria pura do direito* a um único livro: a famosa obra *Reine Rechtslehre*, escrita por Hans Kelsen em 1934, durante o período em que viveu na cidade de Genebra. Apesar dessa identificação, *teoria pura do direito* foi um projeto intelectual que se desenvolveu ao longo de décadas e abrangeu centenas de trabalhos.⁶⁵

Ao menos “oficialmente”, a pedra fundamental desse projeto foi lançada por Kelsen em 1911, em sua tese de livre docência, intitulada *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.⁶⁶ Contudo, como o próprio Kelsen reconheceu, alguns dos pilares sobre

Emanzipation und Assimilation: Jüdische Juristen im Wien des Fin-de-Siècle. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schrittenreihe des Hans Kelsen-Instituts, 32, 2009, p. 47.

⁶⁴ Parece equivocada a afirmação de Korb: “Darüber hinaus muss beachtet werden, dass drei der Gegner, nämlich Kaufmann, Sander und Heller, selbst jüdischer Herkunft waren, von dieser Seite hatte man folglich von vornherein keine antisemitischen Äusserungen zu erwarten. Ähnlich wie für Kelsen war aber auch für diese drei Personen ihre jüdische Herkunft keine persönliche religiöse Frage.” KORB, Axel-Johannes. **Kelsens Kritiker**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 254. O antissemitismo e o chamado *jüdischer Selbsthass* parecem ter contribuído para que se agravasse a dimensão pessoal da controvérsia entre Kelsen e Sander, especialmente no período de convivência em Praga. O tema será abordado com um pouco mais de vagar no Capítulo 5 desta Dissertação.

⁶⁵ Para que se tenha dimensão da quantidade de trabalhos escritos por Kelsen e seus discípulos, recomenda-se consultar a bibliografia preparada por MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen: Leben und Werk**. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1969, p.105 e ss.

⁶⁶ KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. Tübingen: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1911. *Hauptprobleme* foi apresentado por Kelsen como tese de livre-docência. Apesar de resistências até mesmo dos Professores que de alguma maneira o apoiavam, Kelsen foi aprovado por dois votos a um (Ernst Schwind, Professor de História do Direito, foi contrário à sua aprovação), tornando-se livre-docente aos trinta anos de idade. Sobre o episódio, cf. KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 38 e ss. O voto contrário de Schwind está disponível em OBERKOFER, Gerhard. RABOFSKY, Eduard. **Hans Kelsen im Kriegseinsatz der k.u.k. Wehrmacht**. Frankfurt, 1988, p. 198 e ss.

os quais se funda essa obra já estavam presentes no artigo *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*,⁶⁷ publicado por František Weyr em 1908.⁶⁸

* * *

František Weyr foi um dos fundadores da chamada *Escola Jurídica de Brunn*, considerada “segundo lar” da *teoria pura do direito*.⁶⁹ Algumas de suas contribuições foram fundamentais para o aprimoramento dessa teoria, ao ponto de já se tê-lo chamado de “Profeta” da Escola Jurídica de Viena.⁷⁰

Em seu livro de memórias, Weyr relata diversas passagens de seus encontros com Kelsen,⁷¹ bem como o papel fundamental que teve para que este fosse nomeado professor de direito internacional público na *Deutsche Universität* em Praga, no ano de 1933.⁷²

* * *

Acima de tudo, *teoria pura do direito* foi um projeto epistemológico, inserido no amplo contexto europeu de uma *luta pela ciência jurídica*.⁷³

⁶⁷ WEYR, František. Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**. Bd. 23, 1908, p. 529 e ss.

⁶⁸ Por exemplo, a suspensão da distinção entre direito privado e direito público, em relação à qual Kelsen reconheceu que “Doch schon vor mir hat Franz Weyr in einer 1908 erschienenen grundlegenden Abhandlung (...) den entscheidenden Gedanken ausgesprochen. Er hat in der Folge in einer Reihe von Arbeiten Wesentliches zu einer reinen Rechtslehre beigebracht.” KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. 2. Neudruck der zweiten, um eine Vorrede vermehrten Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, p. VIII. Mas o pioneirismo de Weyr não se restringia a pontos específicos. Já em 1908, falava de uma “ciência jurídica pura” em sentido semelhante a Kelsen. “(...) – ich spreche hier von der *reinen* Rechtswissenschaft, als der Wissenschaft abstrakter Normen und Begriffe de lege ferenda“. WEYR, František. Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**. Bd. 23, 1908, p. 549.

⁶⁹ “Es ist weniger bekannt, dass Brunn die zweite Heimstätte dieser Schule ist, und zwar sowohl in zeitlicher Hinsicht, als auch mit Rücksicht auf die wissenschaftliche Bedeutung.” KUBEŠ, Vladimír. Reine Rechtslehre in der Tschechoslowakei. In: **Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern**. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 2, 1978, p. 137 e ss. A importância da Escola Jurídica de Brunn mereceu um livro da série publicada pelo Hans Kelsen-Institut dedicado apenas a ela. Cf. KUBEŠ, Vladimír; WEINBERGER, Ota. **Die Brünner rechtstheoretische Schule**. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 5. Wien: Manz, 1980.

⁷⁰ GOLLER, Peter. **Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848-1945)**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997, p. 172, com detalhes de pontos antecipados por Weyr.

⁷¹ Weyr relata interessantes aspectos da personalidade de Kelsen, como sua falta de vocação e interesse pelas artes. Entre as passagens mais marcantes, encontra-se a seguinte: “Jamais esqueço quando estávamos sentados no terraço do hotel em Genebra, ele me dirigiu o olhar e disse subitamente: ‘Você é alto, loiro e tem origens nórdicas. E eu sou apenas um pobre judeu!’ Não pude compreender esse sentimento de inferioridade de alguém pertencente a um povo extraordinariamente vocacionado e com inteligência superior como Kelsen. Penso que nisto reside o cerne da tragédia judaica: na medida em que o antissemitismo aparece inclusive entre os judeus, não se pode surpreender quando ele surge entre outros povos.” WEYR, František. **Paměti**. 1. Za Rakouska (1879-1918). Atlantis, 1999, p. 420 (tradução livre).

⁷² Cf. Capítulo 5, 5.2.

Sua preocupação central era a elaboração de uma *ciência jurídica pura*, livre de concepções políticas. Intentava reformular as bases que sustentavam o pensamento jurídico vigente, por meio de pressupostos, método e objeto próprios.

Teoria pura do direito pretendia superar, especialmente, duas correntes teóricas: o *jusnaturalismo* e a *sociologia jurídica*. Tanto uma quanto a outra seriam incapazes de fornecer os elementos necessários à verdadeira *ciência jurídica*, tendo em vista o *sincretismo metodológico* sobre o qual se assentavam.

As diversas formas de *jusnaturalismo* se preocupavam essencialmente em identificar conteúdos ético-políticos, derivados de conceitos absolutos de justiça.⁷⁴ Acabavam se tornando, assim, *política jurídica*. Por sua vez, a florescente *sociologia jurídica* dedicava-se à *explicação* de certos aspectos fáticos do direito. Os *reducionismos*, nesse contexto, eram inúmeros.⁷⁵

Para *teoria pura do direito*, não caberia à *ciência jurídica* formular juízos de valor sobre o que seria justo ou injusto; ou emitir juízos políticos baseados em percepções subjetivas. Tampouco lhe caberia *explicar* o funcionamento do direito em determinado contexto social. Essas seriam tarefas alheias à *ciência jurídica*, que deveria se erigir sobre a radical distinção entre *atos de vontade* e *atos de conhecimento*.⁷⁶

A *ciência jurídica* proposta pela *teoria pura do direito* se pretendia positivista. Não buscava a *validade* – uma de suas questões centrais – do direito em certos conteúdos

⁷³ A expressão *Kampf um die Rechtswissenschaft* surge como título de um livro apenas em 1906, com o propósito de ilustrar a diversidade de propostas a respeito de uma assim chamada ciência jurídica. Cf. KANTOROWICZ, Hermann (Gnaeus Flavius). **Der Kampf um die Rechtswissenschaft**. Heidelberg: Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906. Embora a referida luta seja bastante antiga, parece que sua versão moderna, descrita nesses termos, tenha se iniciado com o livreto de KIRCHMANN, Julius Hermann von. **Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft**. Nachdruck. Heidelberg: Manutius Verlag, 1988, originalmente publicado em 1847.

⁷⁴ Evidentemente, *jusnaturalismo* é um rótulo que esconde diversas formas de pensamento, que guardam diferenças entre si. Sobre especificidades e formas de manifestação, há incontáveis trabalhos. Para ficar em apenas um único e singelo exemplo, cf. WOLF, Erik. **Das Problem der Naturrechtslehre**. 3. Auflage. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1964.

⁷⁵ Para os principais argumentos aventados a partir de cada uma dessas duas perspectivas (normativa e sociológica), cf. a coletânea KELSEN, Hans; EHRLICH, Eugen. **Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft**. Eine Kontroverse (1915/17). Baden-Baden: Nomos, 2003, com os textos referentes à controvérsia entre Kelsen e Ehrlich.

⁷⁶ “Es wäre ein Fehler, die normative, d.h. normerkennende Wissenschaft mit der normsetzenden Autorität zu identifizieren, deren spezifische Funktion im *Wollen*, nicht aber wie bei der *Wissenschaft* im *Erkennen* und *Begreifen* liegt. (...) Darum ist es es unzulässig, eine Einteilung der Wissenschaften auf den Gegensatz von *Erkennen* und *Wollen* zu gründen. Wissenschaft ist nie Wollenschaft.” KELSEN, Hans. Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 32-33.

políticos predeterminados ou em elementos metafísicos. Seu material seria o direito *posto*, sob a forma de normas. Predominava como postulado o relativismo axiológico.⁷⁷

A natureza jurídica do Estado ocupa papel central nas investigações da *teoria pura do direito*. As concepções então vigentes foram colocadas à prova, revelando-se seu caráter metafísico e personalista. O chamado *direito estatal* foi colocado em destaque e as análises empreendidas não se circunscreveram aos tradicionais eixos que gravitavam em torno do direito privado. Tampouco se fez uma teoria preocupada apenas com a legitimação do regime monárquico.⁷⁸

1.2.2 Fundamentos filosóficos

Teoria pura do direito arraigava-se em fundamentos filosóficos. Esses fundamentos eram procedentes, sobretudo, da filosofia de matiz kantiana. Mais especificamente, do chamado *neokantismo*.⁷⁹

Em um primeiro momento, percebe-se a influência da chamada *Escola de Baden*. Para fundamentar suas posições, Kelsen se valia, no princípio, de autores como Windelband, Kitz e Herbart. Wilhelm Wundt e Georg Simmel eram também mencionados.⁸⁰

⁷⁷ “Hier sei nur noch hinzugefügt, dass von einem positiven Rechte ja nur die Rede sein kann, sofern man davon absieht, den ausserrechtlichen Massstab einer absoluten Gerechtigkeit anzulegen, dass die Positivität des Rechtes geradezu in der Ausschaltung der Frage nach der Gerechtigkeit der Rechtsordnung liegt.” KELSEN, Hans. *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 70-71.

⁷⁸ Como, segundo Kelsen, pretendia Laband, “*the decidedly conservative crown jurist of the Prussian dynasty*”. KELSEN, Hans. *The Pure Theory of Law, ‘Labandism’ and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves*. In: PAULSON, Stanley. **Normativity and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 171.

⁷⁹ Não se pode perder de vista que o neokantismo, supostamente baseado no conhecimento de formas e desprovido de conteúdos, esteve no centro dos ataques filosóficos e metódicos feitos durante a chamada *luta por Weymar*, até que “sucumbiu”, sobretudo, à filosofia existencialista. Como muitos movimentos filosóficos, não foi uma corrente unívoca. Dividia-se em escolas. As principais eram as chamadas *Escola de Marburgo* e a *Escola de Baden*. A primeira centrava-se, especialmente, na crítica do conhecimento (*Erkenntniskritik*), sob a batuta de Hermann Cohen. Um panorama abrangente do que foi o neokantismo, inclusive em sua dimensão política, se encontra em KÖHNKE, Klaus Christian. **Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus**. Die deutsche Universitätsphilosophie zwischen Idealismus und Positivismus. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. No âmbito específico das teorias jurídicas, cf. o importante ataque de KAUFMANN, Erich. **Kritik der Neukantischen Rechtsphilosophie**. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft. Tübingen, 1921, com referências a Kelsen e Sander. Além de outras discussões motivadas por esse trabalho (e.g. contra Wilhelm Sauer), sua publicação provocou a reação de Kelsen, que o examinou no livro KELSEN, Hans. **Der soziologische und der juristische Staatsbegriff**. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1922, p. 99-104, em uma marcante nota de rodapé.

⁸⁰ Esses autores são citados nos primeiros trabalhos de Kelsen, com certa frequência.

Essa influência era sentida na radical distinção lógico-formal entre planos do conhecimento: os famigerados planos do “*ser*” e do “*dever-ser*” (*Sein* e *Sollen*), representativos da *realidade* e da *idealidade*.⁸¹ A alocação de uma ciência ou de um objeto em um desses planos estaria condicionada, sobretudo, ao *método* empregado, ou seja, à *direção metodológica* adotada, à *direção do conhecimento*.⁸²

A propalada distinção entre *ciências naturais* e *ciências normativas* se baseava na referida diferenciação filosófica. As primeiras, regidas pela *causalidade*, estariam inseridas na esfera do *ser* – como a física, por exemplo; as segundas, regidas pela *imputação*, tomavam idealidades normativas por objeto – é o caso da ética, da estética, da teologia e da *ciência jurídica* propugnada pela *teoria pura do direito*.

De todo modo, afirmações sobre as influências filosóficas da *teoria pura do direito* devem ser feitas com cautela. Kelsen não desenvolveu sua teoria da *ciência jurídica* como se fosse ela derivada de um sistema filosófico completo e coerente.

Pelo contrário, não são poucos os indícios de certas *incoerências filosóficas* inerentes à *teoria pura do direito*, normalmente atribuídas ao fato de que o recurso à filosofia era feito pontualmente, mediante o emprego de um ou outro conceito que pudesse solucionar problemas teóricos específicos. Não houve simples transposição de um sistema filosófico. Kelsen era, sob o ponto de vista filosófico, acima de tudo um *Kelseniano*.⁸³

⁸¹ "Der rein formale Charakter der Begriffe Sein und Sollen sowie ihrer Synonyma kann nicht nachdrücklich genug betont werden. Es handelt sich tatsächlich nur um Erkenntnisformen, unter denen die Gegebenheit das eine Mal zur Wirklichkeit, das andere Mal zum Wert ist." KELSEN, Hans. Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 32.

⁸² "Mit großem Scharfsinn gründet Herbart, der den Gegensatz von Sein und Sollen prinzipieller und konsequenter noch als Kant erfaßt hat, den fundamentalen Dualismus auf eine *ursprüngliche Besinnung* und konstituiert ihn erkenntnistheoretisch korrekt in der totalen Verschiedenheit der *Blickrichtungen*. Gerade in diesem Sinne muß der formal-logisch unlösbare Antagonismus von Sein und Sollen zur Grundlage eines Erkenntnisystems und sohin einer Grundeinteilung der Wissenschaften werden. Je nachdem das Ziel der Betrachtung das Sein tatsächlichen Geschehens, das heißt die Realität, oder ein sittliches, rechtliches, ästhetisches oder sonstiges Sollen, das heißt also eine Idealität ist, scheiden sich die Bezirke unserer Erkenntnis in zwei von Grund aus verschiedene Gruppen, teilt sich die Welt – als das Ergebnis unserer Erkenntnis (nicht unseres Fühlens oder Wollens) – in zwei Reiche, die kein Weg miteinander verbindet." KELSEN, Hans. Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 31-32.

⁸³ "There are philosophers by vocation and philosophers by default. The Austrian Legal theorist Hans Kelsen undoubtedly belongs to the second category. Anyone who studies Kelsen's work is likely to find that here a legal scholar is pondering over issues he would have preferred to have left to others, but unfortunately, no-one else seemed to care, or even understand what the problems that surfaced amidst mere doctrinal investigations amounted to. Kelsen's attempts to comprehend an object deemed to be as trivial as the positive law — denuded of its moral and sociological complications — lead him into a terrain of unforeseen

A própria influência de Hermann Cohen,⁸⁴ frequentemente apontada, não é anterior à publicação de *Hauptprobleme*. Ao que tudo indica, foi somente em 1912 que Kelsen tomou conhecimento de semelhanças entre seu projeto intelectual e a filosofia do grande expoente de Marburgo. Oskar Ewald, Professor de Filosofia da Universidade de Viena, foi o grande responsável por essa percepção, quando apontou similaridades entre ambas no artigo *Die Deutsche Philosophie im Jahre 1911*.⁸⁵

Um dos aspectos mais relevantes da influência exercida por Cohen sobre Kelsen se refere à relação entre *método* e *objeto* do conhecimento.⁸⁶

Não foram poucas as vezes em que Kelsen sustentou que o *objeto* científico é *constituído por seu método*. Essa máxima seria aplicável também à ciência jurídica: o “*direito da ciência jurídica*” era aquele constituído especificamente pelo método jurídico. Não se tratava de algo *dado*, objetivado, mas passível de constituição.⁸⁷

O mesmo raciocínio se aplicava ao conceito de Estado: conforme o método empregado para conhecê-lo, tratar-se-ia de objetos distintos. O Estado objeto de estudos sociológicos não se confundia com o Estado objeto de estudos jurídicos. Se em

difficulties. However we may now assess the topos of a "purification" of the theory of law, Kelsen's approach can undoubtedly claim the honour of having brought the positive law as such, its structure and complications, into the light of philosophic reflection." KLETZER, Christoph. **The Mutual Inclusion of Law and its Science – Reflections on Hans Kelsen's Legal Positivism**. Queens' College, Cambridge, 2004, p. 5.

⁸⁴ Segundo Métall, Kelsen chegou a visitar Cohen em Berlin. MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen: Leben und Werk**. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1969, p. 15.

⁸⁵ “Kelsens Willensbegriff deckt sich ja in bemerkenswerter Weise mit dem Cohens in seiner “Kantinterpretation” und in seiner “Ethik des reinen Willens”. Der Vorwurf des Formalismus, welchen man der Schrift Kelsen gemacht hat, die sich nach diesen grundlegenden Voruntersuchungen mit der objektiven und der subjektiven Erscheinungsform des Rechtssatzes beschäftigt, hat schon deswegen keine Berechtigung, weil es ja die spezifischen *Erkenntnisformen* der Staatsrechtslehre sind, die hier analysiert werden. Die Einführung der transzendentalen Methode in ein Gebiet, dessen sie sich noch nicht in vollem Umfange bemächtigt hatte, das strenge und konsequente Festhalten an ihr ist der grosse Vorzug dieses Buches, dem man einen weitgehenden Einfluss auf die Rechtsphilosophie wünschen muss.” EWALD, Oskar. *Die deutsche Philosophie im Jahre 1911*. In: **Kant-Studien**, 17, 1912, p. 398.

⁸⁶ “Conceber o direito essencialmente como norma não era novidade para a jurisprudência positivista. Inovadora era, e isto com relação ao método jurídico, a consequência extraída da posição gnosiológica da Escola Neo-Kantiana de Marburgo, segundo a qual o conhecimento determina seu objeto. Disto resulta ter a ciência do direito de adotar um método estritamente normativo, deixando de lado a ciência do “ser” normativo. Isto introduziu limites excessivos ao próprio positivismo jurídico. No auge de seu neokantismo, a possibilidade de uma sociologia jurídica seria negada.” SOLON, Ari. **Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 50-51.

⁸⁷ Embora isso certamente já estivesse claro para Kelsen em 1913 – na crítica feita a Radbruch pela falta de percepção a respeito da relação constitutiva entre método e objeto (KELSEN, Hans. *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*. KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 75-76), as referências nominais a Cohen eram inexistentes nos primeiros anos. Ao que tudo indica, a primeira referência expressa foi feita no livro escrito em resposta a Fritz Sander, sobre o qual se falará mais adiante.

Hauptprobleme ainda se propugnava certa diferença entre Estado e direito (considerados “duas faces” da mesma moeda), o método em questão serviu para que, mais tarde, se afirmasse a identidade entre ambos.

A aplicação da premissa segundo a qual *o método constitui o objeto* à ciência jurídica constitui o nó górdio da controvérsia entre Kelsen e Sander.⁸⁸

1.2.3 Teoria Pura do Direito ao longo dos anos: a Escola Jurídica de Viena

Em projetos intelectuais de grande envergadura, é comum que ocorram alterações e aprimoramentos nas linhas de pensamento inicialmente desenvolvidas. Com *teoria pura do direito*, não foi diferente. É comum, inclusive, que se apontem com relativa distinção as *fases* de seu desenvolvimento.⁸⁹

As bases fixadas em *Hauptprobleme* foram intensamente discutidas nos anos seguintes ao seu lançamento. As discussões eram fomentadas, sobretudo, em um espaço bastante comum aos círculos vienenses: o *seminário privado* (*Privatseminar*).

O seminário privado de Kelsen ocorria aos domingos, em sua residência na *Wickenburggasse 23*. Dele participava apenas um seleto grupo de convidados, juristas ou não. Mesmo durante os anos da primeira guerra mundial, continuou a se realizar com certa regularidade.

Os alunos mais ilustres de Kelsen se reuniam naquele espaço: Adolf Merkl, Alfred Verdross, Fritz Schreier, Felix Kaufmann, entre outros.⁹⁰ Em razão de certa unidade de propósitos científicos existente entre eles, acabou se formando a chamada *Escola Jurídica de Viena*.

⁸⁸ Em referência específica à controvérsia, Kletzer rotulou o problema com a expressão “*Gegenstandsproblem of Legal Science*”. KLETZER, Cristoph. Kelsen, Sander and the *Gegenstandsproblem of Legal Science*. In: **German Law Journal**, 12, 2011, p. 785-810. Disponível em <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1342>> (acesso em 28 de novembro de 2012).

⁸⁹ Sobre as diferentes fases da *teoria pura do direito*, PAULSON, Stanley. **Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen**. Traducción de Luis Villar Borda. Universidad Externado de Colombia, 2000, *passim*; LOSANO, Mario G. **Teoría Pura del Derecho: Evolución y puntos cruciales**. Traducción de Jorge Guerrero R. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992, *passim*. No Brasil, SOLON, Ari. **Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, especialmente pp. 80 e ss. e 120 e ss.; e DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito na Obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, *passim*.

⁹⁰ Sobre o círculo que se formou em torno de Kelsen, cf. WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. (Hrsg). **Der Kreis um Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manz, 2008.

Algumas das mais importantes contribuições à *teoria pura do direito* resultam do gênio criativo de alunos de Kelsen, e não do próprio Kelsen.

Para citar alguns exemplos de elementos da *teoria pura do direito* que foram desenvolvidos por alunos, pode-se pensar na chamada *teoria da construção escalonada*, graças à qual se inseriu a *dinâmica* na *teoria pura do direito*; na relação de unidade existente entre direito internacional e direito estatal; nas alterações relacionadas à chamada *norma jurídica fundamental*; e mesmo no esclarecimento de certas premissas filosóficas.⁹¹

Quando se compara *Hauptprobleme* com a primeira edição de livro *Reine Rechtslehre*, de 1934, tem-se a exata dimensão das transformações empreendidas na *teoria pura do direito* ao longo de quase 25 anos, ou seja, ao longo de seu primeiro grande ciclo de desenvolvimento.

O papel dos integrantes da Escola Jurídica de Viena nesse percurso não pode ser subestimado. E a importância de Fritz Sander não deve ser esquecida.

⁹¹ As principais contribuições foram condensadas no Prefácio à Segunda Edição de *Hauptprobleme*, que será tratado com maior vagar adiante. KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. 2. Neudruck der zweiten, um eine Vorrede vermehrten Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, p. V e ss.

2. FRITZ SANDER

*"Em todas as artes que envolvem execução, um ou dois talentos em cada geração são rebeldes a ponto de ser intratáveis. Pertence-lhes o comumente chamado gênio. Não formado e não domado, o gênio não pode ser guiado para os canais convencionais. Ele empaca, ele se irrita. Morde a mão que o iria alimentar e os lábios que se oferecem para ser beijados. É subversivo e difuso, solapando as rotinas ordeiras de um sistema que tem o poder de conferir grandeza à mediocridade, mas não é capaz de controlar e canalizar os dons mais desregrados de Deus."*⁹²

2.1 ASPECTOS BIOGRÁFICOS

Fritz Sander foi a perfeita encarnação do espírito trágico que marcou a Viena *fin-de-siècle*.

Embora tenha se tornado apenas mais um nome em obras de referência, sua história possui caráter universal. Em muito se assemelha à de célebres figuras de sua época: se não foi o grande escritor Arthur Schnitzler, foi um de seus perturbadores personagens, atormentados pela impossibilidade de conquistar a admiração almejada; tampouco foi Freud, mas não hesitou ao se entregar à *Protektion* tcheca; não alcançou a importância de Mahler, mas lhe faltava pudor na medida necessária para perseguir a regência, a qualquer custo.

Não foi propriamente em Viena que veio ao mundo esse controverso opositor de Kelsen: Friedrich Sander,⁹³ filho do comerciante Eduard Sander, nasceu nos arredores, em Heiligenstadt, em 8 de junho de 1889. Estudou na *Volksschule* e no *Gymnasium* em Brünn, na então existente Tchecoslováquia.⁹⁴

⁹² LEBRECHT, Norman. **O Mito do Maestro**. Grandes regentes em busca do poder. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 341-342.

⁹³ É difícil precisar qual foi o momento exato em que alterou seu nome de *Friedrich* para *Fritz*. Em suas fichas de estudante (*Nationale*), a alteração aparece a partir de 1909. AUV. **Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät**. Foram consultados os semestres entre 1907 e 1911.

⁹⁴ Uma representação biográfica está presente no pedido formulado por alguns de seus colegas para que Sander se tornasse membro da *Deutsche Gesellschaft der Wissenschaften und Künste für die Tschechoslowakische Republik*, atualmente disponível no arquivo da *Československé Akademie věd* (Academia de Ciências da Tchecoslováquia). ARCHIV ČESKOSLOVENSKÉ AKADEMIE VĚD (AAV ČR). **Fond Fritz Sander**. Karton 42. *Antrag auf Vorschlag des Universitätsprofessors Dr. Fritz Sander in Prag zum wirklichen Stamm-Mitgliede*. Conforme documentos disponíveis no mesmo acervo, o pedido foi aceito na reunião de 12 de maio de 1937 e comunicada a Sander no dia seguinte. Além disso, alguns de seus documentos pessoais, inclusive passaporte com foto, estão disponíveis no *Národní Archiv*. NÁRODNI

A passagem de Sander pela Universidade de Viena ocorreu entre 1907 e 1912. Em seus registros acadêmicos, é notório seu interesse por disciplinas pouco ortodoxas para um estudante de direito: assistiu a cursos sobre Beethoven, Teoria da Harmonia e Estatística.⁹⁵

Após a graduação, trabalhou como advogado. Apenas posteriormente se dedicou à carreira acadêmica. Em 1920, habilitou-se como *Privatdozent* na Universidade de Viena, com o trabalho *Staat und Recht*.⁹⁶ Em 1921, passou a lecionar em Praga, na *Deutsche Technische Hochschule*, como professor extraordinário. Em 1926, recebeu uma cátedra na mesma Universidade. Cinco anos depois, tornou-se Professor ordinário na Faculdade de Direito da *Deutsche Universität Prag*, da qual foi Diretor, entre 1933 e 1934.⁹⁷

Ao longo de sua carreira acadêmica, dedicou-se a diversas áreas. Escreveu sobre direito processual; filosofia do direito; sociologia jurídica; direito constitucional; economia; entre outros.⁹⁸

Sua participação na vida política da ainda existente Tchecoslováquia foi intensa. Contribuiu para a organização do tribunal constitucional – do qual supostamente quase se

ARCHIV. PŘ 1931-1940, Kar. 10314, Sig. S478/7. Registra-se, mais uma vez, a imensa gratidão a Jürgen Busch pelas importantíssimas indicações nesse sentido, bem como pelo constante auxílio durante as pesquisas em arquivos, tanto na Áustria quanto na República Tcheca!

⁹⁵ Mais especificamente, no *Winter Semester* de 1907/1908. AUV. **Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät**. 1907-1911.

⁹⁶ Em alguns escritos sobre a controvérsia, afirmou-se que o trabalho de livre-docência teria sido *Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens*. (SANDER, Fritz. *Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens*. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20). No entanto, os documentos referentes à *Habilitation* de Sander não se encontram nos arquivos da Universidade de Viena, tampouco no Arquivo Nacional da Áustria. A partir de documentos contidos no processo disciplinar de 1923, a única coisa que se pode constatar é que o livro *Staat und Recht* (ao qual se voltará mais adiante) foi certamente apresentado como tese de livre-docência: “Auf meine Anregung hin hatte Sander eine dogmenhistorische Arbeit über dieses Thema aufgenommen. Es ist dies seine Habilitationsschrift über <Staat und Recht>. Der Habilitation lag nur das Manuskript vor, das jedoch noch keineswegs die ganze Arbeit enthielt.” Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 1 – Eingabe Kelsens, p. 21. O próprio Sander afirmou, no livro *Kelsens Rechtslehre* (SANDER, Fritz. **Kelsens Rechtslehre** – Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz. Tübingen: Verlagen von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): 1923, p. 64), que *Staat und Recht* foi apresentado como tese de livre-docência. Diante disso, parecem equivocadas as informações dadas por Axel Korb (KORB, Axel-Johannes. **Kelsens Kritiker**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 166) e Christoph Kletzer (KLETZER, Christoph. Fritz Sander. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. (Hrsg). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 446). Em uma hipótese remota, pode ser que Sander tenha apresentado duas teses. Um indício nesse sentido seria o fato de que ele recebeu a *venia legendi* para duas disciplinas: *Allgemeine Rechtslehre* e *Rechtsphilosophie und deren Geschichte* (cf. AUV. **Personalblatt Fritz Sander**). De todo modo, nem Korb nem Kletzer apresentam referências mais concretas.

⁹⁷ Cf. AAV ČR. **Fond Fritz Sander**. Karton 42. *Antrag auf Vorschlag des Universitätsprofessors Dr. Fritz Sander in Prag zum wirklichen Stamm-Mitgliede*.

⁹⁸ Uma bibliografia abrangente dos trabalhos de Sander está disponível ao final desta Dissertação.

tornou ministro⁹⁹ – e foi um importante personagem na controversa anexação do Sudeto à Alemanha.¹⁰⁰

Fritz Sander morreu no dia 3 de outubro de 1939. Deixou viúva Mathilde Sander e órfãos Ernst e Helena.

Se analisadas friamente, as informações enciclopédicas apresentadas nos parágrafos anteriores pouco revelam. O essencial a saber sobre a vida de Sander é que praticamente toda ela gravitou ao redor da vida de Kelsen.

Imagem 2 - Fritz Sander. Fonte: Národní Archiv

2.2 FRITZ SANDER NA ESCOLA JURÍDICA DE VIENA

2.2.1 Chegada

Por volta de 1915, por intermédio de Alfred Verdross e de Richard Strigl, Fritz Sander passou a frequentar o seminário privado de Kelsen.¹⁰¹

⁹⁹ Ao menos esse era o boato corrente à época: “Die Ende der 1930er Jahre an der Prager Fakultät kursierenden Gerüchte, dass der der Sudetendeutschen Partei nahestehende Professor Fritz Sander in der zweiten Funktionsperiode zum Verfassungsrichter ernannt werden sollte, entbehrten jeder praktischen Grundlage.” OSTERKAMP, Jana. **Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920-1939)**. Klostermann, 2009, p. 82. Em 2005, Jana Osterkamp entrevistou o já falecido Prof. Helmut Slapnicka, que conheceu Sander pessoalmente e relatou que Sander se empenhou, em conversas com o governo, para promover uma reforma do tribunal constitucional tcheco, de modo a proteger as nacionalidades específicas, em uma referência à crescente tensão entre alemães e tchecos.

¹⁰⁰ A questão será abordada mais adiante, no Capítulo 5 desta Dissertação.

Portava-se, inicialmente, como um ouvinte tímido e discreto. Quando perguntado sobre o quão familiarizado estava com pressupostos filosóficos ali discutidos, respondeu que havia lido a obra de Wundt.¹⁰²

Em diálogos privados, talvez presunçosamente, Sander não titubeava ao fazer comentários desdenhosos sobre certas autoridades “consagradas”. Por exemplo, quando ninguém menos do que Hermann Cohen foi a Viena para proferir palestras, Sander recomendou a Verdross que não fosse assisti-lo: “*Não se impressione com este quase-judeu! Leia o que Vaihinger disse sobre ele e isso bastará!*”¹⁰³

Ao contrário da grandiosa percepção que aparentemente tinha de si, alguns de seus colegas não enxergavam tamanha genialidade – ao menos não no princípio. Ao relatar como foram as primeiras participações de Sander no seminário privado, Adolf Merkl o descreveu como alguém que “*claramente não tinha domínio dos problemas ali discutidos*”.¹⁰⁴

Durante esse período, há uma peculiaridade circunstancial digna de nota: a convivência entre os membros da Escola Jurídica de Viena deixou de se limitar ao seminário privado e às mesas do *Café Herrenhof*. Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, para cujo início o Império Habsburgo teve importância central, Kelsen e alguns de seus alunos foram convocados ao exército.¹⁰⁵

¹⁰¹ A informação de que Verdross e Strigl o teriam levado ao seminário se encontra no processo disciplinar de 1923. Cf. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 13 – Zeugenaussage Richard Strigl. Segundo Strigl: “Verdross und ich haben Sander im Sommer 1915 dort eingeführt. Er war anfangs ein stiller Zuhörer. Als ich 1918 aus dem Felde zurückkehrte, war er anders; er spielte eine grosse Rolle im Seminar, und das verstärkte sich noch in der Folge.”

¹⁰² Referindo-se a Wilhelm Wundt, que também era citado por Kelsen. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 8 – Zeugenaussage Alfred Verdross.

¹⁰³ “In den ersten Jahren schwarmte Sander geradezu von Wundt. Cohen lenkte er unter Berufung auf Vaihinger noch im Herbst 1916 ab. Damals hielt Cohen in Wien einen Vortrag, den Sander nicht besuchte; als ich tags darauf ihn im Café fragte, warum er denn nicht gekommen sei, erwiderte mir Sander: ‘Lassen Sie sich doch nicht von diesem Quasi-Juden blüffen, lesen Sie doch nur, was Vaihinger über ihn schreibt’”. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 25 – Zeugenaussage Alfred Verdross.

¹⁰⁴ “Er war mit den behandelten Problemen augenscheinlich nicht vertraut.” AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 10 – Zeugenaussage Adolf Merkl.

¹⁰⁵ Uma análise bastante abrangente da participação de Kelsen na Primeira Guerra Mundial se encontra disponível em BUSCH, Jürgen. Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg: Achsenzeit einer Weltkarriere. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schrittenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 211-230. Antes dele, já com menções a fontes encontradas em arquivos, OBERKOFER, Gerhard. RABOFSKY, Eduard. **Hans Kelsen im Kriegseinsatz der k.u.k. Wehrmacht**. Frankfurt, 1988. Na própria biografia de Kelsen, há relatos sobre sua importante passagem pelo Ministério da Guerra. KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 47 e ss.

* * *

Kelsen assumiu diversas funções no exército. Foi responsável, por exemplo, por redigir pareceres sobre questões estratégicas cruciais, como aquela relacionada ao exército húngaro.¹⁰⁶

Uma de suas contribuições foi a criação e a gestão do chamado *Feldgerichtsarchiv*. Tratava-se de um arquivo destinado a armazenar atos judiciais praticados nos tribunais instalados nos campos de batalha, que bem funcionava como uma central de organização dos documentos relacionados aos processos instaurados.

No *Feldgerichtsarchiv*, situado na chamada *Rossauer Kaserne*, Kelsen abrigou alguns de seus alunos e conhecidos, com o propósito de mantê-los distantes de situações de risco características das guerras. Um dos agraciados foi Fritz Sander.¹⁰⁷

A passagem de Sander pelo *Feldgerichtsarchiv* foi marcada por pelo menos dois episódios obscuros.

O primeiro diz respeito à convivência com outro aluno de Kelsen, também frequentador dos seminários privados, conhecido como Dr. Havlíček. Sua exata identidade permaneceu desconhecida há até pouco tempo.¹⁰⁸ No entanto, descobriu-se que se trata de Franz Havlíček, um industrial de origem tcheca, pouco mais velho do que Sander, que acabou não seguindo a trajetória acadêmica.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Trata-se de *Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns*. Cf. BUSCH, Jürgen. Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg: Achsenzeit einer Weltkarriere. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schrittenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 67.

¹⁰⁷ Sobre a criação do *Feldgerichtsarchiv* e a participação de Fritz Sander, cf. BUSCH, Jürgen. Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg: Achsenzeit einer Weltkarriere. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schrittenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 65-66.

¹⁰⁸ Detalhes mais específicos sobre os integrantes do *Feldgerichtsarchiv* permaneceram obscuros por muitos anos. Em pesquisa realizada no *Österreichisches Staatsarchiv* (ÖStA) em fevereiro de 2011, o autor deste trabalho teve a sorte de encontrar um acervo até então não catalogado e, segundo informações dos funcionários, aparentemente não manuseado desde os anos 30. O acervo em questão compõe-se de vinte caixas, nas quais se encontram documentos e assentamentos de funcionários dos tribunais instalados durante a primeira guerra. Nele, há diversas referências a Kelsen e aos alunos protegidos no *Feldgerichtsarchiv*, inclusive Sander e Havlíček. O acervo em questão será referenciado, doravante, da seguinte forma: *Österreichisches Staatsarchiv* (ÖStA). **Kriegsarchiv. Militärgerichtsarchiv. Personalunterlagen zu Gerichtspersonen**. Signatur: AT-OeStA/KA MGA Pers. O Instituto Hans Kelsen consignou essas descobertas (Aktenvermerk vom 24.2.2011).

¹⁰⁹ ÖStA. **Kriegsarchiv. Militärgerichtsarchiv. Personalunterlagen zu Gerichtspersonen**. Signatur: AT-OeStA/KA MGA Pers.

Franz Havlíček teria exercido imensa influência intelectual sobre Sander. Seu maior impacto seria a atenção despertada para o neokantismo e – ironicamente! – para a filosofia do “quase-judeu” Hermann Cohen. Segundo insinuações, os trabalhos de Sander seriam cópias dos ensinamentos de Franz Havlíček durante o período em que ambos dividiam as repartições do *Feldgerichtsarchiv*. O próprio Sander teria afirmado, expressamente, que estava “*escrevendo o livro de Havlíček!*”.¹¹⁰

Infelizmente, apesar dos boatos e especulações, o legado intelectual de Havlíček é, até onde se sabe, inexistente. Não deixou livros, tampouco artigos tratando dos assuntos supostamente usurpados por Sander. Por isso, não se pode comprovar qual terá sido a exata dimensão de sua influência.

De todo modo, no auge da controvérsia entre Sander e Kelsen, Havlíček escreveu um cartão postal a Kelsen, às vésperas de partir para a costa francesa, afirmando estar “sem palavras” quanto às supostas acusações de plágio feitas por Sander. Além disso, por meio de Richard Weininger – irmão do falecido Otto Weininger – expressou a opinião de que Sander não teria ideias próprias.¹¹¹

* * *

“Berlim, 07 de junho de 23.

Estimado Professor!

Agradeço-lhe imensamente sua carta do dia 04, bem como o envio de sua réplica.

Dr. Havlíček gostaria de ler o escrito de Sander. Se o senhor pudesse, por gentileza, enviá-lo a mim, eu o repassaria adiante. Dr. Havlíček afirma que Sander não possui, em absoluto, ideias próprias, mas sim que tenta formular, sem sucesso, algumas ideias do próprio Dr. Havlíček, que lhe teriam sido apresentadas em conversas que tiveram no Ministério da Guerra.

Com meus cumprimentos,

Do seu,

Richard Weininger.”

¹¹⁰ “Als er [Sander] im Jahre 1917 im Kriegsgerichtsarchiv mit Dr. Havlíček zusammen arbeitete und viel über Philosophie diskutierte, erfolgte plötzlich sein Übergang zur Schule Cohens. Er sagte mir damals: ‘Ich schreibe jetzt das Buch des Havlíček, aber ich kann ihm nicht helfen’.” AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 8 – Zeugenaussage Alfred Verdross.

¹¹¹ Tanto o postal quanto a carta de Richard Weininger estão disponíveis em AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 22 – Niederschrift der Vernehmung Prof. Kelsens.

* * *

O segundo episódio obscuro se refere a um suposto desentendimento com Kelsen. Infelizmente, também em relação a esse fato não há indícios que permitam elucidar o que efetivamente ocorreu. O que se tem é a afirmação de Kelsen, feita com veemência, de que Sander lhe teria “*desrespeitado gravemente*”. O perdão teria sido fruto da insistência de Alfred Verdross.¹¹²

Após deixar o *Feldgerichtsarchiv*, Kelsen se tornou, ao lado de Lammasch, um dos principais juristas do Ministério da Guerra e, conseqüentemente, do agonizante Império Habsburgo. Coube a ele conceber as linhas mestras da vindoura República da Áustria e o projeto da lei constitucional que a regeria.¹¹³

Por sua vez, ao deixar o *Feldgerichtsarchiv*, os destinos de Fritz Sander na Escola Jurídica de Viena começaram a mudar.

* * *

Imagem 3 – Verso do Postal enviado por Havlíček a Kelsen, em junho de 1923. Fonte: AUV. Akademischer Senat. Disziplinarfall Hans Kelsen. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 22 – Niederschrift der Vernehmung Prof. Kelsens.

¹¹² “Kurz nachdem S. [Sander] in mein Seminar eingetreten war, habe ich ihn auf seine Bitte, in ein Archiv des Kriegsministeriums gebracht um ihn eine entsprechende Kriegsdienstleistung vor allem in Wien zu sichern. S. hat sich damals einer groben Ungehörigkeit schuldig gemacht, derentwegen ich die Beziehungen mit ihm abgebrochen hatte und nur über Bitte des Kollegen Verdross wieder aufnahm.” (AUV). Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 1 – Eingabe Kelsens, p. 27.

¹¹³ Sobre a contribuição de Kelsen à constituição austríaca, cf. OLECHOWSKI, Thomas. Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schriftenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 211-230.

2.2.2 Ascensão

Entre 1917 e 1918, Fritz Sander passou a atrair a atenção dos demais integrantes da Escola Jurídica de Viena.

Em primeiro lugar, sua ascensão se deve, provavelmente, à diferente postura adotada no seminário privado: encarregou-se de apresentações relevantes, sobre grandes temas, e passou a participar intensamente das discussões travadas. O jovem outrora tímido ganhara reconhecida eloquência, surpreendendo até mesmo o incrédulo Adolf Merkl.¹¹⁴

Em segundo lugar, coube a Sander ser o porta-voz da *jungösterreichische Schule* quando esta foi atacada por Bernhard Stark.¹¹⁵

A crítica formulada por Stark concentrava-se em um dos principais pilares da *teoria pura do direito*: a tentativa de empreender *ciência do direito* com base no chamado idealismo crítico.

Para Stark, seria despicienda a elaboração de uma *ciência jurídica* alheia às experiências concretas. O único método concebível seria, em sua opinião, o *materialismo*: o direito deveria ser apreendido por meio dos sentidos. Nisso residiria, de acordo com “pesquisas psicológicas” supostamente feitas por ele, a “verdade” do conhecimento jurídico.¹¹⁶

De acordo com Stark – que se dizia “niilista” quanto à Escola Jurídica de Viena¹¹⁷ –, a ciência jurídica teria quatro grandes âmbitos de atuação: (i) em primeiro lugar, um âmbito efetivamente científico, que consistiria na “melhor e mais clara” formulação de conceitos jurídicos; (ii) em segundo lugar, um âmbito interpretativo, que consistiria em diferenciar os conceitos do direito vigente; (iii) em terceiro lugar, um âmbito sociológico,

¹¹⁴ “Etwa seit 1917/18 trat er mit grossen Referaten hervor, die mich damals mit Rücksicht auf sein bishin gezeigtes Verhalten verblüfften.” AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 10 – Zeugenaussage Adolf Merkl.

¹¹⁵ STARK, Bernhard. Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode. In: PAULSON, Stanley. **Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen**. Scientia Verlag, 1988, p. 413-423.

¹¹⁶ STARK, Bernhard. Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode. In: PAULSON, Stanley. **Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen**. Scientia Verlag, 1988, p. 416.

¹¹⁷ Mais do que isso, Stark afirmava a pretensão de niilizar toda a ciência jurídica. “Nun, ich sage es offen: ich will die heutige Rechtswissenschaft nihilisieren.” STARK, Bernhard. Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode. In: PAULSON, Stanley. **Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen**. Scientia Verlag, 1988, p. 422.

que consistiria em identificar as percepções do que é justo; e (iv) por fim, um âmbito formativo, que consistiria em formular sugestões legislativas a partir de considerações utilitaristas.¹¹⁸

Em nome da Escola Jurídica de Viena, Sander respondeu as frágeis críticas de Stark de maneira enérgica, valendo-se até mesmo de doses moderadas de deboche.

Com efeito, no artigo *Rechtswissenschaft und Materialismus – eine Erwiderung auf Stark*,¹¹⁹ Sander explicita os pressupostos filosóficos nos quais se baseavam as investigações daquele círculo. Sua primeira preocupação é demonstrar a superação do materialismo como corrente filosófica. Responsável por esse fato seria o idealismo crítico preconizado e desenvolvido, entre outros, por Friedrich Albert Lange, Otto Liebmann e Hermann Cohen.¹²⁰

O grande mérito do neokantismo seria o grandioso esforço de transplantar o método transcendental kantiano, originalmente aplicado apenas às ciências naturais, também para as ciências humanas – ainda que não fosse possível chegar a conclusões definitivas quanto ao sucesso dessa empreitada.¹²¹

Embora Stark tenha sido presa fácil, a resposta de Sander deve ser lida com atenção. Nas entrelinhas, percebem-se os primeiros indícios do titubeio que viria a comprometer sua ligação com a Escola Jurídica de Viena de modo irreversível. Pelo menos dois aspectos são dignos de nota.

¹¹⁸ STARK, Bernhard. Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode. In: PAULSON, Stanley. **Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen**. Scientia Verlag, 1988, p. 422.

¹¹⁹ SANDER, Fritz. Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: ‘Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode’. In: PAULSON, Stanley. **Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen**. Scientia Verlag, 1988, p. 27-39.

¹²⁰ SANDER, Fritz. Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: ‘Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode’. In: PAULSON, Stanley. **Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen**. Scientia Verlag, 1988, p. 28.

¹²¹ Em suas próprias palavras: "Die neukantianische Philosophie hat es nun unternommen, eine logische Grundlegung der Geisteswissenschaften, vor allem der Rechtswissenschaft und der Geschichtswissenschaft zu geben. Es ist zur Zeit, da die Probleme der Geisteswissenschaften sich als immer verwickelter erweisen und die Untersuchung ihrer Methoden immer neue Probleme aufwirft, unmöglich, ein abschliessendes Urteil über die Bedeutung der bezüglichen Arbeiten der Neukantianer abzugeben. Fest steht, dass heute niemand zu den Problemen der Rechtstheorie Stellung nehmen kann, der sich nicht mit jenen Arbeiten auseinandergesetzt, zumindest eine methodische, tief eingehende Kritik derselben versucht hat." SANDER, Fritz. Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: ‘Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode’. In: PAULSON, Stanley. **Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen**. Scientia Verlag, 1988, p. 30-31 (grifou-se).

Em primeiro lugar, parte de seu artigo é uma defesa a Adolf Merkl – o querido e mais leal discípulo de Kelsen¹²² – das críticas de Stark. No entanto, Sander não deixou de criticá-lo, a partir de outros fundamentos.

Assim como os demais membros da Escola Jurídica de Viena, Merkl percebera que não havia um único significado normativo preestabelecido. Pelo contrário, tinha em mente que cada norma representaria uma *moldura de possibilidades*, determináveis de acordo com os órgãos incumbidos de interpretá-las. No entanto, Merkl estaria preso a uma moldura *fixa* de significados. Por isso, não teria compreendido que, quando um órgão decide com base em uma possibilidade situada fora dessa moldura *fixa*, ainda assim se estaria diante de uma decisão *jurídica*. Essa concepção não corresponderia a uma nítida separação entre direito positivo e direito natural.¹²³ Esse seria o primeiro momento público de um conflito que viria a se agravar e a lembrar, em muito, uma briga de irmãos pela atenção dos pais.¹²⁴

Também merecem atenção as reservas de Sander quanto aos propósitos da Escola Jurídica de Viena. Por exemplo, faz questão de afirmar que aquele “*não seria o espaço para discordar de Kelsen*” e que “*o principal objetivo de Kelsen e da jovem escola austríaca era fundamentar o positivismo dogmático-jurídico puro. No entanto, certamente era outra questão saber se tal escola alcançou ou não esse objetivo, ou mesmo se ele é alcançável*”.

Em meio às ressalvas, uma afirmação que viria a ser negada anos mais tarde: a de que o conceito de *Sollen*, tal como formulado por Kelsen, não representaria “*direito*

¹²² Peter Goller o descreve como “o mais ortodoxo discípulo de Kelsen”. GOLLER, Peter. **Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?** Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848-1945). Frankfurt: Peter Lang Verlag, 1997, p. 213. O próprio Merkl se descreve como o mais antigo: “Ich kann mich als den ältesten Schüler Kelsens bezeichnen; ich habe seine erste Vorlesung gehört, an seinem Seminar von Anfang an teilgenommen (...)” AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 10 – Zeugenaussage Adolf Merkl.

¹²³ “Die jungösterreichische Schule bedarf keiner Belehrung, darüber, dass jeder Rechtssatz einen Rahmen von Möglichkeiten spannt, welchen erst das zur Anwendung berufene Organ Kraft “freien Ermessens” ausfüllt. Wohl aber nimm Merkl an, dass jedem Rechtssatze ein fester Bedeutungsrahmen entspricht, so dass, wenn das anwendende Organ eine der nicht in diesem Rahmen liegenden Möglichkeiten wählt, “Nichtrecht”, “Unrecht” vorliegt. Aber auch auf dieser Weise gelangen wir zu keiner scharfen Abgrenzung des Naturrechts vom positiven Rechte (...)” SANDER, Fritz. *Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: ‘Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode’*. In: PAULSON, Stanley. **Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen**. Scientia Verlag, 1988, p. 34-35.

¹²⁴ A relação de ciúmes entre ambos é descrita também por GOLLER, Peter. **Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?** Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848-1945). Frankfurt: Peter Lang Verlag, 1997, p. 258: “Auch Adolf Merkl rückte 1924 in einer Streitschrift gegen Sander den Konflikt in das Licht einer privaten Eifersuchtstragödie”.

natural material”, tampouco “*ideias unívocas de legislação*” ou “*conceitos jurídicos materiais previamente determinados*”.¹²⁵ Seria este um indício de dúvidas?

Após a publicação de *Rechtswissenschaft und Materialismus*, a popularidade de Sander cresceu significativamente entre seus pares. Mesmo o criticado Adolf Merkl, por exemplo, referiu-se a ele como um “*jovem promissor*”, que estaria a elaborar uma “*teoria monumental*”. Talvez com alguma ironia, apontou, já naquele momento, o ceticismo científico da “*teoria jurídica Sanderiana*”.¹²⁶

Kelsen não deixou por menos: em agosto de 1918, ao conseguir a cadeira de Professor Extraordinário da Universidade de Viena, recomendou Fritz Sander para sucedê-lo na função de Professor da *Exportakademie*, redigindo uma carta de recomendação bastante enfática.

2.2.3 Excurso: uma significativa carta de recomendação

Fritz Sander candidatou-se à vaga de professor de direito comercial e teoria da administração na *Exportakademie*,¹²⁷ por meio de requerimento formal dirigido ao Ministério do Comércio, em 3 de agosto de 1918.¹²⁸

Se em seus registros acadêmicos havia informado seu judaísmo, no requerimento se apresenta como católico – embora não seja possível precisar o momento exato de sua

¹²⁵ SANDER, Fritz. *Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: ‘Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode’*. In: PAULSON, Stanley. **Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen**. Scientia Verlag, 1988, p. 33. Como se verá mais adiante, o conceito de *Sollen* é tratado por Sander como uma das mais significativas expressões do jusnaturalismo de Kelsen.

¹²⁶ Os elogios de Merkl a Sander são rasgados: “Wir folgen hiemit tiefgründigen Bemerkungen eines jungen Rechtsphilosophen, des Dr. Fritz Sander, dessen – aus flüchtigen Umrissen zu schliessen – monumentaler Rechtstheorie von Kundigen mit berechtigter Spannung entgegengesehen wird.” Os elogios continuam em nota de rodapé: “Vgl. Für das Folgende die gedankenreichen, glänzenden Ausführungen von Dr. Fritz Sander.” MERKL, Adolf. *Das doppelte Rechtsantlitz*. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (Hrsg.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 900. A respeito da velada renúncia ao conhecimento científico no direito e da *resignação cética da teoria jurídica Sanderiana*, cf. p. 909.

¹²⁷ Sobre Hans Kelsen na *Exportakademie*, e a importância desse período em sua carreira, cf. BUSCH, Jürgen. *Hans Kelsen an der Exportakademie in Wien (1908-1918)*. In: OLECHOWSKI, T.; NESCHWARA, C.; LENGAUER, A. (Hrsg.). **Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag**. Wien, Köln, Weimar: 2010, 69-108.

¹²⁸ Os registros do requerimento estão disponíveis em ÖStA. Allgemeines Verwaltungsarchiv. **k.k. Handelsministerium. Fasz. 1583. Z. 61837/IV. 1918**. Em relação às matérias ministradas, está aparentemente equivocada a informação dada – sem referências concretas – por KLETZER, Christoph. *Fritz Sander*. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. (Hrsg.). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 446 e também por KORB, Axel-Johannes. **Kelsens Kritiker**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 166.

conversão. Afirma, ainda, ter auxiliado os professores Kelsen e Schrutka nos seminários da Universidade de Viena.

Além disso, menciona seus trabalhos já publicados e anuncia a elaboração de dois novos estudos: o primeiro deles, um artigo sobre o “Problema das mutações constitucionais”,¹²⁹ cujo conteúdo já teria sido discutido no seminário privado; o segundo, uma obra sobre temas de processo civil.¹³⁰

Por fim, ressalta sua familiaridade com temas de direito comercial, em razão de sua prática como advogado, bem como sua fluência em inglês e francês.

Seu pleito foi amparado por uma carta de recomendação escrita por Kelsen. Trata-se de documento simbólico, em diversos sentidos. Expressa, de maneira exemplar, a admiração de Kelsen por Sander, materializada em elogios pouco econômicos.

A carta de recomendação fornece informações importantes sobre o perfil de Fritz Sander: um jovem preocupado com questões práticas, que pretendia inserir problemas concretos – como decisões judiciais e atos administrativos – na teoria do direito; um bom orador, com formação filosófica atípica para juristas.

Já àquela época, Kelsen constatou certas tendências de Sander ao *radicalismo* na defesa de suas concepções teóricas. Contudo, amenizou essa faceta de seu sucessor, insinuando que se tratava apenas de manifestações de imaturidade, passíveis de correção com o tempo.

Ao contrário do que viria a fazer anos mais tarde, Kelsen enaltece o louvável caráter do vocacionado jurista Fritz Sander.¹³¹

* * *

¹²⁹ Que veio a se tornar o trabalho *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*, abordado mais adiante.

¹³⁰ Até onde se tem notícia, a obra anunciada não veio a ser publicada. Curiosamente, no posfácio à publicação de *Staat und Recht*, Sander anuncia, novamente, que trabalhava em uma grande obra, sobre sua *teoria dos procedimentos jurídicos (Theorie des Rechtsverfahrens)*, que tampouco veio a lume. “Schliesslich bemerke ich, dass ich in absehbarer Zeit ein umfangreiches Werk über die “Theorie des Rechtsverfahrens” veröffentlichen zu können hoffe.” SANDER, Fritz. **Staat und Recht – Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung**. Band 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig und Wien. Scientia Verlag, 1969, p. 1301.

¹³¹ A carta está disponível juntamente com os demais documentos relativos ao requerimento. Cf. ÖStA. Allgemeines Verwaltungsarchiv. **k.k. Handelsministerium. Fasz. 1583. Z. 61837/IV. 1918.**

“Em razão de seus trabalhos científicos, conheço bem o Sr. Dr. Fritz Sander. Já há alguns anos, sigo com grande interesse suas investigações jurídicas e tive várias oportunidades de ouvir grandes apresentações feitas por ele. O Sr. Dr. Fritz Sander é extraordinariamente vocacionado, um raro Jurista diligente e profundo, cuja disciplina nos permite ter grandes expectativas.

De suas abrangentes investigações, dedicadas a difíceis Problemas, Dr. Sander publicou, até agora, dois trabalhos.

No “Gerichtszeitung” publicou – em duas partes – “Die zeitliche Collision strafprozessualer Normen”. O objeto desse trabalho é a atualíssima questão a respeito da reintrodução dos tribunais do júri. O autor tratou objetivamente e cientificamente de um problema específico do direito positivo, objeto de controversas opiniões, conduzindo-o aos últimos fundamentos da teoria jurídica de forma bastante esclarecedora, contribuindo significativamente à praxis com uma justificativa maior. Justamente nesse trabalho, Sander mostra, com sucesso, a capacidade de abordar o direito positivo em conexão com o profundo conhecimento da teoria jurídica.

O segundo trabalho publicado por Dr. Sander, em “Juristischen Blättern”, foi o artigo “Rechtswissenschaft und Materialismus”. Possui conteúdo puramente teórico e mostra que o autor domina a literatura pertinente, dispondo de uma formação filosófica não usual para um jurista, que o auxilia muito bem na abordagem das questões fundamentais da Ciência do Direito. Este segundo trabalho fornece um perfeito atestado da qualificação científica geral do Dr. Sander.

Evidentemente, não se pode esquecer que o Dr. Sander se encontra no início de seu desenvolvimento científico e que certas percepções tendentes ao radicalismo sofrerão alterações com seu amadurecimento. De todo modo, isso não é uma desvantagem para um jovem homem como o Dr. Sander.

Apesar do caráter predominantemente teórico de seus trabalhos, o que capacita especialmente o Dr. Sander para ministrar aulas voltadas à prática jurídica – como é o caso na Exportakademie – é o seu esforço de assegurar à prática jurídica, às decisões específicas, aos dispositivos legais e aos negócios jurídicos um lugar privilegiado no sistema do direito. Enquanto a teoria jurídica desenvolvida até aqui voltou os olhos quase exclusivamente às formas gerais de manifestação do Direito, às proposições gerais

contidas em leis e regulamentações, Dr. Sander busca compreender também as formas de manifestação individuais do direito como iguais etapas de concretização, tratando-as sistematicamente. A abordagem cuidadosa da judicatura, da prática administrativa e dos negócios jurídicos é uma das principais exigências da concepção Sanderiana acerca da essência do direito.

Por consequência, Sander pretende, tanto quanto possível, dar tratamento semelhante aos substratos do direito positivo, tanto do direito público quanto do direito privado, o que, mais uma vez, corresponde à particularidade da vaga que ele pleiteia, a qual exige uma conexão entre aulas de direito constitucional e administrativo com aulas de direito civil.

Ademais, Dr. Sander possui, para os fins da Exportakademie, suficiente conhecimento das relações práticas, advindo dos seus vários anos de advocacia e de sua atividade no serviço militar. Também lhe ajuda sua passagem pela Exportakademie.

Em relação à competência do Dr. Sander como docente, creio que posso fazer um prognóstico bastante otimista. Dr. Sander é um bom orador e tem vocação para fazer apresentações claras e facilmente compreensíveis.

Também em relação ao seu caráter pessoal, posso dizer apenas o melhor. Caso contratado, ele seria um digno e valoroso membro do corpo docente. Só posso recomendá-lo enfaticamente como meu sucessor.

Viena, 25 de agosto de 1918.

Prof. Hans Kelsen.”

* * *

Em 16 de setembro de 1918, Fritz Sander foi nomeado sucessor de Kelsen na k.u.k Exportakademie.

2.3 PRIMEIROS CONFLITOS VISÍVEIS

2.3.1 Polêmicas em torno da teoria da construção escalonada e da relação entre direito internacional e direito estatal

Como havia anunciado ao pleitear a vaga para a *Exportakademie*, Sander publicou, de fato, um trabalho sobre as chamadas mutações constitucionais: *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*.¹³²

Nessa oportunidade, os pressupostos de uma *teoria pura do direito* – nominalmente citada como *Reine Rechtswissenschaft*, em diversas passagens – são apresentados de forma mais detalhada do que na resposta a Stark.

Em primeiro lugar, ressaltam-se as dificuldades de se empreender *ciência* em matérias de alguma forma relacionadas à política. Ao contrário do que ocorre nas *ciências naturais*, o observador das chamadas *ciências do espírito* se encontraria, a todo instante, às voltas com suas crenças e percepções de mundo. Para que esse problema fosse superado, o emprego de analogia *metodológica* com as *ciências naturais* seria o primeiro passo a ser dado. Seria necessário cunhar a *matemática das ciências do espírito*.¹³³

Há diversas alusões à analogia entre *ciências naturais* e *ciência jurídica*. Seria proveitoso instituir alguma espécie de paralelismo entre ambas.¹³⁴ Com o tempo, essa concepção foi radicalmente modificada: na medida em que Sander passou a se preocupar com a relação entre *ciência* e seu *objeto*, o possível paralelismo metodológico entre *ciências naturais* e *ciência jurídica* foi veementemente rechaçado.¹³⁵

Em *Das Faktum der Revolution*, coloca-se o seguinte problema: qual seria, juridicamente, o significado das revoluções políticas, normalmente coincidentes com a substituição de uma lei constitucional por outra? Existiria, em tal situação, uma *descontinuidade* do direito, no âmbito da qual o antigo ordenamento desapareceria e o

¹³² SANDER, Fritz. *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 132-164.

¹³³ “(...) aber fehlt der Rechtswissenschaft die mathematische Methode der Naturwissenschaft, welche, frei von den Vieldeutigkeiten und Vorurteilen der Sprache, rein logische Relationen darzustellen vermag.” SANDER, Fritz. *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 134.

¹³⁴ “Den methodischen Vorsprung der Naturwissenschaft einzuholen, an deren Methoden die eigenen Methoden zu prüfen, ist gegenwärtig eine der dringendsten aber auch lehrreichsten Aufgaben der Wissenschaft.” SANDER, Fritz. *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 142.

¹³⁵ Como se verá mais adiante, neste Capítulo, a partir de 2.3.2.

novo surgiria, “miraculosamente”? Sentiam-se, no plano teórico, as consequências decorrentes do fim da Primeira Guerra Mundial.

Ao abordar a questão, novas críticas são dirigidas a Adolf Merkl.

Sander atribui caráter *descontinuista* às teorias de Merkl. Embora este tivesse dado importante passo ao introduzir, na ciência jurídica, a ideia de *estrutura escalonada*,¹³⁶ teria lhe faltado sagacidade para abandonar de vez a estática jurídica, entregando-se à dinâmica inerente à *produção normativa*. Merkl seria, nesse sentido, o principal representante do *ocasionalismo jurídico*.¹³⁷

A verdadeira relação entre os diferentes planos jurídicos consistiria em uma *contínua produção, a partir de uma origem*.¹³⁸ Nesse axioma, estão contidos dois dos problemas centrais que surgiram na fase de formação da *teoria pura do direito*: (i) a existência de diferentes planos jurídicos e suas relações; e (ii) a unidade do sistema jurídico.

Para solucionar a questão da *contínua produção* de conteúdos jurídicos, Sander resgata o pensamento de Oskar von Bülow, fixando um dos pressupostos centrais de sua teoria: o de que *processos jurídicos* deveriam figurar no centro das atenções da ciência jurídica. No escalonamento das fases processuais, revelava-se o cerne da dinâmica jurídica. *A ciência jurídica pura* deveria se ocupar apenas com a análise objetiva do processo.¹³⁹

Por essa razão, à ciência jurídica deveriam ser indiferentes acontecimentos situados fora do âmbito processual. Não existiriam *direitos subjetivos*, por exemplo, antes de uma decisão judicial. A análise de conteúdos extra-processuais representaria meras

¹³⁶ “Freilich würde man Merkl scheres Unrecht zufügen, wenn man die Feststellung unterliesse, dass gerade seine Ausführungen gegenüber den bisherigen Theorien einen entscheidenden Fortschritt bedeuten.” SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 137.

¹³⁷ “Hauptvertreter des juristischen Occasionalismus ist Adolf Merkl.” SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 137.

¹³⁸ SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 150.

¹³⁹ “Die reine Rechtswissenschaft hat es nur mit der objektiven Rechtsbetrachtung des Prozesses, im weiteren Sinne des “Verfahrens” überhaupt zu tun.” SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 149.

possibilidades.¹⁴⁰ *Objeto da ciência jurídica deveria ser a experiência jurídica, ou seja, conteúdos jurídicos empiricamente verificáveis.*¹⁴¹

Tendo em vista a contínua produção jurídica que se formava no âmbito do incessante fluxo processual, seria possível falar em *unidade*? Não eram poucas as respostas negativas a essa pergunta. O caráter caótico do *material jurídico* impossibilitaria, de acordo com alguns, conclusões nesse sentido.¹⁴²

Em resposta a essa pergunta, Sander aponta que a *única tarefa* da ciência jurídica era justamente conformar as difusas experiências decorrentes da experiência em unidade. Afirmar a impossibilidade da unidade em razão do caráter caótico do material seria um equívoco metodológico.¹⁴³

E de que forma pode a ciência conferir unidade ao caótico material que lhe é colocado? Para responder essa indagação, Sander recorre à noção de *hipótese*:¹⁴⁴ um pressuposto lógico do pensamento, desprovido de conteúdos materiais, que fundamentaria o caráter unitário do sistema. Naquele momento, já se discutia, no âmbito da Escola Jurídica de Viena, a seguinte pergunta: considerando que uma *norma* só poderia ter seu fundamento de validade em *outra norma*, e não em um *fato*, qual seria, em última análise, a primeira norma a conferir validade a todas as demais?¹⁴⁵ A noção empregada, em voga

¹⁴⁰ “Es gebe aber keine vorprozessualen Prozessrechte der Parteien, insbesondere kein Recht auf günstiges Urteil vor dem Schlusse der Streitverhandlung. (...)Die Rechtssätze vor dem Verfahren sind abstrakt-hypothetischer Natur, eine Rechtserkenntnis auf Grund dieser abstrakt-hypothetischen Regeln stellt bloße Möglichkeiten dar.” SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 147-148.

¹⁴¹ “Material der reinen Rechtswissenschaft ist die gesamte rechtliche Erfahrung, d.h. alle empirisch erschliessbaren Rechtssätze”. SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 163

¹⁴² Nesse sentido, Sander cita como exemplo o trabalho de RUMPF, Max. **Gesetz und Richter**. Berlin, 1906.

¹⁴³ “Es ist ja gerade Aufgabe, einzige Aufgabe der Wissenschaft, die verworrene Mannigfaltigkeit des Erlebnisses in einheitlichen Systemen zu gestalten, ‘was in schwankender Erscheinung schwebt, mit dauernden Gedanken zu befestigen’.” SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 139.

¹⁴⁴ “Auch die Einheit des Rechtssystems kann nicht in einer erfahrbaren Tatsache, im Materiale der Verfassungsgesetze, sondern nur in einer Hypothese gefunden werden.” SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 140.

¹⁴⁵ Concebia-se, a partir desse problema, a famigerada *Grundnorm*. Essa resposta teria sigo tangenciada já em 1913, por Walter Jellinek e por Weyr, assim como por Kelsen, em 1914. A esse respeito, cf. WALTER, Robert. Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm. In: WALTER, Robert (Hsbg.). **Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre**. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 18, 1992. Em 1916, Verdross deu uma resposta semelhante à de Sander, antecipando-o. Curiosamente, não foi citado como antecessor: “Denn jede Grundlegung muss sich, um zulässig zu sein, im systematischen Aufbau erst bewähren. Dadurch unterscheidet sich ja gerade die Grundlegung in der Idee als Hypothese des kritischen

no âmbito das ciências naturais, não seria um reflexo da lógica formal, mas sim da lógica transcendental.

Posto isso, qual seria, afinal, a *hipótese* da ciência jurídica? A resposta estava no conceito de *soberania* – tradicionalmente tratado, de maneira equivocada, como um *fato do poder*, como uma *noção de substância*. Era necessário *funcionalizá-lo*.¹⁴⁶

E qual seria, a par da *hipótese* mencionada, o primeiro fundamento de unidade que poderia ser verificado, empiricamente, no direito? Em resposta a essa quarta indagação, Sander aponta a prevalência do direito internacional público sobre o direito estatal.¹⁴⁷

A partir da sobreposição do direito internacional público como mais alto escalão da ordem jurídica, seria possível dar nova explicação às revoluções políticas: elas não representariam *descontinuidades* jurídicas, mesmo que a lei constitucional fosse alterada, pois o direito internacional ainda asseguraria *juridicidade* aos respectivos Estados. As considerações “*descontinuístas*” feitas por Merkl – ainda radicado no pensamento estático – deveriam ser rechaçadas.

Das Faktum der Revolution é um trabalho de grande relevância. Não pela expressa menção às revoluções proporcionadas pelas descobertas de Max Planck na física, ou pelas precisas referências às discussões empreendidas no âmbito da teoria do processo civil,¹⁴⁸ mas, novamente, pelas entrelinhas.

Alguns dos pilares teóricos que sustentariam os futuros ataques a Kelsen estavam fixados. Sander não fez referência ao *normativismo*, tampouco à distinção filosófica entre planos do conhecimento. Pelo contrário, concentrou suas atenções na dimensão processual

Idealismus von der unerschütterlichen Grundsetzung im Dogma des Dogmatismus.” VERDROSS, Alfred. Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band II. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 1267. Observe-se que Verdross cita Cohen e Natorp em nota de rodapé referente ao trecho transcrito. Além disso, à p. 1275, refere-se a Weyr como “Inaugurator des einheitlichen Rechtssystems”.

¹⁴⁶ “Für die reine Rechtswissenschaft bedeutet ‘Souveranität’ die Methode des reinen Ursprungs, die Ablehnung der Aufnahme jedes metarechtlichen Faktums in das Rechtssystem. ‘Souveranität’ bedeutet kein ‘Machtfaktum’, sondern das Postulat, die Idee der juristischen Methodenreinheit.” SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 162 (grifou-se).

¹⁴⁷ “Die reine Rechtswissenschaft löst das Völkerrecht aus seiner bisherigen Isolierung und stellt es als höchste Stufe in das Weltrechtssystem ein. (...) Das Völkerrecht ist, um Konstantin Frantz’ prophetisches Wort zu wiederholen, ‘die Krone alles Rechtes, woraus alles andere Recht erst sein volles Licht erhält’.” SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 154.

¹⁴⁸ Respectivamente, às páginas 143 e 155 do estudo em questão.

e dinâmica do direito, cuja compreensão seria essencial para o desenvolvimento de uma ciência jurídica pura.

As discordâncias teóricas com Adolf Merkl foram aprofundadas. As premissas de ambos não eram de todo diferentes. O problema residia na correta consecução desses pontos de partida.

A dimensão processual do direito deveria figurar no centro da ciência jurídica pura. Normativismo não era uma palavra de ordem. Foram essas trilhas que originaram, anos mais tarde, a controvérsia acerca de qual deveria ser seu *objeto*.¹⁴⁹

2.3.2 Resenhas

Um dos principais periódicos utilizados pela Escola Jurídica de Viena, para a veiculação de suas ideias, foi o *Zeitschrift für öffentliches Recht*.¹⁵⁰

No primeiro volume, Fritz Sander publicou diversas resenhas de trabalhos alheios. Em muitas delas, encontram-se indícios de sua própria teoria. Premissas metodológicas e filosóficas são apresentadas. É possível verificar, já naquele momento, certo distanciamento das teorizações de Kelsen.

Ao examinar trabalhos de direito constitucional de Kelsen e Merkl, Sander lhes dirigiu críticas relevantes, relacionadas àquelas expostas em *Das Faktum der Revolution*.¹⁵¹ Merkl é acusado de misturar juízos políticos com juízos científicos, ao defender posições

¹⁴⁹ Diante dessas considerações, não parece ser possível concordar com a tese defendida por Christoph Kletzer – que, de resto, também nesse ponto não aponta referências específicas que lhe dão suporte –, segundo a qual Sander teria defendido, em seus primeiros trabalhos, a ideia de que a ciência jurídica somente seria possível se fosse *normativa*. Cf. KLETZER, Christoph. Fritz Sander. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELNY, K. (Hrsg.). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 451.

¹⁵⁰ Coordenada, entre outros, por Hans Kelsen. Sobre o papel desse periódico como veículo da Escola Jurídica de Viena, cf. SPÖRG, Ute. Die Zeitschrift für Öffentliches Recht als Medium der Wiener Schule zwischen 1914 und 1944. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schriftenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 149-168.

¹⁵¹ SANDER, Fritz. Besprechung: Dr. Hans Kelsen, Professor an der Universität Wien. Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 3 Teile, VI und 117 S., 150 S., VIII und 248 S., Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919. Dr. Adolf Merkl, Ministerialkonzipist in der deutschösterreichischen Staatskanzlei, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriss. VIII und 184 S. Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 312-318.

descontinuístas. Somente a pressuposição da *continuidade* do direito tornaria viável a *experiência jurídica: sem continuidade, não haveria experiência, tampouco ciência*.¹⁵²

Há referência expressa à semelhança entre a ciência jurídica e a teologia.¹⁵³ Sander anuncia, ainda, sua vindoura *teoria da experiência jurídica*, imputando a Merkl uma de suas críticas centrais: tratar a *ciência jurídica como fonte de direito*.¹⁵⁴ Ademais, expõe a compreensão de que idealismo crítico é, ao mesmo tempo, realismo empírico.¹⁵⁵ Ao final, um elogio: Merkl seria brilhantemente vocacionado, e por isso poderia, no futuro, corrigir seus rumos teóricos!

No mesmo volume desse periódico, Sander examina a teoria estatal de Rudolf Kjellén.¹⁵⁶ A exposição de suas premissas é levada adiante. A chamada *Zwei-Seiten-Theorie* é expressamente atacada.¹⁵⁷ O verdadeiro método jurídico não teria caráter formal – equívoco este que seria, infelizmente, reproduzido por Kelsen –, mas sim empírico. A verdadeira ciência jurídica seria concebível apenas como *Erfahrungswissenschaft*.¹⁵⁸

¹⁵² “Ohne Kontinuität keine Erfahrung, keine Wissenschaft! Das ist nicht nur ein Ergebnis kantianischer Weltanschauung (...) sondern auch eine Voraussetzung jeder anderen wissenschaftlichen Anschauung.” SANDER, Fritz. *Idem*, p. 314.

¹⁵³ “Und so lange die Rechtswissenschaft als Gefährtin der Theologie jede erkenntnistheoretische Belehrung ablehnt, wird sie auch nicht hindern können, dass sie von der Erkenntnistheorie und anderen Wissenschaften mit Hohn überschüttet wird.” SANDER, Fritz. *Idem*, p. 315.

¹⁵⁴ “(...) da ich ohnehin die fundamentale Bedeutung des ‘Rechtsverfahrens’ im nächsten Hefte dieser Zeitschrift in einer grösseren Abhandlung auseinanderzusetzen hoffe.” SANDER, Fritz. *Idem*, p.317, em nota de rodapé. Na mesma nota: “‘Meine Auffassung’ [*referência a Merkl*] bedeutet ‘die Wissenschaft als Rechtsquelle’, die Begründung der Rechtswissenschaft auf formale Logik, Zergliederung der Begriffe, analytische Urteile, die Abweisung der durchgängigen Beziehung auf die Erfahrung der Rechtssatzformen, die in der kontinuierlichen Synthesis des Rechtsverfahrens, nicht in der Analytik der Interpretation erzeugt wird, dogmatische Rechtsmetaphysik, Ideen ohne Restriktion der Erfahrung, Naturrecht oder Rechtspolitik.” O dogma da *ciência como fonte* será tratado no Capítulo 3 desta Dissertação.

¹⁵⁵ “Im Sinne des kritischen Idealismus aber, der gleichzeitig empirischer Realismus ist (...)”. SANDER, Fritz. *Idem*, p. 317.

¹⁵⁶ SANDER, Fritz. *Besprechung: Rudolf Kjellén, Mitglied des Schwedischen Reichstags, Professor an der Universität Upsalla. Der Staat als Lebensform*. S. Hirzel, Verlag in Leipzig, 1917, VI und 235 S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 338-345.

¹⁵⁷ “Die Einwendungen gegen den herrschenden Staatsbegriff, gegen den Staatsbegriff der Jurisprudenz, dürfen sich nicht darauf stützen, dass ihr ‘Staat’ nur zwei ‘Seiten’ habe. Sie müssen vielmehr im Interesse methodischer Klarheit mit schroffem Radikalismus dagegen gerichtet werden, dass man den ‘Staat’ als ein Ding betrachtet, an dem verschiedene Seiten entdeckt und untersucht werden können”. SANDER, Fritz. *Besprechung: Rudolf Kjellén, Mitglied des Schwedischen Reichstags, Professor an der Universität Upsalla. Der Staat als Lebensform*. S. Hirzel, Verlag in Leipzig, 1917, VI und 235 S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 340.

¹⁵⁸ “Also ist die wahre juristische Methode keine ‘formale’ – eine Ansicht, der leider auch Kelsen Vorschub leistet –, sondern eine auf Inhalt bezogene, empirische Methode, ist auch die Rechtswissenschaft eine Erfahrungswissenschaft.” SANDER, Fritz. *Besprechung: Rudolf Kjellén, Mitglied des Schwedischen Reichstags, Professor an der Universität Upsalla. Der Staat als Lebensform*. S. Hirzel, Verlag in Leipzig, 1917, VI und 235 S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 340.

Na resenha ao trabalho de Kjellén, Sander expõe, com clareza, uma de suas principais contribuições à *teoria pura do direito*: a distinção entre *conceitos de substância* e *conceitos de função*, inspirada na obra de Ernst Cassirer.¹⁵⁹ Talvez por isso, Sander acreditava pavimentar sua estrada a partir do *Espírito do Neokantismo*.¹⁶⁰

Uma de suas resenhas é dedicada ao trabalho de Erich Cassirer.¹⁶¹

Nela, pode-se verificar mudanças substanciais em relação a *Das Faktum der Revolution*. Não mais se fala em analogia entre *ciências naturais* e *ciência jurídica*. Pelo contrário, era necessário reconhecer que apenas *o direito* objetiva seus conteúdos, falando-se expressamente em *Rechtserfahrung*.¹⁶² Portanto, não se poderia falar em um *direito da ciência jurídica* sem que se repetisse o dogma da *ciência como fonte*. A dogmática deveria renunciar a pretensões de *conhecimento* (em sentido kantiano), pois à *ciência jurídica pura* caberia apenas elaborar um sistema unitário, a partir do material caótico produzido no âmbito dos processos jurídicos.¹⁶³

¹⁵⁹ CASSIRER, Ernst. **Substanzbegriff und Funktionsbegriff**. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik. 7. Auflage. Darmstadt: Wiss. Buchges, 1994. Sobre o emprego desses conceitos especificamente por parte de Sander e Kelsen, cf. MARCK, Siegfried. **Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie**. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1925.

¹⁶⁰ “Aus diesen den Staat der Geschichte betreffenden Darlegungen Marcks spricht der Geist des Neukantianismus, in dessen Zeichen wir auch die Erneuerung der Rechtswissenschaft vollziehen wollen.” SANDER, Fritz. Besprechung: Rudolf Kjellén, Mitglied des Schwedischen Reichstags, Professor an der Universität Upsalla. Der Staat als Lebensform. S. Hirzel, Verlag in Leipzig, 1917, VI und 235 S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 345.

¹⁶¹ SANDER, Fritz. Besprechung: Dr. Erich Cassirer, Natur- und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie, Berlin 1919, C.A. Schwetschke & Sohn, Verlagsbuchhandlung. 316 S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 345-351.

¹⁶² “Das dreistufige Verhältnis Naturphilosophie – Naturwissenschaft – Naturerlebnis kann nicht einfach als Analogie aus dem Gebiete des Naturdenkens in das Gebiet des Rechtsdenkens übertragen werden. Denn nicht die Rechtswissenschaft ist es, welche die ‘natürlichen’ Tatbestände zu ‘rechtlichen’ Tatbeständen objektiviert. Die Rechtswissenschaft ist nicht Rechtsquelle, sondern das ‘Recht’ selbst, d.h. das Rechtsverfahren in seinen verschiedenen Formen (Verfassungsgesetzgebung, einfache Gesetzgebung, Prozess, Exekution, usw.) vollzieht die Objektivationen, deren Ergebnis die urkundlich vorliegende Rechtserfahrung ist.” SANDER, Fritz. Besprechung: Dr. Erich Cassirer, Natur- und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie, Berlin 1919, C.A. Schwetschke & Sohn, Verlagsbuchhandlung. 316 S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 347.

¹⁶³ “Die ‘Natur’, von welcher die Naturphilosophie spricht, ist im Sinne der transzendentalen Methode nur die ‘Natur der Naturwissenschaft’, d.h. die Gehalte der naturwissenschaftlichen Urteile. Das ‘Recht’, von welchem die Rechtsphilosophie spricht, hingegen, kann nicht das ‘Recht der Rechtswissenschaft’, d.h. der Gehalt ihrer Urteile sein, weil das ‘Recht’ bereits objektiviert in den urkundlich vorliegenden Rechtssatzformen enthalten ist. Die ‘Rechtsdogmatik’ – der Kantianer darf hier den Ausruf ‘nomen est omen’ wagen – muss daher ihre Erkenntnisansprüche aufgeben.” SANDER, Fritz. Besprechung: Dr. Erich Cassirer, Natur- und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie, Berlin 1919, C.A. Schwetschke & Sohn, Verlagsbuchhandlung. 316 S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 347. (grifou-se)

Nas resenhas mencionadas, nota-se a radical diferença entre as teorizações de Fritz Sander e Hans Kelsen. Ao colocar os *Rechtsverfahren* no centro das atenções, Sander claramente nega a ideia de *constituição do objeto a partir do método*. Estavam fixadas as premissas para que identificasse a *ciência jurídica* com a *filosofia do direito*.¹⁶⁴

2.4 WENDEPUNKT: TEORIA DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA

No início de 1920, apesar de certo distanciamento teórico, havia poucas razões objetivas para acreditar que Fritz Sander se tornaria, em pouco tempo, um dos mais marcantes opositores de Kelsen no plano pessoal.

Naquele ano, Sander pleiteou a *venia legendi* da Universidade de Viena, com o trabalho de habilitação *Staat und Recht, - Prolegomena einer Theorie der Rechtserfahrung*. Embora os documentos referentes a esse episódio tenham se perdido,¹⁶⁵ há relatos de que se tratou de evento conturbado, contra o qual pendiam “*grandes resistências*”. Kelsen teria contribuído imensamente para seu favorável desfecho.¹⁶⁶

No semestre de inverno de 1920/21, Kelsen concedeu a Fritz Sander uma honra que não seria dada a nenhum outro discípulo: a de oficialmente ministrar uma disciplina ao seu lado. O ementário daquele semestre indica que ambos foram responsáveis pelo Seminário de Filosofia do Direito, para alunos avançados. No mesmo semestre, Sander também lecionou um curso sobre *Kant und die Rechtswissenschaft*.¹⁶⁷

Wendepunkt é a expressão alemã que designa o momento em que se dá uma transformação substancial. É um divisor de águas. Na relação entre Kelsen e Sander, esse momento veio a se materializar, coincidentemente, quando Sander passou a levar suas

¹⁶⁴ Na resenha a Erich Cassirer, a possibilidade de identificação é aventada, mas não levada às últimas consequências. “Es sei hier, wo nur auf das Problem hingewiesen werden sollte, nicht näher erörtert, ob ‘reine Rechtswissenschaft’ mit ‘Rechtsphilosophie’ zusammenfällt (...)”. SANDER, Fritz. Besprechung: Dr. Erich Cassirer, Natur- und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie, Berlin 1919, C.A. Schwetschke & Sohn, Verlagsbuchhandlung. 316 S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 347.

¹⁶⁵ Sobre o processo de livre docência de Fritz Sander, cf. nota de rodapé n. 96.

¹⁶⁶ Em sua autobiografia, Kelsen afirma o seguinte: “Wie sehr ich bemüht war Sander zu fördern, beweist, dass ich nicht nur seine Habilitierung gegen grosse Widerstaende durchsetzte (...)”. KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 65.

¹⁶⁷ AUV. **Öffentliche Vorlesungen an der Juristischen und Philosophischen Fakultät der Universität zu Wien im Wintersemester 1920/21**. Wien, 1920, p. 7-8.

intuições teóricas às últimas consequências, concebendo, de forma abrangente, sua *teoria da experiência jurídica* (*Theorie der Rechtserfahrung*).¹⁶⁸

À primeira vista, salta aos olhos a tentativa de transpor certas categorias da filosofia neokantiana à ciência jurídica. Fala-se em “*vontade pura*”, “*analogias da experiência*”, “*aplicação de conceitos às apreensões sensíveis*”, e assim por diante. Não é nisso que consiste, entretanto, a originalidade de Fritz Sander.

Sua grande inovação foi o modo como concebeu a relação entre filosofia, ciência jurídica e seu objeto – ou seja, o direito.¹⁶⁹

O distanciamento da premissa segundo a qual *o método constitui o objeto* torna-se ainda maior. Ressalta-se a inexistência de um direito *da* ciência jurídica, afirmando-se apenas *o* direito, cambiável e objetivado no infinito continuum processual. A filosofia transcendental deveria se relacionar diretamente *com o direito* – este seria seu *Bezugsfaktum* – e não com a ciência jurídica.¹⁷⁰

Os conteúdos jurídicos se tornariam objetivos na esfera processual. A aplicação de certas categorias – *imputação*, *competência*, e assim por diante – à realidade levaria à definição de fatos juridicamente relevantes, expressos em *Rechtssätze*. Ou seja, o próprio direito, e não sua ciência, atribui *juridicidade* aos fatos que lhe são submetidos.¹⁷¹

¹⁶⁸ A primeira exposição abrangente de sua *teoria da experiência jurídica* foi apresentada em SANDER, Fritz. Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 468-507.

¹⁶⁹ “Nur mit dieser transzendentalen Methode kann Philosophie des Rechtes als Wissenschaft, als kritische Wissenschaft begründet, kann Rechtsphilosophie in strenger Analogie zur Naturphilosophie aufgebaut werden.” SANDER, Fritz. Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 476.

¹⁷⁰ “Jedenfalls muss der Versuch unternommen werden, die transzendente Methode in Bezug auf das Faktum des Rechtes ohne Dazwischenkunft der Rechtswissenschaft oder anderer Wissenschaften zu betätigen. Die Rechtsphilosophie muss in Beziehung auf das Faktum des reinen Willens des Rechtes begründet werden. (...) Der transzendente Schematismus des reinen Willens ist nun das Rechtsverfahren.” SANDER, Fritz. Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 477. “Und wird zu dem Ergebnisse gelangen, dass die transzendente Methode der Rechtsphilosophie nur die Bezugnahme auf das Faktum des positiven Rechts bedeuten kann. *Rechtsphilosophie kann nur Theorie des positiven Rechtes sein*.” SANDER, Fritz. Besprechung: Dr. Max Salomon. Grundlegung zur Rechtsphilosophie. Verlag Dr. Walter Rotschild, Berlin 1919, Leipzig, VI., 252.S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band II. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 254.

¹⁷¹ “Das Recht der Erfahrung hingegen, die Erfahrung des Rechtes bedeutet die verfahrensmässig ins Unendliche fortschreitende Durchdringung seiner beiden Komponenten, der Rechtssätze (als Funktionen der Einheit) und der Tatbestände (als Funktionen der Mannigfaltigkeit), vollzieht die Bestimmung von Rechtssatz und Tatbestand nur die wieder in Rechtssatzform erscheinende Funktion höherstufiger Rechtssätze, jeder Rechtssatz hingegen nur ein Gesetz von Tatbestandsfunktionen (Rechtssätzen niederer

Era necessário mergulhar na *processualidade* do direito – mais abrangente do que “o processo civil” ou “o processo penal”.¹⁷² Subjetivismos deveriam ser deixados de fora, pois conduziram apenas a percepções estáticas.¹⁷³ Não existiria algo como “último conteúdo”: *direito se produziria em um incessante fluxo processual*.¹⁷⁴

Estado deveria ser concebido como *constância da processualidade jurídica*, e não como uma *coisa em si*, hipostasiada. Por esse motivo, toda doutrina jurídica é, necessariamente, doutrina jurídica *estatal*.¹⁷⁵

Reiteram-se os equívocos de se pensar a *ciência jurídica como fonte de direito*. O “místico” *Juristenrecht* seria uma fantasia, representativa de meros atos de conhecimento alheios aos processos jurídicos. Na medida em que os palpites de juristas ingressariam na esfera processual, tornar-se-iam *direito*.¹⁷⁶

* * *

Stufe) ist.“ SANDER, Fritz. Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 479.

¹⁷² Convém notar que a expressão *Rechtsverfahren* (que poderia ser traduzida como *processos jurídicos*, ou *procedimentos jurídicos*) é empregada por Fritz Sander em um sentido bastante amplo, não se resumindo àquela situação em que partes submetem uma controvérsia ao poder judiciário. Mais do que o processo civil ou o processo penal, Sander se refere à *processualidade do direito*, a todos os processos de produção de conteúdos jurídicos, inclusive aos processos legislativos.

¹⁷³ “Die Verfahrenslehre ist als Lehre von der Objektivität des Rechtes, als welche sich nur in den Bewegungen des Rechtes darstellen lässt. Die übrigen Rechtslehren sind als Wissenschaften von der Statik des Rechtes Lehren von der Subjektivität des Rechtes, weil sich das Recht vom Subjekte nur als stehendes Gebilde erfassen lässt.“ SANDER, Fritz. Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 480.

¹⁷⁴ “Es gibt keine starren, abgeschlossenen Rechtssatzerscheinungen, es gibt keinen starren Tatbestand, es gibt keine letzte Setzung des reinen Willens.” SANDER, Fritz. Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 492.

¹⁷⁵ “Da der Staat die Beharrlichkeit des Verfahrens bedeutet, ist alle Rechtslehre Staatsrechtslehre, alle Staatsrechtslehre Verfahrenslehre.” SANDER, Fritz. Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 487.

¹⁷⁶ A crítica de Sander se dirige, no trabalho em questão, especificamente a Eugen Ehrlich. “Wo, in welcher Realitätssphäre findet sich denn jenes mystische Juristenrecht, dem die Kraft zugeschrieben wird, die Einheit des Rechtes zu sprengen? Etwa in Lehrbüchern und Gesetzkommentaren? (...) Dieser ‘Gang’ aber, in den auch das ‘Juristenrecht’ eingehen muss, um „Recht“ zu werden, ist der unabgebrochene Erzeugungsgang des reinen Willens, das Rechtsverfahren. Wenn das ‘Juristenrecht’ ‘Recht’ sein soll, muss es in Rechtssatzformen und Tatbeständen, in Elementen des Rechtsverfahrens aufzeigbar sein. Damit aber ist es bereits in die Einheit des Rechtes eingegangen, ist nicht mehr ‘Juristenrecht’ (...) sondern schlechthin ‘Recht’, das heisst Urteil oder Beschluss oder Verwaltungsakt oder eine andere Rechtssatzform.” SANDER, Fritz. Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 504-505.

No momento em que Sander era considerado um dos alunos mais protegidos de Kelsen, os indícios de divergência entre eles ganharam nitidez.

Fritz Sander mostrou-se “*rebelde a ponto de ser intratável*”. Desistiu dos “*canais convencionais*” e acabou “*mordendo a mão que o havia alimentado*”. Em 1921, quando os sinais de conflito já eram claros no plano pessoal,¹⁷⁷ pediu a Kelsen que publicasse, no *Zeitschrift für öffentliches Recht*, o trabalho *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung – kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*.

Eclodia uma das controvérsias mais profundas da Escola Jurídica de Viena.

¹⁷⁷ Como se verá no capítulo 4 desta Dissertação.

3. OPOSIÇÕES

*“Passo a passo, Kelsen procura incorporar meus pensamentos no edifício da jurisprudência normativa, evitando perceber que, assim, acaba transformando esse edifício em uma caótica mistura dos mais heterogêneos estilos arquitetônicos.”*¹⁷⁸

3.1 OPOSIÇÕES À TEORIA PURA DO DIREITO

No saguão do *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*, há um grande quadro ilustrando um grupo de juristas controversos. Próximo a Ferdinand Lassalle, figura o ainda jovem rosto de Hans Kelsen.

De fato, não foram poucos os que criticaram sua *teoria pura do direito*. Apesar da ausência de dados empíricos a esse respeito, certamente foi ela uma das teorias ocidentais mais discutidas no século 20.¹⁷⁹

As críticas partiam de perspectivas distintas. A pretensa ausência de conteúdos que a caracterizava fez com que se a considerasse um espectro vazio, desprovido de sentido; uma forma de ciência do direito sem direito; uma teoria alheia à própria vida.¹⁸⁰

Não havia, necessariamente, uma ideologia comum entre os opositores de Kelsen. Tampouco partilhavam dos mesmos desígnios científicos. Talvez por elaborar uma ciência jurídica pretensamente desvinculada de tendências políticas, a *teoria pura* foi considerada fascista, comunista e liberal a um só tempo.¹⁸¹

¹⁷⁸ SANDER, Fritz. **Kelsens Rechtslehre** – Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz. Tübingen: Verlagen von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): 1923, p. 51. Tradução Livre.

¹⁷⁹ “Das beherrschende Phänomen war zwischen 1919 und 1930 allerdings die ‘Wiener Schule’. Seit Hans Kelsen (1881-1973) mit seinem Buch ‘Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze’ (1911), hervorgetreten war, riss die Debatte um seine Thesen nicht mehr ab.” STOLLEIS, Michael. **Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – Ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?** Franz Steiner Verlag, 2001, p. 9.

¹⁸⁰ Com as referências concretas a essas adjetivações, cf. JESTAEDT, Matthias. Hans Kelsens *Reine Rechtslehre* – Eine Einführung. In: KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Mohr Siebeck, 2008, p. XI e ss.

¹⁸¹ Axel-Johannes Korb tenta apontar características comuns aos opositores de Kelsen. Seriam eles, de modo geral, *neohegelianos, antipositivistas e favoráveis à autoridade do Estado*. Nenhuma dessas características parece aplicável, sem maiores ressalvas, a Fritz Sander (ao menos não no período ora analisado, ou seja, até 1923). O próprio Korb afirma que a primeira característica não se aplica a Sander, mas afirma que sua teoria sociológica permitiria caracterizá-lo como um antipositivista. Na verdade, Sander buscava encontrar na *processualidade* do direito seu caráter efetivamente *positivo*; suas ressalvas são com a postura *normativa* de Kelsen, como se verá mais adiante. Mais adequado seria, portanto, caracterizar os opositores – ao menos Sander – como *antinormativistas* (percepção que aparentemente ocorreu a Korb, mas não foi desenvolvida nesses termos). Além disso, a atribuição de maior autoridade ao Estado é posterior no pensamento de Sander,

Grande parte das críticas se baseava em pressupostos incompatíveis com aqueles sobre os quais se alicerçava a *teoria pura do direito*. A ideia de pureza metódica era rechaçada por muitos. A julgar pelos críticos, seria inconcebível uma ciência jurídica efetivamente indiferente a conteúdos políticos específicos.¹⁸²

Certas premissas e objetivos fixados por Kelsen não foram negados por Sander. Pelo contrário, diretivas comuns eram expressamente reconhecidas. Por exemplo, a pureza metodológica deveria balizar o desenvolvimento da ciência jurídica; o recurso a aspectos da filosofia neokantiana se mostrava frutífero; urgia desmascarar as fraquezas remanescentes do direito natural.¹⁸³

As semelhanças tanto existiam que alguns postulados teóricos formulados por Kelsen deveriam valer como “*indispensável ganho metódico do positivismo jurídico*”. Eram eles (i) a redução dos problemas da teoria jurídica à *teoria da proposição jurídica*; (ii) a determinação de uma *legalidade* jurídica específica na *imputação*; (iii) o reconhecimento metodológico da unidade entre direito e estado.¹⁸⁴

Quais seriam, então, os equívocos do preceptor da Escola Jurídica de Viena?

Kelsen teria sido incapaz de alcançar os objetivos que anunciara. Por não ter fundamentado e desenvolvido corretamente seus próprios postulados, a *pureza* de sua

não se verificando no início de sua controvérsia teórica com Kelsen. Cf. KORB, Axel-Johannes. **Kelsens Kritiker**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 294.

¹⁸² Não se deve subestimar o tom de seus adversários, que chegaram a falar até mesmo em “idiotice ingênua” de Kelsen. “Ich bin schon wieder vitalen Genüssen zugänglich, so dem Vergnügen über die naive Dummheit, mit der Kelsen in den jüngst erschienenen ‘Philosophisch Grundlagen (!) der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus’ besonders im 2. Teil seine intellektuelle, moralische und kulturelle Powerteh entwickelt und aus der Dunstwolke von Methodologie und Betriebsamkeit als kleiner Moritz süß lächelnd hervortritt.” Carta de Carl Schmitt a Rudolf Smend, de 30 de abril de 1928. In: MEHRING, Reinhard (Hsbg). “**Auf der gefahrenvollen Straße des öffentlichen Rechts**”: Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend 1921-1961. Duncker & Humblot, 2010, p. 73.

¹⁸³ Por isso se afirma, com certa frequência, que “sem Hans Kelsen, não haveria Fritz Sander”. Por exemplo: “Kelsen war der Vorläufer Sanders, ohne die Grundgedanken der Kelsenschen Rechts- und Staatslehre hätte Sander nicht zu deren Demontage und Neukonstruktion schreiten können.” KORB, Axel-Johannes. **Kelsens Kritiker**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 168. Peter Goller, por sua vez, caracteriza a controvérsia como *schulimmanente Kontroverse*. GOLLER, Peter. **Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848-1945)**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997, p. 257. A ideia de que Sander exerceu uma crítica *imane*nte deve ser vista *cum grano salis*. Se é verdade que certos pressupostos foram aceitos, não é menos verdade que premissas centrais – como o caráter normativo do direito da ciência jurídica, bem como sua inserção em um plano da idealidade – foram rechaçadas.

¹⁸⁴ Não bastasse, Sander também reconhece que algumas intuições de Kelsen seriam corretas, e que estas teriam o *potencial* de solucionar muitos dos problemas sob os quais padeciam as assim chamadas teorias jurídicas “tradicionais”. O problema estava, para ele, na consecução adequada desses postulados. SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 7.

teoria havia se perdido. Fora comprometida por concepções ético-políticas, ocultas sob o manto das formas envernizadas por termos neokantistas. Em seu percurso teórico, teria concebido *a mais refinada teoria jusnaturalista*.¹⁸⁵

Sander pretendia levar às últimas consequências o plano originalmente concebido por Kelsen: a elaboração de uma ciência jurídica pura, desvinculada de juízos políticos.¹⁸⁶

Para isso, seria necessário ultrapassar os epígonos de Kant.¹⁸⁷

3.2 NÓ GÓRDIO METODOLÓGICO: OBJETO DA CIÊNCIA JURÍDICA

Uma das grandes dificuldades historicamente colocadas à ciência jurídica é a definição de seu objeto.

Já se propôs a análise estrita de dispositivos legais, sobretudo de sua literalidade; também se fez menção ao *espírito do povo*, *leitmotiv* para a constante atualização dos conteúdos jurídicos; as relações de poder, em sua dimensão estritamente fática, também foram indicadas como possível objeto da ciência jurídica.

Ao menos em sua primeira fase, o objeto da *teoria pura do direito* não era algo dado. Não se confundia com o direito “da realidade”. Em razão das especificidades do método proposto, interessava analisar sua forma *normativa*. A partir da direção do conhecimento empregada, constituía-se o *direito da ciência jurídica*.

Esse aspecto da *teoria pura do direito* traduzia, mesmo que em algum momento de forma irrefletida, o postulado segundo o qual *o método constitui o objeto*. O foco das

¹⁸⁵ “Kelsen hält nicht nur an dem Dogma von der Wissenschaft als Rechtsquelle und an dem bereits von der Freirechtsschule aufgelöstem Dogma von der formalen Logik als Rechtserzeugungsmethode fest, sondern gestaltet sogar diese Dogmen in einer bisher nie dagewesenen Schärfe aus.” SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 59-60. (grifou-se)

¹⁸⁶ Kelsen não reconheceu o caráter supostamente imanente da crítica de Sander. “Wenn ich nun im folgenden Sanders Angriffe, gegen mich zu widerlegen unternehme, muss ich vorher des Genannten eigene Rechtstheorie analysieren; und zwar nur darum, weil seine an mir geübte Kritik keinen immanenten sondern einen transzendenten Charakter hat (...).” KELSEN, Hans. *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”*. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band III. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922, p. 103.

¹⁸⁷ Desde a já mencionada resenha a Erich Cassirer, e em alusão à famosa obra de Otto Liebman (LIEBMAN, Otto. **Kant und die Epigonen**. Eine kritische Abhandlung. Carl Schober, 1865), Sander faz menção à necessidade de analisar seriamente “Kant e seus epígonos”. SANDER, Fritz. *Besprechung: Dr. Erich Cassirer, Natur- und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie*, Berlin 1919, C.A. Schwetschke & Sohn, Verlagsbuchhandlung. 316 S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 346.

investigações se desloca da inexistente *coisa em si*, recaindo sobre o sujeito do conhecimento e sobre o método por ele empregado.¹⁸⁸

As principais críticas de Fritz Sander recaíram justamente sobre o objeto eleito por Kelsen.

Ao cunhar sua *teoria da experiência jurídica*, Sander apontou o caráter soberano dos *processos jurídicos*. Em seu âmbito se formariam as chamadas *proposições jurídicas* (*Rechtssätze*), resultantes de sínteses constitutivas.¹⁸⁹

Assim como não há uma *lei da gravidade* dada pela natureza, também não haveria uma *lei jurídica* externa aos processos jurídicos. O cientista físico transforma um material caótico de percepções sensoriais em leis naturais, objetivando-as cientificamente; os processos jurídicos – e não os juristas, em suas teorizações abstratas – fazem o mesmo com a mixórdia de fatos e situações inseridas em seu âmbito, tornando-os juridicamente objetivos.

Os *processos jurídicos* se encontrariam no mesmo plano das *ciências naturais*, na medida em que ambos possuem caráter *constitutivo* quanto aos seus respectivos objetos. Portanto, a analogia outrora proposta entre *ciências naturais* e *ciência jurídica* estaria equivocada: correto seria equiparar *o direito* às *ciências naturais*.¹⁹⁰

Qual seria, então, o papel da ciência jurídica? Para Fritz Sander, apenas elaborar juízos reflexivos sobre o que se produz no “filtro de juridicidade” por excelência, ou seja, nos processos jurídicos. Isto é, a ela caberia produzir juízos *sobre* o direito, e não juízos *do* direito.¹⁹¹

¹⁸⁸ Vale lembrar, mais uma vez, que, apesar da influência de Cohen, Kelsen demorou para mencioná-lo expressamente. Em seu primeiro aprofundamento epistemológico efetivo, em 1913, essa premissa metodológica já estava relativamente clara, mesmo que não desenvolvida (cf. nota de rodapé 87). Posteriormente, em 1919, Kelsen a apresenta de forma mais tímida em outra roupagem, a partir das chamadas *ficções personificativas* propostas por Vaihinger. Cf. Kelsen, Hans. Zur Theorie der juristischen Fiktionen. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band II. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 993 e ss. A obra *Das Problem der Souveranität* “consagrou” a premissa na exposição detalhada da identificação do direito com Estado. Cf. Kelsen, Hans. **Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts**. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.

¹⁸⁹ Cf. explicado anteriormente, no Capítulo 2 desta Dissertação.

¹⁹⁰ Cf. explicado anteriormente, no Capítulo 2 desta Dissertação.

¹⁹¹ “Die Rechtswissenschaft ist nicht eine primäre, konstitutive, synthetische Sphäre, eine Erkenntnis-sphäre, sondern eine sekundäre, reflektive, analytische Sphäre, eine Denksphäre: sie hat die Aufgabe, die

Não se trata, portanto, de uma ciência em sentido kantiano¹⁹² – como o são as ciências naturais – mas de uma “*filosofia ou fenomenologia que trabalha reflexivamente sobre o material da experiência previamente estabelecido*”.¹⁹³ A ciência jurídica deve se revelar sob a forma de filosofia do direito, de método transcendental aplicado aos juízos produzidos no âmbito dos processos jurídicos.¹⁹⁴

A influência de Oskar von Bülow é evidente.

Bülow apontou, com imensa clareza, o papel da judicatura na produção do direito. Chegou à conclusão de que o chamado “*direito legislativo*” se mostrava, permanentemente, carente de complementações. Estas ocorreriam por meio de uma decisão judicial revestida de coisa julgada, proferida no âmbito de um processo judicial.¹⁹⁵

Sander elevou a um patamar filosófico as intuições processualistas de Bülow: nelas residiria o cerne da metodologia jurídica. Ao fazê-lo, revolucionou tanto o próprio Bülow quanto o método filosófico subjacente às teorizações da Escola Jurídica de Viena. O resultado foi uma *teoria realista do direito*,¹⁹⁶ cujos fundamentos não se radicavam em um

progressiven Synthesen des Rechtes regressiv zu analysieren.” Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 94-95.

¹⁹² Em resumo, a conclusão de Kletzer sobre o desfecho da controvérsia é a de que tanto Sander quanto Kelsen poderiam “viver bem” com a afirmação de que a ciência jurídica não seria uma ciência em sentido kantiano: “Welches Resultat haben wir also erreicht? Nun, ein recht Unspektakuläres. Am Ende der Kelsen-Sander-Kontroverse steht die Rechtswissenschaft vor der Alternative, entweder keine Wissenschaft im Kantischen Sinn oder Naturrecht zu sein. Und mit diesem Resultat können sowohl Kelsen wie auch Sander sehr gut leben.” KLETZER, Christoph. Fritz Sander. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. (Hrsg). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 460.

¹⁹³ FAVRE, José Gómez de la Serna. La nueva Filosofía del Derecho: Sander. In: **Revista de Estudios Políticos**, Tomo XX1-XXII, núm. 39-40-41-42, 1948, p. 168-196. Aqui, cita-se trecho da p. 176. Sobre percepções de Sander a respeito da chamada *fenomenologia*, cf. nota de rodapé 252.

¹⁹⁴ “Die ‘Rechtswissenschaft’ ist also (...) im wesentlichen Philosophie des Rechtes als Theorie der Rechtserfahrung” SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 95. Mais tarde, viria a confessar, em uma resenha sobre um livro de Kunz, sua crença de que a filosofia deveria ser o fundamento de todas as ciências: “Ich halte aber die Philosophie ebenso für die notwendige Grundlage jeder wahren Rechtswissenschaft, wie die Mathematik die notwendige Grundlage jeder wahren Naturwissenschaft ist. Dass die Philosophie die methodische Voraussetzung jeder Geisteswissenschaft ist, weil jede Geisteswissenschaft sich in Reflexion auf ‘Geist’, ‘Bewusstsein’, ‘Sinn’, ‘Bedeutung’ bewegt, ist ein in allen anderen Geisteswissenschaften – Aesthetik, Sprachwissenschaft, Geschichtswissenschaft, Religionswissenschaft – immer mehr zum Durchbruch kommender Gedanke. Der Bund zwischen Philosophie und Geisteswissenschaften wird immer enger und die Rechtswissenschaft darf sich, soll sie nicht jede Bedeutung verlieren, nicht ausschliessen.” SANDER, Fritz. Besprechung: Josef L. Kunz, Völkerrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre. Wiener staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, Band 3, 1923, 86. S. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**. N.F. 6. 1924, p. 261-263. Aqui, p. 262.

¹⁹⁵ Cf. nesse sentido, BÜLOW, Oskar. Klage und Urteil – eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß. In: **Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß**. Bd. 31, 1903, p. 191 e ss.

¹⁹⁶ Em geral, Sander não utiliza a expressão “realismo jurídico”. No entanto, em artigo de 1924, apresenta sua teoria exatamente nesse termo – chegando a falar em investigação do direito em sua “vida”: “Il punto di vista direttivo di tutta la scienza giuridica realistica è: ricercare il diritto nella effettiva sua ‘vita’” (come

empirismo voltado apenas às produções das cortes, ao contrário do que ocorria nos realismos americanos.

Ao mergulhar radicalmente nos fundamentos da ciência jurídica vislumbrada por Kelsen, Sander entendeu que era necessário superá-los, de maneira original. Sem propugnar um retorno à "coisa em si", o *fenômeno* foi novamente colocado em destaque, perdendo importância o abstrato "cientista jurídico".

Partindo dessas premissas, seu primeiro trabalho dirigido especificamente contra Kelsen se inicia com uma indagação,¹⁹⁷ que expressa a necessidade de escolha entre dois caminhos radicalmente distintos: de um lado, a *dogmática jurídica*, grupo heterogêneo, composto por grande parte das teorias tradicionais então em voga,¹⁹⁸ de outro lado, a alternativa redentora, a chamada *teoria da experiência jurídica*, realista sem ser ingênuas, com características próprias e originais.

Afinal, de que lado estaria Kelsen? Seria ele a continuidade da dogmática tradicional ou simbolizaria, efetivamente, uma ruptura com ela?¹⁹⁹

Ao desconsiderar que somente os processos jurídicos poderiam conferir *juridicidade* a algo, Kelsen acabara recorrendo a noções da dogmática tradicional. Não eram raras, em seus trabalhos iniciais, as referências à lógica e à sua importância para a ciência jurídica, e mesmo para o direito. As expressões *proposição jurídica* (*Rechtssatz*) e *norma jurídica* (*Rechtsnorm*) eram empregadas indistintamente. O diagnóstico de Sander foi duríssimo.

Ao calcar os pés no dogma da normatividade e adotar um objeto constituído por um método, Kelsen se afastara *do direito*.²⁰⁰ Pela incapacidade de explorar radicalmente suas

figuratamente si può dire), nelle funzioni *attuali* del procedimento giuridico, negli atti giuridici, non nei concetti idealistici fittizi di qualsivoglia opinione in orno al diritto; e così concepire il diritto come elemento di atti psichici attuali degli uomini, come realtà storica senza travestimento dogmatico." SANDER, Fritz. Sui compiti di una teoria realistica del diritto. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Anno IV. 1924, p. 381.

¹⁹⁷ Trata-se do já citado *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung*?

¹⁹⁸ O rótulo generalista oculta particularidades e permite que se cometam certos exageros. Ao que tudo indica, o importante era designar, de maneira convincente, quem era o inimigo a ser combatido e quais características deveriam ser refutadas.

¹⁹⁹ Esse questionamento é feito pelo Prof. Ari Solon, em tese inédita a ser divulgada em breve, cujo manuscrito foi gentilmente cedido ao autor deste trabalho. Em suas palavras "Constituiria a tentativa de Kelsen a de criar uma nova ciência do direito? Teria ele eliminado radicalmente a dogmática jurídica ao lutar por uma doutrina do direito como autêntica ciência? Ou seria ele um representante da dogmática jurídica do século XIX? Na verdade, vislumbramos uma tendência conservadora ao lado de uma radical na obra de Kelsen. Por vezes, Kelsen vence a dogmática, por vezes não a ultrapassa, mas a completa."

próprias intuições, repetia as teorias que criticava. E especialmente os dogmas sobre os quais elas se fundavam.

3.2.1 Direito e Legislação: dogma do direito que se encerra em um único plano legal

Por muito tempo, a existência de diversos planos de produção do direito positivo foi ignorada pelas teorias jurídicas. Em geral, as atenções se voltavam quase exclusivamente ao plano legislativo. Decisões judiciais e administrativas eram tratadas como meros detalhes.

O contato com grande parte dessas teorias transmitiria a impressão de que *todo* o direito se resumiria à legislação. Não por outro motivo, a expressão *ciência da legislação* seria adequada para designar a ciência *jurídica*, na medida em que esta se preocupava quase exclusivamente com a interpretação de dispositivos legais.²⁰¹

A *variabilidade dos conteúdos jurídicos* era frequentemente desconsiderada. A dimensão judicial do direito permanecia ofuscada. O conteúdo das legislações – aparentemente apreensíveis de antemão, apenas por meio de certas operações mentais – era concebido como *o direito em si*.

Não se percebia que a “*última palavra do Estado*” era proferida ao final de um *procedimento jurídico*.²⁰² Prevalciam as abordagens *estáticas*, ou seja, destinadas apenas à análise de normas postas ou de noções estanques, sem que se atentasse para a efetiva *produção* do direito.²⁰³

²⁰⁰ Apoiando-se em Binder, Sander mostra-se surpreso com a necessidade de indicar o *direito* para a ciência *do direito*. “Mit lichtvoller Klarheit kennzeichnet Binder das Recht als Ausgangspunkt, *Analyse des Rechtes* als Aufgabe der Rechtserkenntnis: es bleibt immer wieder erstaunlich, dass man die *Rechtswissenschaft* auf das *Recht* verweisen muss” SANDER, Fritz. *Alte und Neue Staatsrechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Karl Bindings 'Zum Werden und Leben der Staaten'*. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. II. Band. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 178.

²⁰¹ Na formulação magistral a que chegou anos mais tarde: “Schließlich aber ergab sich noch ein weiterer Schritt, nämlich der, dass man nicht nur “Befehle mit Rechtsverleihungsbehauptung”, sondern überhaupt alle Befehle (Staatsgesetze) als “Recht” bezeichnete, womit freilich dem Wort “Recht” jede selbständige Bedeutung genommen war, ebenso aber auch dem Worte “Rechtswissenschaft”, das denselben Sinn annahm wie die Worte “Befehlswissenschaft” oder “Staatsgesetzwissenschaft.” SANDER, Fritz. *Das Recht*. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band XII. Wien und Berlin: Verlag von Julius Springer, 1932, p. 18.

²⁰² “Nicht schon mit den gesetzlichen, sondern erst mit den richterlichen Rechtsbestimmungen spricht die rechtsordnende Staatsgewalt ihr *letztes Wort!*” BÜLOW, Oskar von. **Gesetz und Richteramt**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, p. 07.

²⁰³ “Die zahllosen, zwischen jenen ‘rechtskräftigen’ Rechtserscheinungen liegenden Rechtserscheinungen, an welchen sich erst das Rechtsverfahren, somit die Kontinuität des Rechtes darstellt, werden von der Rechtsdogmatik völlig vernachlässigt”. SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 13.

O dogma em questão determinou a *metodologia* da chamada *dogmática jurídica*. Se o direito já se encontra na legislação, as questões da pretensa ciência jurídica se transformam em meras *questões de interpretação*.²⁰⁴ Para os juristas, bastaria definir as operações lógicas que lhes permitiriam desvelar adequadamente os sentidos preestabelecidos em dispositivos legais. Não seria correto falar em *aplicação* do direito.

O próprio Kelsen não teria sido capaz de perceber e superar esse dogma no início de sua trajetória. De fato, as primeiras formulações da *teoria pura do direito* não refletiam a dinâmica inerente à produção de conteúdos jurídicos, como ele mesmo veio a confessar. Suas atenções não se voltavam à produção normativa.²⁰⁵

Sander reconhece que a dogmática do direito público e a chamada *teoria da construção escalonada* concebida por Merkl representavam importantes passos para a superação desse dogma, tendo em vista a inserção de outros planos de manifestação do direito em tais análises.²⁰⁶

Contudo, mesmo essas significativas contribuições não davam conta de que “operações lógicas” seriam insuficientes para que se compreendessem as dinâmicas relações existentes entre os variados planos jurídicos. Isto é, faltava perceber de que forma os diversos planos se relacionavam em ininterrupto processo de produção de conteúdos jurídicos. Tornava-se necessário assimilar o *continuum* característico aos procedimentos jurídicos.

Em partes, o dogma criticado por Sander é colocado sob uma grande lupa. Seus aspectos mais caricatos são ampliados para corresponder às finalidades de sua crítica. Ao menos em alguma medida, as heranças do pandectismo do século 19 já estavam claramente enfraquecidas, em razão de vários fatores.

Não se pode deixar de mencionar, por exemplo, a ascensão da *escola do direito livre*, que contribuiu significativamente para o mencionado enfraquecimento. É verdade,

²⁰⁴ “Auslegung ist und bleibt der Hauptgegenstand der Rechtsdogmatik.” SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 19.

²⁰⁵ “Eine bedeutsame Änderung, die das System der reinen Rechtslehre gegenüber seiner ersten Konzeption in den ‘Hauptproblemen’ erfahren hat, besteht darin, dass zu der statischen Rechtserkenntnis, die die ‘Hauptprobleme’ noch grundsätzlich als die ausschliessliche Methode festhalten, eine dynamische Betrachtung ergänzend hinzutreten ist.” KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. 2. Neudruck der zweiten, um eine Vorrede vermehrten Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, p. XII.

²⁰⁶ Como mencionado anteriormente, no Capítulo 2, Sander costumava fazer ressalvas elogiosas a Merkl antes de criticá-lo com veemência.

no entanto, que essa escola não partilhava dos mesmos propósitos de pureza metodológica. Pelo contrário, era-lhes importante captar a justiça que se relevava além da interpretação de dispositivos legais. Talvez por isso, Sander apontou certa ingenuidade nos propósitos daquela escola.²⁰⁷

A redução do direito à legislação não deve ser compreendida isoladamente. Trata-se apenas de um desdobramento de outro dogma, arraigado ainda mais profundamente na mentalidade de então – e também na dos dias atuais: o dogma da *normatividade do direito*.

3.2.2 Normatividade do Direito

“O direito é um conjunto de normas que visa a orientar o comportamento dos súditos e a fornecer critérios de decisão aos órgãos estatais”: um axioma que poderia ser atribuído a diversas teorias elaboradas ao longo dos últimos séculos.

De fato, a dimensão normativa do direito foi acatada e reafirmada por muitos. Em seu cerne, reside a crença de que a principal finalidade do direito é conformar comportamentos, fornecer motivos para que se aja de uma forma e não de outra, para que se tomem certas decisões.

O axioma segundo o qual direito é normativo em sua essência expressa, primordialmente, uma dimensão *psicológica*. Isto é, tratar-se-ia de ordem social destinada a criar estados de consciência específicos, seja nos integrantes de uma coletividade, seja nos julgadores constituídos. Nesse sentido, seriam grandes as semelhanças com outras ordens normativas, tal como a moral, a estética, a etiqueta, a gramática, e assim por diante.

Na tentativa de purificar seu método de juízos políticos concebidos de antemão, Kelsen também combateu as chamadas correntes *psicologistas*.²⁰⁸ Ainda assim,

²⁰⁷ Por exemplo: “Die Kritik der ‘Freirechtsschule’ und der ‘soziologischen Jurisprudenz’ hat das Dogma vom allein im Gesetze enthaltenen Rechte erschüttert (...). So verdienstvoll die *Kritik* der soziologischen Jurisprudenz ist, so wenig vermochte sie zu einer Wissenschaft von der *Rechtserfahrung* zu führen.” SANDER, Fritz. Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. Studie zum Problem des Verhältnisses von Naturrecht und positivem Recht. In: **Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie**. Band XVII, 1923/24, Berlin-Grunewald, p. 7.

²⁰⁸ “Welche Antwort geben nun die Juristen auf die von ihnen aufgeworfene Frage nach dem Geltungsgrunde des positiven Rechts? Mit einer unter Juristen selten zu beobachtenden Einmütigkeit wird das gestellte Problem durch eine ganz allgemein akzeptierte Formel gelöst, die mal als Anerkennungstheorie bezeichnet. Diese besagt: Rechtsnormen gelten nur deshalb und insofern, als sie von denjenigen, an die sie gerichtet sind, als solche *anerkannt* werden. Ich glaube nicht zu weit zu gehen, wenn ich behaupte, dass diese Anerkennungstheorie unserer modernen positivistischen Rechtslehre fast identisch ist mit der verspotteten Vertragstheorie des Naturrechts (...)”. KELSEN, Hans. Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener**

permaneceu alinhado com as teorias tradicionais ao inserir a ciência jurídica em um plano ideal, do dever-ser (*Sollen*), e não no plano real (*Sein*).

O objeto constituído pela metodologia proposta por Kelsen, o “*direito da ciência jurídica*”, continuava sendo, em última análise, um “conjunto de normas” – ainda que Kelsen rechaçasse sua finalidade de dirigir comportamentos. Direito permanecia sendo um conjunto de regras *reificadas, hipostasiadas*.²⁰⁹

Fritz Sander foi implacável ao atacar o dogma da *normatividade do direito*. Ainda mais implacável ao identificá-lo nas teorizações de Kelsen.²¹⁰

Para ele, a simples aceitação da normatividade do direito implicaria a necessária admissão de um elemento subjetivo: a predisposição de determinadas pessoas – os chamados destinatários – a se sujeitarem a comandos normativos.

A verdadeira *teoria pura do direito* deveria reconhecer no direito um *conjunto de fatos*, inseridos no plano do *ser*.²¹¹ Proposições jurídicas não seriam *deontológicas*, mas *existenciais*. Consequentemente, a ciência jurídica não poderia ser pensada como uma ciência *normativa*, sob nenhuma perspectiva. *Apenas uma teoria jurídica apegada ao dogma da normatividade dirige o olhar a conteúdos potenciais previstos em normas, e não a conteúdos atuais inseridos em processos jurídicos*.²¹²

O grande fracasso de Kelsen na consecução de seus postulados teóricos estaria oculto sob o dogma da normatividade do direito. Consistiria na aceitação implícita de

Rechtstheoretische Schule. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 11. O curioso é que Kelsen, ao longo de sua vida, aproximou-se cada vez mais de uma forma de *Anerkennungstheorie*, por meio da vinculação entre as noções de *eficácia* e *validade* presente em sua teoria, que se inicia pelo menos com a publicação de *Das Problem der Souveranität*.

²⁰⁹ “Kelsens Ausgang von den Grunddogma der Rechtsdogmatik, der Betrachtung des Rechtes als Inbegriff von Normen, Imperativen, findet seinen Ausdruck in dem Grundbegriffe der Kelsenschen Rechtslehre, dem Begriffe des ‘Sollens’.” SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 22.

²¹⁰ “Kelsens Rechtslehre darf als Höhepunkt der Rechtsdogmatik bezeichnet werden, gleichzeitig aber auch als die grösste Anstrengung der bisherigen Rechtswissenschaft, das Dogma von der Normativität des Rechtes mit der Positivität des Rechtes zu vereinbaren.” SANDER, Fritz. *Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. Studie zum Problem des Verhältnisses von Naturrecht und positivem Recht*. In: **Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie**. Band XVII, 1923/24, Berlin-Grunewald, p. 7.

²¹¹ Ou seja, há uma clara reorientação nos planos neokantianos, embora lhe tenha faltado coragem para simplesmente negá-los. Foi o que criticamente percebeu CADORE, Rodrigo Garcia. **Vivência Jurídica**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011, p.157, em nota de rodapé.

²¹² “Nur eine Rechtslehre, welche am Dogma von der Normativität des Rechtes festhält, richtet ihren Blick nicht auf in Rechtsverfahren aktuelle, sondern in Rechtssätzen potentielle Norminhalte (...).” SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 53-54.

juízos ético-políticos, seria, portanto, direito natural.²¹³ Na estrada entre Marburgo e Heidelberg, Kelsen saíra dos trilhos.

Sem recorrer a um elemento externo à *teoria pura*, Sander aponta o grande equívoco metodológico de Kelsen. Seu formalismo supostamente indiferente às circunstâncias seria, no fundo, um formalismo de cunho liberal, em muito semelhante àquele que também se pretendeu velar sob o manto da filosofia neokantista.

Os conteúdos políticos do jusnaturalismo eram substituídos por outro referencial imutável: o normativismo. A suposta imprescindibilidade de conceitos absolutos de justiça era substituída pela suposta imprescindibilidade de formas normativas. Nesse sentido, Kelsen seria um jusnaturalista que lançava mão de outros entes metafísicos, não imanentes ao *direito*.²¹⁴

Em grande medida, e até mesmo na terminologia adotada, as críticas de Sander ao dogma da *normatividade do direito* se baseiam em teorizações de Ignatz Kornfeld.²¹⁵ Na verdade, Sander dá voz a um anseio crescente no âmbito de certas teorias processuais

²¹³ "Das Dogma von der Normativität des Rechtes ist die Quelle aller naturrechtlichen Spekulationen." SANDER, Fritz. Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. Studie zum Problem des Verhältnisses von Naturrecht und positivem Recht. In: **Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie**. Band XVII, 1923/24, Berlin-Grunewald, p. 3.

²¹⁴ Nesse ponto, Sander precedeu Alf Ross – que reconheceu esse fato expressamente. "Das Naturrecht im historischen Sinne behauptete ein abstraktes, ethisches Ideal als Recht, das 'Ideal' des Positivismus ist konkret-technisch, wird aber auch für Recht ausgegeben. Die Analogie – oder, wie die historische Schule es ausdrückte, die Wissenschaft – als Rechtsquelle bedeutet im System des Positivismus eine formal-naturrechtliche Reminiscenz." – E em nota de rodapé a essa passagem: "Insofern hat Sander recht, wenn er (Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung, 1921) die Dogmatik als naturrechtlich bezeichnet." ROSS, Alf. **Theorie der Rechtsquellen** – Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlagen Dogmenhistorischer Untersuchungen. Neudruck der Ausgabe Leipzig und Wien 1929. Scientia Verlag, 1989, p. 182.

²¹⁵ "An diese Aufgabe herantretend lehnen wir das Axiom der herrschenden Rechtslehren, wonach die Rechtsregeln ihrem begrifflichen Wesen nach Normen, Imperative und Erlaubnisse, seien, welche an die einzelnen Gesellschaftsmitglieder von einer über ihnen stehenden Autorität erlassen werden, wie immer man diese definieren möge, ab. Solange jenes Axiom den Ausgangspunkt bildet, können reine Erfahrungsbegriffe vom rechtsgesellschaftlichen Zusammenleben und von dessen einzelnen Erscheinungen unseres Erachtens nicht gewonnen werden." KORNFELD, Ignatz. **Soziale Machtverhältnisse** – Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage. Wien: Manzsche k.u.k. Hof- Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1911, p. 1. Segundo Alf Ross, a concepção de *positividade* adotada por Sander não foi além da de Kornfeld, apesar de suas valorosas contribuições teóricas. "(...) führt Sanders Theorie doch – abgesehen von ihrem höheren erkenntnistheoretischen Wert – was das Verständnis der Positivität des Rechtes angeht, nicht über Kornfelds Standpunkt hinaus." ROSS, Alf. **Theorie der Rechtsquellen** – Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlagen Dogmenhistorischer Untersuchungen. Neudruck der Ausgabe Leipzig und Wien 1929. Scientia Verlag, 1989, p. 228.

sustentadas à época: a crença na normatividade deveria ser desfeita, tendo em vista a inexistência de conteúdos determinados anteriormente às manifestações judicantes.²¹⁶

O ataque ao dogma da *normatividade do direito* não pode ser considerado surpreendente. Em seus primeiros trabalhos, já se encontram premissas que lhe dão suporte. Sander tinha plena ciência de que *antes dos processos jurídicos, proposições jurídicas tinham caráter abstrato e hipotético*, e que *o conhecimento jurídico dessas proposições abstratas e hipotéticas representava meras possibilidades*.²¹⁷

3.2.3 Ciência como Fonte do Direito

O dogma da *ciência como fonte de direito* revela, em sua plenitude, a complexa relação entre *ciência do direito* e *direito*, isto é, a relação entre *método* e *objeto*.

Na medida em que as chamadas teorias tradicionais reproduzem o *dogma da normatividade*, afirmando que o direito se afigura como um conjunto de normas ou imperativos, sua principal tarefa passa a ser a interpretação de conteúdos legais. Nesse contexto, o importante é delimitar qual o “âmbito de aplicação” daquelas normas. O trabalho hermenêutico se torna central.

Os chamados “conceitos *jurídicos*” acabam sendo formulados pelas próprias teorias, muitas vezes com o recurso a elementos lógicos. Ou seja, simulam-se certas operações lógicas, ao final das quais se obtêm conceitos supostamente revestidos de juridicidade. Elevam-se as teorias ao patamar de *fonte do direito*, como se os teóricos que as elaborassem fossem revestidos de autoridade para tanto.

Embora no início de sua trajetória tenha feito diversas alusões à “lógica” e a “operações lógicas”, Kelsen não pode ser considerado um simples reproduzidor do dogma da *ciência como fonte*. Ciente disso, Fritz Sander aponta o surgimento do dogma da *ciência como fonte* nas teorias de Kelsen sob uma nova forma: a da premissa metodológica segundo a qual o método constitui o objeto.

²¹⁶ Cf. A influência de Bülow, anteriormente apontada.

²¹⁷ Mesmo em seus primeiros trabalhos, essa percepção estava manifesta: "Die Rechtssätze vor dem Verfahren sind abstrakt-hypothetischer Natur, eine Rechtserkenntnis auf Grund dieser abstrakt-hypothetischen Regeln stellt bloße Möglichkeiten dar." SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 148.

O “*direito da ciência jurídica*” não daria provas de sua juridicidade. Os conceitos obtidos a partir da metodologia proposta por Kelsen não seriam *jurídicos*, pois concebidos fora da esfera soberana e autônoma dos processos jurídicos. O objeto descrito seria, no fundo, um direito “forjado” – ou, como prefeririam os puristas e o próprio Kelsen, um objeto “construído kantianamente”.²¹⁸

O direito constitui a si mesmo, determinando o que é *juridicamente relevante*. Manifesta-se em uma esfera autônoma e soberana, que não se confunde com a reflexiva ciência jurídica. Produz seus conteúdos em um *continuum* processual. Os juízos da ciência do direito não podem ser tomados como juízos do direito. Aqueles são juízos *reflexivos* – sobre o direito – enquanto estes são juízos *sintéticos* – do direito.

Kelsen confundia as duas esferas – *ciência e direito*.²¹⁹ Mas seus equívocos iam além.

3.3 IMPUTAÇÃO: UM CONCEITO CENTRAL

Também o conceito de *imputação* (*Zurechnung*) empregado pelo “refinado jusnaturalista” Kelsen foi alvo de ataques.

Em seus primeiros escritos, *imputação* é conceito empregado para designar a *legalidade específica, a especificidade do direito* (*Eigengesetzlichkeit des Rechts*). Ao contrário do que ocorre no âmbito das leis naturais, regidas pela chamada *causalidade*, a ocorrência de uma hipótese fática *normativamente* prevista não necessariamente leva à ocorrência da consequência jurídica que lhe foi atribuída.

²¹⁸ “Was bedeutet aber “Rechtserzeugung”, wenn weder der Staat – eine metarechtliche Substanz – noch das Recht selbst – die Methodik des Rechtes – das Recht erzeugt? Kelsen erteilt die Antwort: Die Rechtswissenschaft, die Logik, die Urteile über das Recht erzeugen die Urteile des Rechtes. Diese Problemlösung stützt sich auf das naturrechtliche Dogma von der “Wissenschaft als Rechtsquelle”, beruht auf der durchgängigen Vermengung der Urteile der Rechtswissenschaften mit den Urteilen des Rechtes, welche die Rechtsdogmatik charakterisiert. Recht kann allerdings nur wieder aus Recht erzeugt, d.h. aber nicht “logisch abgeleitet”, sondern rechtlich (verfahrensmässig) erzeugt werden: Die “logische Ableitung” des Rechtes bedeutet die dogmatische Einschlebung einer metarechtlichen Methode in die Sphäre des Rechtes, bedeutet die Sprengung und Verneinung der Eigengesetzlichkeit, der Souveranität des Rechtes!” SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 52.

²¹⁹ “Er lässt die Sphäre der Urteile der Rechtswissenschaft, der Urteile über das Recht, also der Logik, tief in die Sphäre der Urteile des Rechtes hineinreichen, durchsetzt das Recht mit einem logischen Naturrecht, welches freilich nur die Hülle eines ethisch-politischen Naturrechtes ist.” SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 60.

Por exemplo, de acordo com uma lei natural, “se *A*, então *B* é”. Por outro lado, de acordo com uma norma jurídica, “se *A*, então *B* deve ser”. A consequência jurídica *deve ser* imputada à pessoa cujo comportamento configura a hipótese fática prevista normativamente.

Se a consequência prevista em uma lei natural não se verifica quando ocorre sua hipótese fática, isso seria suficiente para que essa lei natural fosse considerada inválida. No entanto, o mesmo não acontece quando a consequência jurídica atribuída a um fato não se materializa: a *validade* da norma jurídica permanece intocada.

Em outras palavras, no primeiro estágio de desenvolvimento da *teoria pura do direito*, trata-se *imputação* como forma específica de ligação/conexão entre determinado objeto (hipótese fática, comportamento) previsto em uma norma e o sujeito a quem se deve imputar a consequência atribuída àquele comportamento. Seria a expressão por excelência do caráter normativo do direito, de sua inserção em um plano ideal distinto da natureza.²²⁰

Ao examinar o conceito de *imputação* empregado por Kelsen, Sander reconhece seu mérito: o de entender que a conexão dos elementos jurídicos não é regida pela causalidade. E na ausência de uma palavra melhor para designar a “causalidade do direito”, o recurso a essa noção poderia ser proveitoso.²²¹

No entanto, tal como formulado, o mesmo conceito representaria mero desdobramento da concepção normativa sustentada por Kelsen. Também lhe seriam subjacentes, portanto, juízos ético-políticos. Mais do que isso, o conceito de *imputação* inicialmente acolhido no âmbito da *teoria pura do direito* teria a mesma acepção que lhe era atribuída pela Ética.²²² Dever-se-ia lhe opor a *imputação jurídica*.²²³

²²⁰ “Die auf Grund der Norm vorgenommene Verknüpfung zwischen einem Seinsstatbestande und einem Subjekte ist die *Zurechnung*. Sie ist eine ganz eigenartige, von der kausalen und teleologischen völlig verschiedene und unabhängige Verknüpfung von Elementen. Man kann sie, weil sie auf Grund der Normen erfolgt, als eine normative bezeichnen.” KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. 2. Neudruck der zweiten, um eine Vorrede vermehrten Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, p. 72.

²²¹ “Kelsens bahnbrechendes Verdienst besteht darin, gezeigt zu haben, dass die im Rechte auftretende Verknüpfung von Elementen unabhängig ist von der in der Naturwissenschaft auftretenden “kausalen” Verknüpfung von Elementen, Kelsens Irrtum besteht darin, dass er mit dem ethischen Begriffe des “Sollens” auch sein Derivat, den Begriff der “Zurechnung” in das Gebiet der Rechtstheorie eingeführt und zur Darstellung der rechtlichen Verknüpfungsweise verwendet hat, ohne ihn von den ihm anhaftenden ethischen Merkmalen zu reinigen.” SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 64.

²²² A percepção de Sander, neste ponto, parece encontrar confirmação expressa nas palavras de Kelsen: “Dabei muss allerdings noch mit Nachdruck hervorgehoben werden, dass der Begriff der Zurechnung in dem

A verdadeira conexão entre elementos jurídicos, entre fatos e suas consequências, ocorreria somente na esfera dos *processos jurídicos*. A *especificidade* do objeto *direito* não poderia ser enxergada em uma noção estanque, prevista normativamente. Pelo contrário, residiria nos *processos* de produção dos conteúdos jurídicos.²²⁴

Kelsen não teria deixado claro, ademais, em que esfera se inseria a noção de imputação adotada: se na esfera *do direito* ou *da ciência jurídica*. Isto seria um reflexo do dogma da *ciência jurídica como fonte do direito*.²²⁵

Não foi à toa, portanto, que *imputação* se encontra entre as noções que variaram substancialmente ao longo das décadas em que se desenvolveu a *teoria pura do direito*.

3.4 DEUS E ESTADO, TEOLOGIA E CIÊNCIA JURÍDICA: PARALELOS

Ao apontar de que maneira Kelsen reproduzia os dogmas que fundavam a chamada *dogmática jurídica*, Fritz Sander pronunciou sua sentença: não se poderia superar a *dogmática* valendo-se de seu próprio método.²²⁶

eben dargelegten Sinne keineswegs auf das Rechtsgebiet beschränkt ist. Eine von aller kausalen und teleologischen völlig unabhängige Verknüpfung von Elementen erfolgt nicht nur auf Grund der Rechtsnormen. Vielmehr muss betont werden, dass der Begriff der Zurechnung für alle Normgebiete den gleichen akausalen oder ateleologischen Charakter trägt." KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. 2. Neudruck der zweiten, um eine Vorrede vermehrten Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, p. 76.

²²³ "Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann Tat (tactum) heisst und unter Gesetzen steht, angesehen wird, welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus dieser Tat bei sich führt, eine rechtskräftige (imputatio iudiciaria et valida), sonst aber nur eine beurteilende Zurechnung (imputatio diiudicatoria) sein würde. – Diejenige (physische oder moralische) Person, welche rechtskräftig zuzurechnen die Befugnis hat, heisst der Richter oder auch der Gerichtshof (iudex s. forum)." KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten**. Königsberg, bey Friedrich Nicolovius, 1797. AB, 29,30.

²²⁴ Para Sander, a *Eigengesetzlichkeit* do direito estaria no *Rechtsverfahren*. SANDER, Fritz. Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. Studie zum Problem des Verhältnisses von Naturrecht und positivem Recht. In: **Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie**. Band XVII, 1923/24, Berlin-Grunewald, p. 10, em nota de rodapé.

²²⁵ "Ein weiterer tiefgreifender Mangel der Kelsenschen Zurechnungslehre ist, dass in keiner Weise klargelegt wird, in welcher Sphäre die Urteile der rechtlichen Zurechnung vollzogen werden, ob es sich um synthetische (konstitutive) oder analytische (reflektierende) Urteile, ob um Urteile des Rechtes (Rechtsfunktionen) oder um Urteile der Rechtswissenschaft (logische Urteile über das Recht, Denkakte) handelt. (...) Für Kelsen wenden theoretischer Jurist und Richter das Recht an, legen das fertige Gesetzesrecht aus, vollziehen also beide rechtliche Zurechnungsurteile." SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 66.

²²⁶ "Fragen wir nach dem letzten Grunde, der Kelsen verhindert hat, die Rechtsdogmatik zu überwinden, so wird die Antwort lauten müssen: Mit der Methode der Rechtsdogmatik lässt sich die Rechtsdogmatik nicht überwinden." SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 135.

As teorias jurídicas tradicionais guardavam profundas semelhanças com a *teologia*. Haveria diversos aspectos metodológicos em comum. Seria possível estabelecer analogia entre seus conceitos centrais: *Deus e Estado*.²²⁷

As similitudes não deveriam ser abordadas com os olhos da dogmática. Pelo contrário, era necessário se aproximar do paralelo em questão com o arcabouço teórico do idealismo crítico. Somente assim se poderia perceber que toda dogmática era uma forma de teologia, que toda dogmática era direito natural.

O conceito de *Estado* das teorias tradicionais representaria um ente metafísico hipostasiado, que estaria além da esfera autônoma de produção jurídica por excelência, isto é, dos processos jurídicos. Assim como a teologia se preocupava com o mistério da criação, as teorias jurídicas tradicionais se ocupariam do mistério do surgimento do direito. *Deus e Estado* representariam típicos conceitos de *substância*. Seu caráter ético era evidente, sendo necessário *funcionalizá-los*.

A teologia católica se fundava sobre uma teoria moral. Também a *dogmática jurídica* se fundava sobre postulados ético-políticos. Sua fé residia no *constitucionalismo liberal* que então ganhava força: eis a ideologia política do normativismo, que nem mesmo Kelsen teria conseguido ocultar.²²⁸

Também o *dogma da ciência como fonte* encontraria seu correspondente na teologia. Esta rogava-se detentora da produção de normas morais. Sem maiores dificuldades, identificar-se-ia o *dogma da teologia como fonte da moralidade*.²²⁹

Não apenas seus latentes conteúdos ético-políticos transformavam a *dogmática* em direito natural. Também o recurso à *lógica*, como um dos meios favoritos para a “produção” de conteúdos jurídicos, permitia que se imiscuíssem diversas formas de

²²⁷ SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 134 e ss.

²²⁸ "Die Dogmen der Rechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts insbesondere haben jene normgebenden, normativen Lehrsätze, jene Voraussetzungen, jene Ursprungsnormen enthalten, welche das Glaubensbekenntnis des Liberalismus ausmachten und an denen zu rütteln als Hochverrat galt. Jener sagenhafte Staat, welcher die Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts beherrscht hat, war und ist lediglich eine Hypostase der ethisch-politischen Postulate des konstitutionellen Liberalismus in seinen verschiedenen Spielarten." SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 148.

²²⁹ SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 147.

subjetivismo nas teorias jurídicas. O *direito*, em sua positividade processual, permanecia distante.

A semelhança entre *jurisprudência* e *teologia* já havia sido apontada por Kelsen, pouco depois da publicação de *Hauptprobleme*.²³⁰ Sander o reconheceu *expressamente*.²³¹ Contudo, as reflexões de Kelsen lhe pareceram insuficientes. Por se basearem em premissas normativas, não teriam atingido o cerne da questão.

No mesmo momento em que Sander tratava desse paralelismo com maior vagar, as intuições de Kelsen sobre o tema eram reunidas em diferentes trabalhos.²³² O pressuposto de sua investigação era, essencialmente, o mesmo adotado por Sander: a maneira como a teologia empregava o conceito de Deus guardava semelhanças estruturais relevantes com a maneira como a doutrina estatal empregava o conceito de Estado. Os problemas eram análogos, também as soluções.

Apesar de seu potencial para lançar luzes sobre aspectos relevantes das teorias jurídicas, o paralelo entre Deus e Estado serviu como pretexto para que se lançassem sombras sobre a relação entre Kelsen e Sander. Quem teria sido, afinal, o primeiro a perceber a forma mais adequada de explorá-lo?

3.5 RESPOSTAS AMARGAS: *RECHTSWISSENSCHAFT UND RECHT* E *KELSENS RECHTSLEHRE*

As críticas feitas por Sander em *Rechtsdogmatik* foram respondidas, principalmente,²³³ por meio de um dos trabalhos mais ácidos escritos por Kelsen:

²³⁰ Por exemplo, em seu trabalho de 1914. KELSEN, Hans. Über Staatsunrecht. KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 796.

²³¹ "Kelsen verweist an mehreren Stellen seines Werkes auf die Analogie der Spekulationen der Theologie und der Jurisprudenz, insbesondere auf die Analogie der Relation Gott-Natur zur Relation Staat-Recht. Aber es bleibt nicht nur völlig im Dunkel, auf welcher gleichartigen Methodik die Analogie zwischen Theologie und Jurisprudenz auf sich aufbaut, sondern auch, ob die Verweisung der Rechtswissenschaft auf die Theologie eine kritische oder eine dogmatische Behauptung sein soll." SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 140-141.

²³² O primeiro trabalho em que Kelsen desenvolveu a questão de forma mais aprofundada foi KELSEN, Hans. Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 77- 119. Aqui, p. 91 e ss. No ano seguinte, um capítulo (11) de sua obra *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff* foi dedicado ao paralelo. Cf. KELSEN, Hans. **Der soziologische und der juristische Staatsbegriff**. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1922, p. 219 e ss. Ainda em 1922, o paralelo foi objeto de um artigo específico: KELSEN, Hans. Gott und Staat. In: **Logos**. 11. 1922-23, 261-284.

²³³ Antes dessa ácida resposta, Kelsen já havia insinuado que Sander era um "sociólogo": "Inwieweit er damit nicht in das Fahrwasser der sogenannten soziologischen Rechtslehre gerät, ist nach seinen bisherigen Publikationen noch nicht zu übersehen." KELSEN, Hans. Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der

Rechtswissenschaft und Recht, Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”.²³⁴

A quantidade de expressões pouco usuais em trabalhos científicos chama atenção. Por exemplo: “*acintosa distorção*” (p. 117), “*tentativa grotesca*” (p. 125), “*risibilíssima consequência*” (p. 126), “*grande convencimento*” (p. 153), “*ridícula equivocação*” (p. 173), “*síndrome da analogiase*” (p. 175), “*descarrilamento sem precedentes*” (p. 175), “*frivolidade*” (p. 188), “*grotesca modificação*” (p. 189), “*caraça de uma quase tragicômica caricatura zombando de si mesma*” (p. 195), “*novo Alexandre da teoria do direito, na certamente embaraçosa situação de não ter mais nada a conquistar*” (p. 219).

Não se percebe a clareza que caracterizou tantos de seus trabalhos. Acima de tudo, sua resposta procura desqualificar seu opositor, tanto teoricamente quanto pessoalmente. Teria a retórica excessiva sido empregada para ofuscar as dificuldades postas pelas críticas?

No plano teórico, Kelsen aponta supostas contradições existentes entre os trabalhos de Sander. Sua resposta atinge, assim, o período em que Sander desempenhara o papel de “porta-voz” da Escola Jurídica de Viena.

As “contradições” apontadas não passavam, aparentemente, de *mudanças de posicionamento*. Não representavam, portanto, falta de cuidado.²³⁵ Pelo contrário, revelavam esforços de aprimoramento. Ainda no plano teórico, Kelsen indica supostas incompreensões de Sander em relação a autores mencionados em suas críticas (e.g. Cohen e Lask).

Sander estaria, no fundo, negando a existência da ciência jurídica como verdadeira *ciência em sentido kantiano*, como *conhecimento do direito*. Sua concepção de *processos jurídicos* pressupunha que *o próprio direito teria caráter cognitivo*, hipótese tratada por

Erkenntniskritik. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 92, em nota de rodapé.

²³⁴ KELSEN, Hans. *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”*. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band III. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922.

²³⁵ Christoph Kletzer percebeu isso corretamente, chamando atenção para essa peculiaridade da resposta de Kelsen. “Kann man jemanden, der seine ursprüngliche Position ausdrücklich revidiert, ja beinahe in ihr Gegenteil verkehrt hat, kritisch für diese ursprüngliche Position in Anspruch nehmen in einer Arbeit, die auf Widerlegung der reformierten Position abzielt?” KLETZER, Christoph. Fritz Sander. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. (Hrsg.). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 456.

Kelsen com certo deboche.²³⁶ Ao invés de *ciência jurídica*, Sander propunha uma sociologia com roupagem filosófica.

No plano pessoal, os ataques de Kelsen se dividem em dois grandes argumentos: (i) o de que Sander nada seria se não fosse a influência da Escola Jurídica de Viena sobre ele, ou seja, Sander nada mais era do que um *aluno*; e (ii) o de que Sander cometera plágios em seus trabalhos anteriores.²³⁷

O primeiro argumento – *Sander era apenas um aluno* – procurava indicar que Sander pouco saberia sobre a filosofia neokantista, e especialmente sobre seus possíveis impactos positivos na metodologia jurídica, se Kelsen e seu círculo não lhe tivessem ensinado a respeito. Não fosse sua participação no *Privatseminar* e Sander não se valeria daquele relevante arsenal filosófico.

O segundo argumento – *Sander havia cometido plágio* – era, antes de mais nada, uma defesa a Adolf Merkl, cuja teoria da construção escalonada supostamente havia sido usurpada. Mas também era uma defesa do próprio Kelsen: apesar das referências expressas feitas por Sander, *Kelsen entendeu que o paralelo entre ciência jurídica e teologia teria sido copiado de forma inescrupulosa*.²³⁸

As gravíssimas acusações de Kelsen eram, em certa medida, exageradas. Sander jamais omitiu a autoria dos pontos explorados em sua *teoria da experiência jurídica*. A teoria da construção escalonada fora devidamente creditada a Merkl, assim como o paralelo entre *Deus e Estado* fora devidamente atribuído a Kelsen.²³⁹

²³⁶ Como bem notado por KLETZER, Christoph. Fritz Sander. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. (Hrsg). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 457.

²³⁷ Há insinuações de plágio, por exemplo, às pp. 205, 209, 217, 219 e 224. KELSEN, Hans. Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band III. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922.

²³⁸ No que diz respeito a Merkl: “Merkwürdig ist nur, dass diese Sandersche Theorie all ihre die Rechtsdogmatik vernichtenden Waffen gerade von jenen Rechtsdogmatikern entlehnt, ohne freilich diese Provenienz zu deklarieren. Dies zeigt sich besonders deutlich in der Art wie Sander Merkl, statt ihn als seine Quelle zu nenenn, vielmehr als ‘Dogmatiker’ bekämpft.” KELSEN, Hans. Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band III. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922, p. 217. No que diz respeito a Kelsen: “Hinsichtlich der Parallele: Gott-Staat, Theologie-Jurisprudenz, sehe ich mich leider gezwungen, ausdrücklich festzustellen, dass Sander diesen Gedanken von mir restlos übernommen hat.” KELSEN, Hans. Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band III. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922, p. 229, em nota de rodapé (grifou-se).

²³⁹ Cf. anteriormente demonstrado, na nota de rodapé 231.

O problema estava na correta formulação teórica desses pontos. Nem Merkl nem Kelsen teriam sido capazes de se libertar de vícios jusnaturalistas. Os dogmas dos séculos anteriores haviam sido reformulados, ao invés de superados.

Em uma espécie de *réplica*, Sander publicou seu trabalho mais contundente: *Kelsens Rechtslehre – Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz*.²⁴⁰ Este tampouco representa um primor em matéria de clareza. De todo modo, lança-se o feitiço contra o feiticeiro.

Não seria Sander quem estava sob a influência de Kelsen, mas o contrário. Desde que passara a frequentar o *Privatseminar*, Sander teria apresentado contribuições pertinentes e originais.²⁴¹ Kelsen as teria incorporado, expressamente e tacitamente, à sua *teoria pura do direito*. Teria se formado verdadeira “colcha de retalhos”.

De maneira enfática, Sander afirmou que não tinha a intenção de levantar suspeitas de plágio contra Kelsen.²⁴² No entanto, ele não resistiu à tentação.

* * *

“Pergunto a Kelsen novamente: por que ele silencia em relação aos meus pensamentos de 1919 e 1920, mais do que conhecidos? Quero responder imediatamente: o silêncio se baseia na consciência de que o paralelo entre Deus-Estado, apresentado em sua terceira obra principal (‘Der soziologische und der juristische Staatsbegriff’), baseia-se literalmente em meus trabalhos de 1919 e 1920. Já em meu artigo ‘Alte und Neue Staatsrechtslehre’, eu disse: ‘Uma análise mais abrangente dos numerosos problemas e soluções análogos entre a teologia dogmática e a teoria jurídica estatal dogmática será apresentada em meu trabalho ‘Staat und Recht’. Contudo, já em março de 1920 – antes da publicação de seu ‘Problem der Souveranität’ e de minha ‘Alte und Neue Staatsrechtslehre’ – o manuscrito dessa obra, e especialmente a representação do paralelismo entre as provas da existência de Deus, e as provas da existência do Estado, era conhecido por Kelsen, então avaliador de meu concurso de livre-docência

²⁴⁰ SANDER, Fritz. **Kelsens Rechtslehre** – Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz. Tübingen: Verlagen von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): 1923.

²⁴¹ As contribuições alegadas por Sander estão listadas no item 4.3.2 do capítulo seguinte.

²⁴² “Aber auch jene Fälle der Übernahme meiner Gedanken, die Kelsen durch keine ausdrückliche Berufung auf meine Arbeiten gerechtfertigt hat, werden hier – dies sei mit Nachdruck betont – keineswegs aufgezeigt, um gegen Kelsen den Vorwurf bewusster, stillschweigender Übernahme meiner Gedanken zu erheben”. SANDER, Fritz. **Kelsens Rechtslehre** – Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz. Tübingen: Verlagen von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): 1923, p. 30.

(Habilitation) na Universidade de Viena. Em vários diálogos, indiquei a Kelsen referências bibliográficas da dogmática católica. Expliquei a ele, nos mínimos detalhes, as analogias pertinentes entre os pensamentos dessas referências e das referências bibliográficas advindas da doutrina do direito estatal – até então completamente desconhecidas por ele, e que o surpreenderam. Minha preleção experimental, ministrada em julho de 1920 na Universidade de Viena, abordou o tema ‘Deus-Estado’, tendo sido vivamente defendida por Kelsen, com indicação de minha obra ‘Staat und Recht’, que seria publicada em breve. De forma embaraçosa, fui surpreendido quando Kelsen, em dezembro de 1920, comunicou-me que trabalhava em uma obra – ‘Der soziologische und der juristische Staatsbegriff’ – da qual um capítulo seria dedicado ao paralelo entre Deus e Estado. Protestei imediatamente contra essa intenção, pois percebi que Kelsen simplesmente utilizava a literatura que eu lhe havia apresentado. Sob pressão de minha percepção, Kelsen se disse pronto para renunciar a sua pretensão, mas pediu que eu deixasse de lado minhas objeções, pois se trataria apenas de um breve capítulo, no qual ele indicaria expressamente meus pensamentos. Eu precisei deixar de lado minhas objeções, pois Kelsen havia aceitado publicar meu ‘Staat und Recht’ na série ‘Wiener Staatswissenschaftlichen Studien’, e eu queria evitar que essa publicação fosse frustrada em razão de um conflito pessoal com Kelsen. Não obstante, com exceção de algumas folhas de impressão, a impressão de minha obra se iniciou somente em janeiro de 1922, pois Kelsen, apesar de meus vívidos protestos, atrasava a publicação de meu livro em favor de outros. Assim, vi-me obrigado a apresentar o Paralelo Deus-Estado já em meu livro ‘Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung’. Pois era muito clara a intenção de Kelsen de assegurar para si a ‘prioridade’: e assim foi publicada, de fato, a terceira obra principal de Kelsen antes de ‘Staat und Recht’, assegurando a prioridade de Kelsen por meio da omissão de minha concepção do Paralelo Deus-Estado, já no ano de 1920 (‘Alte und Neue Staatsrechtslehre’), aqui reproduzida. Mas mera comparação de meu artigo de 1920 com as considerações relacionadas ao assunto feitas por Kelsen em 1922 (‘Der soziologische und der juristische Staatsbegriff’) é suficiente para aniquilar a pretensão de prioridade de Kelsen.”²⁴³

* * *

²⁴³ SANDER, Fritz. **Kelsens Rechtslehre** – Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz. Tübingen: Verlagen von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): 1923, p. 63-65.

Afinal: *Quod licet Iovis, non licet bovis?*²⁴⁴

Imagem 4: Capa do livro “Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?” No detalhe, acima, à esquerda, dedicatória feita por Fritz Sander à sua “amada mãe”, em 27 de outubro de 1921. Este exemplar está disponível na biblioteca do Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte.

²⁴⁴ O mérito por perceber a pertinência do brocardo à controvérsia é de Christoph Kletzer. KLETZER, Christoph. Fritz Sander. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. (Hrsg). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 447.

4. PROCESSO

*“Fiz mais por esse meu aluno do que por todos os outros.”*²⁴⁵

4.1 UMA QUESTÃO DE ESTRATÉGIA

Nem sempre o desfecho de uma controvérsia intelectual está relacionado à apresentação dos melhores argumentos. Em alguns casos, a adoção da estratégia mais eficaz pode ser determinante. Na controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander, isso parece ser especialmente verdadeiro.²⁴⁶

O tom adotado por Kelsen em *Rechtswissenschaft und Recht* não era usual. As tentativas de desqualificar seu opositor, tanto pessoalmente quanto intelectualmente, desviavam o foco do *mérito* das críticas com as quais se deparava.

Ao ser confrontado com uma réplica feita em tom igualmente violento, Kelsen não se dispôs a discutir supostas fraquezas de sua *teoria pura*. A avaliação das críticas foi delegada à história.

Isso não significa, no entanto, que Fritz Sander tenha dado a palavra final. Pelo contrário, foi sistematicamente combatido.

4.2 O PAPEL DOS DISCÍPULOS

No plano acadêmico, leais alunos de Kelsen se manifestaram a respeito. Praticamente todos seus discípulos mais importantes dedicaram artigos e livros para examinar supostos equívocos de Sander.²⁴⁷

²⁴⁵ Kelsen, sobre Sander. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 1 – Eingabe Kelsens, p. 28.

²⁴⁶ Essa tese é corroborada por Christoph Kletzer: “Dass Kelsen aus dieser Konfrontation als Sieger hervorging, ist, wie unten ausgeführt, weniger durch die Überlegenheit seiner Argumente in der Sache, als vielmehr durch seine weitaus geschicktere und auch angemessenere Strategie zu erklären.” KLETZER, Christoph. Fritz Sander. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. (Hrsg). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 447.

²⁴⁷ Josef Kunz foi um dos primeiros a se manifestar, nos seguintes artigos: Sander contra Kelsen. In: **Gerichts-Zeitung**. 73 Bd. 1922, p. 25-27 e 39-42; Kelsen contra Sander. In: **Gerichts-Zeitung**. 74. Bd. 1923, p. 63-66; Emanuel Winternitz também tomou partido: Zum Streit um Kelsens Rechtslehre. Eine “Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz”. In: **Juristische Blätter**. 52. Bd. 1923, p. 120-122. Tal artigo foi respondido por Sander no mesmo periódico: Zum Streit um Kelsens Rechtslehre. In: **Juristische Blätter**. 52. Bd. 1923, p. 138-139. Além disso: KAUFMANN, Felix. Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre? Eine Entgegnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band III. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922, p. 236 e ss.; SCHREIER, Fritz. Die Wiener rechtsphilosophische Schule. In: **Logos**. 11. Bd.

De modo geral, essas respostas qualificavam a teoria de Sander como *não científica*. Naquele contexto específico, em que importava justamente se elevar à altura dos físicos e dos matemáticos, a constatação de não cientificidade de um trabalho poderia ser avassaladora. Sobretudo quando em discussão estavam as possibilidades de uma ciência específica.²⁴⁸

O coro de alunos entoou que Fritz Sander dele fazia parte. Sem o apoio de Kelsen, nada seria. Joseph Kunz, por exemplo, formulou o reiterado bordão segundo o qual “*sem Hans Kelsen, não haveria Fritz Sander*”.²⁴⁹

Nas discussões travadas com seus colegas de seminário, algumas críticas de Sander foram aprofundadas e formuladas de maneira ainda mais impactante.

Foi o caso, por exemplo, da crítica dirigida ao constante recurso à lógica feito por juristas. Em sua polêmica com Felix Kaufmann, Sander caracteriza a lógica formal como “*a última grande fortaleza do direito natural*”.²⁵⁰ Mais uma vez, o dogma da *ciência como fonte de direito* foi rechaçado com veemência.

Se alguns de seus primeiros trabalhos eram, aparentemente, reproduções de terminologias neokantistas aplicadas à ciência jurídica, a nítida influência de outras correntes intelectuais se revelou no embate com os epígonos de Kelsen. Em determinado momento, o próprio Sander teve a oportunidade de se manifestar sobre seu arcabouço

1922/23, p. 309 e ss.; MERKL, Adolf. **Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Zum Streit um Kelsens Rechtslehre)**. Wien, Selbstdruck, 1924. Alfred Verdross chegou a examinar aspectos da *teoria do direito internacional* subjacente aos trabalhos de Sander, e mesmo algumas críticas feitas por ele a Kelsen. No entanto, não enfrentou as questões centrais da controvérsia. Cf. VERDROSS, Alfred. Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem. In: **Zeitschrift für Völkerrecht**. Band XII, 1923, p. 405-438.

²⁴⁸ “O nihilismo de Sander em relação à ciência jurídica já se entrega em seu artigo ‘Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens’, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1919, p. 468 e ss., onde se fala da ‘de todo modo bastante problemática ciência jurídica’. MERKL, Adolf. **Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Zum Streit um Kelsens Rechtslehre)**. Wien, Selbstdruck, 1924, p. 29 (tradução livre).

²⁴⁹ “Sowie in der neueren Musikgeschichte manche moderne Komponisten, die von Wagner herkommen, später gegen ihn schrieben, es aber auch dort, wo sie sich anti-wagnerisch gebärden, wahrbleibt, dass sie ohne Wagner nicht denkbar sind, so bleibt es auch in der neueren Geschichte der Rechtslehre wahr, dass Sander, auch wenn er gegen Kelsen schreibt, auch wo er sich antikelsensisch gebärdet, doch von Kelsen kommt: ohne Hans Kelsen, kein Fritz Sander.” KUNZ, Joseph. Sander contra Kelsen. In: **Gerichts-Zeitung**. 73 Bd. 1922, p. 42.

²⁵⁰ “Die ‘Logik’ spielt in der herrschenden Rechtslehre die Rolle eines deus ex machina (...) Es scheint daher an der Zeit zu sein, auch den Rechtsanspruch der ‘Logik’ – nämlich jener Logik, auf welche sich die Rechtswissenschaft beruft – zu prüfen, das Naturrecht in seiner letzten Verschanzung, der rechtswissenschaftlichen Logik, anzugreifen und zu zerstören.” SANDER, Fritz. Zur Methodik der Rechtswissenschaft. In: **Kantstudien**. 28. Band. 1923, p. 283-284. A crítica de Sander se referia ao trabalho KAUFMANN, Felix. **Logik und Rechtswissenschaft**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1922. Aalen: Scientia Verlag, 1966.

filosófico, afirmando que “*não se pode dizer que aplico ao direito um sistema filosófico que me é conveniente. Na verdade, trabalho com pensamentos de Kant, Windelband, Rickert, Lask, Cohen, Natorp, Cassirer, Brentano, Marjy, Meinong, Husserl, Pearson, Vaihinger, Volkelts, Kries, entre outros. Não sou um kantiano dogmático, tampouco meus trabalhos teóricos são vinculados a um sistema filosófico específico.*”²⁵¹ Revelava-se, de forma cada vez mais clara, sua orientação para a *fenomenologia*, anteriormente esboçada com timidez em seus trabalhos.²⁵²

Alguns dos alunos incumbidos de discutir as críticas feitas por Sander tiveram importante papel também na outra frente de combate ao *enfant terrible*: testemunharam no âmbito do processo disciplinar instaurado a pedido de Hans Kelsen.

4.3 PROCESSO DISCIPLINAR

4.3.1 Instauração

Após a publicação de *Kelsens Rechtslehre*,²⁵³ Kelsen adotou uma medida extrema para enfrentar o antigo “adepto ortodoxo”²⁵⁴ de sua *teoria pura*: em 07 de maio de 1923,

²⁵¹ SANDER, Fritz. Besprechung: Josef L. Kunz, Völkerrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre. Wiener staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, Band 3, 1923, 86. S. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**. N.F. 6. 1924, p. 262. É realmente difícil classificar Fritz Sander a partir de um único rótulo filosófico. Kletzer apontou seu suposto cripto-hegelianismo (KLETZER, Christoph. Fritz Sander. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. (Hrsg). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 451). Korb, por sua vez, fala em “*Korrektur des Neukantianismus*” (KORB, Axel-Johannes. **Kelsens Kritiker**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 55 e ss.). Nesse sentido, ver a contribuição de HOLZHEY, Helmut. Rechtserfahrung oder Rechtswissenschaft – eine fragwürdige Alternative. Zu Sanders Streit mit Kelsen. In: WEINBERGER, Ota; KRAWIETZ, Werner (Hsgb.) **Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker**. Wien, New York: Springer Verlag, 1988, p. 47 e ss.

²⁵² Por volta de 1922, e especialmente a partir de 1923, Sander passou a se dedicar cada vez mais intensamente à *fenomenologia*, valendo-se dessa metodologia como um dos principais fundamentos de sua teoria do direito. “Rechtswissenschaft als Wissenschaft vom positiven, also seinsgültigem Rechte ist eine philosophische Disziplin, die in ‘transzendentaler’ oder ‘phänomenologischer’ Reflexion die Urteile des Rechtes analysiert.” SANDER, Fritz. Der Begriff der Rechtserfahrung. In: SANDER, Fritz. Der Begriff der Rechtserfahrung. In: **Logos – Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur**. Bd. 11. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, p. 308. Também nesse sentido, cf.: SANDER, Fritz. Zur Methodik der Rechtswissenschaft. In: **Kantstudien**. 28. Band. 1923; SANDER, Fritz. Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band IV. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1925, p.166-191; SANDER, Fritz. Das Rechtserlebnis. In: **Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts**. Jahrgang I, Heft 1, Brünn, 1926/27, p. 100-119. Mesmo em *Kelsens Rechtslehre*, essa influência se fazia notar com maior nitidez. Em razão dos limites deste trabalho, não será possível analisar esse aspecto de sua obra mais detalhadamente. De todo modo, o tema seria digno de um trabalho monográfico, sobretudo caso se abordasse a influência da *fenomenologia* sobre a Escola Jurídica de Viena. Alguns de seus integrantes chegaram a estudar com Edmund Husserl. Há um trabalho relativamente recente sobre o assunto, que deixou de notar as contribuições de Fritz Sander. Trata-se de LOIDOLT, Sophie. **Einführung in die Rechtsphänomenologie**. Mohr Siebeck, 2010, especialmente p. 129 e ss.

²⁵³ Cf. capítulo 3 desta Dissertação.

requereu à Câmara Disciplinar da Universidade de Viena a instauração de um processo disciplinar para apurar se as insinuações feitas por Sander eram verdadeiras.²⁵⁵

Tratava-se de pedido pouco usual: Kelsen pleiteava o julgamento de seu próprio comportamento. Ou seja, seu requerimento era uma espécie de representação contra si próprio. Seu verdadeiro objetivo, no entanto, era provocar uma solução formal para o conflito com Sander.

O requerimento foi recebido pelo Prof. Hans Sperl, então presidente da Câmara Disciplinar. Para Sperl, apesar da atipicidade do pedido, aquela seria uma boa oportunidade para que a controvérsia se resolvesse de forma “imparcial”.²⁵⁶ Sperl encaminhou o caso ao então procurador disciplinar, Prof. Wenzeslaus Graf von Gleispach, para que este formulasse os pedidos necessários à instrução do processo.

Gleispach fez, em resumo, três pedidos: (i) em primeiro lugar, solicitou a designação do Prof. Adolf Menzel para redigir um parecer sobre supostas apropriações indevidas do pensamento de Sander feitas por Kelsen; (ii) em segundo lugar, a oitiva de diversas testemunhas, que poderiam esclarecer aspectos pessoais da controvérsia, como o suposto atraso intencional na impressão do livro *Staat und Recht*; (iii) por fim, que se comunicasse Sander sobre o processo, para que ele desse sua versão sobre os fatos discutidos. Esses pedidos foram imediatamente aceitos por Sperl, que designou o Prof. Alexander Löffler para conduzir as respectivas oitivas.

Iniciava-se, naquele momento, uma verdadeira reconstrução da primeira fase de desenvolvimento da *teoria pura do direito*. Rescrevia-se – ou, talvez, escrevia-se – a história dos primórdios da Escola Jurídica de Viena.²⁵⁷

²⁵⁴ “Ich habe in dieses Verzeichnis nur solche Gelehrte aufgenommen, die schon als akademische Lehrer tätig sind. Nicht aufgenommen habe ich Professor Fritz Sander, Deutsche Universität Prag, da dieser anfangs zwar ein sehr orthodoxer Anhänger der reinen Rechtslehre war, sich später aber sehr heftig gegen sie gewendet hat.” Carta de Kelsen a Giorgio Del Vecchio, de 1 de fevereiro de 1932. É difícil compreender o que Kelsen quis dizer com o adjetivo “ortodoxo”: Fritz Sander parece ter sido tudo, menos um partidário “ortodoxo”. Fonte: Arquivo do Hans Kelsen-Institut, Viena.

²⁵⁵ O documento ficou conhecido como *Selbstanzeige*, ou seja, como uma “representação contra si próprio”.

²⁵⁶ “Vielmehr wird sich ein gewisses Eingehen auf die Sache empfehlen, vor allem dadurch, dass von unparteiischen, in die Literatur der Wiener rechtsphilosophischen Schule eingeleseenen Fachmänner eine gutachtliche Aeussuerung eingeholt (...)” AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 1 – Eingabe Kelsens – Despacho proferido por Hans Sperl em 10 de maio de 1923.

²⁵⁷ Nas palavras de Olechowski/Busch, “Der dabei entstandene umfangreiche Akt der Disziplinarkammer für Professoren beim Senat der Universität Wien, der sich im Zuge der Erhebungen u.a. durch Einvernahme einiger Protagonisten des ursprünglichen Kreises um Kelsen um eine Rekonstruktion der Urheberschaft grundlegender Gedanken der Reinen Rechtslehre bemüht, liest sich streckenweise wie eine Geschichte der

4.3.2 Objeto

O processo disciplinar instaurado não tinha por objeto uma simples apuração de plágio.

Fritz Sander fora suficientemente esperto para não fazer uma acusação pontual. Muitas de suas insinuações eram abstratas. Algumas pareciam criptografadas. Outras, revestiam-se de linguagem pobre e confusa.

Para revidar à altura a difusa estratégia adotada por Sander em *Kelsens Rechtslehre*, Kelsen abordou diversos temas em seu requerimento. Ressaltaram-se as diferenças entre a *teoria da experiência jurídica* e a *teoria pura do direito*. Kelsen reconheceu que Sander seguia seu próprio caminho teórico. Apesar disso, este insistia na tentativa de reconduzir os fundamentos de sua *teoria da experiência jurídica* aos pressupostos epistemológicos fixados por aquele, tendo quase lhe dedicado o livro *Staat und Recht*.²⁵⁸

Os temas expostos no requerimento são, essencialmente, os seguintes: (i) a influência de Sander sobre o livro *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechtes*; (ii) a autoria do conceito de *norma fundamental*; (iii) o surgimento da noção de *dinâmica jurídica*; (iv) a originalidade da crítica à chamada “*Zwei-Seiten-Theorie*”; (v) a caracterização de certas acepções do Estado como “conceitos ético-políticos hipostasiados”; e, por fim, (v) a investigação do paralelo entre Deus e Estado.

O requerimento também abordou a influência de certos autores sobre a Escola Jurídica de Viena, em especial dos filósofos pertencentes aos círculos neokantianos. Isso porque, em *Kelsens Rechtslehre*, Sander afirmou ter sido responsável por chamar a atenção de Kelsen para a relevância dos trabalhos de Cohen para a ciência jurídica.

Em resposta a essa alegação, Kelsen explicou de que maneira Cohen fora acolhido em sua *teoria pura do direito*, ressaltando o papel da já mencionada resenha feita por

Formationsphase der Wiener Schule der Rechtstheorie”. OLECHOWSKI, Thomas; BUSCH, Jürgen. Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag 1936-1938. Biographische Aspekte der Kelsen-Sander-Kontroverse. In: MALÝ, Karel; SOUKOUP, Ladislav. **Československé právo a právní věda v meziválečném období 1918-1938 a jejich místo v Evropě**. Praha 2010, p. 1118.

²⁵⁸ “Ich stelle fest, dass Sander mir das Manuskript seines Werkes ‘Staat und Recht’ mit dem Widmungsblatte übergab: ‘Hans Kelsen, den Begründer der Theorie der Rechtserfahrung’.” AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 1 – Eingabe Kelsens. p. 3.

Oskar Ewald. Não fosse o seminário privado e a convivência com Dr. Havlíček, Sander nada saberia de Cohen.²⁵⁹

Entre todos os assuntos presentes no requerimento, a maior ênfase foi dada ao paralelo entre Deus e Estado.

Kelsen intentava revidar, com a devida veemência, a grave acusação segundo a qual teria intervindo junto à editora Franz Deuticke para atrasar a publicação de *Staat und Recht*, com o propósito exclusivo de escrever, com mais vagar, sobre o paralelo em questão, assegurando para si a autoria intelectual sobre ele.

Como se pode ver, esses pontos se dividem, no fundo, em dois grandes eixos. Versam, respectivamente, sobre o desenvolvimento da *teoria pura do direito* e sobre o polêmico comportamento de Sander nos bastidores da Escola Jurídica de Viena.

O Prof. Alexander Löffler, responsável por conduzir as oitivas de testemunhas, restringiu as investigações quase exclusivamente ao segundo eixo mencionado. Para ele, não importava analisar a influência recíproca de Kelsen e Sander, mas apenas questões relacionadas ao comportamento das partes.²⁶⁰

Menzel se encarregaria das questões de conteúdo.

4.3.3 Parecer de Menzel

Adolf Menzel apresentou seu parecer sobre aspectos teóricos da controvérsia em 16 de junho de 1923, após a conclusão das oitivas de testemunhas, com a seguinte advertência: não lhe caberia analisar se as teorias discutidas estavam ou não corretas, mas apenas se Kelsen teria se apropriado indevidamente de pensamentos de Sander.²⁶¹

²⁵⁹ “Es war insbesondere mein Schüler Dr. Havlíček, ein eifriger Anhänger Cohens, an dem sich Sander freundschaftlich anschloss und von dem er unmittelbar immer wieder auf Cohen gewiesen wurde. S. hat sich denn auch sehr bald dieser Richtung angeschlossen und sich mit anerkennenswertem Fleisse und grosser Begabung eingearbeitet.” AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 1 – Eingabe Kelsens. p. 2.

²⁶⁰ “Auszuscheiden sind m.E. alle jene Äusserungen, die nicht den Vorwurf eines bestimmten ehrenrührigen Verhaltens in sich bergen. Hierher gehören vor allem die zahllosen Vorwürfe wissenschaftlicher Unzulänglichkeit.” AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 9. Richtlinien für die Erhebungen in der Disz. Sache Prof. H. Kelsen, p. 1.

²⁶¹ AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 10 (Gutachten Prof. Menzel), p. 1.

Logo ao início de seu parecer, Menzel situa Kelsen na história das teorias jurídicas, ressaltando seus feitos “geniais e criativos”.²⁶² Após a tentativa de aplicação do neokantismo à ciência jurídica empreendida por Stammler, que ficara restrita ao âmbito do direito privado, coubera a Kelsen realizar nova investida nesse sentido, de maneira efetivamente positivista e voltada à teoria do direito estatal.

Assim como Kelsen fizera em seu requerimento, Menzel apresenta uma espécie de cronologia da *teoria pura do direito*. As transformações posteriores à publicação de *Hauptprobleme* são enumeradas, ao lado dos respectivos trabalhos em que apareceram. O papel de Merkl e Verdross é novamente enaltecido. Indicam-se as origens da identidade entre Estado e direito, bem como da noção de *norma fundamental*.

Em seguida à sua breve “história da Escola Jurídica de Viena”, Menzel analisa a afirmação de Sander segundo a qual os pressupostos de sua Teoria da Experiência Jurídica já estariam fixados em seus primeiros trabalhos. Para Menzel, tratar-se-ia de afirmação “absolutamente incorreta” – uma “leitura imparcial” demonstraria que o conceito de *Rechtserfahrung* surgiu apenas no livro *Rechtsdogmatik*, assim como seus pontos centrais.²⁶³

A conclusão de Menzel é, para dizer o mínimo, “absolutamente incorreta”.

Como demonstrado, Sander deu indícios dos caminhos que seguiria desde sua resposta a Stark. Em *Das Faktum der Revolution*, pilares centrais da teoria da experiência jurídica foram erigidos, e posteriormente solidificados em *Die transzendente Methode*. Até mesmo a expressão *Rechtserfahrung* já havia sido empregada.²⁶⁴ Bastaria uma “leitura

²⁶² "Es war daher eine geniale und schöpferische Tat, als Hans Kelsen in dem Jahre 1911 erschienenen grundlegenden Werke 'Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre' die Aufgabe in Angriff nahm, eine rein positivistische Rechts- und Staatslehre unter Vermeidung aller metajuristischen Gesichtspunkte zu begründen." AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 10 (Gutachten Prof. Menzel), p. 2.

²⁶³ "Allein eine unbefangene Lektüre seiner Aufsätze lässt diese Behauptung als vollkommen unzutreffend erscheinen. Weder in seinem Aufsätze 'Rechtswissenschaft und Materialismus', noch in der Abhandlung 'Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung' (ZöR, 1919) findet sich die später von Sander als den Kernpunkt seiner Lehre bezeichnete Unterscheidung zwischen den Urteilen des Rechtes und den Urteilen der Rechtswissenschaft. Dasselbe gilt von seiner Abhandlung 'Über die transzendente Methode der Rechtsphilosophie' (ZöR 1920). Erst in dem Aufsätze 'Alte und Neue Staatsrechtslehre' (ZöR 1921) findet sich zuerst der Begriff der Rechtserfahrung, welcher dann in der Abhandlung 'Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung, ritische Studien zur Rechtslehre Hans Kelsen's' (ZöR, Bd. 2) weiter ausgeführt wird." AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 10 (Gutachten Prof. Menzel), p. 5.

²⁶⁴ Como visto no Capítulo 2 desta Dissertação.

imparcial” para que as críticas feitas por Sander em *Rechtsdogmatik* não fossem recebidas com tamanha surpresa.

Assim como fez uma leitura aparentemente descuidada dos trabalhos de Sander, Menzel se equivocou novamente ao constatar que “*não havia agressões pessoais, tampouco xingamentos*” no artigo *Rechtswissenschaft und Recht*. Se há algo notório neste trabalho de Kelsen, é justamente o tom pouco objetivo e as acusações dirigidas contra Sander, especialmente aquelas de plágio.²⁶⁵

Em seguida, Menzel faz um breve e fiel resumo da teoria de Sander, para então concluir que Sander teria *omitido* as diversas semelhanças que guardava com a *teoria pura* de Kelsen. Essas semelhanças residiriam, sobretudo, na identidade entre Estado e direito, na tentativa de superação do direito natural, na marcante orientação positivista de ambas, entre outros.²⁶⁶

Como se pode ver, tudo indica que Menzel não levou a sério a advertência feita por Sander logo ao início de *Rechtsdogmatik*, segundo a qual alguns postulados firmados por Kelsen deveriam valer como *ganho irrenunciável do positivismo jurídico*.²⁶⁷

Embora o parecer de Menzel devesse versar exclusivamente sobre o *conteúdo teórico* das acusações feitas por Sander,²⁶⁸ o ilustre Professor foi além: dedicou parte de sua peça à “*relação entre professor e aluno*” (*Frage der Schülerschaft*).

Segundo ele, a instrução demonstrara cabalmente que Sander fora um aluno de Kelsen. Mesmo que Sander não tenha se matriculado nas preleções de Kelsen na Universidade, por pelo menos três anos frequentou seus seminários. Dever-se-ia fazer coro às palavras de Merkl, para quem “*ao contrário do comportamento dos discípulos verdadeiramente grandes, que procuram e encontram uma elevação na dependência de um grande mestre, ou seja, precisamente na posição de discípulos (...) o escrito de Sander,*

²⁶⁵ "Irgendwelche persönliche Angriffe sind jedoch in diesem Aufsatz nicht enthalten, und es ist daher durchaus unrichtig, wenn Sander von Beschimpfungen spricht, die ihm von Kelsen zugefügt worden seien." AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 10 (Gutachten Prof. Menzel), p. 5. Algumas das expressões pouco ortodoxas foram listadas anteriormente, no Capítulo 3.

²⁶⁶ "Es scheint mir jedoch, dass Sander diesen Gegensatz wesentlich überspannt und es unterlassen hat, das hervorzuheben, was ihm noch immer gemeinsam ist mit den Lehren von Kelsen." AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 10 (Gutachten Prof. Menzel), p. 7.

²⁶⁷ Cf. apresentado no Capítulo 3.

²⁶⁸ Algo que claramente não ocorreu, em uma clara mistura das esferas pessoal e científica: "(...) das eigene Verhalten Sanders lässt die in der Kampfschrift erhobenen Beschuldigungen als unglaublich erscheinen". AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 10 (Gutachten Prof. Menzel), p. 10.

com seu tendencioso título ‘*Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung*’, redundante, ao que parece, no obscurecimento da qualidade de aluno, mediante o descrédito do mestre - muito embora a posição de aluno de Sander em face de Kelsen fosse não apenas muito conhecida por parte dos iniciados, mas também atestável em dúzias de passagens de seus escritos, por isso mesmo nada discipulares.”²⁶⁹

Ao longo das últimas quatro páginas de seu parecer, Menzel procura apontar contradições e debilidades nas supostas acusações de plágio feitas por Fritz Sander.

Por exemplo, Sander não poderia acusar Kelsen de plágio e, ao mesmo tempo, dizer que ele não fora entendido por seu adversário, pois não existiria apropriação indevida de um pensamento distorcido. Da mesma forma, as reclamações de Sander quanto ao pouco destaque que recebeu em *Das Problem der Souveranität* não seriam coerentes com um de seus artigos de 1922, no qual afirmou que Kelsen se baseava *expressamente* em seus pensamentos.²⁷⁰

Os depoimentos colhidos durante a instrução processual convenceram Menzel de que Sander não fora determinante para que Kelsen se dedicasse ao estudo de Cohen. Do mesmo modo, o emprego de vocábulos filosóficos específicos – como *substância*, *função*, *dinâmica* e *hipóstase* – não poderia ser prerrogativa de um único acadêmico.²⁷¹

Finalmente, Menzel comentou o livreto publicado por Sander durante o processo – *Em causa própria* – e rebateu as insinuações contidas em tal “panfleto”.²⁷² Sua conclusão, como era de se esperar, foi a de que “as acusações de Sander, feitas em seu *Kampfschrift*, são totalmente desprovidas de fundamento. Pelo contrário, Kelsen sempre se comportou com grande correição no âmbito de seus trabalhos acadêmicos, de modo que não se pode

²⁶⁹ MERKL, Adof. **Die Lehre von der Rechtskraft**. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1923, p. 225 (tradução livre). Observe-se que Menzel, provavelmente por erro de tipografia, informou erroneamente a página em que se encontra o trecho em questão.

²⁷⁰ AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 10 (Gutachten Prof. Menzel), p. 10. A referência feita por Menzel diz respeito a SANDER, Fritz. Zur Grundlegung einer Theorie der Rechtserfahrung. In: **Gerichts-Zeitung**. 73. Band 1922, n. 4, 15.06, p. 55-57, p. 56 coluna 2: "Kelsen beruft sich in dem Buche über den Begriff der Souveranität zu wiederholtem Male auf meine erwähnten Studien 'über das Faktum der Revolution'."

²⁷¹ AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 10 (Gutachten Prof. Menzel), p. 12.

²⁷² Trata-se do já citado SANDER, Fritz. **In eigener Sache**. Prag, 1923. Por um lado, Sander insiste na alegação de que não acusara Kelsen de plágio. Por outro lado, tenta demonstrar sua influência, colocando trechos de obras de Kelsen ao lado de trechos de suas próprias obras. De forma bastante sintética, Sander repete as acusações já contidas em *Kelsens Rechtslehre*.

falar, de maneira alguma, de uma apropriação acidental de pensamentos alheios sem a devida identificação de sua origem.”²⁷³

Parece claro que Menzel se deixou influenciar pelos desabonadores depoimentos prestados por outros integrantes da Escola Jurídica de Viena durante a instrução do processo disciplinar. O que estava efetivamente *escrito* permaneceu ofuscado.

Afinal, o que esses relatos tinham de tão impressionantes?

4.3.4 Relatos

No curso da instrução processual conduzida pelo Prof. Alexander Löffler, constituiu-se um conjunto substancial de depoimentos e documentos indicando ambiguidades no comportamento de Fritz Sander.

No mesmo ano em que publicou *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung* – sua primeira crítica contundente contra Kelsen –, iniciaram-se os desentendimentos que levaram à instalação do processo disciplinar.

Em suas participações no seminário privado, Sander voltara a se distanciar. Ao conversar a respeito com seu colega Leonidas Pitamic, explicou que a dinâmica de discussões adotada dava margem a apropriações indevidas dos pensamentos alheios. E fez referência específica ao paralelo entre Deus e Estado, embora não tenha empregado a palavra “plágio”.²⁷⁴

Ao tomar ciência desse comentário, Kelsen incomodou-se sobremaneira. Sander, por sua vez, afirmou repetidamente que se tratava de um mal entendido. Na tentativa de esclarecer o que dissera, escreveu imediatamente uma carta a Pitamic.²⁷⁵

* * *

²⁷³ Cf. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 10 (Gutachten Prof. Menzel), p. 13-14.

²⁷⁴ “Übrigens habe ich Kelsen gegenüber ausdrücklich bemerkt, dass das Wort ‘Plagiat’ nicht angesprochen wurde”. Carta de Pitamic a Sander, de 22 de julho de 1921. Cf. AUV. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 6 - Rechtfertigungsschrift Kelsens mit Beilagen.

²⁷⁵ Cf. AUV. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 6 - Rechtfertigungsschrift Kelsens mit Beilagen. A carta em questão foi espontaneamente publicada por Kelsen em KELSEN, Hans. In eigener Sache. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. III. Band. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922/23, p. 499 e ss. No mesmo artigo, Kelsen publicou uma carta assinada por seus discípulos Henrich, Kaufmann, Merkl, Seidler e Verdross, em que estes asseguravam sua imensa devoção a Kelsen e afirmavam sua confiança na improcedência das acusações feitas por Sander.

“Viena, 16 de julho de 1921.

Estimado Professor!

O Professor Kelsen me comunicou, hoje, que o Senhor teve a impressão de que eu, em nossas conversas, de certa forma estaria acusando a ele de plagiar meus pensamentos científicos. Para mim é de extrema importância esclarecer, imediatamente e de forma inequívoca, que essa impressão só pode se basear em um mal entendido.

No que diz respeito ao problema Deus-Estado, Teologia-Ciência Jurídica, tenho plena consciência de que Kelsen formulara o paralelo entre Deus e Estado, bem como suas consequências, em um período no qual eu não me ocupava desse assunto – por exemplo, em seu trabalho sobre “Staatsunrecht”. Kelsen falou comigo a esse respeito várias vezes, antes mesmo de eu me dedicar a essa questão.

Além disso, no que tange à questão do Estado como substância, é verdade que Kelsen não apresenta essa formulação em seus trabalhos – embora dela se aproxime com frequência. Mas também aqui Kelsen jamais se apropriou de meus pensamentos. Pelo contrário, sou grato a ele por ter concordado com essa minha teoria e por tê-la propagado sempre com a reconhecida menção à minha autoria.

Ressalto, finalmente, que uma insinuação de plágio contra Kelsen é algo que não me ocorre, pois ela representaria, objetivamente, um ridículo absurdo. Se é que se pode falar em adoção de pensamentos, então sou eu quem empregou pensamentos de Kelsen e, sob seu intenso incentivo, os levei adiante de maneira radical.

O mal entendido a respeito de minhas afirmações sobre o paralelo Deus-Estado claramente decorre de minha afirmação no sentido de que em trabalhos conjuntos surgem inevitáveis colisões. A respeito do problema da substância, eu afirmei que Kelsen aderiu à minha perspectiva e – como ele me disse – a divulgou em seu livro. Com isso não quis dizer, naturalmente, que ele toma essa perspectiva como sua, especialmente porque, já no livro sobre soberania, ele indica o paralelo Estado-Substância desenvolvido por Sander.

Eu lamento, estimado Professor, a ocorrência desse mal entendido – talvez resultante de meu jeito de falar impulsivo e nervoso – e espero que nossa relação cordial não seja afetada por ele.

Mais uma vez, ressalto que apenas se fosse um bobo ou idiota poderia fazer tais insinuações contra Kelsen.

Saudações cordiais, do seu,

Fritz Sander.”

* * *

Aparentemente preocupado com a repercussão do episódio e com a possível reação de Kelsen, Sander tentou demonstrar sua lealdade ao líder de Escola Jurídica de Viena com “paixão extraordinária”,²⁷⁶ a ponto de convencê-lo de que tudo não passara de um mal entendido.

Pouco depois, em um claro sinal de que a confiança fora preservada, Kelsen visitou Sander e foi presenteado com uma rosa – gesto que deveria simbolizar a amizade entre eles.²⁷⁷ Na mesma época, Kelsen empenhou-se pela nomeação de Sander como Professor da *Deutsche Technische Hochschule*, em Praga. Mais uma vez, escreveu-lhe uma carta de recomendação e fez uso de seus contatos pessoais, especialmente junto ao Prof. Weyr.²⁷⁸

Apesar dos sinais de paz, Kelsen foi surpreendido com o manuscrito de *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung*. Ao lê-lo, percebeu seu caráter

²⁷⁶ “Die ausserordentliche Leidenschaft, mit der mich Sander versicherte, dass ihm jeder Gedanke, mir einem derartigen Vorwurf zu machen, vollständig fernliegen, seine inständigen Bitten, den Zwischenfall durch seine Aufklärung als beigelegt zu betrachten, der Inhalt seiner schriftlichen Erklärung an Pitamic liessen mich damals tatsächlich glauben, dass nur ein Missverständnis vorliege.” Carta de Kelsen à Câmara Disciplinar, de 22 de maio de 1923. AUV. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 6 - Rechtfertigungsschrift Kelsens mit Beilagen.

²⁷⁷ “Ich wohlfahrte denn auch Sanders Bitte, ihm zum Zeichen meines Vertrauens zu besuchen. Als ich mich nach kurzem Aufenthalt empfahl, brach Sander in sichtlicher Bewegung im Garten seines Hauses eine Rose von einem Strauss und überreichte sie mir in der deutlichen Absicht, damit eine Freundschaftsakt zu setzen.” Carta de Kelsen à Câmara Disciplinar, de 22 de maio de 1923. AUV. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 6 - Rechtfertigungsschrift Kelsens mit Beilagen.

²⁷⁸ Carta de Kelsen à Câmara Disciplinar, de 22 de maio de 1923. AUV. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 6 - Rechtfertigungsschrift Kelsens mit Beilagen. Pelos documentos remanescentes nos arquivos de Praga, não é possível atestar qual foi o conteúdo da carta de recomendação mencionada por Kelsen.

“polêmico” e, para evitar uma controvérsia pública com alguém que considerava seu aluno, buscou uma saída conciliatória. A tentativa de Kelsen se revelou um fracasso.²⁷⁹

Paralelamente, as intrigas se estendiam a outros integrantes daquele círculo. Ainda em 1921, ano em que Kelsen completou 40 anos, seu discípulo Adolf Merkl tinha a intenção de organizar um *Festschrift* – livro de escritos em sua homenagem.

Quando Sander foi convidado, afirmou que não tinha interesse em escrever ao lado do discípulo Walter Henrich. Segundo Merkl, no entanto, parecia claro que sua recusa se fundava em outro motivo: não queria ser rotulado como um aluno de Kelsen.²⁸⁰

Poucos depois, Sander foi nomeado Professor da *Deutsche Technische Hochschule*. Como era de bom tom, telefonou a Kelsen para solicitar uma visita de despedida. Por meio de sua secretária, Kelsen recusou o pedido, rompendo definitivamente as relações.

Cartas não foram respondidas, laços não seriam reatados tão cedo. Sander mal chegara em Praga e já fazia referências pouco cordiais ao líder da Escola Jurídica de Viena. Este supostamente “*deixara de ser um intelectual, para se dedicar quase exclusivamente à política*”.²⁸¹

Enquanto isso, o livro *Staat und Recht* continuava no prelo. Postergava-se sua publicação em razão de um impasse: o tamanho do manuscrito ultrapassava, em muito, o número de páginas inicialmente previsto, pois Sander o havia complementado com novos capítulos, após seu envio à editora. A impressão de novas páginas não estava abarcada nos

²⁷⁹ "In der sicheren Erwartung, dass eine mündliche Aussprache mit Sander eine literarische Polemik zwischen mir und meinem Schüler überflüssig machen werde, welche Polemik bei unveränderten Abdruck der Sander'schen Darstellung unvermeidlich schien, liess ich den weiteren Satz zunächst eintreten und verständigt Sander hiervon mit dem Bemerken, mit ihm über die Angelegenheit nach meiner Rückkehr sprechen zu wollen. Es handelt sich dabei um eine Verzögerung von höchstens 2-3 Wochen. In Wien versuchte ich Sander von der Unrichtigkeit seiner Darstellung meiner Theorie zu überzeugen. Allerdings vergeblich. Ich ordnete daher die Fortführung des Satzes an und machte Sander darauf aufmerksam, dass er mich dadurch in die Zwangslage versetzt habe, gegen ihn eine scharfe Erwiderung zu publizieren." Carta de Kelsen à Câmara Disciplinar, de 22 de maio de 1923. AUV. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 6 – Rechtfertigungsschrift Kelsens mit Beilagen. Ao que tudo indica, Kelsen comprometeu-se a publicar o manuscrito antes de lê-lo. Quando o fez, percebendo que se tratava de uma crítica a ele, e tentou excluí-lo da publicação. O episódio foi narrado por Verdross, em um de seus depoimentos. Cf. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 8 – Zeugenaussage Alfred Verdross.

²⁸⁰ AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 23 – Zeugenaussage Dr. Henrich; bem como 24 – Zeugenaussage Dr. Merkl, para quem: "Mir erschien die (...) Sanders als ein Vorwand; ich sprach darüber mit Dr. Seidler, der meinte, der Hauptgrund Sanders sei wohl der, dass er sich nicht durch die Beteiligung an der Festschrift als Schüler Kelsens abstempeln lassen wolle."

²⁸¹ Segundo o Prof. Hans Meyer informou a Kelsen. AUV. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 6 – Rechtfertigungsschrift Kelsens mit Beilagen.

custos iniciais. A Kelsen não parecia adequado gastar todo o subsídio apenas na publicação daquele trabalho.

Inconformado, Sander passou a divulgar que o atraso tinha uma única motivação: evitar que o caráter inovador do livro em questão fosse revelado ao público. A intenção de Kelsen era publicá-lo depois que ele, Kelsen, escrevesse mais detalhadamente sobre os assuntos ali tratados – mais especificamente, sobre o paralelo entre Deus e Estado.

Sander chegou a essa conclusão, aparentemente, após alertar Kelsen sobre o fato de que estava “dedicando-se ao tema”. Nessa conversa, teria exigido que Kelsen deixasse de escrever a respeito, ao que Kelsen teria respondido que “escreveria apenas um pequeno capítulo a respeito em seu próximo livro”.²⁸² A “promessa” de Kelsen foi, naturalmente, descumprida.

O tom das acusações feitas por Sander nas mesas dos cafés vienenses tornava-se cada vez mais inflamado. Aflorava seu *sentimento de ódio*.²⁸³ Se Kelsen não parasse de obstruir a publicação de seu livro, seria processado – advogados já estariam a postos para isso!²⁸⁴

As acusações e insinuações de plágio eram reiteradas. Na verdade, criavam-se diversas intrigas em torno do assunto: dirigindo-se a Kelsen, Sander afirmou que Verdross

²⁸² Sobre esse ponto, a versão de Sander – apresentada no Capítulo 3 desta Dissertação – coincide parcialmente com a de Kelsen. Kelsen confirma a existência dessa conversa, mas nega a realização de promessas nesse sentido. Pelo contrário, teria lhe parecido ridículo que Sander quisesse deter uma espécie de monopólio sobre um tema que ele, Kelsen, mencionava há anos em seus trabalhos e no seminário privado.

²⁸³ Em uma carta a Verdross, o tom empregado por Sander é, no mínimo, o de alguém exaltado: “So sehr ich Kelsens unangenehme Lage mir gegenüber verstehe, glaube ich doch, dass er dies [Sander refer-se ao pagamento do custos extras para a impressão de ‘Staat und Recht’] nicht tun sollte. Es würde nicht gut aussehen und in mir zum ersten Male Gefühle des Hasses erwecken, die Kelsen aus persönlichen und sachlichen Gründen nicht erwünscht sein dürften. Wenn man mir Prügel zwischen die Füße wirft und mich ruinieren will, so werde ich meinen Charakter gemäss keineswegs ruhig zusehen, sondern so ausschlagen dass denjenigen, der dies tut, Hören und Sehen vergehen wird.” Carta de Fritz Sander a Alfred Verdross de 23 de fevereiro de 1922. Disponível em AUV. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 6 – Rechtfertigungsschrift Kelsens mit Beilagen.

²⁸⁴ “Sander kam in grösster Erregung in mein Bureau, um meine Intervention bei Kelsen zu erbitten. Er sagte, Kelsen verzögere offenbar absichtlich den Druck seines Werkes, die Herren im Verlag seien sich darüber klar, er wolle ganz einfach Kelsen klagen, er habe schon mit seinen Advokaten darüber gesprochen. Sander hatte Kelsen im Kaffee Herrenhof sitzen gesehen und fuhrte mich dorthin. Ich teilte Kelsen mit, dass Sander sehr aufgeregt sei und mit Klage drohe für den Fall, dass der Druck nicht fortgesetzt werde. Kelsen meinte, Sander solle ihn nur klagen; es geschehe ohnehin alles, was geschehen könne, um den Druck zu fördern. (...) Als ich diesen Bescheid Sander überbrachte, war er sehr niedergeschlagen; er meinte, Kelsen wolle ihn vernichten; ich (*ilegível*) ihn damals (*ilegível*) mit den Worten: Sie haben ja gesagt, Sie wollen ihn klagen!”. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 25 – Zeugenaussage Alfred Verdross.

fizera insinuação nesse sentido. Dirigindo-se a Verdross, Sander acusava Kelsen.²⁸⁵ Sander desconfiava, havia anos, da lealdade dos demais integrantes daquele círculo.²⁸⁶ Aos seus interlocutores, dizia-se Professor de Kelsen.²⁸⁷

Os bastidores revelados nos relatos explicam, em grande medida, o tom adotado por Kelsen em *Rechtswissenschaft und Recht*. Na verdade, sua acusação de plágio e a insistência no fato de que Sander era seu aluno não passavam de respostas às difamações espalhadas à boca miúda.

Talvez por ingenuidade, mas mais provavelmente por estratégia, Kelsen aproveitou o ensejo da discussão teórica que se colocava para nela inserir diversos elementos dos conflitos pessoais já instaurados, mas ainda não revelados ao grande público.

Em resposta às revelações uníssonas, Sander afirmou reiteradamente que não fizera *nenhuma* acusação de plágio contra Kelsen. Na verdade, teria apenas apontado mudanças na *teoria pura* que se deviam à inserção de raciocínios desenvolvidos a partir de intuições que o próprio Kelsen não soubera levar às últimas consequências.²⁸⁸

O polêmico paralelo entre Deus e Estado teria sido aprofundado por Sander no seminário privado e em outras ocasiões. Por isso sua surpresa ao ver Kelsen tratando do

²⁸⁵ As intrigas com Verdross não eram de todo desprovidas de fundamento. Quando Kelsen publicou *Das Problem der Souveranität*, Verdross o criticou, em conversas, pela falta de originalidade dessa obra, ao menos quando comparada com seus primeiros trabalhos. Além disso, Verdross se sentiu pouco prestigiado: segundo ele, suas contribuições deveriam ter sido apresentadas com maior destaque. Por esse motivo, Verdross se reuniu com Kelsen, que lhe prometeu uma espécie de reparação: “Ich war der Meinung, dass Kelsen in seinem Problem der Souveranität gewisse Gedanken über die monistische Auffassung von Staatsrecht und Völkerrecht, die ich im Kreise Kelsen zuerst und im Gegensatz zu Kelsen frühere Auffassung vertreten und auch als erstes publiziert habe, nicht entsprechend würdige. Kelsen verwies zwar in Anmerkungen auf meine Arbeiten, aber ohne so eindringlich auf ihren Einfluss zu verweisen, wie ich es mir gewünscht hatte. Das warnte mich und gestützt auf mein freundschaftliches Verhältnis zu Kelsen machte ich ihm darüber Vorstellungen, sagte ihm auch, dass ich in einem Buche (dass jetzt im Drucke ist) den Zusammenhang der Entwicklung meiner Gedanken darstellen werde. Kelsen sah ein, dass er einige Stellen meiner Abhandlung übersehen hatte und versprach mir in loyalster Weise, er werde bei nächster Gelegenheit – anlässlich der neuen Auflage seiner Hauptprobleme – die Sache selbst an auffallender Stelle, nämlich im Vorworte, richtigstellen. Da ich diese Sache schon vorher mit den Mitgliedern des Kelsenkreises gesprochen hatte, so hielt ich mich für verpflichtet, ihnen auch mitzuteilen, dass die Angelegenheit freundschaftlich erledigt sei.” Primeiro depoimento de Verdross. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 25 – Zeugenaussage Alfred Verdross.

²⁸⁶ Richard Strigl relata que Sander insinuava riscos de plágio desde 1918. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 13 – Zeugenaussage Richard Strigl.

²⁸⁷ AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 8 – Zeugenaussage Alfred Verdross.

²⁸⁸ “Kelsen behauptet, dass ich gegen ihn einen Plagiatsvorwurf erhoben habe. Diese Behauptung ist unrichtig.” Sander constrói seu argumento inclusive a partir da legislação vigente. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 5 – Zuschrift Prof. Sanders an den Untersuchungsführer.

assunto com base em marcos teóricos que Sander havia descoberto. O atraso na publicação de seu livro certamente seria fruto de ações mal intencionadas.²⁸⁹

O suposto favorecimento que lhe era dedicado por Kelsen deveria ser visto com cautela. Sander não obteve uma vaga de professor em Viena, tendo sido “deslocado” para Praga. Afinal, por que Merkl tivera outra sorte?²⁹⁰

Quanto à carta enviada a Pitamic em 1921, Sander respondeu sem hesitar: teria sido forçado por Kelsen a escrevê-la.²⁹¹

4.3.4 Decisão

A ambiguidade do caráter de Sander fora demonstrada com clareza durante a instrução processual.

Ao mesmo tempo em que presenteava Kelsen com rosas, acusava-o de plágio nas rodas vienenses. Julgava-se professor daquele que mais o estimulava intelectualmente: com cartas de recomendação, com publicação de artigos, com elogios rasgados.

Esse comportamento ambíguo era devido, aparentemente, em razão da insatisfação que carregava como condição existencial. Precisava de mais, a qualquer custo.²⁹²

Sem maiores dificuldades, tanto Löffler quanto Gleispach fizeram constar em seus relatórios que todos os temas levantados por Sander haviam sido previamente mencionados por Kelsen – de forma aprofundada ou não.

²⁸⁹ AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 20 – Zeugenaussage Prof. Fritz Sander. Sander relata, em seu depoimento, que Kelsen teria compreendido o Paralelo Deus-Estado em uma palestra que Sander proferiu na *Nationalökonomische Gesellschaft*. Kelsen repudia essa afirmação com veemência, explicando que fora ele, Kelsen, o responsável por dar a Sander a oportunidade de fazer aquela palestra. A explicação de Kelsen está no item 22 do ato 7 (Erhebungsakt).

²⁹⁰ É o que se apreende das entrelinhas da primeira carta dirigida por Sander à Câmara Disciplinar. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 5 – Zuschrift Prof. Sanders an den Untersuchungsführer.

²⁹¹ Löffler ridicularizou essa afirmação: “Einen solchen Brief darf ein reifer Mann sich nicht abzwängen lassen!”. AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen**. Akt n. 7 (Erhebungsakt). 18 – Bericht des Untersuchungsführers, p. 8.

²⁹² É por isso que Kelsen, a partir de diálogos com Freud, chegou à conclusão de que se tratava claramente de um conflito psicológico. Sander tinha péssima relação com seu pai. Ao se voltar contra Kelsen, estaria cometendo uma espécie de parricídio. Cf. MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen: Leben und Werk**. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1969, p. 40-41.

* * *

“Viena, 20 de julho de 1923.

DELIBERAÇÃO

A Câmara Disciplinar para Professores, Docentes e Assistentes Científicos da Universidade de Viena deliberou, em 16 de julho do ano corrente, rejeitar (zurücklegen), sem inquérito disciplinar ou tratativas orais, a queixa apresentada contra si mesmo pelo Professor Dr. Hans KELSEN, em protocolo de 7 de maio de 1923.

A Câmara, por seu membro Prof. Ordinário de Direito Penal Dr. Alexander LÖFFLER, ordenou a realização de investigações detalhadas do caso em exame. A oitiva de uma série de testemunhas, o interrogatório do Prof. Dr. Fritz SANDER, presente em Viena, um rico material composto por documentos e impressos e um parecer do Professor Ordinário de Direito do Estado Dr. Adolf MENZEL propiciaram à Câmara o convencimento inequívoco de que contra o Professor Dr. Hans Kelsen não pode ser levantada sequer a menor acusação de um comportamento inapropriado ou de um proceder incompatível, sob qualquer ponto de vista, com os deveres morais de um docente acadêmico e escritor especializado. As investigações demonstraram, sobretudo, que as alegações feitas contra Hans KELSEN, abertamente ou por meio de insinuações, pelo Prof. SANDER, no seu “Kampfschrift” e em outras oportunidades, segundo as quais aquele ter-se-ia apropriado, de maneira espúria, de ideias científicas deste e feito uso delas como se fossem próprias, não têm nenhum fundamento. Pelo contrário, evidenciou-se, antes, que – conforme enuncia o parecer do Professor MENZEL – o Professor KELSEN, em sua atuação literária, esforçou-se para agir com a máxima correção e que, no que diz respeito a seu trabalho, não se pode sequer falar de assunção descuidada de ideias alheias sem indicação de sua origem. Constata-se que KELSEN, nos seus próprios escritos, prestigiou de forma absolutamente expressa a produção acadêmica de SANDER, contribuindo, além disso, de forma extremamente ativa para o progresso acadêmico do livre-docente vienense procedente de sua escola. – Igualmente infundada é a acusação feita por SANDER de que KELSEN teria retido intencionalmente a volumosa obra daquele intitulada “Staat und Recht”, que lhe havia sido entregue para o fim de publicação na série “Wiener wissenschaftliche Studien”, editada por KELSEN e pelo Prof. SPANN, e intencionalmente retardado sua impressão, para, com isso, assegurar-se a prioridade temporal sobre o paralelo entre Deus e Estado. Antes, provou-se que KELSEN estava empenhado em impulsionar, tanto quanto possível, a impressão daquele trabalho,

eliminando obstáculos que se haviam contraposto à ininterrupta execução da impressão. Esses obstáculos não procediam de Kelsen. Eles se deviam, por um lado, a circunstâncias empresariais da editora, mas também ao próprio comportamento do Prof. SANDER, que fez avolumar-se em outras trinta a obra inicialmente planejada para ocupar cinquenta folhas de impressão. Embora tenham de fato arcado com os custos das cinquenta folhas de impressão ajustadas, organizador e impressora não tiveram meios de se onerar com as despesas ligadas à inesperada expansão da obra. Eles instaram o Prof. SANDER a cobrir essa diferença, o qual se decidiu a fazê-lo somente depois de reiterada troca de cartas e desperdício de tempo. Até esse momento e a partir de então, como já indubitavelmente comprovado, a impressão continuou a ser promovida, incessantemente e de forma absolutamente decidida, pelo Prof. Kelsen. – Kelsen não tinha qualquer motivo para um adiamento intencional visando a assegurar a prioridade temporal sobre o paralelo entre Deus e Estado, pois já havia publicado textos em que discorria sobre esse assunto muito antes do retardamento alegado por SANDER, a saber, em sua “Zeitschrift für öffentliches Recht” (vol. V/VI, tomo II), no ensaio “Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik”, datado de dezembro de 1921.

O Presidente da Câmara Disciplinar para Professores, Docentes, Assistentes e Auxiliares Científicos da Universidade de Viena:

HANS SPERL

Professor Ordinário de Ciências Jurídicas e do Estado

** * **

5. DESDOBRAMENTOS

*“E mais uma vez se está diante de uma propaganda para a teoria pura do direito, exatamente como na magnífica disputa em torno do conceito de “Soll” entre Kelsen e Sander. Sabe o Diabo porque todas as técnicas propagandísticas se alinham quando se trata desse assunto.”*²⁹⁴

5.1 PRIMEIROS ANOS

O processo disciplinar que formalizou o fim das relações acadêmicas e pessoais entre Hans Kelsen e Fritz Sander deixou marcas na Escola Jurídica de Viena.

Poucos meses após a Câmara Disciplinar proferir sua decisão, mais especificamente em setembro de 1923, muitos dos pontos teóricos mencionados no processo foram consolidados em um texto que permanece, ainda hoje, essencial para a compreensão da *teoria pura do direito*: o prefácio à segunda edição de *Hauptprobleme*. Apesar das acusações feitas durante o processo, a contribuição de Sander à *teoria pura do direito* é expressamente mencionada.²⁹⁵

Sander, por sua vez, confirmou as previsões teóricas de seus opositores. Não tardou para que a sociologia jurídica se tornasse um de seus principais interesses, ao lado da teoria do direito e do direito constitucional. Suas publicações no âmbito da filosofia do direito diminuíram consideravelmente, na medida em que crescia sua participação na política da Tchecoslováquia.

Ainda na década de 20, Kelsen vivenciou outras controvérsias. Por exemplo, contra Ernst Schwind, professor de história do direito que se posicionara, anos antes,

²⁹⁴ Carta de Erwin Jacobi a Carl Schmitt, de 13 de janeiro de 1926. Disponível em: **Schmittiana**. Neue Folge, Bd. I, p. 44.

²⁹⁵ “Die letzte Einsicht in das Verhältnis von Recht und Staat dieses Kernproblem unserer Wissenschaft, mag man sie nun als Staats- oder als Rechtslehre auffassen, war nur auf dem Wege der Erkenntniskritik zu gewinnen. Gerade nach dieser Richtung hat sich Fritz Sander durch seine Arbeiten: ‘Rechtswissenschaft und Materialismus’ (Juristische Blätter, 1918), ‘Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung’ (Zeitschr. f. öffentl. Recht 1919, Bd. 1, S. 132 e ss.), ‘Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens’ (Zeitschr. f. öffentl. Recht 1920, Bd. I, S. 176 ff.) Verdienste erworben. Es ist insbesondere die Aufdeckung der Analogie zwischen dem Substanzbegriff der Naturwissenschaft und dem Staatsbegriff sowie der Versuch, die Parallele zwischen Recht und Naturwissenschaft überhaupt zu vertiefen, die aufklärend gewirkt haben. Dies anzuerkennen wird mich weder der sachliche Gegensatz noch die persönliche Feindschaft verhindern, in die der genannte Autor in seinen späteren, die Richtung der reinen Rechtslehre verlassenden Schriften sich gegen mich stellen zu sollen geglaubt hat.” KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. 2. Neudruck der zweiten, um eine Vorrede vermehrten Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, p. XXI-XXII.

contrariamente à sua tese de livre-docência. Diante de uma crítica descuidada, Kelsen não teve maiores dificuldades para rebater esse opositor, ocasionando-lhe profundo desgosto que, segundo boatos, o levou à morte.²⁹⁶

Sander instalou-se definitivamente na ainda existente Tchecoslováquia, não sem encontrar percalços em seu caminho.

Por diversas vezes, pleiteou a *venia legendi* junto à *Deutsche Universität Prag*, principal universidade de língua alemã naquele país. Seu pedido foi inicialmente negado.

O fundamento expresso: sua controvérsia com Kelsen. Professores não gostariam de dar a entender, concedendo-lhe a referida *venia*, que se posicionavam contrariamente ao líder da Escola Jurídica de Viena.²⁹⁷

5.2 RECONCILIAÇÃO

Com sua carreira acadêmica seriamente prejudicada em razão dos acontecimentos de 1923, e aproveitando o fato de que Kelsen faria uma palestra em Brünn, Sander publicou um artigo no jornal *Brünner Tagesbote* de 4 de abril de 1925.

Nele, apresentou uma espécie de retratação às críticas que fizera anteriormente. Este foi o ponto de partida para a reconciliação entre ambos.

Graças à intermediação de František Weyr, a dimensão do traumático processo disciplinar e das profundas divergências teóricas foi amenizada. Mais do que isso: sob o

²⁹⁶ Schwind publicou a obra **Grundlagen und Grundfragen des Rechts. Rechtstheoretische Betrachtungen und Erörterungen**. München, 1928, na qual tentou reunir uma série de críticas contra Kelsen. A ácida resposta veio no livro **Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung**. Wien: Verlag von Julius Springer, 1928. Fritz Schwind, filho de Ernst, registrou no livro de memórias de sua família que seu pai tivera um colapso, do qual jamais se recuperou, enquanto tentava formular sua réplica a Kelsen. Cf. SCHWIND, Fritz. **Vorfahren und Erinnerungen aus der Familie Schwind, seit einem Vierteljahrtausend**. Wien: Österreichischer Kunst- und Kulturverlag, Wien, 2001, p. 43-44.

²⁹⁷ Nas primeiras tentativas, ocorridas entre outubro de 1923 e maio de 1924 (duas tentativas), o motivo expresso para sua recusa foi de natureza pessoal: a controvérsia com Kelsen. Na terceira tentativa, em 1926, não houve propriamente uma recusa, pois Sander retirou seu pedido antes do término do procedimento, por motivos não muito claros. De todo modo, nesta tentativa a controvérsia com Kelsen é expressamente mencionada como "superada". A quarta tentativa se iniciou em junho de 1928 e foi concluída, finalmente com êxito, em novembro de 1928. As tentativas de obtenção da *venia legendi* estão fartamente documentadas nos assentamentos de Sander junto à *Deutsche Universität*. Cf. ARCHIV DER KARLS-UNIVERSITÄT (AUK). Deutsche Universität (NU). Juristische Fakultät. **Personalakt Fritz Sander**. Em especial, *Aktenverzeichnis betr. Habilitation Dr. Sander*. O ato do Ministério da Educação que reconheceu a decisão da Faculdade é de março de 1929

testemunho de Weyr, Kelsen e Sander formalizaram a paz, por meio de um *protocolo de reconciliação*.²⁹⁸

Após a assinatura do protocolo, os dois fizeram respeitosas referências um ao outro. No prefácio de sua *Allgemeine Gesellschaftslehre*, por exemplo, Sander agradece a Kelsen e ao seu círculo, “*no âmbito do qual aprendera o verdadeiro valor do trabalho científico*”. Mesmo algumas críticas teóricas eram feitas com ressalvas elogiosas.²⁹⁹

Todas as circunstâncias levavam a pensar que chegara ao fim um dos episódios mais conturbados da Escola Jurídica de Viena. No entanto, o embate ideológico que

²⁹⁸ "Protocolo

No interesse da colaboração científica, o Prof. Weyr convidou, por iniciativa própria, os Senhores Professores Kelsen e Sander, com o intuito de tentar dirimir as contradições de caráter pessoal existentes entre ambos. Essa tentativa foi ensejada pelo artigo publicado pelo Prof. Sander no jornal *Brünner Tagesbot* de 4 de abril de 1925, que contém uma valoração objetiva do trabalho científico do Prof. Kelsen. Nessa resenha, o Prof. Sander esclareceu ter concluído ser infundada a acusação de que o Prof. Kelsen teria retardado a impressão da obra “*Staat und Recht*” com o intuito de assegurar para si a prioridade sobre algumas ideias científicas. Esclarece, ademais, ser igualmente infundada a acusação de que o Prof. Kelsen teria se apropriado indevidamente de ideias científicas do Prof. Sander, retirando, com expressões de pesar, as acusações dirigidas contra o Prof. Kelsen.

O Prof. Kelsen toma ciência dessa declaração e, de sua parte, declara que considera de boa-fé o comportamento do Prof. Sander, pois ele teria chegado a essa opinião em decorrência de circunstâncias externas, sem culpa própria. Além disso, declara que o Prof. Sander, na sua obra “*Rechtswissenschaft und Recht*”, de forma alguma quis formular acusação sobre apropriação indevida de quaisquer ideias científicas alheias.

O Prof. Kelsen e o Prof. Sander declaram que, por este meio, dá-se por resolvida a sua questão pessoal.

Este protocolo não está inicialmente destinado à publicação. Uma eventual publicação depende da anuência dos signatários.

O original subscrito deste protocolo ficará sob os cuidados do Prof. Weyr, e uma cópia assinada será dada, respectivamente, ao Senhor Prof. Kelsen e ao Senhor Prof. Sander.

Viena, 30 de abril de 1925.

Prof. Hans Kelsen

Prof. František Weyr

Prof. Dr. Fritz Sander.”

O conteúdo do Protocolo foi publicado por Fritz Sander, espontaneamente, em SANDER, Fritz. Das Verhältnis von Staat und Recht. Eine Grenzaussetzung zwischen allgemeiner Staatslehre, theoretischer Rechtswissenschaft und interpretativer Rechtsdogmatik. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**. N.F. 10, 1926, p. 156. O original se encontra disponível no acervo de Weyr no Arquivo da Academia de Ciências em Praga. AAV ČR. **Fond František Weyr**. I a 25 1925.

²⁹⁹ “Auch Hans Kelsen möchte ich an dieser Stelle in tiefer Dankbarkeit gedenken. Ein erbitterter Streit hat leider mein Verhältnis zu diesem hervorragenden Forscher durch mehrere Jahre tief getrübt, nichts aber kann mich glücklicher machen als die Tatsache, dass dieser Streit nunmehr sein Ende gefunden hat. So gedenke ich jetzt nicht nur mit reinster Freude der weitgehenden freundschaftlichen Förderung, die Kelsen mir oft zuteil werden liess, sondern auch der zahlreichen Anregungen, die sich für mich durch die jahrelangen engen Beziehungen zu Kelsen und allen Angehörigen seines Wiener Kreises, insbesondere auch zu Alfred Verdross, ergeben haben. Es waren Jahre auf gemeinsamem wissenschaftlichen Streben aufgebauter Freundschaft, die ich in diesem mir für immer unvergesslichen Kreise verbringen durfte. Wenn ich mich auch von den Gedanken, die uns damals beherrschten, in vieler Beziehung weit entfernt habe, so bin ich mir doch stets bewusst, dass ich erst durch Kelsen und seine Freunde und Schüler zum Bewusstsein von der Art und dem Werte wissenschaftlicher Arbeit gelangt bin, und wenn ich auch heute in vieler Beziehung in sachlichem Gegensatz zu Kelsen stehe, so werden mir Kelsens leidenschaftlicher wissenschaftlicher Eifer und seine kühne Unabhängigkeit doch stets vorbildlich erscheinen.” SANDER, Fritz. SANDER, Fritz. *Allgemeine Gesellschaftslehre*. Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1930, p. IX-X.

marcava o continente europeu acabou tendo reflexos diretos sobre as relações entre Sander e Kelsen.³⁰⁰

5.3 PRAGA

5.2.1 Percursos e percalços

No final da década de 20, a permanência de Kelsen na cosmopolita e antissemita Viena tornou-se problemática.

Sua convivência com colegas de faculdade não era pacífica e se desgastava cada vez mais. No exercício de sua atividade judicante, a situação não era diferente. Após proferir sua decisão no famoso caso da *Dispensehe*, passou a contar com a antipatia da conservadora igreja católica austríaca, que não lhe propiciou vida fácil.³⁰¹

Resignado, anunciou aos órgãos de sua *Alma Mater* que deixaria vago seu posto de professor. Ao contrário do que costumava acontecer em casos assim, não recebeu propostas para ficar, tampouco se demonstrou preocupação com sua partida. No início dos anos 30, deixou Viena e partiu rumo a Colônia.

Naquele momento, o pangermanismo ganhava forças e dividia opiniões. Kelsen, que jamais escondeu certo nacionalismo, tampouco o desejo de integrar-se ao *Vaterland*,³⁰² mostrava satisfação com a possibilidade de lecionar à beira do Reno.³⁰³

³⁰⁰ Cf. OLECHOWSKI, Thomas; BUSCH, Jürgen. Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag 1936-1938. Biographische Aspekte der Kelsen-Sander-Kontroverse. In: MALÝ, Karel; SOUKOUP, Ladislav. *Československé právo a právní věda v meziválečném období 1918-1938 a jejich místo v Evropě*. Praha 2010, p. 1115.

³⁰¹ KELSEN, Hans. *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 61 e ss. Sobre a decisão em questão, cf. NESCHWARA, Christian. Hans Kelsen und das Problem der Dispensehe. In: In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*. Schrittenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 249-268. No Brasil, a decisão foi explicada, com detalhes, em JANSEN, Letácio; MANNHEIMER, Marcia Latgé. Notas sobre o livro 'Hans Kelsen – Vida e Obra', de Rudolf Alladár Métall. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, 49, 1996, 145 e ss.

³⁰² "Stärker als all dies, stärker als der aller Vernunft und Sittlichkeit hohnsprechende Verlauf der jüngsten Geschichte, deren Produkt das heutige Österreich ist, stärker als Österreich selbst ist sein Wunsch: aufzugehen im deutschen Vaterland." KELSEN, Hans. *Österreichisches Staatsrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923, p. 238. Agradeço ao meu orientador, Prof. Ari Solon, por esta referência.

³⁰³ O jornal *Kölner Zeitung*, de 31 de outubro de 1930, noticiava o seguinte: "Kelsen verlasse zwar seine Vaterstadt, nicht aber sein Vaterland. In der Republik des deutschen Geistes, dem zu dienen er stolz sei, habe es niemals eine Grenze zwischen Österreich und dem Deutschen Reich gegeben. Er werde in Köln das bleiben, was er in Wien war: ein Deutscher." A passagem está transcrita em OBERKOFER, Gerhard. Archivalische Notizen zum theoretischen Umfeld des Österreichischen Verfassungsrecht an der Universität Wien um 1930. In: DIMMEL, Nikolaus; NOLL, Alfred (Hgb.). *Verfassung*. Juristische-politische und

Sua ascendência judaica, no entanto, lhe causaria diversos incômodos. Poucos anos após sua chegada, com a ascensão do governo nacional-socialista, sua tranquilidade foi maculada. Com a promulgação da fatídica *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*, o governo recém-eleito legitimava o afastamento de professores cujo “perfil político” não estivesse alinhado com o estado nacional que então se constituía.

Como não poderia deixar de ser, o *judeu Kelsen* foi um dos primeiros afastados.³⁰⁴ Para sua sorte, encontrou refúgio na pacífica cidade de Genebra, onde lecionou no *Institute des Hautes Études Internationales*.³⁰⁵

Quando Kelsen foi compelido a deixar Colônia, a cadeira de direito internacional da *Deutsche Universität Prag* estava vaga. Seu nome – por sua proximidade espiritual com Weyr e outros juristas tchecos – foi naturalmente cogitado.

5.2.2 Nomeação conturbada

No início de 1931, o colegiado de professores da faculdade de direito da *Deutsche Universität Prag* passou a analisar possíveis candidatos à cadeira de direito internacional. Naquele momento, Fritz Sander já havia alcançado seu objetivo de deixar a *Deutsche Technische Hochschule* para se tornar professor da *Deutsche Universität* em Praga.³⁰⁶

A primeira lista de indicados era composta por três professores: Karl Strupp, então professor em Frankfurt; Walter Schätzel, livre-docente em Kiel; e Adolf Walz, livre-docente em Marburg.³⁰⁷ O procedimento de nomeação não se resolveu de imediato e durou

sozialwissenschaftliche Beiträge anlässlich des 70-Jahr-Jubiläums des Bundes-Verfassungsgesetzes. Wien: Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1990, p. 79 e ss. Aqui, p. 83.

³⁰⁴ Kelsen foi demitido no dia 12 de abril de 1933, ou seja, cinco dias após a promulgação da Lei mencionada. Cf. KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 82, em nota do editor.

³⁰⁵ Sobre o período de Kelsen em Genebra, cf. LADAVAC, Nicoletta Bersier. **Hans Kelsen a Genève (1933-1940)**. Thémis, Centre d'Etudes de Philosophie, de Sociologie et de Théorie du Droit. 1996.

³⁰⁶ A nomeação como *Ordentlicher Professor* ocorreu por meio de ato do então Presidente Tomáš Garrigue Masaryk, de 21 de outubro de 1930. Sander foi nomeado para ministrar teoria geral do estado, direito constitucional tcheco, teoria da administração e direito administrativo tcheco. O ofício encaminhado a Sander, comunicando essa decisão, está disponível em seus assentamentos junto à *Deutsche Universität*. AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Fritz Sander**.

³⁰⁷ Os documentos referentes à nomeação de Kelsen estão disponíveis em seus assentamentos junto à *Deutsche Universität*. AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Hans Kelsen**.

anos. Em 1933, tendo em vista que o principal professor cogitado para a vaga (Karl Strupp) manifestou sua falta de interesse, o nome de Kelsen foi formalmente sugerido.³⁰⁸

Em um primeiro momento, essa sugestão foi vista por alguns membros da faculdade como uma intervenção externa que restringia em demasia sua autonomia e seu direito de sugerir nomes de possíveis docentes.³⁰⁹

Quando o colegiado se reuniu para apreciar a questão, o prestígio de Fritz Sander já o havia alçado à posição de diretor da faculdade de direito. Apesar de todos os atos que marcavam sua reconciliação com o antigo professor de Viena – especialmente o protocolo e o prefácio de 1930 –, Sander foi a voz mais veemente a se erguer contra a nomeação de Kelsen.

Os motivos que o levavam a sustentar “sérias oposições” tinham naturezas diversas.³¹⁰ No centro de suas objeções, figurava a controvérsia de 1923. Os principais eventos foram recapitulados, assim como a lembrança de que a Câmara Disciplinar da Universidade de Viena “cerceara seu direito de defesa” – o que “quase ocasionou um processo judicial”.³¹¹

Sander pediu para que se levassem em conta as radicais oposições teóricas existentes entre ele e Kelsen, acentuadas ao longo dos anos.³¹² Kelsen foi descrito como

³⁰⁸ AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Hans Kelsen**. Em especial, *Kommissionsbericht betreffend die Erweiterung des Vorschlages zwecks Wiederbesetzung der völkerrechtlichen Lehrkanzel*, de 08.06.1933.

³⁰⁹ E isso porque o então presidente Masarik era amigo F. Weyr – o principal apoiador da ida de Kelsen à Tchecoslováquia. Em seu voto contrário à nomeação, o Prof. Mariano San Nicolò afirmou: “Meine Ablehnung des Antrags auf Berufung Prof. Kelsens stützt sich auf folgende Gesichtspunkte: 1) auf den Umstand, dass lange bevor die Fakultät sich mit der Angelegenheit befasst hatte, von politischer Seite der Versuch unternommen wurde, in das freie Vorschlagsrecht der Fakultät einzugreifen, indem die Berufung Prof. Kelsens als bevorstehend und sogar als vollzogene Tatsache ausgegeben wurde. (...)”. AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Hans Kelsen**. Erklärung San Nicolò, 25.10.1933.

³¹⁰ Por exemplo, para ele, Kelsen não se encontrava em uma situação de necessidade. Seu salário em Genebra seria suficiente para sua subsistência, de modo que os argumentos altruístas que fundamentavam sua nomeação, no princípio, não seriam procedentes. AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Hans Kelsen**. Erklärung Fritz Sander, 26.10.1933

³¹¹ “Da ich voraussah, dass es zu keiner genügenden Erörterung der Angelegenheit kommen werde, schlug ich, da Kelsen sich des Plagiates beschuldigt fühlte, die Anrufung eines staatlichen Gerichtes oder eines unabhängigen, aus beiderseitigen Vertrauensleuten bestehenden Schiedsgerichtes vor. Darauf ging aber Kelsen nicht ein.” AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Hans Kelsen**. Erklärung Fritz Sander, 26.10.1933. Interessante notar que Sander se manifestou sobre já mencionado prefácio de 1930: (...) wird jeder verstehen, der weiss, wie gerne man eine peinliche Sache, mit welcher eine frühere Freundschaft zerstört wurde, durch welche beide Teile fortwährend geschädigt werden, aus der Welt schafft.”

³¹² “Dazu kommt mein unüberbrückbarer Gegensatz zu Kelsen. Unter diesen Umständen ist es fast unvermeidbar, dass, wenn Kelsen neben mir wirkt, bald wieder sehr gespannte Verhältnisse herrschen werden, die leicht in einen neuerlichen persönlichen Konflikt ausarten könnten.” AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Hans Kelsen**. Erklärung Fritz Sander, 26.10.1933

um “doutrinador”, cuja principal preocupação era angariar alunos por onde passava. Se assim agisse naquela instituição, Sander seria obrigado a fazer o mesmo, defendendo de forma veemente suas convicções em sala de aula, possivelmente ocasionando conflitos pessoais.³¹³

Ao final de sua justificativa contrária à nomeação de Kelsen, uma sentença quase profética: se Kelsen fosse aceito, “*a paz jamais voltaria a reinar na Faculdade*”!³¹⁴

A tentativa de manter inocuada a cadeira de direito internacional foi encampada por mais quatro membros do colegiado: San Nicolò, Weizsäcker, Otto Peterka e Egon Weiss. No entanto, os outros sete integrantes não levaram a sério as súplicas do então diretor.

Kelsen se tornou Professor de Direito Internacional da *Deutsche Universität* apenas em 4 de maio de 1936.³¹⁵

5.2.3 Uma questão ideológica

Durante o procedimento de escolha que resultou na nomeação de Kelsen, revelou-se o profundo aspecto ideológico que marcava a *Deutsche Universität* em Praga. Em sua justificativa contrária à nomeação, Sander fez questão de registrar que ambos tinham *perspectivas diametralmente opostas*, em medida acima do usual.³¹⁶

Professores preocupados com a preservação da “essência alemã” naquele espaço se erguiam contra manifestações que supostamente não atendessem às diretivas políticas do novo governo alemão. Nesse sentido, a nomeação de Kelsen deveria ser combatida.

³¹³ AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Hans Kelsen**. Erklärung Fritz Sander, 26.10.1933.

³¹⁴ “Aus einer solchen Massnahme wird – wie jede ruhige Ueberlegung zeigen muss – schwerer Schaden für die Fakultät entstehen, in welcher der Friede nicht mehr wiederkehren wird!” AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Hans Kelsen**. Erklärung Fritz Sander, 26.10.1933.

³¹⁵ A nomeação do professor escolhido sofreu novos atrasos. Contudo, os motivos não podem ser verificados a partir das fontes existentes. Cf., a respeito, MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen: Leben und Werk**. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1969, p. 69-70, contando que a participação de Kelsen em um congresso de filosofia em Praga, no ano de 1934, foi abruptamente cancelada, aparentemente por motivos políticos, fazendo com que Weyr renunciasse à sua própria participação. Ademais, OLECHOWSKI, Thomas; BUSCH, Jürgen. Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag 1936-1938. Biographische Aspekte der Kelsen-Sander-Kontroverse. In: MALÝ, Karel; SOUKOUP, Ladislav. **Československé právo a právní věda v meziválečném období 1918-1938 a jejich místo v Evropě**. Praha 2010, p. 1121.

³¹⁶ “Völkerrecht und Staatsrecht lassen sich nicht genau trennen, und so würden sich ununterbrochen Reibungen ergeben, da Kelsens Ansichten von meinen nicht in gewöhnlichem Masse abweichen, sondern ihnen heute diametral entgegengesetzt sind.” AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Hans Kelsen**. Erklärung Fritz Sander, 26.10.1933.

Entre os membros do corpo docente da faculdade de direito, os principais defensores do nacionalismo alemão que se exacerbava eram San Nicoló, Weiszäcker e o judeu convertido Fritz Sander. Engajaram-se não apenas no âmbito universitário, mas também na produção legislativa e nos acontecimentos políticos da Tchecoslováquia.³¹⁷

Fritz Sander sustentava sua atuação por meio de seus trabalhos teóricos. Não mais falava em *teoria da experiência jurídica*, tampouco em neokantismo. Suas preocupações voltaram-se à configuração política do estado nacional e ao combate de certas posições ideológicas.

Estado era um aparato de poder e dominação, não fundado pela lei, mas dela criador.³¹⁸ A identidade entre direito e Estado outrora defendida passou a ser rechaçada, pois representaria, no fundo, a *apoteose* da democracia parlamentar. Implicitamente, criticavam-se concepções políticas de Kelsen.³¹⁹

A crítica à democracia parlamentar representativa era também entoada. Este seria um regime fraco, no qual as instituições manipulavam a vontade popular de acordo com o arbítrio dos partidos. Reinava a *ditadura do parlamento*, baseada na mitológica existência de uma vontade popular unificada, que no fundo nada mais era do que a maioria simples dos parlamentares.³²⁰

Essa ditadura de cunho liberal deveria ser suplantada por meios que efetivamente concedessem poder ao povo.³²¹ A proeminência do Presidente deveria ser afirmada.³²² A

³¹⁷ Um panorama abrangente da atuação de diversos Professores em Praga se encontra em GLETTLER, Monika; MÍŠKOVÁ, Alena. **Prager Professoren, 1938-1948**. Zwischen Wissenschaft und Politik. Essen: Klartext, 2001. Sobre a atuação de Wilhelm Weiszäcker, cf. o artigo de Joachim Bahlcke, p. 391 e ss.

³¹⁸ Esse posicionamento passou, na verdade, a se concretizar ainda em 1926, quando Sander já se ocupava com a sociologia jurídica. Cf. SANDER, Fritz. Das Verhältnis von Staat und Recht. Eine Grenzausinandersetzung zwischen allgemeiner Staatslehre, theoretischer Rechtswissenschaft und interpretativer Rechtsdogmatik. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**. N.F. 10, 1926, p. 153-227. A adoção do conceito de *Herrschaft* em sentido físico se encontra à p. 166 e ss.

³¹⁹ "So ist es denn auch leicht begreiflich, dass die schliessliche 'Lehre von der Ununterschiedenheit von Staat und Recht' aufs engste verbunden ist mit einer entschlossenen Stellungnahme für die 'parlamentarische Demokratie' und geradezu eine 'Apotheose' dieser Staatsform in sich schliesst." SANDER, Fritz. SANDER, Fritz. **Allgemeine Gesellschaftslehre**. Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1930, p. 534.

³²⁰ SANDER, Fritz. **Das Problem der Demokratie**. Brünn, 1934, p. 96

³²¹ SANDER, Fritz. **Das Problem der Demokratie**. Brünn, 1934, p. 120

³²² "Der Präsident der Republik muss aber, da ihm die politische Führung des Staates anvertraut ist und er sich auf die Volkswahl stützen kann, die Möglichkeit besitzen, sein Amt nicht bloss formal, sondern wirklich auszuüben, wie es ihm sein Wissen und Gewissen vorschreibt." SANDER, Fritz. **Das Problem der Demokratie**. Brünn, 1934, p. 139.

diferença entre *legislação constitucional* e *estado (status) constitucional* deveria ser compreendida.³²³

Sander se aproximava de outro famoso opositor de Kelsen: Carl Schmitt.³²⁴ Assim como ele, julgava perigosa a democracia subjacente à *teoria pura do direito*, explicitamente defendida por Kelsen em suas críticas políticas, e implicitamente disfarçada sob o pretexto de pureza metodológica e relativismo axiológico. Até mesmo os ataques à vazia noção de soberania eram repetidos. Na verdade, Sander sabia que tinha antecipado as críticas ideológicas à metodologia de Kelsen, que viriam a se agravar na luta por Weimar.³²⁵

Quando Sander proferiu seu voto contrário à nomeação de Kelsen, não eram apenas as antigas mágoas que o motivavam. Estavam em jogo concepções de mundo radicalmente distintas.³²⁶

³²³ SANDER, Fritz. **Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der Tschechoslowakischen Republik**. Brünn – Prag – Leipzig – Wien: Verlag Rudolf M. Rohrer, 1935. À p. 141, Sander responde uma acusação de plágio, que lhe havia sido imputada por Franz Adler.

³²⁴ Jana Osterkamp percebeu o paralelismo: “In einer argumentativen Parallele zu C. Schmitt wollte Sander im tschsl. Präsidenten einen ‘Hüter der >Staatsraison< und der >Volksraison< sehen und spielte mit dem Gedanken einer Präsidialdiktatur durch Ausschaltung des Parlaments.” OSTERKAMP, Jana. **Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920-1939)**. Klostermann, 2009, p. 56-57, em nota de rodapé. Também nesse sentido, KLETZER, Christoph. Fritz Sander. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELNY, K. (Hrsg). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 464. Em correspondência eletrônica, o biógrafo de Carl Schmitt, Reinhard Mehring, informou desconhecer indícios concretos de que Sander e Schmitt tenham mantido relações pessoais. No entanto, é certo que Schmitt tinha conhecimento teórico de Sander. Há duas evidências nesse sentido: 1) No catálogo de sua antiga biblioteca, há várias obras de Sander (disponível em www.carl-schmitt.de/download/biblio-cs.pdf); 2) mais importante, em 1919, quando Schmitt ainda não era um opositor de Kelsen, escreveu uma carta a um dos organizadores do *Zeitschrift für öffentliches Recht*, não identificado. Há bons motivos para acreditar que o organizador em questão fosse... o próprio Kelsen! Na carta, Schmitt examina o artigo *Das Faktum der Revolution*, rogando para si a originalidade de argumentações *descontinuistas* na teoria do direito. A carta está disponível no último volume da primeira série *Schmittiana*. TOMMISSEN, Piet (Hrsg). **Schmittiana**. Band VII. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. p. 375-377. A referência a essa carta foi feita, gentilmente, pelo Prof. Ari Solon.

³²⁵ “Zu jener Zeit, als ich bereits die liberalistische Staatslehre zu entlarven bemüht war, fand ich für diese Bemühung gar kein Verständnis, das einzige, was man beachtete, war der sich entwickelnde persönliche Streit mit Kelsen. Ich habe keinen Anlass, auf diesen Streit zurückzukommen, aber heute dürfte der bedeutsamere sachliche Hintergrund dieses Streites leicht verstanden werden können. Innerhalb des Kelsenschen Systems der ‘Reinen Rechtslehre’, die lauter versteckte liberalistische Axiome enthält, mussten die Ausführungen über den Methodenparallelismus von Theologie und Jurisprudenz, welche bei mir den Sinn hatten, versteckte ethisch-politische Postulate, insbesondere gerade die liberalistischen Postulate Kelsens aufzudecken, bestenfalls als eine logische Spielerei erscheinen. Wenn heute immer allgemeiner Kelsens Rechtslehre als ‘liberalistisch’ abgelehnt wird, ohne dass man meiner schon vor mehr als zehn Jahren erfolgten Ablehnung gedenkt, so darf ich wohl mit Nachdruck feststellen.” SANDER, Fritz. **Das Problem der Demokratie**. Brünn, 1934, p. 22-23.

³²⁶ As constatações de Sander parecem acertadas. Kelsen veio a revelar, de fato, o caráter profundamente democrático de sua metodologia, quando se referiu ao racionalismo crítico como *geistiger Lebensraum* da Democracia. Cf. KELSEN, Hans. *Verteidigung der Demokratie*. In: **Blätter der Staatspartei**, 2. Jahrgang, 1932, p. 90-98.

5.2.4 Estudantes Nacionalistas

As duas primeiras aulas de Kelsen na *Deutsche Universität* ganharam os jornais de Praga. Infelizmente, não por sua qualidade.

Na manhã da primeira aula, realizada em 22 de outubro de 1936, aproximadamente uma hora antes de seu início, estudantes nacionalistas iniciaram um protesto em frente ao auditório. O número aproximado era de 400 estudantes, que dificultavam o acesso ao local.³²⁷

Como o cancelamento da primeira preleção de Kelsen teria efeitos negativos para a faculdade, Kelsen foi conduzido, em meio ao tumulto, até a sala de aula. Ao chegar, foi recebido por alunos que permaneceram imóveis em seus lugares – àquela época, o costume acadêmico exigia que todos se levantassem.³²⁸

Kelsen iniciou sua aula dizendo: “Permitam-me, senhoras e senhores, iniciar minha aula sobre direito internacional com algumas considerações principiológicas.”³²⁹ Nesse momento, foi interrompido por gritos: “Abaixo os judeus! Todos os não-judeus, saiam da sala!”³³⁰

Estudantes com feições judaicas eram insultados. Iniciaram-se agressões físicas, mas Kelsen conseguiu regressar ileso à sala dos professores. O então diretor, Prof. Edgar Foltin, tentou negociar com os manifestantes, afirmando que Kelsen não tentaria nenhuma espécie de doutrinação política.³³¹

Foltin não obteve sucesso. No dia seguinte, o cenário se repetiu. Vários estudantes se aglomeraram no corredor, em frente à sala em que a aula deveria ocorrer. Quando

³²⁷ É o que se noticiavam, por exemplo, na capa do jornal *Prager Abendzeitung*, n. 243, de 22 de outubro de 1936, e o *Prager Tagblatt*, n. 247, de 23 de outubro de 1936.

³²⁸ KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 88.

³²⁹ *Prager Abendzeitung*, n. 243, de 22 de outubro de 1936, e o *Prager Tagblatt*, n. 247, de 23 de outubro de 1936.

³³⁰ “Nieder mit den Juden, alle Nichtjuden haben den Saal zu verlassen.” KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 88.

³³¹ Na mencionada edição do *Prager Tagblatt*: “Der Dekan der juristischen Fakultät, Professor Edgar Foltin, der bereits seit 7 Uhr früh im Karolinum war, erschien um 10 Uhr vormittags auf dem Gang und richtete an die Studenten eine Ansprache, in der er sagte, dass er jede Meinungsäußerung zu würdigen wisse, dass er aber den Studenten dringlich davon abrate, gegen Professor Kelsen zu demonstrieren. Kelsen habe ihm erklärt, dass er, seiner wissenschaftlichen Tradition entsprechend, sich bei seiner Lehrtätigkeit jeder politischen Meinungsäußerung enthalten werde.”

perguntados sobre o que faziam, informaram que queriam assistir à aula de Kelsen, e por isso se a transferiu para um auditório maior.³³²

Quando Kelsen repetiu as mesmas palavras do dia anterior para os aproximadamente cento e cinquenta alunos presentes, a maior parte deles se levantou e partiu, insultando os aproximadamente vinte que permaneceram.³³³ Kelsen continuou a falar, enquanto os protestos continuaram do lado de fora.

Em razão dos tumultuados acontecimentos, o Diretor Foltin declarou que todas as aulas estavam suspensas até segunda ordem. Seguia-se ordem do Ministério da Educação.³³⁴

A faculdade estava formalmente fechada.

* * *

“Prager Tagblatt. N. 247. Sexta-Feira, 23 de outubro de 1936.

Aula inaugural de Kelsen frustrada - Protestos estudantis nacionalistas

Praga. A Faculdade de Direito da Deutsche Universität, no Karolinum, foi ontem palco de um protesto dirigido contra a aula do recentemente nomeado professor de Direito Internacional Público, Dr. Hans Kelsen. O Professor Kelsen deveria ministrar sua primeira aula às dez horas da manhã. Deixou-se de realizar a costumeira preleção inaugural solene, à qual soem estar presentes os professores da faculdade. Uma vez que se tornaram públicos anúncios sobre protestos dirigidos contra Kelsen, a Direção da Faculdade de Direito ordenou, para o dia de ontem, a identificação obrigatória e, extraoficialmente, solicitou aos estudantes que se abstivessem da realização de protestos. A identificação obrigatória foi severamente observada. No entanto, depois que cerca de cinquenta estudantes haviam tido a entrada autorizada após a apresentação de suas carteirinhas, o portão foi arrombado violentamente, e os estudantes reunidos no hall de entrada, dos quais muitos não pertencentes à Faculdade de Direito, forçaram a entrada no Karolinum, ocupando o corredor do primeiro andar e o Auditório 2, no qual Kelsen deveria ministrar sua aula. Grande parte desses estudantes é integrante de grupos

³³² *Prager Abendzeitung*, n. 244, 23 de outubro de 1936.

³³³ *Prager Abendzeitung*, n. 244, 23 de outubro de 1936.

³³⁴ *Prager Abendzeitung*, n. 244, 23 de outubro de 1936.

nacionalistas, mas também estudantes partidários de outras ideologias, cuja opinião a respeito de Kelsen é positiva, compareceram ao local. Por várias vezes repetiram-se, em alta voz, brados antissemitas, e alunos e alunas com feições judaicas foram violentamente retirados da sala e do corredor. Toda a movimentação foi dirigida por um estudante que havia se posicionado em frente à sala dos professores.”

* * *

Nos dias seguintes, os protestos se transformaram em ameaças. Kelsen recebeu diversas cartas estampadas com suásticas, nas quais era ameaçado de morte. A viúva de Theodor Lessing o visitou e pediu a ele que levasse a sério as ameaças. Lessing recebera uma carta muito parecida, pouco antes de ser assassinado em Marienbad.³³⁵

Por trás dos acontecimentos, provavelmente estava quem anunciou, anos antes, que a paz não voltaria a reinar na faculdade de direito caso Kelsen se tornasse professor: Fritz Sander.³³⁶

Imagem 6 - Capa do Prager Abendzeitung de 23 de outubro de 1936, noticiando o fechamento da Faculdade de Direito em razão dos protestos na aula inaugural de Kelsen.

³³⁵ KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 89.

³³⁶ Curiosamente, Sander dirigia-se a Kelsen demonstrando claramente a intenção de se reaproximar. “Als ich in mein Hotel zurueckging, bat er mich begletein zu dürfen. Er dankte mir in sehr herzlichen Worten und bat mich – ich zitiere jetzt woertlich – ihm und seine Frau die Ehre zu tun sie ih ihrem Heim zu besuchen. Er hat mich waehrend der Zeit da ich in Prag war nicht nur mit Aufmerksamkeiten ueberhaeuft, sondern mir auch immer wieder versichert wie gluecklich er sei mit mit wieder in Verbindung zu sein; ich sei der einzige Mensch mit dem ihm ein Gedankenaustausch persoenlich moeglich sei. Zu gleicher Zeit hat er die Demonstrationen, die seitens der nationalsozialistischen Studenten an der Prager Deutscher Universitaet gegen mich veranstaltet wurden, wenn nicht direkt organisiert, so doch durch seine aktive Verbindung mit der nationalistischen Studentenschaft moralisch unterstuetzt.” KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 67. Em uma nota sobre Hans Kelsen em Praga, Hans Georg Schenk, presente na aula inaugural, relatou o seguinte: “I have very good reason to believe that the instigator of the demonstration was one of Kelsen’s former disciples who, though himself of Jewish origin, tried to curry favor with the Henlein party.” SCHENK, Hans Georg. Hans Kelsen in Prague: a personal reminiscence. In: **California Law Review**. 59, 1971, p. 615.

6. DESFECHO

*"Sander foi, sem dúvidas, um de meus alunos mais vocacionados, com grande disciplina, com intuições originais e energia espiritual extraordinária."*³³⁷

Quando os tumultos na faculdade de direito da *Deutsche Universität* foram definitivamente contidos e as aulas voltaram a ser ministradas, Kelsen colocou seu cargo à disposição do então Presidente da República, na esperança de evitar novos tumultos.

O Presidente Beneš pediu a ele que desse nova chance à *Deutsche Universität*, pois o prestígio de seu governo estava em jogo.³³⁸ A permanência de Kelsen em Praga se estendeu por um ano – entre o semestre de inverno de 1936/37 e o semestre de inverno de 1937/38 – até que obteve licença para ficar em Genebra por todo um semestre. Durante o restante de sua estada em Praga, não há registros de outras manifestações ou protestos contrários a ele.³³⁹

Enquanto estava na pacata Suíça, a situação política na Tchecoslováquia tornou-se caótica. A permanente tensão entre nacionalistas alemães e patriotas tchecos teve como desfecho a anexação do Sudeto à Alemanha. Beneš renunciou. Heinlein cantava marchas nacionalistas pelas ruas. O destino daquele país era incerto.³⁴⁰

Em um primeiro momento, Kelsen solicitou a ampliação de sua licença. No entanto, pressentindo o perigo, e antes mesmo de ver seu pedido apreciado, entrou em contato com o Ministério da Educação para informar que não regressaria à Tchecoslováquia, para firmar-se na América.³⁴¹

³³⁷ KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 64.

³³⁸ KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 90.

³³⁹ Até porque, Kelsen passou a ministrar suas aulas com a presença de detetives em sala de aula. Além disso, as manifestações que levaram ao fechamento da faculdade foram apuradas. As investigações foram noticiadas nos jornais da época, e levaram à suspensão temporária de ao menos um estudante supostamente responsável. “Ausserdem gab mir die Polizei zwei Detektive bei, die mich ueberallhin begleiteten. In meinen Vorlesungen sass einer in der ersten und der andere in der letzter Bank, ein groteskes Bild akademischer Freiheit!” KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 89.

³⁴⁰ Além do excelente trabalho de Jürgen Busch e Thomas Olechowski (OLECHOWSKI, Thomas; BUSCH, Jürgen. Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag 1936-1938. Biographische Aspekte der Kelsen-Sander-Kontroverse. In: MALÝ, Karel; SOUKOUP, Ladislav. **Československé právo a právní věda v meziválečném období 1918-1938 a jejich místo v Evropě**. Praha 2010, p. 1106-1134), um interessante relato sobre esse período, sob a perspectiva nacionalista – portanto contrária a Kelsen – se encontra em WOLMAR, Wolfgang Wolfram von. **Prag und das Reich**. 600 Jahre Kampf deutscher Studenten. Dresden: Franz Müller Verlag, 1943. O relato sobre a passagem de Kelsen pela *Deutsche Universität* se inicia à p. 631.

³⁴¹ Carta de Kelsen à Faculdade de Direito da *Deutsche Universität*, de 6 de outubro de 1938. Disponível em AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Hans Kelsen**.

Encerrava-se, assim, a relação acadêmica de Kelsen com o velho mundo, ao menos sob o ponto de vista formal.

Em seus últimos anos em Praga, Fritz Sander cooperou intensamente com o projeto nacionalista alemão. Sua participação na anexação do Sudeto à Alemanha teve grande importância.³⁴²

Quando os professores da *Deutsche Universität* receberam a ordem de deixar temporariamente a Tchecoslováquia, em 1938, Sander partiu com sua família para a Suécia. Com a suspensão da ordem, seus colegas se empenharam para viabilizar seu regresso, apesar de sua ascendência judaica. Era um reconhecimento dos “*relevantes serviços que prestou ao Partido*”.³⁴³

Na esfera teórica, seu último trabalho publicado versava sobre a essência do *Führer-Staat*, no qual se nota a linguagem confusa e pesada que marcou a fase final de sua carreira.³⁴⁴

³⁴² Segundo Slapnicka, que o conheceu, “1938 vermittelte er beim Versuch einer Neugestaltung des tschech.-dt. Verhältnisses zwischen der tschechoslow. Regierung und der Verhandlungsdelegation der Sudetendeutschen Partei.” SLAPNICKA, Helmut. Fritz Sander. In: **Österreichisches Biographisches Lexikon**. 1815-1950. Bd. 9. 1988, p. 411. O próprio Kelsen relata que Sander teria confessado a ele sua participação nos bastidores desse evento político. KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 67.

³⁴³ “Wegen Sander habe ich ebenfalls etwas unternommen. Wir schätzen die Dienste, die er der Partei geleistet hat und man ist hier der Ansicht, dass man ihm eine Sonderstellung einräumen muss. Er selber hat mir inzwischen aus Schweden geschrieben.” Carta de San Nicolò a Wilhelm Weiszäcker, de 27 de setembro de 1938. In: AAV ČR. **Fond Weiszäcker**. Karton 7. Poucos dias depois, em carta de 5 de outubro de 1938, San Nicolò queixava-se da partida abrupta de Sander para a Suécia e delegando a função de ajudá-lo para o SDP (Sudetendeutsche Partei): “Sander, für den ich hier interveniert hatte und dessen Sache sehr gut stand, hat den Blödsinn begangen zunächst nach Schweden abzdampfen und kommt morgen angeblich hieher; auch reichlich spät. Vielleicht kann ihm die SDP helfen”. A carta está no mesmo acervo mencionado nesta nota.

³⁴⁴ “Das Wort ‘Führer-Staat’ bezeichnet also weder die Führermacht eines ausübungsbereiten Inhabers als eine Art des Staates, neben welcher sich die Befehl-Herrscher-Macht eines ausübungsbereiten Inhabers als andere Art finden würde, noch bezeichnet dieses Wort bloss die Führermacht eines ausübungsbereiten Inhabers als besonderen Status der Vergesellschaftungs-Macht, sondern dieses Wort bezeichnet einen besonderen Gesamt-Status, in welchem eine Führermacht gegenüber anderen Menschen verbunden ist, und die Ausübungs-Bereitschaft des Inhabers dieser beiden Mächte derart beschaffen ist, dass er mit jeder in Frage kommenden Verhalten-Werbung auf die Ausübung einer dieser beiden Mächte zielen wird, und zwar immer primär auf die Ausübung der Führermacht, und subsidiär auf die Ausübung der Befehl-Herrschermacht.” SANDER, Fritz. Das Wesen des Führer-Staates. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band XVIII. Wien: Verlag von Julius Springer, 1939, p. 161-223. Aqui, p. 206. Importante notar que, em 1939, Kelsen não era mais editor do *Zeitschrift für öffentliches Recht*. Essa função havia sido delegada a Alfred Verdross, que conseguiu articular politicamente para permanecer na Áustria durante o regime nazista. O episódio em que Kelsen saiu do periódico e Verdross foi nomeado levou a uma temporária ruptura das relações entre eles. A esse respeito, o importante e revelador trabalho de BUSCH, Jürgen. Verdross im Gefüge der Wiener Völkerrechtswissenschaft vor und nach 1938. In: MEISSEL, F. et al. (Hsbg) **Vertriebenes Recht – vertreibendes Recht**. Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1938-1945, construído a partir das correspondências entre Kelsen e Verdross após a guerra. Juridicum Spotlight, 2.

Paralelamente aos escritos políticos, preparava uma *Teoria Geral do Direito*.³⁴⁵

Sander faleceu em 3 de outubro de 1939, em sua residência. As circunstâncias eram obscuras. Disseminaram-se rumores de que teria cometido suicídio – um indício nesse sentido seria o fato de que sua cerimônia de cremação foi celebrada por um pastor evangélico, e não por um padre da igreja católica.³⁴⁶ No entanto, seu atestado de óbito, disponível no Arquivo Nacional de Praga, indica que a causa de sua morte foi um infarto no miocárdio.³⁴⁷

Ao final de sua vida relativamente curta – morreu aos cinquenta anos – supostamente aguardava o desfecho de um processo em que pleiteava ser declarado ariano.³⁴⁸ A julgar pelos discursos proferidos em sua cremação, testemunhas de seu empenho pela causa alemã não faltariam. O discurso de Weiszäcker, por exemplo, é uma ode à contribuição de Sander. Como não poderia deixar de ser, não faltaram, mesmo em seu leito de morte, referências a Kelsen.³⁴⁹

Wien: Manz, 2012, p. 139-169. Sobre certo antissemitismo por parte de Verdross e alinhamento, ver também LESER, Norbert. *Skurrile Begegnungen*. Wien: Böhlau, 2011, p. 129-131.

³⁴⁵ Já em sua *Allgemeine Staatslehre*, Sander anuncia a elaboração de uma obra nesse sentido. “Eine eingehende Untersuchung des Problems des Rechtes wird meine in Vorbereitung befindliche ‘Allgemeine Rechtslehre’ enthalten.” SANDER, Fritz. *Allgemeine Staatslehre*. Eine Grundlegung. Verlag Rudolf M. Rohrer, 1936, p. 441, em nota de rodapé. Além disso, no discurso que fez na cerimônia de cremação de Sander, Weiszäcker também comentou que estava em curso uma obra nesse sentido. Com a generosa ajuda de Alena Mišková, tive a sorte de encontrar parte do manuscrito no acervo de Weiszäcker na Academia de Ciências em Praga. Infelizmente, em razão dos propósitos deste trabalho, a parte encontrada, que versa sobre direito e justiça, terá que ser examinada em outra oportunidade.

³⁴⁶ Essa tese é levantada por OLECHOWSKI, Thomas; BUSCH, Jürgen. Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag 1936-1938. Biographische Aspekte der Kelsen-Sander-Kontroverse. In: MALÝ, Karel; SOUKOUP, Ladislav. *Československé právo a právní věda v meziválečném období 1918-1938 a jejich místo v Evropě*. Praha 2010, p. 1130. Contudo, os autores excluem a possibilidade de suicídio, com base em arquivos disponíveis no Arquivo Nacional de Praga, mencionados na nota seguinte.

³⁴⁷ NÁRODNÍ ARCHIV. PŘ 1931-1940, Kar. 10314, Sig. S478/7.

³⁴⁸ É o que diz OBERKOFLER, Gerhard. Archivalische Notizen zum theoretischen Umfeld des Österreichischen Verfassungsrecht an der Universität Wien um 1930. In: DIMMEL, Nikolaus; NOLL, Alfred (Hgb.). *Verfassung*. Juristische-politische und sozialwissenschaftliche Beiträge anlässlich des 70-Jahr-Jubiläums des Bundes-Verfassungsgesetzes. Wien: Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1990, p. 85. Os documentos referentes a esse pleito não se encontram, atualmente, nos arquivos da antiga *Deutsche Universität*.

³⁴⁹ “Wieder stehen Universität und Fakultät an dem Sarge eines ihrer Professoren. Wieder ist ihnen ein Mitglied durch plötzlichen Tod entrissen worden. Diesmal wenigstens kam der Tod mit milder Hand. Fritz Sander, der Verfassungsrechtler unserer Universität, war ein Gelehrter von Format. Sein Leben füllt ein Blatt in der Geschichte unserer ehrwürdigen Hochschule. Seine überaus reichhaltige wissenschaftliche Tätigkeit kreiste in der Hauptsache um die Begriffe Recht und Staat. Was ist Recht? Was ist Staat? Und wie verhalten sich diese beiden zu einander? In eindringlicher Forschung ergab sich ihm etwa folgender Standpunkt: Recht ist besondere Lage, Zustand, Staat ursprüngliche Herrschermacht. Er befand sich damit in schärfstem Gegensatz zu der früher herrschenden positivistischen Anschauung, wie sie insbesondere Hans Kelsen formulierte, Recht sei eine Summe von Normen, der Staat aber die Rechtsordnung selbst. In diesem Gegensatz der wissenschaftlichen Auffassung war aber auch der Gegensatz der Weltanschauung enthalten: Hier autoritär und national, dort liberal-demokratisch und international. So hängt denn Fritz Sanders

Por muitos anos, Sander permaneceu em quase completo esquecimento.³⁵⁰

* * *

No plano pessoal, a controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander se encerrou em 1939. No plano teórico, ela se estendeu por muitos anos, na medida em que Kelsen jamais deixou de questionar os fundamentos de sua *teoria pura do direito*.

Sem que existam referências expressas, é difícil afirmar o quão determinante foi uma crítica para que ocorressem modificações em uma teoria específica. No entanto, parte substancial das alterações feitas ao longo do tempo na *teoria pura do direito* poderia ser reconduzida à controvérsia entre Kelsen e Sander.

Entre as percepções esboçadas por Kelsen em seu primeiro grande trabalho (*Hauptprobleme*) e as que fundamentam sua obra póstuma,³⁵¹ há um abismo. Constatase um nítido enfraquecimento de sua vocação normativista. A filosofia neokantista foi progressivamente abandonada, até que renunciasse expressamente à ideia de *norma fundamental* como pressuposto hipotético-gnosiológico, para tratá-la como *ficção*. Quem outrora se perdia no reino da idealidade – apesar de alguns lampejos de facticidade –, parecia agora mergulhar em um realismo tardio, preocupado em maior medida com a dimensão processual do direito.³⁵²

positivistische Stellung und Tätigkeit mit seiner wissenschaftlichen Arbeit aufs engste zusammen.” Mais adiante, referindo-se à participação na faculdade: “Den Kern des Widerstandes innerhalb der Fakultät bildeten drei Männer: San Nicolò, Fritz Sander und auch ich durfte mich zu ihnen gesellen. Gelegentlich unterstützt durch gutgesinnte Freunde haben sie den Kampf um die Deutscherhaltung der Fakultät geführt.” (grifou-se). O discurso é de 6 de outubro de 1939. Está disponível em AAV ČR. **Fond Weizsäcker**. Karton 7.

³⁵⁰ Salvo, é claro, por pequenos trabalhos dedicados a analisar sua obra, além de citações esparsas. Além dos já mencionados neste trabalho, por exemplo: VOEGELIN, Erich. Zu Sanders “Allgemeiner Staatslehre”. In: **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I (neue Folge), 1948; DOLP, Robert. Die Rechtslehre Fritz Sanders. In: **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band V (neue Folge), 1953; BOBBIO, Norberto. Fritz Sander. In: **Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto**. Anno XX. Serie II. 1940-XVIII, entre outros. Está errada a afirmação de Korb no sentido de que somente o trabalho de Dolp se dedica exclusivamente ao trabalho de Fritz Sander. KORB, Axel-Johannes. **Kelsens Kritiker**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 8, em nota de rodapé.

³⁵¹ KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien: Manz-Verlag, 1979.

³⁵² É marcante, nesse sentido, a participação de Kelsen no famoso Congresso de Salzburgo, em 1962. Cf. KELSEN, Hans. Diskussionsbeitrag. In: **Die Grundlage der Naturrechtslehre**. Wien, 1963, p. 118 e ss. Na síntese precisa do Prof. Ari Solon: “Particularmente fascinante é o fato de Kelsen haver chegado ao ponto mais próximo de uma filosofia das normas empirista ao mesmo tempo em que retornava ao ponto de partida: os mesmos autores do Século XIX que criticara, muitos dos clássicos da pandectística, são os juristas que são citados com aprovação na obra póstuma, fornecendo-lhe uma visão das normas jungidas a atos de vontade e não de razão.” SOLON, Ari Marcelo. **Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito**. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 124.

Essa mudança de percepções sobre o direito e o modo de conhecê-lo refletia em pontos específicos. Alguns exemplos podem ser brevemente mencionados.³⁵³

Pense-se, em primeiro lugar, no conceito de *imputação*. Antes concebido como o elemento de conexão entre objeto normativo (comportamento) e sujeito, passou a abarcar a noção de *autoridade*.³⁵⁴ Se antes representava a “*legalidade estrita do direito*” tornou-se um “*princípio do conhecimento*”, assumindo, com clareza, sua natureza de categoria pertencente à *ciência jurídica*.³⁵⁵

As oscilações da relação de Kelsen com a *lógica* são famosas. No início, seu campo de aplicação incidia indistintamente sobre direito e *ciência jurídica*. Kelsen não teria problemas em falar de “*operações lógicas*” também no âmbito do direito – embora não se tratasse de lógica formal ou de meras subsunções. Nas famosas correspondências com Klug,³⁵⁶ reviu essa posição. Involuntariamente, contribuiu – mesmo que não lograsse êxito – para que ruísse a “*última fortaleza do direito natural*”.³⁵⁷

As expressões *Rechtssatz* e *Rechtsnorm* eram frequentemente empregadas como sinônimos nos primeiros trabalhos de Kelsen. A falta de clareza entre juízos *sobre o direito* e juízos *do direito* deu margem para que Sander o acusasse de confundir as duas esferas.³⁵⁸ Era necessário evidenciar, também terminologicamente, que a ciência jurídica não era *fonte de direito*.

³⁵³ Não está entre os objetivos deste trabalho fazer um panorama abrangente das transformações pelas quais passou *teoria pura do direito* ao longo das décadas em que Kelsen viveu. Sobre essa tema, há vários trabalhos escritos, alguns, inclusive, já referenciados na nota de rodapé n. 89.

³⁵⁴ “Dass die Bedeutung der Verknüpfung der Elemente im Rechtssatz verschieden ist von der Verknüpfung der Elemente im Naturgesetz, geht darauf zurück, dass die Verknüpfung im Rechtssatz durch eine von der Rechtsautorität, also durch einen Willensakt gesetzte Norm hergestellt ist, während die Verknüpfung von Ursache und Wirkung, die im Naturgesetz ausgesagt wird, unabhängig von jedem solchen Eingriff ist”. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Zweite Auflage. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960, p. 80.

³⁵⁵ “(...) ein Prinzip angewendet wird, das dem der Kausalität zwar analog ist (...)”. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Zweite Auflage. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960, p. 80.

³⁵⁶ KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. **Ein Briefwechsel. 1959-1965**. Wien: Deuticke, 1981.

³⁵⁷ Como queria Fritz Sander em *Zur Methodik der Rechtswissenschaft*, na crítica a Kaufmann, mencionada no Capítulo 4.

³⁵⁸ “Dies ist der Sinn der These, die ich in meinem Buche *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz* (1911) vertreten habe. Aber ich habe diesen Sinn nicht klar genug gemacht, da ich den Unterschied zwischen Rechtssatz und Rechtsnorm noch nicht terminologisch zum Ausdruck gebracht habe. In der ersten Auflage der gegenwärtigen Schrift ist zwar der Gegensatz zwischen der Rechtsnormen erzeugenden Funktion der Rechtsautorität und der Rechtssätze formulierenden Rechtswissenschaft nachdrücklichst betont; aber die Differenzierung von Rechtsnorm und Rechtssatz ist terminologisch noch nicht konsequent festgehalten.” KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Zweite Auflage. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960, p. 83.

Também a teoria hermenêutica de Kelsen parece ter sido influenciada por Sander. Desde cedo, o *enfant terrible* apontou a indistinção entre *interpretação* e *aplicação*.³⁵⁹ Não existiria *subsunção* em direito. As possibilidades semânticas decorrentes das *molduras jurídicas*³⁶⁰ eram várias, e o ato de vontade de uma autoridade poderia recair até mesmo fora delas. Mesmo a diferença entre interpretação *autêntica* e interpretação *científica* fora prevista por Sander.³⁶¹

Em resumo, a tão propalada “virada realista” de Kelsen – decorrente das diversas transformações pelas quais passaram os fundamentos normativistas de sua teoria – acabou o aproximando de seu antigo desafeto. A obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* é uma profunda confissão velada de que Sander tinha razão em grande parte de suas críticas.

Kelsen não escapou do marcante destino de ser *aluno* de seu *aluno*.

A controvérsia descrita não teve impactos apenas na vida de Kelsen, Sander e dos demais integrantes da Escola Jurídica de Viena. Mais do que isso, simbolizou as angústias de quem dedica uma vida ao direito. Como estudá-lo? Como apreender um fenômeno tão fortemente marcado “pelo compasso do coração”?³⁶²

³⁵⁹ “Im *Rechtsverfahren* als der Methodik der rechtlichen Reihenbildung heben ‘Auslegung’ und ‘Anwendung’ des Rechtes einander auf: es gibt keine ‘Auslegung’ ohne ‘Anwendung’, d.h. gerade und nur in der Beziehung auf rechtserhebliche Tatsachen erschliesst sich der Sinn der Rechtsbegriffe.” SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 11.

³⁶⁰ Como já falava Sander na resposta a Stark, apresentada no Capítulo 2.

³⁶¹ “Il metodo della scienza giuridica deve ora adattarsi al compito di trovare e determinare gli atti giuridici passando attraverso le espressioni giuridiche. Questo compito è stato finora chiamato “interpretazione”. Ma finora l’interpretazione, spiegazione scientifica dei documenti giuridici, fu soggetta al preconconcetto della teoria idealistica del diritto, che si arrogava la facoltà di introdurre nel reale diritto i suoi ideali, espressi o no, e ammetteva un’interpretazione libera, creatrice, della Giurisprudenza. La teoria realistica del diritto respinge questa concezione, perchè comprende che la così detta interpretazione dei documenti giuridici per opera della Giurisprudenza è un compito esclusivamente riproduttivo. Se la scienza giuridica idealistica interpreta un documento legale, il risultato di questa interpretazione è solamente un desiderio, una esigenza, un’aspettazione, una finzione pedagogica, non un reale diritto. Se invece la scienza giuridica vuole comprendere il reale diritto, deve domandare in qual modo gli atti giuridici che si riferiscono a quella legge, per esempio le sentenze giudiziali, comprendono, spiegano, “interpretano” la legge. Perocchè la “leggel” stessa pone il suo senso come determinato da futuri atti giuridici: solo gli “organi”, non i giuristi come tali, costituiscono senso giuridico, pongono in essere atti giuridici.” SANDER, Fritz. Sui compiti di una teoria realistica del diritto. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Anno IV. 1924, p. 376-377.

³⁶² “Setzt man die Vergleichung fort, so zeigt sich eine neue Eigentümlichkeit des Gegenstandes der Jurisprudenz darin, daß das Recht nicht bloß im Wissen, sondern auch im Fühlen ist, daß ihr Gegenstand nicht bloß im Kopfe, sondern auch in der Brust des Menschen seinen Sitz hat.“ KIRCHMANN, Julius Hermann von. **Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft**. Heidelberg: Manutius Verlag, 1988, p. 21.

Ela possui caráter eterno: seus desfechos se alternarão e adquirirão novas feições. Como em um réquiem sem fim. Ou como nos versos de Goethe que iniciam e encerram este trabalho:

*Não poder terminar, engrandece-te.
A nunca começar, destina-te.
Gira canção em voltas celestiais,
Início e fim eternamente iguais,
O instante intermediário
É fim, começo, resultante e originário.*

* * *

Úmrtní listek.

Číslo domu 418 Číslo ulice Vrbovice Nemocnice

Dne 3.10. 1939 zemřel

Příjmení a jméno prof. Fritz Sander

Zaměstnání, stav univ. prof., senát a Matildou, rozn. Jungwirthovou

Stáří 8.6. 1889 Místo narození Vídeň

Obec domovská Praha

Poslední byt Praha-Vrbovice, Kotonská-Op. 418

Náboženství Vyznání fín.katol.

Nemoc sclerosis arteriarum coronarius, myocarditis chronica

Pro Vrbovice

Listek ohledací vydán straně k převozu do

Pohřbu do Kremce 6.10.1939.

Registralní úřad v Praze ve Vrbovicích
dne 6. X. 1939

Hlavní město Praha - 2. díl. 90.

Imagem 7 – Cópia do Atestado de Óbito de Fritz Sander, indicando como causa da morte sclerosis arteriarum coronarium, myocarditis chronica. Fonte: Národní Archiv.

REFERÊNCIAS

1. ARQUIVOS E ACERVOS PESQUISADOS

ARCHIV ČESKOSLOVENSKÉ AKADEMIE VĚD (AAV ČR). **Fond Fritz Sander.**

AAV ČR. **Fond František Weyr.**

AAV ČR. **Fond Weiszäcker.**

ARCHIV DER KARLS-UNIVERSITÄT (AUK). Deutsche Universität (NU). Juristische Fakultät. **Personal-Akt Fritz Sander.**

AUK NU. Juristische Fakultät. **Personalakt Hans Kelsen.**

ARCHIV DER UNIVERSITÄT WIEN (AUV). Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen.**

AUV. **Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät.** 1907-1911.

AUV. **Personalblatt Fritz Sander.**

AUV. **Personalblatt Hans Kelsen.**

AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen.** Akt n. 7 (Erhebungsakt).

AUV. Akademischer Senat. **Disziplinarfall Hans Kelsen.** Akt n. 10 (Gutachten Prof. Menzel).

AUV. **Öffentliche Vorlesungen an der Juristischen und Philosophischen Fakultät der Universität zu Wien im Wintersemester 1920/21.** Wien, 1920, p. 7-8..

NÁRODNI ARCHIV. PŘ 1931-1940, Kar. 10314, Sig. S478/7.

ÖSTERREICHISCHES STAATSARCHIV (ÖStA). Kriegsarchiv. **Militärgerichtsarchiv. Personalunterlagen zu Gerichtspersonen.** Signatur: AT-OeStA/KA MGA Pers.

ÖStA. Allgemeines Verwaltungsarchiv. **k.k. Handelsministerium. Fasz. 1583. Z. 61837/IV.** 1918.

2. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hanna. **Origens do Totalitarismo.** Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. Fritz Sander. In: **Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto.** Anno XX. Serie II. 1940-XVIII.

BÜLOW, Oskar v. **Gesetz und Richteramt.** Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885.

BÜLOW, Oskar. Klage und Urteil – eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß. In: **Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß**. Bd. 31, 1903, p. 191 e ss.

BUSCH, Jürgen. Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg: Achsenzeit einer Weltkarriere. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schrittenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 211-230.

BUSCH, Jürgen. Hans Kelsen an der Exporakademie in Wien (1908-1918). In: OLECHOWSKI, T.; NESCHWARA, C.; LENGAUER, A. (Hrsg.). **Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag**. Wien, Köln, Weimar: 2010, 69-108.

BUSCH, Jürgen. Verdross im Gefüge der Wiener Völkerrechtswissenschaft vor und nach 1938. In: MEISSEL, F. *et al.* (Hsgb) **Vertriebenes Recht – vertreibendes Recht**. Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1938-1945.

CADORE, Rodrigo Garcia. **Vivência Jurídica**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.

CASSIRER, Ernst. **Substanzbegriff und Funktionsbegriff**. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik. 7. Auflage. Darmstadt: Wiss. Buchges, 1994.

COHEN, H.. **Logik der reinen Erkenntnis**. Berlin, 1902.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

DREIER, Horst. Hans Kelsen (1881-1973): “Jurist des Jahrhunderts”?. In: HEINRICHS, H. et. al. (Hrsg.) **Deutsche Juristen jüdischer Herkunft**. München: C.H. Beck, 1993, p. 705-732.

DOLP, Robert. Die Rechtslehre Fritz Sanders. In: **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band V (neue Folge), 1953.

EHRlich, Eugen. **Die juristische Logik**. Mohr: 1918.

EWALD, Oskar. Die deutsche Philosophie im Jahre 1911. In: **Kant-Studien**, 17, 1912, p. 398.

FAVRE, José Gómez de la Serna. La nueva Filosofía del Derecho: Sander. In: **Revista de Estudios Políticos**, Tomo XX1-XXI1, núm. 39-40-41-42, 1948, p. 168-196.

FISCHER, Jens Malte. **Gustav Mahler: Der fremde Vertraute**. DTV, 2010.

GLETTLER, Monika; MÍŠKOVÁ, Alena. **Prager Professoren, 1938-1948**. Zwischen Wissenschaft und Politik. Essen: Klartext, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Rechtslage – eine Kritik des prozessualen Denkens**. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1925.

GOLLER, Peter. **Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848-1945)**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *O Affaire Dreyfus e as Cartas de Inglaterra* de Rui Barbosa. In: BARBOSA, Rui. **O Processo do Capitão Dreyfus**. São Paulo: Giordano, 1994.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Dante por Kelsen. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, v. 1, 1991, p. 61-66.

HEISENBERG, Werner. **A Parte e o Todo**: Encontros e conversas sobre física, filosofia, religião e política. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

HOLZHEY, Helmut. Rechtserfahrung oder Rechtswissenschaft – eine fragwürdige Alternative. Zu Sanders Streit mit Kelsen. In: WEINBERGER, Ota; KRAWIETZ, Werner (Hsgb.) **Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker**. Wien, New York: Springer Verlag, 1988, p. 47 e ss.

HUSSERL, Edmund. **Logische Untersuchungen – Prolegomena zur reinen Logik**. 7. Auflage. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1993.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**. Trad. de Marcio Suzuki. Aparecida: Idéias e Letras, 2006.

JANIK, Allan. TOULMIN, Stephen. **A Viena de Wittgenstein**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

JANSEN, Letácio; MANNHEIMER, Marcia Latgé. Notas sobre o livro ‘Hans Kelsen – Vida e Obra’, de Rudolf Alladár Metall. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, 49, 1996, 145 e ss.

JESTAEDT, Matthias. Hans Kelsens Reine Rechtslehre – Eine Einführung. In: KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Mohr Siebeck, 2008, p. XI e ss.

KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten**. Frankfurt: Suhrkamp, 1977.

KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1998.

KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1999.

KANTOROWICZ, Hermann (Gnaeus Flavius). **Der Kampf um die Rechtswissenschaft**. Heidelberg: Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906.

KARNES, Kevin. Wagner, Klimt and the Metaphysics of Creativity in *fin-de-siècle* Vienna. **Journal of the American Musicological Society**. Vol. 62, n. 3 (Fall, 2009), p. 647-697

KAUFMANN, Erich. **Kritik der Neukantischen Rechtsphilosophie**. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft. Tübingen, 1921.

KAUFMANN, Felix. **Logik und Rechtswissenschaft**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1922. Aalen: Scientia Verlag, 1966.

KAUFMANN, Felix. **Die Kriterien des Rechts**. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1924.

KAUFMANN, Felix. Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre? Eine Entgegnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band III. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922, p. 236 e ss

KELSEN, Hans. **Die Staatslehre des Dante Alighieri**. Wien, Leipzig: Franz Deuticke, 1905.

KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. Tübingen: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1911.

KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. 2. Neudruck der zweiten, um eine Vorrede vermehrten Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923.

KELSEN, Hans. **Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts**. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.

KELSEN, Hans. **Der soziologische und der juristische Staatsbegriff**. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1922.

KELSEN, Hans. Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band III. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922

KELSEN, Hans. In eigener Sache. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. III. Band. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922/23.

KELSEN, Hans. **Österreichisches Staatsrecht**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923.

KELSEN, Hans. **Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung**. Wien: Verlag von Julius Springer, 1928.

KELSEN, Hans. Verteidigung der Demokratie. In: **Blätter der Staatspartei**, 2. Jahrgang, 1932.

KELSEN, Hans. A Competência da Assembléia Nacional Constituinte. In: **Política – Revista de Direito Público, Legislação Social e Economia**. Ano 1, n. 1. Rio de Janeiro, 1934

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Mohr Siebeck, 2008.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Zweite Auflage. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960.

KELSEN, Hans. Diskussionsbeitrag. In: **Die Grundlage der Naturrechtslehre**. Wien, 1963, p. 118 e ss.

KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien: Manz-Verlag, 1979.

KELSEN, Hans. **Hans Kelsen im Selbstzeugnis**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

KELSEN, Hans. Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrsgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010.

KELSEN, Hans. Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrsgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010.

KELSEN, Hans. Über Staatsunrecht. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrsgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010.

KELSEN, Hans. Gott und Staat. In: **Logos**. 11. 1922-23, 261-284.

KELSEN, Hans. Was ist die Reine Rechtslehre. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrsgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010.

KELSEN, Hans. Kausalität und Zurechnung. KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrsgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010.

KELSEN, Hans. Zur Theorie der Interpretation. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrsgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band II. Wien: Verlag Österreich, 2010.

KELSEN, Hans; EHRLICH, Eugen. **Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft**. Eine Kontroverse (1915/17). Baden-Baden: Nomos, 2003.

KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. **Ein Briefwechsel. 1959-1965**. Wien: Deuticke, 1981.

KIERULLF, Johann Friedrich Martin. **Theorie des Gemeinen Civilrechts**. Band I. Altona, 1839.

KIRCHMANN, Julius Hermann von. **Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft**. Nachdruck. Heidelberg: Manutius Verlag, 1988.

KITZ, A. **Seyn und Sollen** – Abriss einer philosophischen Einleitung in das Sitten- und Rechtsgesetz. Frankfurt, 1864.

KLETZER, Christoph. **The Mutual Inclusion of Law and its Science – Reflections on Hans Kelsen's Legal Positivism**. Queens' College, Cambridge, 2004.

KLETZER, Christoph. Fritz Sander. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELNY, K. (Hrsg). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 445-470.

KLETZER, Cristoph. Kelsen, Sander and the Gegenstandsproblem of Legal Science. In: **German Law Journal**, 12, 2011, p. 785-810. Disponível em <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1342>> (acesso em 28 de novembro de 2012).

KÖHNKE, Klaus Christian. **Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus**. Die deutsche Universitätsphilosophie zwischen Idealismus und Positivismus. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

KORB, Axel-Johannes. Sander gegen Kelsen: Geschichte einer Feindschaft. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schrittenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 195-209.

KORB, Axel-Johannes. **Kelsens Kritiker**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

KORNFELD, Ignatz. **Soziale Machtverhältnisse – Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage**. Wien: Manzsche k.u.k. Hof- Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1911.

KUBEŠ, Vladimír. Reine Rechtslehre in der Tschechoslowakei. In: **Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern**. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 2, 1978.

KUBEŠ, Vladimír; WEINBERGER, Ota. **Die Brünner rechtstheoretische Schule**. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 5. Wien: Manz, 1980.

KUNZ, Josef L.. Was ist die Reine Rechtslehre? In: **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien: Springer-Verlag, 1948.

KUNZ, Josef L. Sander contra Kelsen. In: **Gerichts-Zeitung**. 73. Band. 1922.

KUNZ, Josef L. Kelsen contra Sander. In: **Gerichts-Zeitung**. 74. Band. 1923.

LADAVAC, Nicoletta Bersier. **Hans Kelsen a Genève (1933-1940)**. Thémis, Centre d'Etudes de Philosophie, de Sociologie et de Théorie du Droit. 1996.

LEBRECHT, Norman. **O Mito do Maestro**. Grandes regentes em busca do poder. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

LESER, Norbert. **Skurrile Begegnungen**. Wien: Böhlau, 2011.

LESSING, Theodor. **Der jüdische Selbsthass**. Neue Ausgabe. Berlin: Matthes & Seitz, 2004

LIEBMAN, Otto. **Kant und die Epigonen**. Eine kritische Abhandlung. Carl Schober, 1865.

LOIDOLT, Sophie. **Einführung in die Rechtsphänomenologie**. Mohr Siebeck, 2010, especialmente p. 129 e ss.

LOSANO, Mario G. **Teoria Pura Del Derecho – evolución y puntos cruciales**. Traducción de Jorge Guerrero R. Colombia: Editorial Temis, 1992.

MARCK, Siegfried. **Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie**. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1925.

MAYER, Hans. **Ein Deutscher auf Widerruf: Erinnerungen**. Band I. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1982

MEHRING, Reinhard (Hsgb). **“Auf der gefahrenvollen Straße des öffentlichen Rechts”: Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend 1921-1961**. Duncker & Humblot, 2010.

MERKL, Adolf. Das doppelte Rechtsantlitz. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (hrsgs.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band I. Wien: Verlag Österreich, 2010, p. 900.

MERKL, Adolf. **Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Zum Streit um Kelsens Rechtslehre)**. Wien, Selbstdruck, 1924.

MERKL, Adof. **Die Lehre von der Rechtskraft**. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1923.

MÉTTAL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen: Leben und Werk**. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1969.

MUSIL, Robert. **Der Mann ohne Eigenschaften**. Erster Band. 25. Auflage. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 2010.

NESCHWARA, Christian. Hans Kelsen und das Problem der Dispensehen. In: In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schrittenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 249-268.

OBERKOFER, Gerhard. **Studien zur Geschichte der österreichischen Rechtswissenschaft**. Frankfurt am Main: Lang, 1984.

OBERKOFER, Gerhard. RABOFSKY, Eduard. **Hans Kelsen im Kriegseinsatz der k.u.k Wehrmacht**. Frankfurt, 1988.

OBERKOFER, Gerhard. **Ludwig Spiegel und Kleo Pleyer – Deutsche Misere in der Biografie zweier sudetendeutscher Intellektueller**. Innsbruck: Studienverlag, 2012

OBERKOFER, Gerhard. Archivalische Notizen zum theoretischen Umfeld des Österreichischen Verfassungsrecht an der Universität Wien um 1930. In: DIMMEL, Nikolaus; NOLL, Alfred (Hgbs). **Verfassung**. Juristische-politische und sozialwissenschaftliche Beiträge anlässlich des 70-Jahr-Jubiläums des Bundes-Verfassungsgesetzes. Wien: Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1990, p. 79 e ss.

OLECHOWSKI, Thomas. **Biographische Untersuchungen zu Hans Kelsen**. Disponível em <<http://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/biographischeuntersuchungen.pdf>> (acesso em 19 de abril de 2012)

OLECHOWSKI, Thomas. Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schriftenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 211-230.

OLECHOWSKI, Thomas; BUSCH, Jürgen. Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag 1936-1938. Biographische Aspekte der Kelsen-Sander-Kontroverse. In: MALÝ, Karel; SOUKOUP, Ladislav. **Československé právo a právní věda v meziválečném období 1918-1938 a jejich místo v Evropě**. Praha 2010, p. 1106-1134. SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20.

OSTERKAMP, Jana. **Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920-1939)**. Klostermann, 2009.

PAULSON, Stanley. **Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen**. Traducción de Luis Villar Borda. Universidad Externado de Colombia, 2000.

ROTH, Joseph. **Juden auf der Wanderschaft**. 3. Auflage. München: DTV, 2010.

ROSS, Alf. **Theorie der Rechtsquellen** – Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlagen Dogmenhistorischer Untersuchungen. Neudruck der Ausgabe Leipzig und Wien 1929. Scientia Verlag, 1989.

RUMPF, Max. **Gesetz und Richter**. Berlin, 1906.

SANDER, Fritz. Zeitliche Kollision strafprozessualer Normen. Ein Beitrag zur Frage der Wiedereinführung der Geschworenengerichte. In: **Gerichtszeitung**. 1/2, 3/4, 1918, p. 7 e ss., 25 e ss.

SANDER, Fritz. Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: 'Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode'. In: PAULSON, Stanley. **Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen**. Scientia Verlag, 1988, p. 27-39.

SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 132-164.

SANDER, Fritz. Besprechung: Dr. Hans Kelsen, Professor an der Universität Wien. Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 3 Teile, VI und 117 S., 150 S., VIII und 248 S., Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919. Dr. Adolf Merkl, Ministerialkonzipist in der deutschösterreichischen Staatskanzlei, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriss. VIII und 184 S. Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 312-318.

SANDER, Fritz. Besprechung: Rudolf Kjellén, Mitglied des Schwedischen Reichstags, Professor an der Universität Upsalla. Der Staat als Lebensform. S. Hirzel, Verlag in Leipzig, 1917, VI und 235 S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 338-345.

SANDER, Fritz. Besprechung: Dr. Erich Cassirer, Natur- und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie, Berlin 1919, C.A. Schwetschke & Sohn, Verlagsbuchhandlung. 316 S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20, p. 345-351.

SANDER, Fritz. Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1919/20.

SANDER, Fritz. Alte und Neue Staatsrechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Karl Bindings 'Zum Werden und Leben der Staaten'. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. II. Band. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 176-230.

SANDER, Fritz. **Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?** Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921.

SANDER, Fritz. Besprechung: Dr. Max Salomon. Grundlegung zur Rechtsphilosophie. Verlag Dr. Walter Rotschild, Berlin 1919, Leipzig, VI., 252.S. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band II. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 254.

SANDER, Fritz. **Staat und Recht – Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung**. Neudruck der Ausgabe Leipzig und Wien. Scientia Verlag, 1969.

SANDER, Fritz. Zur Grundlegung einer Theorie der Rechtserfahrung. In: **Gerichts-Zeitung**. 73. Band 1922, n. 4, 15.06, p. 55-57.

SANDER, Fritz. **Kelsens Rechtslehre** – Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz. Tübingen: Verlagen von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): 1923.

SANDER, Fritz. Zum Streit um Kelsens Rechtslehre. In: **Juristische Blätter**. 52. Bd. 1923.

SANDER, Fritz. **In eigener Sache**. Praga: 1923.

SANDER, Fritz. Zur Methodik der Rechtswissenschaft. In: **Kantstudien**. 28. Band. 1923.

SANDER, Fritz. Der Begriff der Rechtserfahrung. In: **Logos – Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur**. Bd. 11. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, p. 285-308.

SANDER, Fritz. Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. Studie zum Problem des Verhältnisses von Naturrecht und positivem Recht. In: **Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie**. Band XVII, 1923/24, Berlin-Grunewald.

SANDER, Fritz. Merkl's Rechtslehre. In: **Prager Juristische Zeitschrift**. 4, 1924: Spalte 16-31.

SANDER, Fritz. Besprechung: Josef L. Kunz, Völkerrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre. Wiener staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, Band 3, 1923, 86. S. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**. N.F. 6. 1924, p. 261-263.

SANDER, Fritz. Sui compiti di una teoria realistica del diritto. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Anno IV. 1924.

SANDER, Fritz. Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band IV. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1925, p.166-191.

SANDER, Fritz. Das Verhältnis von Staat und Recht. Eine Grenzausinandersetzung zwischen allgemeiner Staatslehre, theoretischer Rechtswissenschaft und interpretativer Rechtsdogmatik. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**. N.F. 10, 1926, p. 153-227.

SANDER, Fritz. Der Gegenstand der Soziologie des Rechts. In: **Archiv für Sozialwissenschaft und Politik**. 54. 1925, p. 329 e ss.

SANDER, Fritz. Das Problem der Soziologie des Rechts. In: **Archiv für Sozialwissenschaft und Politik**. 55. 1926, p. 800 e ss.

SANDER, Fritz. Das Rechtserlebnis. In: **Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts**. Jahrgang I, Heft 1, Brünn, 1926/27, p. 100-119.

SANDER, Fritz. **Allgemeine Gesellschaftslehre**. Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1930.

SANDER, Fritz. Die Gültigkeit der Gesetze nach der Verfassungsurkunde der *Tschechoslowakischen Republik*. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band XI. Wien und Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930, p. 542 e ss.

SANDER, Fritz. Rudolf Stammlers Rechtsbegriff. In: **Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts**. V. Jahrgang. 1931, p. 15 e ss.

SANDER, Fritz. **Die Pflicht** – eine grundwissenschaftliche Untersuchung. Sonderabdruck aus „Grundwissenschaft“, Band 10. 1931.

SANDER, Fritz. Staat und Staatsgrundgesetz, Staatsverfassung und Staatsverfassungsgesetz. In: **Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts**. 1931/32, p. 106.

SANDER, Fritz. Das Recht. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band XII. Wien und Berlin: Verlag von Julius Springer, 1932.

SANDER, Fritz. Nationalversammlung und Politische Partei in der Tschechoslowakischen Republik. In: **Prager Juristische Zeitschrift**. Bd. 14/15. 1932.

SANDER, Fritz. Zwei soziologische Bücher auf marxistischer Grundlage. In: **Zeitschrift für Nationalökonomie**. III Bd., 2.H., 1932, p. 212 e ss.

SANDER, Fritz. Der Behaviorismus. In: **Zeitschrift für Nationalökonomie**. III Bd., 5. H., 1932, p. 704 e ss.

SANDER, Fritz. **Das Problem der Demokratie**. Brünn, 1934

SANDER, Fritz. **Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der Tschechoslowakischen Republik**. Brünn – Prag – Leipzig – Wien: Verlag Rudolf M. Rohrer, 1935.

SANDER, Fritz. **Allgemeine Staatslehre**. Eine Grundlegung. Verlag Rudolf M. Rohrer, 1936.

SANDER, Fritz. **Das Staatsverteidigungsgesetz und die Verfassungsurkunde der Tschechoslowakischen Republik**. Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Brünn: Rohrer, 1936.

SANDER, Fritz. Weitere verfassungsrechtliche Bemerkungen zum Staatsverteidigungsgesetze. In: **Juristenzeitung für das Gebiet der Tschechoslowakischen Republik**. Bd. 14, 15. 1936.

SANDER, Fritz. Die Gleichheit vor dem Gesetze und die nationalen Minderheiten. In: **Jahresbericht der Lese- und Redehalle der deutschen Studenten on Prag**. 84, 1937.

SANDER, Fritz. Gesellschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft. Eine Auseinandersetzung mit Franz Weyr. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Bd. XVII. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1937, p. 502 e ss.

SANDER, Fritz. **Grundriss des Tschechoslowakischen Verfassungsrechts**. Reichenberg: Stiepel, 1938.

SANDER, Fritz. Das Wesen des Führer-Staates. In: **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band XVIII. Wien: Verlag von Julius Springer, 1939, p. 161-223.

SARLO, Oscar. La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El “frente sur” de la teoría pura. In: **Ambiente Jurídico – Facultad de Derecho - Universidad de Manizales**. n. 12, 2010.

SCHENK, Hans Georg. Hans Kelsen in Prague: a personal reminiscence. In: **California Law Review**. 59, 1971

SCHNITZLER, Arthur. **Professor Bernhardt**. 10. Auflage. Frankfurt: Fischer Verlag, 2007.

SCHORSKE, Carl. **Viena Fin-de-siècle**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SCHREIER, Fritz. Die Wiener rechtsphilosophische Schule. In: **Logos**. 11. Bd. 1922/23

SCHREIER, Fritz. **Grundbegriffe und Grundformen des Rechts** – Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1924.

SCHRÖDINGER, Erwin. **Was ist ein Naturgesetz?** 5 Auflage. München: R. Oldenbourg Verlag, 1997.

SCHWIND, Ernst F. Baron v. **Grundlagen und Grundfragen des Rechts. Rechtstheoretische Betrachtungen und Erörterungen**, München, 1928.

SCHWIND, Fritz. **Vorfahren und Erinnerungen aus der Familie Schwind, seit einem Vierteljahrtausend**. Wien: Österreichischer Kunst- und Kulturverlag, Wien, 2001.

SIMMEL, G. **Einleitung in die Moralwissenschaft**. Berlin, 1892.

SLAPNICKA, Helmut. Fritz Sander. In: **Österreichisches Biographisches Lexikon**. 1815-1950. Bd. 9. 1988.

SOLON, Ari. **Judaism – Jewish Law in Kelsen**. Manuscrito cedido pelo autor.

SOLON, Ari. **Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

SOLON, Ari. **Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SOLON, Ari Marcelo. **Direito e Tradição** – o legado Grego, Romano e Bíblico. Campus, 2009.

SPÖRG, Ute. Die Zeitschrift für Öffentliches Recht als Medium der Wiener Schule zwischen 1914 und 1944. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schrittenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 149-168.

STARK, Bernhard. Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode. In: PAULSON, Stanley. **Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre – Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen**. Scientia Verlag, 1988, p. 413-423.

STAUDACHER, Anna. Zwischen Emanzipation und Assimilation: Jüdische Juristen im Wien des Fin-de-Siècle. In: WALTER, R.; OGRIS, W.; OLECHOWSKI, T. (Hgg.). **Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit**. Schrittenreihe des Hans Kelsens-Instituts, 32, 2009, p. 47.

STOLLEIS, Michael. **Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – Ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?** Franz Steiner Verlag, 2001

TILLICH, Paul. **Liebe, Macht, Gerechtigkeit**. Unveränd. photomechanischer Nachdr. – Berlin, New York: De Gruyter, 1991.

TOMMISSEN, Piet (Hsgb). **Schmittiana**. Band VII. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. p. 375-377.

VERDROSS, Alfred. **Abendländische Rechtsphilosophie** – ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau. Wien: Springer-Verlag, 1958.

VERDROSS, Alfred. Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem. In: **Zeitschrift für Völkerrecht**. Band XII, 1923, p. 405-438.

VERDROSS, Alfred. Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (Hrsg.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule**. Band II. Wien: Verlag Österreich, 2010.

VOEGELIN, Erich. Zu Sanders "Allgemeiner Staatslehre". In: **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**. Band I (neue Folge), 1948.

WALTER, Robert. **Der Aufbau der Rechtsordnung**. 2., unveränderte Auflage. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1974.

WALTER, Robert. **Hans Kelsens Rechtslehre**. Baden-Baden: Nomos, 1999.

WALTER, Robert. Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm. In: WALTER, Robert (Hrsg.). **Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre**. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 18, 1992.

WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELNY, K. (Hrsg.). **Der Kreis um Kelsen – Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 2008.

WEININGER, Otto. **Geschlecht und Charakter**. Eine Prinzipielle Untersuchung. 3. Auflage. Wien und Leipzig: Wilhelm Braumüller, 1904.

WEYR, František. Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**. Bd. 23, 1908, p. 529 e ss.

WEYR, František. **Paměti**. 1. Za Rakouska (1879-1918). Atlantis, 1999.

WHEATCROFT, Andrew. **The Habsburgs – Embodying Empire**. Penguin, 1996.

WINDELBAND, W. **Normen und Naturgesetze**. In: Präludien. Freiburg, 1884.

WINTERNITZ, Emanuel. Zum Streit um Kelsens Rechtslehre. Eine „Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz“. In: **Juristische Blätter**. 52. Bd. 1923.

WOLF, Erik. **Das Problem der Naturrechtslehre**. 3. Auflage. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1964.

WOLMAR, Wolfgang Wolfram von. **Prag und das Reich**. 600 Jahre Kampf deutscher Studenten. Dresden: Franz Müller Verlag, 1943.

ZWEIG, Stefan. **O mundo de ontem**. Recordações de um europeu. Tradução de Gabriela Frago. Lisboa: Assírio e Alvim, 2005.