

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

DIEGO ANTONIO PERINI MILÃO

**DIREITO, FORÇA E ANOMIA: DESLEGITIMAÇÃO DO
ESTADO E LIBERDADE EM HANS KELSEN**

BELO HORIZONTE

2014

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

DIEGO ANTONIO PERINI MILÃO

**DIREITO, FORÇA E ANOMIA: DESLEGITIMAÇÃO DO
ESTADO E LIBERDADE EM HANS KELSEN**

**Dissertação de Mestrado apresentada
ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de
Minas Gerais para obtenção do título
de Mestre em Direito. O presente
trabalho foi realizado com o apoio do
CNPq – Conselho Nacional de
Desenvolvimento Científico e
Tecnológico – Brasil.**

**Orientador: Professor Doutor Andityas
Soares de Moura Costa Matos**

BELO HORIZONTE

2014

DIEGO ANTONIO PERINI MILÃO

**DIREITO, FORÇA E ANOMIA: DESLEGITIMAÇÃO DO ESTADO E
LIBERDADE EM HANS KELSEN**

**Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais para obtenção do título de Mestre em Direito.**

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Professor Doutor Andityas Soares de Moura Costa Matos

2º Examinador: _____

3º Examinador: _____

Belo Horizonte, _____ de _____ de 2014.

*Àqueles que me guiam e
que me deixam guiar. A meus pais.*

AGRADECIMENTOS

Depois de meses e meses escrevendo um trabalho científico como esta dissertação de mestrado, período em que nos policiamos freqüentemente para que seu conteúdo atinja um grau máximo de objetividade, confesso que fica difícil retomar o linguajar poético apropriado para este espaço.

Começo, então, com a segurança de que ao menos este parágrafo conseguirá cumprir a poeticidade proposta, não por esforço meu, mas pelo significado de duas palavras: mãe e pai. A vocês, Maria Elizabet e Osmar, a minha eterna gratidão pelo constante apoio em minhas escolhas acadêmicas e profissionais e, principalmente, pela abnegação por várias vezes praticada para que meus objetivos pudessem se realizar. Agradeço aos meus irmãos, Marieli e Higor, pela convivência e pelo ato de compartilhar, bem como por toda a ajuda no cotidiano de nossos dias. Para finalizar este parágrafo, antes que a junção das sílabas comece a soar feito concreto, recorro à palavra família para dizer muito obrigado a todos aqueles que a formam: avó, tia-avó, tios, tias, primos, primas e cunhado; deixando aqui registrado o meu especial agradecimento à Tia Luci, que agora se mudou para o lado de lá.

Agradeço àqueles que triunfaram nesse desafio que agora me proponho. Ao mestre da escola de Viena, Hans Kelsen, o meu muito obrigado por sua grande obra e contribuição para a teoria geral do Direito, para a filosofia política e para a teoria da democracia. Obrigado por ser a causa de todo o pensamento desenvolvido nas páginas que seguem, obrigado pelo conhecimento. Ao Professor Doutor Andityas Soares de Moura Costa Matos, agradeço pela impecável orientação do presente trabalho, por ser meu principal interlocutor e pelas instigantes aulas. A liberdade de pensamento que sempre me concedeu, até mesmo e principalmente quando eu discordava de algumas de suas idéias, é típica de um kelseniano, embora ultimamente tenha deixado se render aos encantos intelectuais de Carl Schmitt (o que não afetou em nada a atitude já elogiada).

Faço constar os meus sinceros agradecimentos ao Professor Doutor Carlos Eduardo de Abreu Boucault, meu orientador durante a graduação em Direito na UNESP e um dos grandes responsáveis pelo meu desenvolvimento intelectual e pela minha formação enquanto acadêmico. Agradeço igualmente ao Professor Doutor Eduardo Saad Diniz pelas discussões teóricas, pelo incentivo e pela atenção dispensada durante todas as etapas de minha pesquisa.

Registro o meu agradecimento ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq – por ter aplicado recursos nesta pesquisa através de bolsa de mestrado

concedida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e a mim.

Aproveito para agradecer a todos os professores, pesquisadores, doutorandos, mestrandos, graduandos e funcionários da UFMG (e também à própria universidade e programa de pós-graduação) pelo aprendizado que nossa convivência me proporcionou, em especial ao Professor Doutor Thomas da Rosa Bustamante, aos alunos das turmas de Direito nas quais tive o privilégio de ser estagiário de docência do Professor Andityas, ao amigo Grijalbo e à amiga Joyce.

Declaro igualmente o meu muito obrigado a todos aqueles com quem vivi o meu novo cotidiano em Belo Horizonte, dentre os quais destaco: Sra. Fátima, Sr. Paulo, Flávia e Albert. Mas como toda mudança preserva o que há de valioso, agradeço aos meus amigos, com especial consideração aos que se mantiveram perto mesmo estando longe e que contribuíram de alguma maneira – em algum momento – para essa longa jornada em busca do título de mestre: Virgínia, Felipe, Wallan, Priscila, Tônia, Emílio, Thais, Raoni, Fernanda, Nathália, Larissa, Caio, Gabriela, Diego, Jaqueline, Giovanna, Tamiris e João Vitor.

Por fim, sou grato a todos os pensadores e autores que formam as bases teóricas desta dissertação de mestrado, em especial ao Professor Doutor Matthias Jestaedt, com quem tive a oportunidade de dialogar para além das páginas de seus artigos.

Peço perdão pela concretude e rispidez de minhas palavras. Apesar de conseguirem registrar os meus agradecimentos, muito provavelmente não foram capazes de expressar o tamanho da consideração e apreço que conservo. Mas ao menos duas palavras são dignas de repetição: Muito obrigado!

*“O homem é a medida de todas as
coisas, das coisas que são,
enquanto são, das coisas que não
são, enquanto não são.”*

Protágoras de Abdera

MILÃO, Diego Antonio Perini. **Direito, força e anomia: deslegitimação do Estado e liberdade em Hans Kelsen**. 2014. 133 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

RESUMO

A leitura tradicional da *Reine Rechtslehre* nos ensina que Hans Kelsen, inspirado pela filosofia de Kant, desenvolve uma ciência pura do direito, objetivando uma descrição do direito posto baseada em uma função cognitiva e não avaliativa. Desse modo, a Teoria Pura do Direito não pretende legitimar qualquer forma ou tipo de Estado, pois, tendo como base o relativismo axiológico, Kelsen afasta os valores do campo da ciência jurídica, fato esse que se configura como um pressuposto epistemológico. A presente pesquisa tem a intenção de demonstrar que a Teoria Pura do Direito, muito embora não exerça um papel legitimador, fornece os meios e possibilidades para que os indivíduos promovam a deslegitimação da ordem jurídica e, conseqüentemente, do Estado. Isso é possível graças ao fenômeno do progresso das situações de anomia que consagra a filosofia relativista presente na obra kelseniana e se expressa como o verdadeiro exercício da liberdade – entendida por Kelsen como autonomia moral –, o que levará a uma desconstrução do símbolo de autoridade e a uma conseqüente não-presuposição da norma hipotética fundamental, retirando a validade do ordenamento jurídico. Com isso, articula-se uma releitura das bases filosóficas da teoria do conhecimento assumida pela *Reine Rechtslehre*, incorporando elementos da epistemologia de Ernst Cassirer, principalmente a adoção de um pensamento funcional em detrimento de um raciocínio substancial, o que permite estabelecermos um vínculo entre a filosofia política, a ciência do Direito e a teoria da democracia do mestre da escola de Viena e nos leva a afirmar que não há vários Kelsens, mas sim um mesmo e coerente Kelsen presente em todos os campos de sua vasta obra.

Palavras-chave: Hans Kelsen. Anomia. Estado. Ordenamento jurídico. Eficácia. Validade. Símbolo. Epistemologia.

ABSTRACT

The traditional reading of *Reine Rechtslehre* teach us that Hans Kelsen, inspired by Kant's philosophy, develops a pure law science, aiming a description of the statutory law based in a cognitive functionality and not evaluative. Thus, the Pure Theory of Law does not intend to legitimize any form or type of State, because, based on the axiological relativism, Kelsen keeps away the values of the field of law science, such a fact configures as an epistemological presupposition. The given research aims to demonstrate that the Pure Theory of Law, although does not make a legitimate, provides the ways and possibilities for individuals to promote the delegitimation of the juridical order and, consequentially, of the State. This is possible thanks to the phenomenon of the progress of anomy situations which consecrates the relativist philosophy present in Kelsen's works and express itself as the true exercise of freedom – understood by Kelsen as moral autonomy -, which takes to a deconstruction of the authority symbol and consequentially the non-presupposition of the hypothetical fundamental

norm, removing the validity of the juridical planning. This way, it is possible to articulate the rereading of the philosophical bases of the knowledge theory assumed by *Reine Rechtslehre*, incorporating elements of Ernest Cassirer epistemology, mainly the consideration of a functional thought determining over a substantial reasoning, which allows us to establish a bond between political philosophy, law science and the Vienna's Scholl master's democracy theory and takes us to affirm that there is not another Kelsen, but instead, Kelsen himself present in all the fields of his wide works.

Key words: Hans Kelsen. Anomy. State. Juridical Planning. Effectiveness. Validity. Symbol. Epistemology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	
O CONHECER	18
1.1 Conceito e método	19
<i>1.1.1 A suposta síntese entre Kant e Comte e a alegação do caráter descritivo da ciência do Direito</i>	24
1.1.1.1 Norma hipotética fundamental	30
1.1.1.2 Reflexões e questionamentos	37
1.2 Por trás do método, para além do conceito	39
CAPÍTULO 2	
PODER E AUTONOMIA	43
2.1 Poder, vontade e norma	44
2.2 Autonomia como contrapartida ao poder	47
<i>2.2.1 Autonomia moral em Hans Kelsen</i>	51
2.3 Autonomia e eficácia das normas secundárias	56
CAPÍTULO 3	
UMA TEORIA DA (DES)OBEDIÊNCIA – SÍMBOLO E ANOMIA	60
3.1 Os fundamentos da normatividade: o que nos motiva?	61
3.2 O Estado transcendente	67
<i>3.2.1 Filosofia das formas simbólicas</i>	71
3.3 Símbolo e eficácia: objetos de uma desconstrução anômica	74
<i>3.3.1 Da relação direta entre símbolo e estado de exceção</i>	75
3.4 Deslegitimação anômica: ausências	86
3.5 A relação diretamente proporcional entre força e anomia	88
CAPÍTULO 4	
TEORIA PURA DO DIREITO E ELEMENTO DEMOCRÁTICO	95
4.1 O pensamento anômico-funcional	96

<i>4.1.1 Função e gênese</i>	100
4.2 A filosofia da democracia de Hans Kelsen	110
4.3 Teoria Pura do Direito e epistemologia: a base democrática do conhecer ..	120
CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	129

INTRODUÇÃO

O normativismo de Hans Kelsen, retratado principalmente em sua obra magna “Teoria Pura do Direito” (1934, 1ª ed. / 1960, 2ª ed.), conforme bem observa Santley L. Paulson, insere-se dentro da tese positivista da separabilidade¹, constituindo um afastamento completo entre direito e moral, além de defender a tese da irredutibilidade, uma vez que não admite a submissão do direito ao fato, reflexo da separação kantiana – incorporada de Hume – entre “ser” e “dever-ser”, assumida por Kelsen.

Desse modo, o normativismo distingue-se tanto do jusnaturalismo, como das correntes do positivismo empírico, que relacionam a validade do direito à eficácia e/ou a questões sociológicas, a exemplo da teoria bilateral de Georg Jellinek (mestre de Kelsen), que pretendeu “unir na ciência do direito uma formalista *Jurisprudência dos Conceitos* à corrente *sociológica*”². Assim, com base nessas oposições, constitui-se o embrião do projeto kelseniano de pureza da teoria geral do Direito, conferindo uma autonomia total à ciência jurídica. Kelsen segue a tendência alemã e considera que a teoria geral do Direito tem como seus principais requisitos os elementos “autonomia” e “sistematização”, objetivos que Kelsen perseguirá de modo integrado e a partir de uma fundamentação e explicação normativista, já que, seguindo Kant mais uma vez, um “dever-ser” só pode ser obtido a partir de outro “dever-ser”, razão pela qual Kelsen conceberá a figura da norma hipotética fundamental, constituída como um pressuposto lógico-transcendental³ que permitirá conhecer o direito e dar coerência e unidade ao ordenamento jurídico.

Segundo Matthias Jestaedt, “O projeto decisivo de Kelsen como jurista consiste na cientificização das disciplinas jurídicas”⁴, sendo que o programa kelseniano de pureza “pode ser resumido em quatro fórmulas fundamentais: relativismo fundado sobre a teoria do conhecimento; positivismo normativista; crítica desconstrutiva das ideologias e antissubstancialismo analítico”⁵.

¹ PAULSON, *The weak reading of authority in Hans Kelsen's pure theory of law*, passim.

² DIAS, *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*, p. 77.

³ A discussão sobre a “natureza” da norma hipotética fundamental está longe de ser pacífica. Hans Kelsen, inclusive, chegou a concebê-la como pressuposto lógico-transcendental, baseado na filosofia de Kant, mas também como ficção, com fundamento na filosofia do “como se” de Vaihinger. Há, inclusive, grande discussão entre os estudiosos de Kelsen sobre qual teria sido a concepção final do mestre da Escola de Viena sobre o tema. Matthias Jestaedt e Gabriel Nogueira Dias consideram que a norma hipotética fundamental como ficção, retratada na obra póstuma *Teoria Geral das Normas* (1979), é posterior à idéia de base kantiana. Já Andityas Soares de Moura Costa Matos, com base em escritos de Kelsen anteriores à publicação da *Teoria Pura do Direito*, nos quais o jurista austríaco já tratava do tema da ficção e de seus problemas, entende que a norma hipotética fundamental como pressuposto lógico-transcendental é a última concepção de Kelsen. Para mais sobre o tema, ver MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Norma fundamental: situação atual, crítica e reconstrução*. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Contra natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013.

⁴ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 17.

⁵ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 17.

Esses pressupostos metodológicos e objetivos da Teoria Pura do Direito constituirão o que Matthias Jestaedt chama de as três grandes ofensas kelsenianas⁶, em alusão à quebra com os padrões do pensamento dominante da época, a saber: ofensa política, ofensa naturalista e ofensa moral.

A ofensa política se dá pela concepção unitária de direito e Estado, submetendo o último a uma ordem jurídica relativamente organizada e centralizada, em contraposição ao pensamento dualista de Carl Schmitt, que concebia o Estado em um aspecto substancial, ontológico, e não funcional como faz Kelsen.

A ofensa naturalista realiza-se a partir da mencionada separação entre “ser” e “dever-ser”, mas principalmente pela característica de imputação que Kelsen confere às normas jurídicas e não de causalidade.

A ofensa moral constitui-se da já citada tese da separabilidade, excluindo do Direito qualquer tipo de interferência metafísica. Mas, deve-se salientar que grande parte do motivo por tal opção metodológica é devido ao relativismo axiológico adotado por Kelsen, já que os valores, uma vez pertencentes a um campo transcendente, não são passíveis de constatação empírica; logo, impossível se torna o conhecimento científico desses.

Como bem expõe Andityas Matos, Kelsen, influenciado pelo pensamento racionalista advindo do Renascimento e do Iluminismo, entende que um conhecimento verdadeiramente científico só é possível a partir de um método cognitivo que tenha como objeto a observação da realidade, desenvolvendo uma ciência que, justamente por este caráter empírico, desconsidera a análise de valores, enquadrando-os no campo da política e da ideologia.⁷ Com isso, uma ciência pura do Direito só é possível a partir da análise do direito posto, do direito positivo e eficaz, do direito como ele é e não como deveria ser.⁸ No entanto, é importante salientar que a exclusão de elementos valorativos feita por Kelsen diz respeito ao campo da ciência do Direito e não ao direito em si.

Devemos esclarecer que essa necessidade de verificação empírica para o conhecimento científico não classifica o normativismo kelseniano como positivista empirista, uma vez que a eficácia, em Kelsen, coloca-se como condição de validade, não se confundindo com aquilo que condiciona. O fundamento de validade da ordem jurídica é a norma hipotética fundamental, não a eficácia. É justamente esse papel atribuído à eficácia na teoria kelseniana

⁶ Aula ministrada pelo Professor Doutor Matthias Jestaedt na ocasião de Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, em março de 2012.

⁷ MATOS, *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, passim.

⁸ MATOS, *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, passim.

que permite afirmar, como observa Andityas Matos, que não há uma desvinculação de modo absoluto entre as esferas do “ser” e do “dever-ser”⁹.

O tema da eficácia como condição de validade será o ponto chave para explorarmos a normatividade no normativismo. Para tanto, além de uma leitura crítica da obra de Hans Kelsen, demonstrando conexões entre a Teoria Pura do Direito e suas obras de filosofia política, a exemplo de *Deus e Estado*, e da crítica kelseniana feita ao positivismo imperativista, utilizaremos ainda o pensamento de Freud e Hobbes, entre outros, para sustentarmos o que se pretende defender neste trabalho: há sim uma normatividade¹⁰ no normativismo kelseniano e essa não se configura na força ou coação física, mas sim em crenças e temores (coações psíquicas) que, no entanto, não comprometem a pureza da teoria. Nesse sentido, discordamos da afirmação de Stanley L. Paulson ao considerar que “o apelo do cientificismo da doutrina de Merkl levou Kelsen em uma direção, enquanto seu contínuo interesse pelo problema da normatividade o levou em uma outra”¹¹. Ao contrário de Paulson, entendemos que não há uma tensão gerada por essa divisão e que “atinge um nível intolerável, com a última direção finalmente se rendendo à primeira”¹²; entendemos, sim, que não há uma desvinculação entre essas duas direções, ou melhor, não há duas direções temáticas, mas sim uma harmonia e até mesmo uma interdependência entre normatividade e normativismo.

E é justamente essa alegada normatividade que legitima a problemática do progresso das situações de anomia, já que a anomia interfere intrinsecamente nos motivos da obediência. Desse modo, o que está em questão no presente trabalho é a efetividade da separação que Kelsen realiza entre direito e poder, entendido o último no âmbito da força como capacidade de impor mandamentos e vontades de forma violenta. Nesse contexto, no intuito de defendermos – no âmbito da teoria kelseniana – a não redução do direito à violência, a análise do tema da anomia e do progresso dos comportamentos anômicos, diante da eficácia como condição de validade, torna-se fundamental para a hipótese do presente trabalho.

. Com isso, através de uma leitura do normativismo de Hans Kelsen e de uma análise da relação entre força e anomia, desenvolveremos um exame da eficácia e validade do ordenamento jurídico, bem como da imprescindibilidade da existência do direito para a plena concepção de um Estado, admitido como legítimo. Assim, pretende-se demonstrar o caráter não só descritivo, mas também deslegitimador que a Teoria Pura do Direito pode exercer.

⁹ MATOS, *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, p. 34.

¹⁰ Ao utilizarmos o termo “normatividade” estamos nos referindo à teoria da obediência, ou seja, a uma investigação dos motivos da conduta dos seres-humanos.

¹¹ PAULSON, *Reflexões sobre a periodização da teoria do Direito de Hans Kelsen*, p. 24.

¹² PAULSON, *Reflexões sobre a periodização da teoria do Direito de Hans Kelsen*, p. 24.

Para a melhor compreensão deste trabalho e para demonstrar a pertinência e importância da problemática do progresso das situações de anomia é fundamental ter em mente que – até mesmo por uma questão de coerência com a filosofia relativista adotada por Hans Kelsen – o positivismo jurídico kelseniano enquadra-se na versão do positivismo ético moderado, distinguindo-se da versão extremada, uma vez que para a primeira “[...] a norma jurídica não tem validade sacramental, absoluta ou indiscutível, sendo apenas um meio para se resguardar a ordem social”¹³.

Dessa forma, o fenômeno do progresso das situações de anomia não deve necessariamente ser interpretado como um fator negativo, pois é bem verdade que em várias situações ele expressa o pleno exercício da liberdade, concebida esta nos termos do relativismo kelseniano. O comportamento anômico pode ser entendido, em uma de suas facetas, como autonomia moral. A anomia rompe com a transcendência que legitima o Estado e seus valores absolutos, rompe com a coação psíquica pela crença e também com a coação psíquica pelo temor, demonstrando que o indivíduo assumiu a sua liberdade.

A anomia, elemento de caráter sociológico, expressada pela ausência de coações psíquicas pela crença e pelo temor, interfere na ordem jurídica sem comprometer a pureza metodológica e científica de Hans Kelsen. Ela atua no momento anterior ao da criação do direito, insere-se nas condições de pressuposição de uma norma hipotética fundamental e interfere na pressuposição desta, ou seja, na existência do dever-ser último (e ao mesmo tempo, primeiro) que confere validade ao ordenamento jurídico como um todo.

Em analogia ao pensamento de Ernst Cassirer – que busca uma análise funcional do mito e não um entendimento substancial do que ele seja –, a anomia será abordada em nossa pesquisa somente quanto às suas funções, o que exclui de nossa análise um aprofundamento em questões sociológicas, preservando, com isso, a coerência metodológica do trabalho, reforçando também a coerência deste com o método kelseniano.

A característica transcendental da Grundnorm, admitida de forma explícita por Kelsen, revela o embasamento essencialmente epistemológico da Teoria Pura do Direito, teoria que se constitui, antes de tudo, como uma filosofia do conhecimento. No entanto,

¹³ MATOS, *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, p. 29.

a admissão de um pensamento transcendental¹⁴ revela não apenas a desvinculação com um pensamento transcendente, mas também a recusa de uma metafísica e de todo tipo de dualismos retratados por esse segundo tipo de pensar. Nesse contexto, a análise da filosofia das formas simbólicas, de Cassirer, torna-se fundamental.

Por isso mesmo, o presente trabalho se guiará por meio de uma investigação dos critérios cognitivos da teoria de Kelsen, mas para – a partir daí – levantar a problemática da normatividade no normativismo kelseniano e de uma conseqüente possibilidade de deslegitimação do Estado.

Para tanto, o trabalho estrutura-se em quatro capítulos escritos não apenas visando desenvolver gradualmente o objetivo central da pesquisa, mas elaborados para se intercomunicarem. Dessa forma, os dois primeiros capítulos concentram-se em uma análise dos conceitos da Teoria Pura do Direito e de sua fundamentação filosófica, já problematizando algumas questões que serão retomadas para fundamentar os raciocínios desenvolvidos nos dois capítulos finais. Assim, para a melhor compreensão dos argumentos apresentados, principalmente daqueles pautados em uma releitura da obra de Kelsen, devemos considerar não apenas o defendido em cada um dos capítulos, mas também todo o arcabouço teórico já analisado nos capítulos anteriores.

No Capítulo 1, intitulado “O conhecer”, como o próprio nome indica, realizamos uma investigação dos fundamentos epistemológicos da Teoria Pura do Direito, analisando seu método e seu conceito de ciência e refletindo sobre a compatibilidade ou não dos pensamentos filosóficos tradicionalmente admitidos como as bases da teoria kelseniana.

O Capítulo 2 caracteriza-se pela análise dos fundamentos de uma ordem jurídica, principalmente por meio do contraponto entre vontade, poder e autonomia, o que nos leva a iniciar um redirecionamento do papel da eficácia para a validade do direito.

No Capítulo 3, com base na obra *Deus e Estado*, argumentamos a existência de uma teoria da obediência presente ao menos de modo implícito na Teoria Pura do Direito, o que

¹⁴ Para uma análise consciente do raciocínio que se pretende demonstrar nesta pesquisa, deve-se esclarecer – como bem fez Costa Matos utilizando-se dos ensinamentos de Andre Lalande – a diferença entre os termos *transcendental* e *transcendente*: “Em Kant, transcendental aplica-se sempre, originariamente, a um conhecimento. A palavra é oposta ora a empírico (em dois sentidos diferentes), ora a transcendente, ora a metafísico. É transcendental, por oposição ao empírico, aquilo que é uma condição a priori e não um dado da experiência” (LALANDE. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*, p. 1.151). Já a palavra “transcendente” recebe a seguinte definição por parte de Lalande: “[...] aquilo que está além de toda experiência possível, quer ao falar de realidades, de seres, quer ao falar de princípios de conhecimento. Este sentido pertence sobretudo a Kant. [...] Kant opõe nitidamente (em princípio) transcendente a transcendental” (*Vocabulário técnico e crítico da filosofia*, p. 1.154).” (MATOS, *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, p. 64)

desencadeará na análise da filosofia política de Hans Kelsen e seu combate ao dualismo metafísico. Tal investigação servirá de fundamento teórico para identificarmos uma estreita ligação entre símbolo, estado de exceção e anomia.

Por fim, o Capítulo 4 retoma a citada relação exposta no capítulo anterior para argumentarmos a presença de elementos democráticos na Teoria Pura do Direito, elementos que também são evidenciados ao compararmos a filosofia da democracia de Kelsen e a epistemologia relativista.

Assim, através da contraposição entre força e anomia, direcionamos o trabalho para o conhecimento da dimensão da idéia de liberdade na obra de Hans Kelsen.

CAPÍTULO 1
O CONHECER

1.1 Conceito e método

Como expõe Simone Goyard-Fabre em sua obra *Os fundamentos da ordem jurídica*, o jurista austríaco Hans Kelsen faz da crítica de Hegel a Kant a razão para admirar o último¹, ou seja, faz “do método um instrumento antes para a constituição do saber do que para sua exposição”².

Assim, como observa Kelsen, ao evitar o subjetivismo com uma cognição que produz seus próprios objetos em conformidade com leis, tendo a demonstração dessa conformidade como uma de suas principais tarefas, tem-se, em contraste com a metafísica, uma filosofia crítica³ e, assim, “Uma teoria crítica do conhecimento toma o lugar da metafísica, o ‘transcendental’ (no sentido da filosofia de Kant), o lugar do transcendente”⁴.

Como analisa Joãozinho Beckenkamp sobre a consciência dos limites na ciência moderna,

O essencial agora é precisamente aquilo que Kant diz numa passagem dos *Prolegômenos*: “A ciência da natureza nunca nos descobrirá o interior das coisas, isto é, aquilo que não é fenômeno e que pode assim mesmo servir como fundamento supremo de explicação dos fenômenos, mas ela também não precisa [fazer] isto para suas explicações físicas” (Prol, AA 04: 353). Ou seja, a ciência não só não pode dar a conhecer o interior das coisas, mas tampouco precisa fazê-lo, o que poderia surpreender a uma primeira leitura. A ciência da natureza nos permite estudar os fenômenos e investigar o que estes nos dizem acerca das coisas; o interior das coisas, aquilo que Kant caracteriza também com o conceito-limite da coisa em si, não é acessível por princípio aos procedimentos da ciência explicativa dos fenômenos naturais. A tese fundamental do pensamento crítico em relação à especificidade da ciência da natureza é que ela não precisa nos descobrir o interior das coisas. Não é o propósito da ciência da natureza nos dizer o que são as coisas em si mesmas, respondendo assim às exigências da razão pura.⁵

A teoria de Kelsen tem como ponto central uma questão de método. Assim, como observa Goyard-Fabre, para Kelsen, da mesma forma como para Kant,

[...] o método não tem valor apenas instrumental; em sua doutrina, bem como na filosofia de Kant, a precedência do *método* é onipresença do *método* e já designa sua *problemática filosófica*: aquela cuja formulação Kant lhe indicou, ou seja, a questão da possibilidade e da validade do direito positivo. A problemática assim formulada leva-o portanto a interrogar-se sobre a fonte originária pura, isto é, sobre o princípio transcendental, do “direito positivo em geral, sem outra especificação”. A dedução

¹ GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, p. 344.

² GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, p. 344.

³ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 621.

⁴ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 621.

⁵ BECKENKAMP, *Introdução à filosofia crítica de Kant*, p. 75.

transcendental dos juristas, observada por Kant por sua exemplaridade, deve permitir a Kelsen desvelar a condição *sine qua non* que lhe designa a essência universal. A *regra de pureza* adquire para a teoria do direito um duplo alcance metodológico: indica primeiro que a visão de essência do direito só poderá ser obtida com a renúncia, numa perspectiva quase fenomenológica, às confusões geradas pelo antropologismo e pelo historicismo empiristas. Com efeito, o método de Kelsen, como o de Kant, é antipsicologista e, sem negar a importância do conteúdo do direito, interroga-se essencialmente sobre sua lei formal de produção. A regra de pureza indica depois que, **por não ter de expor uma gênese de fato**, “a ciência objetiva do direito” deverá recorrer, em sua originalidade, a esquemas de pensamento com estruturas específicas.⁶

Desse modo, assim como as categorias da sensibilidade e do entendimento de Kant criam os objetos do conhecimento das ciências da natureza, fundados não em si mesmos, mas nas **percepções do sujeito cognoscente**, a *Grundnorm* torna possível a criação epistemológica do direito⁷. Diante do exposto, percebe-se que a *Grundnorm* kelseniana enquadra-se, em termos gerais, no pensamento kantiano introduzido pela chamada “virada copernicana”, na qual Kant ensina sobre a impossibilidade de se conhecer a “coisa em si”, sendo que o cognoscível são os fenômenos, em outras palavras, o objeto conforme percebido pela sensibilidade e racionalizado pelo entendimento.⁸

Segundo Kelsen, a função da norma hipotética fundamental é

[...] fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo. (KELSEN, 1998, p. 225-226)

Dessa maneira, como observa Kelsen, a norma hipotética fundamental – da mesma forma como, em Kant⁹, os princípios lógicos transcendentais da cognição não são leis empíricas (mas simplesmente as condições de toda a experiência) – não é uma regra jurídica positiva, porque não foi feita, mas, sim, pressuposta como a condição de pensabilidade de

⁶ GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, pp. 341-342. grifo nosso.

⁷ MATOS, *Norma fundamental: ficção, hipótese ou postulado?*, p. 31.

⁸ MATOS, *Norma fundamental: ficção, hipótese ou postulado?*, p. 31.

⁹ “Nosso conhecimento emana de duas fontes principais do espírito: a primeira consiste na capacidade de receber as representações (a receptividade das impressões), e a segunda, na faculdade de conhecer um objeto por meio dessas representações (a espontaneidade dos conceitos). Pela primeira nos é dado um objeto, pela segunda é pensado em relação a essa representação (como pura determinação do espírito). Constituem, pois, os elementos de todo nosso conhecimento, a intuição e os conceitos; de tal modo, que não existe conhecimento por conceitos sem a correspondente intuição ou por intuições sem conceitos. Ambos são puros ou empíricos: empíricos se neles se contém uma sensação (que supõe a presença real do objeto); puro, se na representação não se mescla sensação alguma. Pode chamar-se à sensação, a matéria do conhecimento sensível. A intuição pura, portanto, contém unicamente a forma pela qual é percebida alguma coisa, e o conceito puro a forma do ensamento de um objeto em geral. Somente as intuições e conceitos puros são possíveis *a priori*; os empíricos só o são *a posteriori*.” (KANT, *Crítica da razão pura*, p. 65)

todas as normas jurídicas positivas. Assim como não se pode conhecer o mundo empírico a partir dos princípios lógicos transcendentais, mas, simplesmente, por meio deles, o direito positivo não pode ser derivado da norma fundamental, mas apenas ser compreendido por meio dela.¹⁰

Diante de todo o exposto, torna-se incontestável a influência da *Crítica da Razão Pura*, de Kant, para a *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, como admitido pelo próprio jurista austríaco.

No entanto, o Mestre da Escola de Viena observa que o sistema filosófico de Kant difere um tanto do positivismo jurídico crítico, a começar pelo caso da filosofia natural kantiana.

Desse modo, Hans Kelsen elabora o seguinte comentário sobre Kant:

A luta que este gênio, apoiado pela ciência, moveu contra a metafísica, que lhe valeu o título de ‘destruidor de tudo’, não foi efetivamente levada por ele até a conclusão final. Em caráter, ele provavelmente não era um lutador, mas, antes, alguém disposto a conciliar conflitos. O papel que a ‘coisa em si’ desempenha no seu sistema revela muito de transcendência metafísica. Por esse motivo, não encontramos nele uma confissão franca e intransigente de relativismo, a consequência inevitável de qualquer eliminação real da metafísica. Uma emancipação completa da metafísica era provavelmente impossível para uma personalidade ainda profundamente enraizada no cristianismo como a de Kant. Isso se torna mais evidente na sua filosofia prática. É exatamente aqui, onde repousa a ênfase da doutrina cristã, que o dualismo metafísico desta invadiu completamente o seu sistema, o mesmo dualismo que Kant combateu com tanta persistência na sua filosofia teórica. Neste ponto, Kant abandonou o seu método de lógica transcendental.¹¹

E o jurista austríaco continua:

Assim acontece que Kant, cuja filosofia de lógica transcendental estava proeminentemente destinada a fornecer o fundamento para uma doutrina jurídica e política positivista, permaneceu, como filósofo jurídico, na rotina da doutrina do Direito natural. Na verdade, os seus *Princípios da metafísica da ética* podem ser considerados como a mais perfeita expressão da doutrina clássica do Direito natural, tal como desenvolvida nos séculos XVII e XVIII com base no cristianismo protestante.¹²

Constata-se que Hans Kelsen rechaça completamente a *Crítica da Razão Prática* de Kant, assim como a *Crítica da Faculdade de Julgar* e a *Doutrina do Direito*, uma vez que as considera impregnadas de metafísica e contraditórias com o método desenvolvido na *Crítica da Razão Pura*. Porém, Kelsen ainda observa que, até mesmo na *Crítica da Razão Pura* há um mínimo de metafísica inevitável que, conseqüentemente, leva a sua teoria positivista do

¹⁰ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 623.

¹¹ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 635.

¹² KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, pp. 635-636.

Direito a ter um mínimo de Direito Natural. Isso se dá caso “se queira chamar metafísicas as categorias da filosofia transcendental de Kant por não serem elas dados da experiência, mas condições da experiência”¹³. No entanto, sem esses chamados “mínimos” “[...] não seria possível nem uma cognição da natureza, nem do Direito”¹⁴.

Diante de todo o exposto, o método da teoria do direito de Hans Kelsen revela-se não só científico, mas também filosófico, ou, nos termos do próprio jurista austríaco, revela uma “filosofia científico-crítica”¹⁵. Apesar da distinção clássica entre ciência e filosofia – como nos ensina Norberto Bobbio¹⁶ –, a ciência, em Kelsen, não está desvinculada da filosofia, ou, ao menos, de um fundamento filosófico, seja esse kantiano ou, como expõe Elza Maria Miranda Afonso, positivista (principalmente, segundo a autora, o positivismo de Auguste Comte).

Discordando de Josef Kunz e de Recaséns Siches, Miranda Afonso considera que:

A questão de se conceber o que pode ser objeto do conhecimento científico, a questão de se admitir ou de se negar que a razão alcança a realidade ou que esta se revela somente mediante os procedimentos de observação e de experimentação, a própria concepção de que constitui o dado da experiência assentam-se em postulados filosóficos. Dessa forma, uma determinada concepção científica do direito depende, previamente, de uma filosofia que se professe. Por isso afirmamos que a Teoria Pura do Direito depende de um sistema de filosofia que a sustenta. Os seus alicerces estão assentados em pressupostos filosóficos que condicionam não somente a sua visão do direito, mas determinam, previamente, a própria concepção de ciência a que pode ser submetido o conhecimento jurídico.¹⁷

Assim, Miranda Afonso argumenta que os pressupostos do positivismo de Comte, segundo informados por Recaséns Siches – a saber, (1) a redução da área do racional científico ao campo da experiência sensível e da razão dedutiva; e (2) entendimento de que a razão dedutiva só pode se exercer validamente quando se apóia em um fato ou quando parte de um dos axiomas clássicos da lógica formal tradicional¹⁸ – “são exatamente os pressupostos que a Teoria Pura do Direito acolhe para delimitar o campo da ciência jurídica e para compor uma **definição de ciência do direito que iria condicionar o seu próprio objeto**”¹⁹.

¹³ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 625.

¹⁴ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 625.

¹⁵ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 619.

¹⁶ “A distinção entre juízo de validade e juízo de valor veio a assumir a função de delimitação das fronteiras entre ciência e filosofia do direito. A atitude do juspositivista, que estuda o direito prescindindo de seu valor, fez refluir à esfera da filosofia a problemática e as pesquisas relativas a isso.” (BOBBIO. *O positivismo jurídico*, p. 138)

¹⁷ AFONSO, *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*, p. 46.

¹⁸ RECASÉNS SICHES apud AFONSO, *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*, p. 46.

¹⁹ AFONSO, *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*, p. 48. grifo nosso.

Dessa maneira, o positivismo filosófico de Comte viria a suprir na teoria do Direito àquilo que, segundo Kelsen, falta para a filosofia de Kant: a máxima eliminação possível da metafísica. É justamente por isso que a eficácia do ordenamento jurídico torna-se condição de validade das normas na teoria kelseniana, uma vez que expressa a faticidade necessária para o conhecimento científico como entendido por Kelsen, eliminando a transcendência que está além de toda a cognição humana, logo, excluindo os elementos que se encontram nesse campo e que, por consequência, não podem ser dotados de universalidade e, por isso mesmo, não podem ser classificados como verdadeiros e muito menos impostos como categóricos. Com isso, a Teoria Pura do Direito assume um caráter descritivo e não avaliativo ou prescritivo:

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.²⁰

E ainda:

[...] a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma **Moral relativa** – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever.²¹

É por isso mesmo que a Teoria Pura do Direito caracteriza-se como uma teoria formal e não material. A *Reine Rechtslehre* – como ciência do Direito e teoria do ordenamento jurídico – abstrai qualquer caráter valorativo das normas e não tem o conteúdo destas como objeto de análise, uma vez que, justamente por buscar a pureza da ciência jurídica, exclui do campo do Direito esses elementos, tidos como pertencentes aos campos político, social e moral. Com isso, configura-se a validade do ordenamento jurídico através de um esquema de derivação normativa dinâmico, pois:

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as

²⁰ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 77.

²¹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 78. grifo nosso.

normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.²²

Nesse sentido, a fundamentação da validade das normas jurídicas opõe-se ao princípio estático – próprio do jusnaturalismo –, segundo o qual as normas valem pelo seu conteúdo, ou seja, “[...] a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral.”²³ Em uma derivação normativa estática, a norma pressuposta como norma fundamental “[...] fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica”²⁴, formando um sistema estático de normas.

Seguindo os ensinamentos de Miranda Afonso, argumentamos que a lógica transcendental de Kant constitui-se como uma opção filosófica para o método, enquanto o positivismo de Comte baseia a opção filosófica para o conceito de ciência.

Admitindo que o conceito precede o método – já que uma noção prévia da “coisa” é necessária para que se possa saber o instrumento adequado para sua análise, a exemplo do conceito de distância e da unidade métrica –, delimitando-o e limitando-o, mas que, por sua vez, o método realiza o conceito, permitindo o conhecimento do objeto, devemos analisar a compatibilidade entre essas opções filosóficas.

1.1.1 A suposta síntese entre Kant e Comte e a alegação do caráter descritivo da ciência do Direito

Contribuindo para a afirmação de Elza Maria Miranda Afonso de que “Kelsen faz a síntese entre Kant e o positivismo em sua teoria do direito” – afirmação, a princípio, passível de aceitação, uma vez que o jurista austríaco se utiliza da lógica

²² KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 219.

²³ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 217.

²⁴ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 218.

transcendental²⁵ como método para uma ciência descritiva e avaliativa de um objeto²⁶ empírico (o direito positivo, positivo no sentido de posto, positivado; o direito como é e não como deveria ser – por isso mesmo empírico e não metafísico) –, expõe-se o seguinte comentário do próprio mestre da Escola de Viena:

Patterson objeta (p. 390) contra a norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental (no sentido da teoria do conhecimento de Kant): “A teoria de Kelsen não diz ao jurista ou ao homem público qual o escopo a visar quando se cria uma nova lei. Falta-lhe uma axiologia jurídica...” (Em inglês no original – N. T.) Mas também sob este aspecto existe analogia com a lógica transcendental de Kant. Assim como os pressupostos lógico-transcendentais do conhecimento da realidade natural não determinam por forma alguma o conteúdo das leis naturais, assim também a norma fundamental não pode determinar o conteúdo das normas jurídicas ou das proposições jurídicas que descrevem as normas jurídicas. Assim como só podemos obter o conteúdo das leis naturais a partir da experiência, assim também só podemos obter o conteúdo das proposições jurídicas a partir do Direito positivo. A norma fundamental tampouco prescreve ao Direito positivo um determinado conteúdo, tal como os pressupostos lógico-transcendentais da experiência não prescrevem um conteúdo a esta experiência. Aí reside precisamente a diferença entre a lógica transcendental de Kant e a especulação metafísica por ele rejeitada, entre a Teoria Pura do Direito e uma teoria metafísica do Direito do tipo da doutrina do Direito natural.²⁷

²⁵ “Já temos dito que a lógica geral faz abstração de todo conteúdo do conhecimento, quer dizer, de toda relação entre o conhecimento e o objeto, e que só compreende a forma lógica dos conhecimentos em todas as suas respectivas relações: em uma palavra, a forma do pensamento em geral. Mas assim como há intuições puras tanto quanto intuições empíricas (que a Estética transcendental prova), poderia muito bem achar-se uma diferença entre um pensamento puro e um empírico dos objetos. Sendo assim, haveria uma lógica em que se não faria abstração de todo o conteúdo do conhecimento, porque a que só contivesse as regras do pensamento puro de um objeto excluiria todos esses conhecimentos cujo conteúdo fosse empírico. Esta lógica investigaria também a origem do nosso conhecimento de objetos, enquanto tal origem não possa ser atribuída aos objetos; [...] Na presunção de que há conceitos que se podem relacionar *a priori* aos objetos, não como intuições puras ou sensíveis, mas somente como atos de pensamento puro, e que por conseguinte são conceitos, mas conceitos cuja origem não é empírica nem estética, nós concebemos previamente a ideia de uma ciência do entendimento puro e do conhecimento racional pela qual nós pensamos os objetos completamente *a priori*. Semelhante ciência que determinasse a origem, a extensão e o valor objetivo desses conhecimentos, se deveria chamar lógica transcendental, porque ao mesmo tempo em que se ocupasse com as leis do entendimento e da razão, por outro lado, só teria que ver com objetos *a priori* e não, como a lógica geral, com conhecimentos empíricos ou puros sem distinção alguma.” (KANT, *Crítica da razão pura*, pp. 68-70).

²⁶ Quanto ao objeto da ciência jurídica: “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.” (KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 79)

²⁷ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, pp. 420-421.

Do excerto kelseniano constata-se claramente o posicionamento, advindo do positivismo filosófico, de que “a ciência jurídica, enquanto conhecimento, apenas pode descrever normas, e não ditá-las ou prescrevê-las e, portanto, não pode estabelecer normas”²⁸.

No entanto, analisaremos, com base no exame de compatibilidade ou não entre as já citadas opções filosóficas feitas por Hans Kelsen, se essa última afirmação realmente se verifica. Ou seja, o que está em questão não é apenas a coerência das filosofias de Comte e de Kant (sobretudo a interpretação de Kelsen da última) quanto ao intuito exclusivamente descritivo da ciência do Direito conforme defendido por Kelsen, mas também e principalmente, o próprio caráter descritivo da ciência jurídica.

Um dos principais argumentos do mestre da Escola de Viena ao afirmar a função descritiva da ciência do Direito é a diferença – alegada por ele – entre proposição jurídica e norma jurídica. Nesse entendimento, muito embora o objeto da ciência do Direito, nos moldes da *Reine Rechtslehre*, seja a norma, o resultado da análise científica do Direito é uma proposição ou, em outros termos, uma “lei jurídica”. Kelsen emprega a palavra “lei” não no sentido comum referente à “legislação”, mas sim – utilizando-se mais uma vez da filosofia de Kant –, em analogia ao termo “lei natural”, ou seja, ao produto do conhecimento científico da natureza, que apenas identifica e reconhece, por meio da observação empírica, qual é a causa de um determinado efeito, quais os motivos de específicos fenômenos físicos, químicos e biológicos. Assim, a “lei natural” apenas descreve um acontecimento de acordo com aquilo que é perceptível em uma esfera imanente, de acordo com o que se apresenta no mundo do ser, tendo como característica não só a “frequência”, como também a “certeza”, ou seja, uma lei natural não comporta exceções. A ciência do Direito deve, com isso, caso queira ser realmente uma ciência e não uma política²⁹, configurar-se de modo análogo às ciências da natureza, ou seja, o produto ou resultado da ciência jurídica, o conhecimento, não se confunde com o seu objeto (norma), mas manifesta-se sim, como lei ou proposição jurídica, a qual apenas descreve – com base na lógica e na observação do que frequentemente ocorre (eficácia) – o direito posto, não possuindo a característica de prescrição, típica das normas jurídicas.

²⁸ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 421.

²⁹ Aqui, além da suposta influência do positivismo filosófico para o conceito de ciência da Teoria Pura do Direito, evidencia-se ainda a inspiração de origem weberiana. Isso porque Max Weber não considerava que a ciência social tinha como objetivo criar normas de orientação da prática política, pois a ciência – para Weber – tem como característica a neutralidade axiológica, não podendo ser invocada, portanto, para embasar escolhas pautadas em valores. (WEBER, *O sentido da “neutralidade axiológica” das ciências sociais e econômicas*, passim)

Diante do elucidado no parágrafo anterior, evidencia-se um primeiro traço de compatibilidade entre as opções filosóficas de método e conceito, ou seja, entre a lógica transcendental de Kant e o intuito meramente descritivo da ciência no positivismo de Comte, uma vez que, para Hans Kelsen, “a proposição jurídica não é um imperativo: é um juízo, a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento.”³⁰. E, como tal, para assim se manifestar, essa proposição jurídica, esse juízo, precisa de uma categoria, de um pressuposto lógico-transcendental, no caso, da norma hipotética fundamental.

A proposição jurídica não estabelece um comando, um mandamento; diferentemente da norma jurídica ela não é a expressão de uma vontade. Com isso, a “lei jurídica” não tem como ator uma autoridade competente, mas sim, como esclarece Kelsen, um cientista.

No entanto, tal afirmação não é totalmente equivalente ao caso das leis naturais, pois, muito embora essas também tenham como ator do conhecimento um cientista, seu oposto, o ator do objeto das ciências naturais, não pode ser uma autoridade, ao menos caso se queira manter o conceito de ciência em questão. Aliás, pode-se questionar até mesmo sobre a existência de um ator ou ao menos se pode dispensar a necessidade de conhecê-lo e de se indagar sobre ele, já que as ciências da natureza regem-se pelo princípio da causalidade e, uma vez que se referem ao campo do ser (*Sein*), não precisam de uma cláusula de fechamento do sistema para a descrição de um objeto em específico, seu conhecimento se opera independentemente dessa.³¹ Esclarece-se que, apesar da ciência natural não precisar conhecer o seu início ou fim para descrever o seu objeto específico, para se autofundamentar enquanto teoria ela precisa de uma cláusula de fechamento, como é o caso da teoria do Big Bang. Ou seja, é necessário um postulado que, por vezes, busque a sua fundamentação inclusive na filosofia, a exemplo da idéia grega do eterno retorno, com base na qual se pressupõe um universo que sempre existiu ciclicamente.

O mesmo não ocorre com a ciência do Direito, já que o Direito (o objeto da ciência jurídica) se rege pelo princípio da imputação, o que, por sua vez, trás à tona o problema da autoridade, vinculando toda possibilidade de conhecimento ao conhecer da origem, em outras palavras, ao conhecer da autoridade hierarquicamente superior. Tal necessidade de conhecimento da “origem” é intensificada quando Kelsen confere ao ordenamento jurídico uma característica escalonada, expressando uma sistematização que viria a substituir a

³⁰ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 89.

³¹ Por exemplo, para saber a causa que leva a água a evaporar não é preciso saber qual é a causa primeira da origem do universo, muito embora haja postulados científicos (teorias com veracidade altamente possível devido ao conjunto de causas e fenômenos) que tentem conhecê-la. Aliás, a própria expressão “causa primeira” é em si contraditória, uma vez que nega a lógica de que toda causa é efeito de outra causa.

concepção de um mero aglomerado de normas. Dessa maneira, a norma hipotética fundamental, além de apresentar-se como o pressuposto lógico-transcendental que permite o conhecimento, exerce também a função de clausura do ordenamento jurídico, ou seja, de fechamento do sistema.³²

Isso se dá porque o princípio da imputação, diferentemente do da causalidade, não está ligado ao campo do ser (*Sein*), mas sim ao campo do dever-ser (*Sollen*), dever-ser que se liga a um ato de vontade e, conforme o entendimento kantiano incorporado por Kelsen, só pode ser fundado em outro dever-ser. Nas palavras de Kelsen: “O número dos elos de uma série imputativa não é, como o número dos elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado. Existe um ponto terminal da imputação. Na série causal, porém, tal ponto não existe”.³³

Como expõe o jurista austríaco:

A distinção entre causalidade e a imputação reside em que – como já notamos – a relação entre pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e consequência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie. Visto que o sentido específico do ato através do qual é produzida a relação entre pressuposto e consequência numa lei moral ou jurídica é uma norma, pode falar-se de uma relação normativa – para a distinguir de uma relação causal. “Imputação” designa uma relação normativa. É esta relação – e não qualquer outra – que é expressa na palavra “dever-ser”, sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica.³⁴

Dessa maneira, “O princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando A é, B deve ser”³⁵. Em outras palavras, a lei jurídica não detém a característica de “certeza” presente na lei natural, mas apenas a de “frequência”, uma vez que o objeto da proposição jurídica – a norma – é um imperativo hipotético. Com isso, “quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja”³⁶.

Esclarece-se, contudo, que os princípios da causalidade e da imputação não se aplicam às leis naturais e às leis jurídicas, mas sim aos objetos que essas descrevem. Assim, como explica Kelsen, o “dever-ser” de uma proposição jurídica não têm equivalência com o “dever-ser” de uma norma jurídica, pois, o último, estando ligado a um ato de vontade, apenas pode

³² Não surpreende, assim, a afirmação kelseniana (já mencionada) de que a norma hipotética fundamental remete a uma primeira autoridade. Essa constatação, bem como o entendimento de que a *Grundnorm* pode ser apenas uma norma pressuposta e não uma norma posta, guardam íntima coerência com as características do princípio da imputação.

³³ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 101.

³⁴ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 100-101

³⁵ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 100.

³⁶ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 87.

ser válido ou inválido (e não verdadeiro ou falso) – característica que é afirmada pela ciência do direito caso esse sentido subjetivo de dever-ser seja também um sentido objetivo de dever-ser, ou seja, caso se possa remetê-lo a uma norma hipotética fundamental –, já o primeiro, estando ligado a uma descrição do real, do direito posto, não pode ser válido ou inválido, mas sim, verdadeiro ou falso. O “dever-ser” enunciado por uma proposição jurídica não indica uma prescrição ou, em outros termos, um imperativo; indica sim, ao descrever um dever-ser objetivo – e por isso mesmo, existente no ser, já que seu conhecimento é possível e já que a eficácia apresenta-se como condição de validade –, uma possibilidade, uma hipótese que *deve* se realizar caso se verifique as suas condições de aplicação. Nesse sentido, expõe Kelsen:

A proposição que descreve a validade de uma norma penal que prescreve a pena de prisão para o furto seria falsa se afirmasse que, segundo tal norma, o furto é punido com prisão, pois casos há nos quais, apesar da vigência desta norma, o furto não é efetivamente punido, v. g., quando o ladrão se subtrai à punição. A proposição jurídica que descreve esta norma apenas poderá traduzir que, se alguém comete furto, deverá ser punido. Porém, o dever-ser da proposição jurídica não tem, como o dever-ser da norma jurídica, um sentido prescritivo, mas um sentido descritivo. Esta ambivalência da palavra “dever” (*Sollen*, dever-ser) é esquecida quando se identificam proposições normativas (*Sollsätze*) com imperativos.³⁷

Desse modo, não se pode confundir a ciência do direito com o seu objeto; “As proposições jurídicas formuladas pela ciência do Direito não são, pois, simples repetição das normas jurídicas postas pela autoridade jurídica”.³⁸

Ciência do Direito e direito são, para Kelsen, coisas distintas. Essa distinção, contudo, nos remete a uma outra – vinculada à primeira –, muito embora a insistência das correntes jurídicas ditas pós-positivistas em não segui-la. Falamos da distinção entre uma teoria da validade do direito e uma teoria da criação/aplicação/interpretação do direito. Seguindo o pensamento do mestre da Escola de Viena, argumentamos que a primeira está ligada a um aspecto formal, enquanto a segunda liga-se a um aspecto material, se preocupando, assim, com o conteúdo das normas. Como já analisado em estudo anterior:

Enquanto a teoria da validade pertence ao campo científico, a teoria da aplicação/interpretação se refere ao campo político, em que se insere a decisão que cria/aplica a norma. Tal se refere tanto à decisão do legislador quanto à decisão do juiz, pois para o mestre da Escola de Viena a aplicação do direito comporta dois momentos: um primeiro, de natureza cognitiva, e outro de caráter volitivo, desenvolvidos ambos com base em um esquema hermenêutico de molduras³⁹

³⁷ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 84.

³⁸ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 83.

³⁹ MATOS; MILÃO, *Decisionismo e hermenêutica negativa*, p. 124.

A teoria da validade (ciência do Direito) tem como objeto o produto da teoria da aplicação/criação/interpretação (direito). Dessa maneira, a ciência jurídica em Kelsen, à luz de sua Teoria Pura do Direito, antes de descrever um dever-ser de imputação, confere a esse dever-ser a qualificação para poder ser descrito por essa mesma ciência; confere a esse um sentido objetivo advindo, em última instância, da norma hipotética fundamental.

A *Grundnorm*, assim, não é apenas a categoria necessária para a manifestação da proposição jurídica entendida como juízo, mas é também “[...] o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo.”⁴⁰

Diante de tal afirmação, cabe aqui, antes de prosseguirmos propriamente com a idéia central que se pretende demonstrar neste item, uma análise mais pormenorizada da *Grundnorm*.

1.1.1.1 Norma hipotética fundamental⁴¹

No tópico anterior, abordamos os primeiros elementos da função cognitiva da norma hipotética fundamental, sendo que esta é entendida (tendo como referência a segunda edição da Teoria Pura do Direito, publicada em 1960) como um pressuposto lógico-transcendental que, com base na teoria do conhecimento de Kant, torna possível o conhecimento do direito. Seguindo esse raciocínio, Kelsen observa em nota:

À questão: quem pressupõe a norma fundamental? responde a Teoria Pura do Direito: todo aquele que pensa (interpreta) o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas. Esta interpretação (este pensar assim o referido sentido objetivo) é função do conhecimento, não da vontade. Como a ciência jurídica, enquanto conhecimento, apenas pode descrever normas, e não ditá-las ou prescrevê-las e, portanto, não pode estabelecer normas, eu cheguei incidentalmente a manifestar (“Was ist ein Rechtsakt?” *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 4^o Ed., 1952, p. 271) reservas quanto à idéia de que a norma fundamental fosse também pressuposta pela ciência jurídica. Estas reservas são afastadas pela análise da distinção, apresentada no texto, que existe entre o pôr (estabelecer) e o pressupor de uma norma.⁴²

⁴⁰ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 222.

⁴¹ O conteúdo deste tópico de nosso trabalho foi anteriormente elaborado em MILÃO; MATOS, *Dever-ser objetivo, autonomia moral e deslegitimação em Hans Kelsen*, 2012. Tal artigo é decorrente do I Encontro de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, evento realizado com o objetivo de estabelecer um diálogo entre as pesquisas desenvolvidas em nível de mestrado e doutorado no referido Programa de Pós-Graduação. Este tópico também contém idéias e raciocínios desenvolvidos anteriormente em MILÃO, *Direito: força e anomia*, 2011.

⁴² KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 421.

Neste item desenvolveremos algumas das afirmações do excerto kelseniano, principalmente a diferenciação entre “pôr” e “pressupor”, mas ainda não será o momento de retomar de modo crítico a função cognitiva da *Grundnorm*, o que será feito no decorrer dos próximos capítulos e na conclusão deste trabalho. Nosso objetivo aqui é analisar a descrição científica do direito operacionalizada pela figura da norma hipotética fundamental, já que essa é a cláusula de fechamento da ciência jurídica proposta pelo mestre da escola de Viena.

Como já comentado anteriormente, Hans Kelsen elabora a sua Teoria Pura do Direito a partir de um sistema escalonado de normas, considerando uma estrutura hierárquica que pode ser ilustrada na figura geométrica de uma pirâmide – idéia essa desenvolvida por Adolf Julius Merkl, discípulo do mestre da Escola de Viena.

Nesse sentido, nas palavras de João Paulo Allain Teixeira,

[...] todo dever-ser pode ser reconduzido a um dever-ser superior que lhe dá o fundamento de validade. Daí se dizer que todo sistema normativo pressupõe a existência de pelo menos duas normas: a primeira, que encerra a prescrição de uma conduta, e a segunda conferindo-lhe o fundamento de validade.⁴³

Assim, “Para a perspectiva kelseniana, a relação de fundamentação normativa confere uma unidade na pluralidade, permitindo a caracterização do direito enquanto sistema”⁴⁴, justamente porque todas as normas fundamentam-se em uma mesma norma de fundamento de validade. É nesse âmbito que se insere a figura da norma hipotética fundamental.

A norma hipotética fundamental serve exatamente como resposta à problemática do “regresso ao infinito”, uma vez que o número de normas existente em um sistema jurídico é limitado.

Dessa forma, considerando a característica escalonada do ordenamento jurídico e sua estrutura hierárquica, “[...] toda norma possui um fundamento de validade que é também uma norma a ela superior. [...] remontando de escalão a escalão, chegaremos a um ponto em que a Constituição, como norma posta, necessitará de uma norma que a fundamente”⁴⁵, pois:

Se a Constituição é uma norma, para que a Teoria Pura do Direito permaneça coerente suficiente será encontrar o seu fundamento de validade. Acontece que este fundamento precisa ser encontrado em um dever-ser. Trata-se então precisamente de descobrir qual o dever-ser que fundamenta o dever-ser supremo do ápice da pirâmide do direito positivo.⁴⁶

⁴³ TEIXEIRA, *Dois modelos de direito e legalidade*, p. 98.

⁴⁴ TEIXEIRA, *Dois modelos de direito e legalidade*, p. 98.

⁴⁵ TEIXEIRA, *Dois modelos de direito e legalidade*, p. 99.

⁴⁶ TEIXEIRA, *Dois modelos de direito e legalidade*, p. 99.

Nesse sentido, considerando justamente que a busca do fundamento de validade de uma norma não pode perder-se no interminável, Hans Kelsen observa:

Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo.⁴⁷

Entretanto, a análise de tal problemática leva-nos conseqüentemente a outros questionamentos essenciais para o contexto em questão, em especial no que diz respeito à validade das normas.

Na terminologia kelseniana, uma norma que se refere à conduta de um indivíduo vale – é vigente – quando é vinculativa, ou seja, quando o indivíduo deve se conduzir do modo prescrito pela norma.⁴⁸ No entanto, resta saber o motivo pelo qual essa norma “vale”, o que constitui o seu fundamento de validade.

Para Kelsen,

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. Na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o fato de ela ser posta por qualquer autoridade, por um ser humano ou supra-humano: assim acontece quando se fundamenta a validade dos Dez Mandamentos com o fato de Deus, Jeová, os ter dado no Monte Sinai; ou quando se diz que devemos amar os nossos inimigos porque Jesus, o Filho de Deus, o ordenou no Sermão da Montanha.⁴⁹

Nesse sentido, considerando que “Do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve-ser; assim como do fato de algo dever-ser se não pode seguir que algo é”⁵⁰, Kelsen afirma que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um fato, ou seja, o que vincula o indivíduo a se comportar da maneira prescrita pela norma não é da ordem do ser, mas sim da ordem do dever-ser, portanto, outra norma; necessidade esta que expressa justamente a característica escalonada do ordenamento jurídico kelseniano. Assim, o jurista austríaco bem observa que:

[...] o fundamento de validade, não expresso mas pressuposto, não é o fato de Deus ou o Filho de Deus ter posto uma determinada norma num certo tempo e lugar, mas uma norma: a norma segundo a qual devemos obedecer

⁴⁷ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 224.

⁴⁸ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 215.

⁴⁹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 216.

⁵⁰ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 215.

às ordens ou mandamentos de Deus, ou aquela outra segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos de Seu Filho.⁵¹

Para melhor desenvolver este raciocínio e expressar a estrutura lógico-hierárquica do ordenamento jurídico, Hans Kelsen constrói um processo silogístico, em que a premissa maior e a premissa menor são pressupostas da conclusão, ou seja, um dever-ser é colocado na posição de conclusão de um silogismo para depreender-se ou não o seu sentido objetivo e conseqüentemente, verificar a validade da norma inferior em questão.

Desse modo, como bem analisa Kelsen, a premissa maior configura-se como um *conditio per quam* relativamente à conclusão e é sempre um elemento da ordem do dever-ser, cuja validade é, a princípio, presumida. Essa validade da premissa maior, essa norma hierarquicamente superior, alia-se à premissa menor, a qual expressa um fato, um elemento da ordem do ser, que se coloca apenas como *conditio sine qua non* relativamente à conclusão, deduzindo-se a validade da norma inferior.

Assim, utilizando o exemplo ilustrado na obra *Teoria Pura do Direito*, se nos perguntarmos por que devemos cumprir as ordens de nossos pais, questionando-se a validade das normas emanadas por estes, a questão, posta na forma de um dever-ser, será colocada na conclusão de um processo silogístico; já a resposta para tal pergunta virá da ordem do ser, constituindo a premissa menor. Nesse sentido, considerando, por exemplo, que devemos obedecer as ordens de nossos pais (dever-ser) porque assim determinam os Dez Mandamentos (ser), presume-se a premissa maior, no sentido de que se devem cumprir os Dez Mandamentos. Por sua vez, questiona-se a validade desta norma, indaga-se sobre o dever-ser objetivo desta premissa maior, colocando-se esta como conclusão de um novo silogismo.

Com isso, pergunta-se: por que devemos obedecer aos Dez Mandamentos? Mais uma vez, a resposta para a questão é obtida a partir da consideração de um fato, qual seja: os Dez Mandamentos foram (do verbo “ser”) emanados por Deus. Assim, a premissa maior é concebida a partir da presunção de que se devem cumprir as normas emanadas por Deus. E por que devemos cumprir as normas emanadas por Deus?

Chegamos a um ponto em que a validade desta (até então) premissa maior não pode ser verificada a partir de um novo processo silogístico, pois a resposta para essa pergunta não se encontra na ordem do ser, conseqüentemente, inexistente uma premissa menor. E não se estabelece uma premissa menor porque não se encontra nenhum dever-ser emanado por uma autoridade competente hierarquicamente superior, ou seja, inexistente uma premissa maior. Eis o fim do escalonamento hierárquico. Eis a norma hipotética fundamental.

⁵¹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 216.

Hans Kelsen explica essa questão com mais clareza:

A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. E não pode ser por essa forma fundamentada se a afirmação do fato de que esta norma foi posta pelo ato de vontade de uma pessoa já não é possível como premissa menor de um silogismo.⁵²

Para conferir uma maior credibilidade ao processo silogístico em questão, este deve ser entendido como uma “via de mão dupla”, como se fosse possível, ao mesmo tempo, subir e descer por uma escada⁵³. Da análise realizada, depreende-se que o raciocínio efetuado para afirmar a validade de uma norma segue um caminho “às avessas”, pois parte de um questionamento que se coloca – na forma de um dever-ser – como conclusão, para assim, resultar em uma premissa menor e, conseqüentemente, em uma premissa maior. Desse modo, ao mesmo tempo em que se busca a verificação da validade de uma norma inferior, busca-se o fundamento de validade de um conjunto de normas que formam determinado ordenamento jurídico, alcançando a norma hipotética fundamental que, por sua vez, concomitantemente, possibilita a verificação da validade das normas do ordenamento. Tal fato é possível já que, previamente a essas buscas, pressupõe-se a existência das normas em análise; essa pressuposição só é possível diante da constatação de eficácia. Nesse sentido, esclarece-se o motivo por qual Kelsen considera a eficácia como condição de validade, uma vez que a eficácia coloca-se antes como o fator empírico que permite o conhecimento científico do normativismo, conhecimento esse, por sua vez, que só se concretiza com a norma hipotética fundamental.

Assim, conforme demonstrado, devido ao raciocínio da “via de mão dupla” do processo silogístico, a premissa menor, ou melhor, o fato considerado como premissa menor, leva justamente à presunção do dever-ser da premissa maior, podendo-se afirmar, em uma análise indireta, que a premissa maior é presumida a partir da norma hipotética fundamental já pressuposta em um escalonamento de silogismos.

Como vimos, a validade da norma hipotética fundamental não pode ser posta em questão justamente pela impossibilidade de se estabelecer uma premissa menor devido à ausência de um dever-ser posto por uma autoridade hierarquicamente superior, ou melhor, devido à ausência de uma autoridade hierarquicamente superior. Para conferir coerência e validar logicamente a teoria kelseniana, rebatendo a crítica do “regresso ao infinito”, a norma

⁵² KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 226.

⁵³ Para melhor ilustrar o paradoxo aqui apresentado, faz-se referência à obra do artista Maurits Cornelis Escher.

hipotética fundamental não pode ser uma norma posta, mas sim pressuposta, justamente devido à ausência de uma autoridade competente superior, pois, como bem expõe Kelsen, a norma hipotética fundamental não pode ser o sentido subjetivo do ato de vontade de qualquer pessoa e então, apenas pode ser o conteúdo de um ato de pensamento, uma norma pensada, ou seja, “[...] não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas”.⁵⁴

Desse modo, a norma hipotética fundamental não se configura como uma norma heterônoma – característica típica das normas jurídicas –, pois, justamente pela ausência de uma autoridade superior, é somente pressuposta, não é uma norma querida, posta por um ato de vontade, mas, como visto, uma norma pensada, e com isso, “[...] a ciência jurídica não se arroga qualquer autoridade legislativa com a verificação da norma fundamental”⁵⁵, ou seja, não há uma autoridade externa que emite e impõe a norma através de um ato de vontade.

Assim, questiona-se se a norma hipotética fundamental seria genuinamente uma norma jurídica, pois, além de não poder se caracterizar como uma norma heterônoma, ela não estabelece uma sanção e, como visto, pretende-se valer por si mesma, carecendo de condição de aplicação, não condizendo com a estrutura hipotética das normas jurídicas primárias. Apesar de a norma hipotética fundamental indicar uma conduta, também não se pode classificar como uma norma secundária, pois o dever-ser emanado não é obtido da análise lógica de uma norma primária, não se configura como a conduta oposta a que expressa a condição de aplicação da primária; e nem assim poderia ser, pois, caso isso acontecesse, admitir-se-ia a existência de uma norma jurídica anterior a norma hipotética fundamental, o que seria totalmente ilógico na formação de um ordenamento jurídico.

Nesse sentido, levantamos a problemática quanto à existência de normas categóricas no direito, quer seja, sobre a existência de normas que não são jurídicas. Guastini considera estas como normas morais intrusas em um sistema jurídico. No entanto, tais normas acabam por se tornar jurídicas, uma vez que estão positivadas, ou seja, como expressa Luis Prieto Sanchís, porque estão dentro de um sistema jurídico.⁵⁶

O problema agrava-se no caso da norma hipotética fundamental. Além de não poder ser parte ou fragmento de uma “genuína norma jurídica” (argumento que, caso fosse possível, justificaria a ausência de sanção) já que isso seria ilógico e estaria em contradição com o

⁵⁴ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 227.

⁵⁵ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 228.

⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de teoria del derecho*, p. 59.

caráter último e fundamental da norma, ela também não está posta em um ato de vontade, não é uma norma positivada – uma vez que é pressuposta – e assim, não se insere no ordenamento jurídico. Com isso, a norma hipotética fundamental não se caracteriza como uma norma jurídica por nenhum dos motivos possíveis e nem é mesmo uma norma intrusa, já que não está contida no sistema.

Conforme expõe Kelsen, a norma hipotética fundamental

[...] não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.⁵⁷

Dessa maneira, a questão está em considerar quem é a autoridade mais alta e de que forma, por qual meio, esta é considerada assim.

Todavia, antes de qualquer coisa, deve-se lembrar que a Teoria Pura do Direito – como ciência do Direito e teoria do ordenamento jurídico – abstrai qualquer caráter valorativo das normas e não tem o conteúdo destas como objeto de análise, uma vez que, justamente por buscar a pureza da ciência jurídica, exclui esses elementos, tidos como pertencentes aos campos político, social e moral.

Desse modo,

Uma norma pertence a um ordenamento que se apóia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental – e não porque tem um determinado conteúdo. A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam este sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos pelos quais a autoridade a quem a norma fundamental confere competência e as outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecem as normas positivas deste sistema.⁵⁸

Como visto no processo silogístico kelseniano, a verificação da validade do ordenamento jurídico não leva em conta qualquer conteúdo valorativo; a norma hipotética fundamental não estabelece um teor de validade, mas somente um fundamento de validade, preocupando-se com a forma e não com o conteúdo. Não se pode, desta maneira, prever e ditar de forma absoluta qual deve ser o conteúdo das normas jurídicas, uma vez que tais são estabelecidas por atos de vontades. Justamente por essa impossibilidade, a princípio, não se pode invalidar uma norma pelo seu conteúdo. “A sua validade só pode, em última análise, ser

⁵⁷ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 222.

⁵⁸ KELSEN, *Teoria pura do direito*, pp. 219-220.

fundamentada através de uma norma pressuposta por força da qual nos devemos conduzir em harmonia com os comandos da autoridade que a estabelece ou em conformidade com as normas criadas através do costume.”⁵⁹

Essa questão, diante do princípio dinâmico, – seguindo mais uma vez a ilustração kelseniana – permite considerar como válida a seguinte norma emanada pelo pai: “o filho deve ir à escola”. Esta é válida mesmo que – considerando Deus como a autoridade mais alta – não se possa, por uma operação lógica, deduzir tal norma dos Dez Mandamentos. Porém, no exemplo, a consideração da validade desta norma só é possível pelo fato de que os Dez Mandamentos determinam que “deve-se obedecer às ordens dos pais”, ou seja, estabelecem os pais como uma autoridade competente; e porque o conteúdo da norma emanada, apesar de não ser depreendido – em um processo silogístico – de nenhuma norma anterior, não é contrário ao conteúdo de nenhuma norma hierarquicamente superior, ou seja, ao ato de vontade de uma autoridade mais alta. É nesse sentido que Kelsen afirma que todo e qualquer conteúdo pode vir a ser direito.

No entanto, o fato de tal conteúdo não contrariar os atos de vontade contidos nas normas hierarquicamente superiores não significa que esteja contido, ou melhor, esteja de acordo com a intenção daqueles atos. Essa questão, que em um primeiro momento pode soar como um paradoxo, é crucial no que diz respeito ao enfraquecimento da correspondência do indivíduo para com o poder constituinte originário, o que levará a uma perda do símbolo de autoridade e a um progresso das chamadas “situações de anomia”. Porém, esse ainda não é o momento para tratarmos dessa questão, que será aprofundada no decorrer do trabalho.

1.1.1.2 Reflexões e questionamentos⁶⁰

Sendo a norma hipotética fundamental, como vimos, o ponto de partida do processo de criação do direito positivo, surge, com isso, uma incompatibilidade entre a opção filosófica do método e a opção filosófica do conceito utilizadas por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito; ou seja, o método lógico-transcendental kantiano, ao ser aplicado com o objetivo de se alcançar um conhecimento puramente descritivo, demonstra-se contraditório com o conceito positivista de ciência defendido por Auguste Comte.

⁵⁹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 219.

⁶⁰ A partir do arcabouço teórico apresentado no tópico geral e seus subitens, problematizamos algumas questões no campo da epistemologia e que serão amplamente retomadas no decorrer do trabalho.

Isso acontece porque a norma hipotética fundamental, ao conferir validade às normas jurídicas e ao ordenamento jurídico como um todo, compromete, indiretamente, a pura descrição, uma vez que conecta “proposição jurídica” e “norma jurídica”. Esse vínculo entre “lei jurídica” e norma se dá porque para a qualidade de norma jurídica faz-se determinante o elemento validade. Uma norma jurídica só existe, só é norma jurídica, se for válida. Desse modo, ao conferir a característica de dever-ser objetivo a um dever-ser subjetivo, a *Grundnorm*, como pressuposto lógico-transcendental, é responsável não só pela característica de verdade e falsidade, explorada pela ciência, mas também pela característica de validade e invalidade. Com esse “acúmulo de funções”, há, assim, uma criação formal – e apenas formal – do direito.

A norma hipotética fundamental, tendo como base a filosofia transcendental de Kant, acaba por construir o objeto que conhece. Colaborando para tal afirmação, o próprio Kelsen observa que:

[...] no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica.⁶¹

No entanto, Kelsen adverte:

Esta “produção”, porém, tem um puro caráter teórico ou gnoseológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica.⁶²

Essa ressalva do mestre da Escola de Viena reforça o nosso argumento de uma criação estritamente formal do objeto, dando ainda os primeiros indícios da influência da filosofia funcional de Ernst Cassirer (tema que ainda será desenvolvido no decorrer do trabalho).

A criação do objeto está ainda em pleno acordo com a interpretação kelseniana no sentido de refutar a “coisa em si” por considerá-la uma característica metafísica. Desse modo, o objeto da ciência do Direito não é um *noumeno*, mas sim um fenômeno.

Ao expor a epistemologia da perspectiva científica para justificar uma ciência do direito baseada em um positivismo crítico, o próprio Kelsen considera que:

⁶¹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 81-82.

⁶² KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 82.

A teoria da imagem do conhecimento cai com o dualismo metafísico. A cognição não pode ser apenas passiva na relação com os seus objetos; ela não pode se restringir a refletir coisas que, de certa forma, são conhecidas em si mesmas, que existem numa esfera transcendente. **Tão logo deixamos de acreditar que tais coisas possuem uma existência transcendente, independente da nossa cognição, a cognição deve assumir um papel ativo, produtivo, na relação com os seus objetos. A própria cognição cria os seus objetos a partir de materiais fornecidos pelos sentidos de acordo com as suas leis imanentes.** É esta conformidade às leis que garante a validade objetiva dos resultados do processo de cognição.⁶³

O fenômeno, assim, nada mais é do que construção a partir do indivíduo.

Diante de todo o exposto, concluí-se que as diferentes opções filosóficas para o método (pressuposto lógico-transcendental) e para o conceito de ciência (positivismo filosófico de August Comte) não são propriamente compatíveis entre si, devendo-se abrir mão de uma ou de outra caso se queira manter a coerência da teoria.

Esse problema torna-se ainda mais relevante quando se constata que conceito e método, mesmo que baseados em opções filosóficas diversas, originam-se de um mesmo pressuposto.

Resta saber, assim, qual é a opção filosófica para essas opções filosóficas; e ainda, o que a motiva.

1.2 Por trás do método, para além do conceito

Uma teoria não é composta apenas por um método, por um conceito e por um objeto, mas, sobretudo, por um pressuposto filosófico que está intimamente ligado a uma visão de mundo, visão essa que se coloca como opção axiológica fundante e, por isso mesmo, sistemática, já que integra todos os elementos da teoria.

O próprio Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, baseando-se nos ensinamentos de Max Planck sobre a teoria física da relatividade, contribui para tal análise. Kelsen compara a oposição entre as construções jurídicas do primado do direito estatal e do primado do direito internacional, respectivamente, com a “oposição existente entre a imagem geocêntrica, ptolomaica, do mundo e a imagem heliocêntrica, copernicana, do mesmo”⁶⁴. O jurista austríaco observa que, assim como as duas concepções astronômicas do mundo, a oposição

⁶³ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, pp. 620-621. grifo nosso.

⁶⁴ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 384-385.

entre as diferentes construções monistas do direito é apenas uma oposição de dois sistemas de referências diversos⁶⁵. Desse modo,

Os dois sistemas são igualmente corretos e igualmente justificados. É impossível, com base numa consideração de ciência jurídica, decidir jurídico-cientificamente por um deles. A ciência jurídica apenas pode apresentar as duas e verificar que um ou outro dos sistemas de referência tem de ser aceito quando se pretenda definir a relação entre Direito internacional e Direito estadual.⁶⁶

Em outro momento, Kelsen desenvolve o mesmo raciocínio, mas dessa vez estabelecendo um paralelo entre as construções jurídicas e a “oposição que existe entre uma mundividência (concepção de mundo – *Weltanschauung*) subjetivista e uma mundividência objetivista”⁶⁷. Desse modo, o mestre da Escola de Viena expõe que

A própria decisão por um deles, essa situa-se fora da ciência jurídica. Ela apenas pode ser determinada por outras considerações que não as científicas – por considerações políticas. Aquele para quem a idéia da soberania do seu Estado é valiosa, porque se identifica com este na sua autoconsciência exaltada, preferirá o primado da ordem jurídica estadual ao primado da ordem jurídica internacional. Aquele, para quem a idéia de uma organização mundial é mais valiosa, preferirá o primado do Direito internacional ao primado do Direito estadual.⁶⁸

Com isso, Kelsen acaba por admitir que a unidade gnoseológica do direito vigente só é possível mediante a escolha de um referencial ou, em outras palavras, a partir de uma visão de mundo. Dessa maneira, a Teoria Pura do Direito, inspirando-se na Teoria da Relatividade, revela o campo próprio dessas opções axiológicas fundantes. Assim,

A Teoria Pura do Direito, ao desmascarar estes sofismas, ao retirar-lhes a aparência de demonstrações lógicas que, como tais, seriam irrefutáveis, e ao reduzi-los a argumentos políticos aos quais se pode obviar com contra-argumentos da mesma espécie, desimpede o caminho para o livre desenvolvimento de um ou outro destes pontos de vista políticos, sem postular ou justificar qualquer deles. Como teoria, ela fica perante eles completamente indiferente.⁶⁹

É nesse sentido que a ciência em Kelsen apresenta-se como pura e descritiva, ou seja, a ciência não serve para justificar valores, tornando-os absolutos, verdadeiros, legítimos e imutáveis. Isso não significa, porém, que o conceito de ciência kelseniano seja desprovido de uma opção filosófica, que sua teoria careça de uma visão de mundo fundante. No entanto,

⁶⁵ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 385.

⁶⁶ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 385.

⁶⁷ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 383.

⁶⁸ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 385-386.

⁶⁹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 386.

essa visão de mundo que, para muitos, comprometeria a pureza da *Reine Rechtslehre*, não é adotada devido a um juízo de valor, mas sim, de maneira lógica, como um fundamento metodológico necessário para a própria pureza da teoria: o relativismo. Em outras palavras, o relativismo axiológico é *conditio per quam* da característica de pureza.

Contudo, os críticos poderiam ainda argumentar que o próprio “ideal” de pureza constitui-se como um juízo de valor. Tal alegação, apesar de pertinente, não é irrefutável, ainda mais se considerarmos que o conhecimento científico é aquele que pode ser empiricamente verificável. Estando os valores em um campo transcendente, por uma análise lógica conclui-se que a pureza é *conditio per quam* da ciência. Mas isso nos remete novamente ao conceito de ciência em Kelsen.

Por essa razão, entendemos que diante do conflito entre as opções filosóficas de método e de conceito de ciência identificado no item anterior, deve-se abrir mão da opção filosófica – exposta até aqui – do conceito de ciência, ou seja, do positivismo filosófico de Auguste Comte. Isso porque, conforme defendido por Mathias Jestaedt em seu artigo *A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen*, há uma relatividade da ciência jurídica, expressada pela diversidade dos objetos formais⁷⁰. Nesse sentido, argumenta Jestaedt:

Em vez de uma concepção de ciência do direito determinada pelo seu objeto e segundo a qual o objeto “direito” – pensado sempre como idêntico a si próprio – unifica o conjunto de disciplinas afins e, em consequência do qual, uma perspectiva global e transversal da ciência jurídica se torna possível, surge uma concepção de ciência determinada pelos seus métodos: são a orientação e o método específicos que passam a determinar o critério pelo qual se define a base, o alcance e as características próprias de dada disciplina. Na concepção tradicional, o objeto material (*obiectum quod*) constituía a identidade da disciplina e, portanto, o direito para a ciência jurídica. Segundo a concepção kelseniana, é o método, o objeto formal (*obiectum quo*) que fixa o objeto específico de uma disciplina. O método, graças ao qual os saberes são objeto de estudos, determina o que pode ser conhecido. Equivaleria a dizer de maneira bem radical, como o lingüista Ferdinand de Saussure: “Antes de o objeto preceder o ponto de vista, há de se ver que o ponto de vista cria o objeto”. Por conseguinte, o conhecimento científico apresenta-se – como, aliás, toda outra forma de conhecimento – vinculado ao ponto de vista adotado. Métodos divergentes condicionam assim o conhecimento de objetos distintos.⁷¹

Desse modo, reiterando-se o exposto no item anterior deste capítulo, a opção pelo pressuposto filosófico do método (pressuposto lógico-transcendental) em detrimento da filosofia de Comte, demonstra-se pertinente não só pela já alegada construção do objeto a ser

⁷⁰ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 30.

⁷¹ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 31-32.

conhecido que a interpretação kelseniana da filosofia de Kant expressa, mas também devido à coerência que essa guarda com a concepção kelseniana de ciência (nos moldes defendidos por Matthias Jestaedt).

Assim, método e conceito de ciência fomentam um ao outro, expressando – seguindo os ensinamentos de Jestaedt – um caráter funcional que se opõe ao substancial, uma vez que não há um método único, muito menos um conceito baseado em um absoluto, em algo dado; mas sim uma pluralidade, uma diversidade que, ao permitir a construção do objeto material pelo objeto formal, opõe-se à ontologia e expressa o pressuposto filosófico da opção metodológica fundante da teoria do Direito kelseniana: o relativismo; relativismo esse que une método, objeto (material) e conceito, dando coerência e integridade à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Esse pressuposto filosófico que embasa a opção metodológica de Kelsen é retratado pelo autor em um pequeno ensaio denominado *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política*, ensaio que foi publicado no Brasil como a última seção da segunda parte do livro *A Democracia*, também de Hans Kelsen, parte essa destinada aos pressupostos da teoria democrática do mestre da Escola de Viena. Mas, como argumentado e defendido no presente trabalho, tal pressuposto também se aplica à Teoria Pura do Direito. Evidenciando, assim, um claro diálogo com as questões já abordadas até aqui, Kelsen considera que:

O absolutismo filosófico é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, i.e., uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano. Logo, sua existência é objetiva e ilimitada no ou para além do espaço e do tempo, aos quais restringue-se o conhecimento humano. O relativismo filosófico, por seu lado, advoga a doutrina empírica de que a realidade só existe no interior do conhecimento humano, e que, enquanto objeto de conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscente. O absoluto, a coisa em si, está além da experiência humana; é inacessível ao conhecimento humano e, portanto, incognoscível.⁷²

Desse modo, o conceito de ciência adotado por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito não está alinhado ao adotado pelo positivismo filosófico que teve seu ápice no século XIX, mas incorpora o modelo de ciência dominante na primeira metade do século XX, no qual se admite a presença de uma teoria precedente à formulação de leis (com caráter estritamente descritivo), teoria essa que tem como base uma opção filosófica.

⁷² KELSEN, *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política*, p. 347-348.

CAPÍTULO 2

PODER E AUTONOMIA

2.1 Poder, vontade e norma

Precedendo o normativismo de Hans Kelsen temos a concepção imperativista de Direito, doutrina positivista do século XIX que tem Bentham e Austin como seus principais expoentes. Segundo esta, “[...] a norma jurídica é o ato de vontade do legislador, que consiste em obter de outrem um comportamento determinado em uma situação precisa”¹ e assim, a validade do direito positivo é remetida à “[...] obediência incondicional dos indivíduos ao legislador soberano provido de um poder ilimitado”.²

Hans Kelsen critica esta concepção, já que ela considera apenas o elemento subjetivo do ato de vontade para determinar específico mandamento como uma norma jurídica, o que não é suficiente para distinguir o direito de um fato, pois, “Se o mandamento do legislador se esgotasse na significação subjetiva que atribui a seu ato, reflete Kelsen, retomando o exemplo canônico tirado da Cidade de Deus de Santo Agostinho, como se poderia distinguir os mandamentos do legislador das ordens dadas por um bando de bandidos?”³

É nesse contexto que Kelsen insere a necessidade de um dever-ser objetivo:

A circunstância de o “dever-ser” constituir também o sentido objetivo do ato exprime que a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida), não apenas do ponto de vista do indivíduo que põe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado – e isso muito embora o querer, cujo sentido subjetivo é o dever-ser, tenha deixado faticamente de existir, uma vez que, com a vontade, não desaparece também o sentido, o dever-ser; uma vez que o dever-ser “vale” mesmo depois de a vontade ter cessado, sim, uma vez que ele vale ainda que o indivíduo cuja conduta, de acordo com o sentido subjetivo do ato de vontade, é obrigatória (devida) nada saiba desse ato e do seu sentido, desde que tal indivíduo é havido como tendo o dever ou o direito de se conduzir de conformidade com aquele dever-ser. Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser “objetivo”, é uma “norma válida” (“vigente”), vinculando os destinatários.⁴

Como bem observa Aglaé Maryioli, “Os atos do legislador permanecem, sem dúvida, sendo atos de vontade, escapando por consequências de toda justificação fornecida pela Razão, mas com a condição, dirá Kelsen, de que esta Vontade está ligada a uma norma.”⁵

Percebe-se assim que Kelsen, ao introduzir o elemento objetivo para a existência do direito, valoriza e intensifica o princípio da legalidade, que por sua vez está intimamente

¹ BILLIER; MARYIOLI, *História da filosofia do direito*, p. 200.

² BILLIER; MARYIOLI, *História da filosofia do direito*, p. 201.

³ BILLIER; MARYIOLI, *História da filosofia do direito*, p. 200.

⁴ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 8.

⁵ BILLIER; MARYIOLI, *História da filosofia do direito*, p. 202.

ligado com a validade, com a legitimidade do ordenamento jurídico. Desse modo, expõe Maryioli,

A norma fundamental, em seu duplo significado, tanto epistemológico quanto ontológico, confere a juridicidade, o caráter jurídico às normas estabelecidas. [...] No sistema de Kelsen, é válida a norma que obriga de maneira objetiva. Assim, quando Kelsen se interroga sobre a força obrigatória do sistema jurídico em seu conjunto, em outras palavras, quando ele coloca a questão da validade da Constituição em que se baseia a validade de todas as regras da ordem jurídica, ele coloca de fato a questão da sua *legitimidade*.⁶

Dentro de um sistema jurídico positivado, esse dever-ser é obtido (na verdade já existe, só é ativado e especificado) através de uma estrutura escalonada, conferindo competências de um modo hierárquico. Dessa forma, considerando as normas jurídicas de modo particular, ou seja, isoladamente, a validade das normas é o que vincula os indivíduos a se comportarem de acordo com o prescrito. Porém, esta validade é advinda, em última instância, da norma hipotética fundamental que, para ser assim pressuposta, depende da obediência de uma coletividade de indivíduos, que “[...] não deve se basear exclusivamente na força, mas em sua adesão a um poder legitimado pelo sistema de regras previamente estabelecidas”⁷. É neste momento que se concebe o dever-ser objetivo de um ordenamento jurídico, dever-ser que se estenderá para todo o sistema.

O normativismo kelseniano busca, assim, solucionar a problemática da vontade do Estado. Ao introduzir o conceito de dever-ser objetivo, Kelsen combate a arbitrariedade e valoriza o princípio da legalidade. A autoridade, ao contrário do positivismo imperativista, não é mais concebida como legítima por meio da força (física) do seu ato de vontade. A construção kelseniana renega ainda a teoria do Estado e do Direito de Jellinek, pois, ao afirmar que a vontade do Estado deve ser considerada exclusivamente como produto da construção jurídica, Kelsen retira o fundamento último da teoria da autolimitação⁸, ou seja, não considera que “a limitação do Estado pelo direito deriva da *Vontade* do próprio Estado”⁹, justamente por questionar essa vontade (“vontade de quem?”) e partir de uma concepção unitária de direito e Estado. Esse raciocínio também será uma das principais armas teóricas de Kelsen na luta contra Carl Schmitt e o estado de exceção.¹⁰

⁶ BILLIER; MARYIOLI, *História da filosofia do direito*, p. 207.

⁷ BILLIER; MARYIOLI, *História da filosofia do direito*, p. 209.

⁸ BILLIER; MARYIOLI, *História da filosofia do direito*, p. 198.

⁹ BILLIER; MARYIOLI, *História da filosofia do direito*, p. 197.

¹⁰ O conteúdo desenvolvido até aqui neste tópico foi anteriormente elabora em MILÃO; MATOS, *Dever-ser objetivo, autonomia moral e deslegitimação em Hans Kelsen*, 2012.

Com a idéia de dever-ser objetivo, Kelsen não só se opõe ao positivismo imperativista, como também estabelece o critério de vinculação, devolvendo à teoria geral do Direito, por consequência, o enigma da normatividade.

O Imperativismo adota o hábito de obediência para definir o poder soberano, considerando norma a vontade emanada por esse, bastando um mero ato de força para ser posta e válida. No entanto, principalmente em Bentham, tal posicionamento teórico constitui-se como uma base metodológica para evitar um relacionamento desnecessário do ordenamento jurídico com a moral e consequentes questionamentos sobre a razão de obediência a um direito existente. Ou seja, a teoria imperativista de Bentham, baseada na força do Soberano para impor seus atos de vontade¹¹, constitui-se como uma opção metodológica para garantir a tese da separabilidade, objetivo máximo do positivismo.

Nesse sentido, Bentham opõe-se a Hobbes, pois, para o primeiro, determinado indivíduo ou grupo de indivíduos é soberano porque emite leis, já para o segundo, a formulação correta seria “emite leis porque é soberano”. Assim, em Bentham não há um processo de constituição da autoridade, a não ser por meio da força que essa possui para impor a sua vontade; desse modo, eficácia está igualada à validade, que é reduzida ao fato da força. Já em Hobbes, a própria idéia de contrato social já escancara a necessidade de uma construção da autoridade entendida como soberana¹², trazendo à luz o requisito da vinculação e, conseqüentemente, a normatividade.

Guardada as devidas proporções, o contrato social em Hobbes e a idéia de dever-ser objetivo em Kelsen, expressada em última escala pela *Grundnorm*, refletem o mesmo

¹¹ Como observa Gerald Postema, em Bentham o direito é estabelecido sem qualquer necessidade de investigação de ordem moral ou histórica. O direito é o que o soberano afirma ser, sendo que a soberania se relaciona com a pessoa do governante e a sua vontade. Bentham define o direito como uma espécie de comando: uma ordem que é a expressão de uma vontade quanto à conduta de outros. Essa ordem caracteriza-se como o desejo de uma pessoa em situação superior na escala de poder direcionado a uma pessoa situada em um patamar inferior. (POSTEMA, *Bentham and the common law tradition*, passim)

¹² “[...] enquanto durar esse direito natural de cada um a tudo, ninguém pode ter a segurança, por mais forte ou sábio que seja, de viver durante todo o tempo que a natureza geralmente permite aos homens viver. Por conseguinte, é um preceito ou uma regra geral da razão *que cada um deve buscar a paz na medida em que tem esperança de obtê-la, e que, se não for capaz de obtê-la, que lhe seja lícito buscar e utilizar todos os auxílios e as vantagens da guerra.* [...] Dessa lei natural fundamental, com a qual se ordena aos homens que busquem a paz, deriva a segunda lei, *a de que estejam dispostos, quando outros também estiverem, a renunciar, na medida em que considerarem necessário à paz e à própria defesa, bem como ao direito a tudo e se contentarem em ter tanta liberdade em relação aos outros quanto a que concederem aos outros em relação a si próprios.* De fato, enquanto cada um detiver o direito de fazer tudo o que lhe agrada, todos os homens se encontrarão na condição de guerra. Porém, se os outros não renunciarem ao seu direito, não haverá razão para que alguém se prive do seu, pois isso significaria expor-se como presa (o que ninguém é obrigado a fazer), em vez de dispor-se da paz.” (HOBBS, *Estado natural e contrato social [Leviatã]*, pp. 99-100)

fundamento: a fundamentação e conseqüente legalidade do Soberano, ou melhor, a constituição da autoridade hierarquicamente superior.

Segundo Kelsen, a “[...] a norma fundamental limita-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema.”¹³

A pressuposição de uma norma como norma fundamental está, com isso, intimamente ligada à escolha de um ordenamento jurídico em específico, pois, como fundamento de validade deste, a norma hipotética fundamental possibilita a criação das normas gerais e individuais do ordenamento, ao mesmo tempo em que determina qual será o ordenamento e permite a existência desse, uma vez que lhe confere validade e promove a unidade de uma pluralidade de normas.

Assim, a norma hipotética fundamental pressupõe um símbolo de autoridade, estabelecendo a autoridade hierarquicamente superior, conferindo um dever-ser objetivo ao ato de vontade subjetivo da autoridade considerada como a mais alta, sobre a qual inexistem qualquer outro ato de vontade.

Dessa maneira, a questão está em considerar quem é a autoridade mais alta e de que forma, por qual meio, esta é considerada assim. A questão é: por que se obedece?

Contudo, antes de explorarmos possíveis respostas para essa pergunta, faremos uma análise mais detalhada sobre a eficácia como condição de validade no normativismo kelseniano, não só porque consideramos o tema a chave para a normatividade em Hans Kelsen, expressando o requisito de vinculação e permitindo a verificação de um dever-ser objetivo, mas também para esclarecer ainda mais, a partir dos próximos tópicos, porque a Teoria Pura do Direito não pode ter o elemento força como justificativa central de sua estrutura.

2.2 Autonomia como contrapartida ao poder

Na pressuposição de uma norma hipotética fundamental e na criação primeira do dever-ser objetivo, aparentemente, validade e eficácia se confundem, muito embora sejam coisas distintas. A questão é bem ilustrada na seguinte passagem de João Leitão de Abreu:

Para que o direito positivo mereça esse nome, para que exista e cumpra a missão que lhe incumbe, é mister se torne realidade a ordem que por via dêle se pretende implantar nas relações sociais, estabelecendo-se, desta sorte, correspondência entre aquilo que se estipula no complexo normativo e os comportamentos individuais. É conteste a teoria jurídica em acentuar que

¹³ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 219.

essa correspondência não pode ser absoluta, porque, se o fosse, o que haveria seria ordem natural e não ordem normativa. Ressalta-se, no entanto, que a correspondência não pode baixar de certo índice, pois, aliás, a ordem jurídica, que necessita de certo grau de eficácia, deixa de ser positiva. Essa relação não é negada pelo próprio Kelsen, não obstante o seu escrúpulo metodológico em permitir que o mundo normativo seja contagiado pelo mundo do ser, que é o cenário da eficácia. “Para que uma ordem jurídica nacional seja válida”, - reconhece êle, - “é necessário que seja eficaz, isto é, que os fatos se mostrem, em certa medida, conformes a essa ordem”. Reporta-se Kelsen à ordem jurídica no seu todo e não às normas jurídicas particulares, que dela sejam integrantes, pois, quanto a estas, a sua ineficácia, embora plena, não lhes retira a validade. Pode a norma jurídica, assim, permanecer, por largo tempo, inaplicada e continuar, não obstante, a gozar de validade. Mudando as circunstâncias, que hajam motivado a sua ineficácia, voltará a ser aplicada, tornando-se, juntamente, válida e eficaz.¹⁴

Tal confusão se dá principalmente pela limitação do princípio da legitimidade¹⁵ pelo princípio da efetividade. Nesse contexto, Kelsen explica e exemplifica essa limitação através de um processo revolucionário interpretado como um processo produtor de direito¹⁶, já que neste caso, o princípio da legitimidade não encontra nenhuma aplicação. Observa-se que o poder constituinte originário é inerente ao princípio da efetividade. Assim:

Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. Dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduos. Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente.¹⁷

Desse modo,

As leis ditadas sob a antiga Constituição e que não sejam recebidas já não são consideradas válidas, os órgãos instituídos de acordo com a antiga Constituição já não são considerados competentes. Se a revolução não fosse bem-sucedida, quer dizer, se a Constituição revolucionária – que não veio à existência de acordo com a antiga Constituição – não se tivesse tornado eficaz, se os órgãos por ela previstos não tivessem ditado quaisquer leis que fossem de fato aplicadas pelos órgãos previstos nestas leis, mas se, pelo contrário, a antiga Constituição tivesse permanecido eficaz, não haveria

¹⁴ ABREU, *A validade da ordem jurídica*, pp. 125-126.

¹⁵ O princípio da legitimidade é o de que “[...] a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica.” (KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 233)

¹⁶ Conforme expõe Lourival Vilanova: “A norma fundamental de um ordenamento estatal concreto permite conhecer juridicamente a revolução, sem converter a revolução em *fonte formal* (intra-sistemática) do ordenamento positivo.” (VILANOVA, *Teoria jurídica da revolução*, p. 69.

¹⁷ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 233.

qualquer motivo para pressupor uma nova norma fundamental no lugar da antiga.¹⁸

Com isso, objetivando desfazer a aparente identificação entre eficácia e validade, mas sem desprezar a existência de uma conexão entre os dois elementos, Hans Kelsen considera tal eficácia como condição da validade:

Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. Fundamento da validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes. A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade. A eficácia é-o no sentido de que deve acrescer ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo, e bem assim a norma jurídica singular, não percam a sua validade. Uma condição não pode identificar-se com aquilo que condiciona.¹⁹

Assim,

A significação da norma fundamental torna-se especialmente clara quando uma Constituição não é constitucionalmente modificada mas é revolucionariamente substituída por uma outra, quando a existência – isto é, a validade – de toda ordem jurídica imediatamente assente na Constituição é posta em questão. [...] As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) *porque* a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem *se* esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência).²⁰

Diante do exposto, a eficácia, colocada como condição de validade, conseqüentemente, como o que permite a pressuposição da norma hipotética fundamental, já que essa, como bem observa Andityas Matos, “[...] só pode ser expressa em termos condicionais”²¹, é o que possibilita afirmar uma normatividade na teoria kelseniana, uma vez que irá expressar empiricamente os motivos da obediência, ou melhor, tornará possível a constatação da existência de algo que motiva os indivíduos a considerarem determinada pessoa ou grupo de pessoas como sendo a primeira autoridade, que, por sua vez, inaugurará

¹⁸ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 235.

¹⁹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 236.

²⁰ KELSEN, *Teoria pura do direito*, pp. 232-237.

²¹ MATOS, *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, p. 69.

um sistema dinâmico de derivação normativa. Desse modo, diante de todo o exposto, a questão da normatividade mostra-se diretamente ligada à pressuposição da *Grundnorm*. Resta saber o que é esse “algo” que a eficácia permite afirmar a existência, apesar de não constatar do que se trata.

Desse modo, a eficácia como condição de validade apresenta-se como um aparente problema da teoria kelseniana, pois expressa, em última escala, os fundamentos últimos do ordenamento jurídico, o fundamento da primeira constituição histórica, colocando em xeque a separação entre “ser” e “dever-ser” e denunciando uma possível redução da Teoria Pura do Direito a um simples empirismo, questão tão combatida por Hans Kelsen.²²

Para analisarmos se a teoria kelseniana é ou não realmente falha nesse ponto, devemos refletir sobre o que permite a pressuposição da norma hipotética fundamental, ou seja, o que pode ser considerado como um mínimo de eficácia que permite a cognição do direito.

Uma coisa, porém, é certa: não estamos falando de força, nem de coação, pelo menos não de coação física. Pois isso seria uma incongruência diante da crítica kelseniana ao imperativismo e também à própria lógica interna do normativismo. E há elementos suficientes para argumentarmos – como demonstraremos durante todo o trabalho – que Kelsen não foi falho nesse ponto, não foi falho em separar direito e poder, entendido em termos de força.²³

Para combater a tentativa de reduzir o direito ao poder é fundamental analisarmos a presença e importância do tema da autonomia na obra de Hans Kelsen, uma vez que a autonomia apresenta-se como a expressão da liberdade e autodeterminação do indivíduo em

²² Nesse contexto, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi observam que a introdução de elementos fáticos na teoria de Hans Kelsen e nas teorias positivistas de um modo geral tem como justificativas a “necessidade de evitar a tautologia da autopoiese” e também a identificação de “qual conjunto normativo é o socialmente predominante”, sendo que a “referência a fatos não prejudica a descrição do sistema normativo que continua sendo uma sucessão de normas (e/ou decisões), um conjunto de dever ser.” (DIMOULIS; LUNARDI, *A validade do direito na perspectiva juspositivista*, p. 227). Conforme argumentam os autores: “Retomando a observação de Kelsen sobre as condições de validade, podemos dizer que a eficácia social permanece externa ao direito. Exatamente como o fato de um ser humano ter a capacidade biológica de emitir sons é uma pré-condição da fala. Mas essa capacidade biológica não indica se uma pessoa efetivamente poderá falar, se aprenderá certo idioma, se será um interlocutor competente.” (DIMOULIS; LUNARDI, *A validade do direito na perspectiva juspositivista*, p. 227).

²³ Em sentido diverso, Andityas Soares de Moura Costa Matos considera que “[...] a Teoria Pura do Direito, mais do que um realismo jurídico de matriz imperativista, é um ultrarrealismo crítico que desvenda não a relação entre direito e violência, mas, sim, a mútua convertibilidade entre ambas as instâncias” (MATOS, *Kelsen e a violência*, p. 255). Argumentando que as limitações e pontos questionáveis da Teoria Pura do Direito só serão superados com o entendimento de que violência e direito apresentam-se como realidades homólogas, Matos declara: “Segundo entendo, a Teoria Pura do Direito é uma teoria da violência que demonstra – talvez pela sua própria derrocada – ser impossível pensar o direito alheio a um contexto geral de força. Nessa perspectiva, cabe à norma fundamental o papel de transformar a violência que fundou a primeira ordem jurídica em força juridicamente qualificada, característica do sistema centralizado e monopolizador de coerção que recebe o nome de Estado/direito. Minha interpretação se aproxima – sem se identificar – com a de Bobbio, que vê na norma fundamental o ato de poder fundador de dado ordenamento jurídico, de maneira que, ao se impor, o poder coercitivo funda a juridicidade.” (MATOS, *Kelsen e a violência*, p. 261)

detrimento a tudo aquilo que pretende se impor, ou seja, que queira valer e se fazer conhecer independentemente de aceitação.

2.2.1 *Autonomia moral em Hans Kelsen*

Simone Goyard-Fabre, ao analisar a diferenciação kelseniana entre causalidade e imputação, princípios que se aplicam, segundo Kelsen, respectivamente às ciências da natureza e às ciências sociais normativas, expõe que:

As regras de direito não podem ser neutras. Como a razão prática não difere da razão teórica, elas veiculam em suas prescrições a idéia de um fim que só o homem, diferentemente dos animais, é capaz de propor a si mesmo. As regras que normatizam a ação são a figura jurídica de um princípio regulador que, expressamente teleológico, indica um horizonte de sentido e de valor.²⁴

Goyard-Fabre considera que essa idéia foi expressa por Kelsen em sua obra *A Democracia*, na qual, segundo interpretação da autora, Kelsen vinculava a idéia da democracia aos dois postulados de nossa razão prática, a saber, (1) a reação contra a coação que resulta do estado de sociedade e (2) o sentimento que cada qual tem de seu próprio valor, repercutindo, assim, o tema kantiano da “insociável sociabilidade”.

Como expõe a professora francesa, Kelsen considera que “a *democracia* implica *autonomia*, porque os criadores das normas (direta ou indiretamente, é um mero problema técnico) são também seus destinatários.”²⁵

Desse modo, a autora analisa que:

Com essa filosofia da democracia, Kelsen levava ao apogeu, melhor do que o próprio Kant, a concepção kantiana da razão, ainda mais imponente em sua vocação prática que em sua função teórica. Na idéia de liberdade que é seu horizonte numênico, a capacidade da razão de fornecer a si mesma sua lei – a autonomia que somente o homem pode pensar e impor a si mesmo como um dever – tem uma força extraordinária. Portanto, o direito positivo, devido à sua fundação, é um caminho voltado para o mundo numênico em cujo horizonte se constituem a consistência e a dignidade da condição humana.²⁶

Assim, Goyard-Fabre considerará que o retorno a Kant que Kelsen promove para a obtenção de um fundamento último do direito e de sua normatividade é

²⁴ GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, pp. 367-368.

²⁵ GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, p. 368.

²⁶ GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, p. 368.

expresso e ilustrado não só pela hipótese lógico-transcendental da *Grundnorm*, mas também pelo vínculo entre razão e autonomia moral.²⁷

Concordamos que a autonomia moral exerce um papel chave na teoria do Direito kelseniana, retratando uma normatividade do direito e expressando o tender do homem para a liberdade, realizada, segundo Goyard-Fabre, pela auto-reflexão.²⁸

Em uma perspectiva kelseniana a função da ciência do Direito é descritiva e não avaliativa ou legitimadora, uma vez que considera a relatividade dos valores e a tarefa impossível de conhecê-los racionalmente e comprová-los cientificamente; pensamento este que concede maior mutabilidade ao direito (combatendo, de certo modo, regimes autocráticos) e garante o exercício da liberdade, do fardo da liberdade, já que:

De acordo com os preceitos do relativismo axiológico, existem várias ordens morais e todas são igualmente válidas de antemão. É o indivíduo quem deve decidir qual delas é a melhor, qual irá reger sua vida e por qual lutar. No jusnaturalismo tal possibilidade é negada ao indivíduo porque a escolha é posta nas mãos de Deus, da natureza ou da razão abstrata. Aos jurisdicionados cabe apenas seguir os mandamentos criados pelos entes transcendentais. Não há possibilidade de discussão. O positivismo relativista, por seu turno, imputa toda a responsabilidade moral ao indivíduo. Kelsen concebe a autonomia moral de modo que seja o norte de cada ser humano. Somos os únicos responsáveis pelos nossos destinos. O peso dos nossos erros e acertos não pode ser anulado, minorado, transferido, trocado, negociado ou esquecido. Esse é o verdadeiro sentido da autonomia moral da qual fala Kelsen.²⁹

No entanto, não nos parece correto interpretar a autonomia moral presente em Kelsen como totalmente equivalente à autonomia moral kantiana, principalmente porque Kelsen negará uma autonomia *da* moral, em outras palavras, que a moral seja um produto da razão.

Segundo a interpretação de Kelsen, o conceito, em si contraditório, da razão prática, é o fundamento da Ética kantiana e nesse conceito é suprimido o dualismo do ser e do dever-

²⁷ Conforme argumenta Kant: “A *autonomia* da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes às mesmas; mas, por outro lado, toda *heteronomia* do livre-arbítrio não só deixa de fundamentar qualquer obrigação como, também, resulta de todo contrária ao princípio desse livre-arbítrio e à moralidade da vontade. O princípio único da moralidade consiste na independência de toda a matéria da lei (isto é, de um objeto desejado) e, ao mesmo tempo, apesar de tudo, na determinação, à qual u’a máxima deve estar capacitada, do arbítrio por meio da forma legisladora universal comum. [...] A natureza suprassensível dos [...] seres é [...] a existência deles segundo leis independentes de toda a condição empírica e que, portanto, pertencem à *autonomia* da razão. E como as leis segundo as quais a existência das coisas depende do conhecimento são práticas, a natureza supressensível, quando delas podemos formar um conceito, não é outra coisa mais do que *uma natureza sob a autonomia da razão pura prática*. A lei desta autonomia, contudo, é lei moral, sendo, por isso, a lei fundamental de uma natureza suprassensível” (KANT, *Crítica da razão prática*, pp. 53 e 65).

²⁸ GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, p. 369.

²⁹ MATOS, *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, pp. 281-282

ser, já que é simultaneamente conhecer e querer. Desse modo, a “razão prática é, afinal de contas, a razão divina no homem”³⁰

Nesse sentido, Kelsen analisa:

Que a razão prática é vontade, afirma-o Kant expressamente: “A vontade não é senão razão prática” (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, IV, p. 412). Ele equipara “razão prática” com “vontade”, quando à expressão “razão prática” faz acompanhar a palavra vontade” entre aspas (ob. cit., p. 441).

[...]

Assim, ele pode manter sua tese: a razão prescreve a lei moral para o homem, apenas pelo fato de que ele identifica a razão como razão prática com a vontade. Mas Kant, distingue, por outro lado, a razão como faculdade de conhecimento da vontade, como faculdade de desejo. Ele fala do homem como de um “ser que tem a razão e uma vontade (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, IV, p. 395). Razão e vontade, não razão como vontade.

[...]

O conceito kantiano da razão prática é, assim, o resultado de uma inadmissível confusão de duas faculdades do homem, essencialmente diferentes uma da outra e também por Kant mesmo diferenciadas.³¹

No entanto, como observa Kelsen, esse último plano teológico do conceito da razão prática, ou seja, “a noção de que a razão prática como o legislador moral é a razão divina no homem, na qual somente conhecimento e querer, ser e dever-ser como coincidentes podem tornar-se acreditados, encobre-se em Kant pelo princípio postulado por ele da *autonomia da Moral*”³²

Segundo Jerome B. Schneewind, autor de *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*,

Somos autônomos quando obedecemos a uma lei que damos a nós mesmos. É nossa própria razão que nos dá a lei. Mais precisamente, nossa razão prática se expressa dando-nos uma lei – o imperativo categórico – que exige que reajamos a nossos desejos e sentimentos de uma maneira específica. Para Kant, a moralidade é o resultado de nossa autonomia.³³

Para Kelsen, a Teoria da Razão Prática iguala-se à Teoria da Consciência como a fonte da Moral, afirmação essa argumentada pelo fato de o próprio Kant dizer que a consciência está situada na razão prática do homem: “A consciência é a razão prática que faz ver ao homem, em cada caso de uma lei, seu dever para a absolvição ou condenação”.³⁴

Como expõe Kelsen:

³⁰ KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. 100.

³¹ KELSEN, *Teoria geral das normas*, pp. 100-101.

³² KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. 101.

³³ SCHNEEWIND, *Kant e a moralidade como resultado de nosso autonomia*, p. s/n.

³⁴ KANT apud KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. 105.

Na Teoria da Consciência como fonte da Moral supõe-se, porém, que o sentimento é o primeiro [...] Este sentimento é nossa consciência como *sentimento moral*, a “voz da consciência” em nós, que nos diz, quer dizer, prescreve-nos como nós devemos conduzir-nos, é esta consciência, na qual as normas da Moral têm sua origem. Ela não precisa, portanto, de normas que nos trazem de fora, fixadas pela vontade de uma autoridade diferente de nós próprios, pois estas normas da Moral procedem de nosso interior. Nós as encontramos quando examinamos nossa própria consciência. Assim como a Teoria da Razão Prática kantiana, a Teoria da Consciência como do legislador moral procura fundamentar a autonomia da Moral.³⁵

Kelsen passa assim a criticar a Teoria da Razão Prática, pois as normas de um legislador moral apenas podem ser estabelecidas por um ato de vontade, apenas podem ser o sentido de um ato de vontade. E mesmo que se entenda a vontade como englobada pela razão prática ou pela consciência, “então disto resultaria, porém, que ninguém poderia julgar a conduta de um outro como moralmente boa ou má. Pois do fato de que minha consciência me prescreve uma certa conduta não resulta que a consciência de um outro lhe prescreva a mesma conduta”.³⁶ E isso se coloca como um problema, pois, segundo Kelsen, “A condenação moral da conduta de outro é, porém, uma função essencial, senão a mais essencial, autorizada pela ordem moral e a mais importante condição de sua eficácia”.³⁷

Assim, uma autonomia da Moral, uma moral autônoma, não pressupõe que todos os homens de uma comunidade social reajam de igual modo para gerar essa condenação moral. A condenação da conduta humana, dirá Kelsen, somente pode ser explicada pelo fato das pessoas viverem sob uma mesma ordem moral – unidade que não é possível pela autonomia da moral – e “esta ordem moral, pela educação e imitação, **penetra** no seu sentir e pensar e reage assim como consciência”.³⁸

Diante do exposto, Kelsen conclui:

Como esta ordem moral se realiza, se por Costume – como o Direito Consuetudinário – ou pelos atos de um fundador de Religião – como Moisés, Jesus ou Maomé – é, aqui, indiferente. Isto depende de que a Teoria da Consciência como legislador moral não possa impedir a suposição de normas impostas do exterior aos homens, e de que seja insustentável a autonomia da Moral no sentido de uma imanência da norma na realidade física do homem – como uma negação da transcendência da norma e, conseqüentemente, da negação do dualismo do dever-ser e ser.³⁹

³⁵ KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. 106.

³⁶ KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. 107.

³⁷ KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. 107.

³⁸ KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. 107. grifo nosso.

³⁹ KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. 107.

Segundo Schneewind, “A autonomia e a liberdade estão essencialmente vinculadas na concepção de Kant. Ser autônomo é ser livre no sentido moralmente relevante, e a liberdade se expressa ou se torna evidente na ação autônoma”.⁴⁰

Desse modo, Kelsen aproxima-se da filosofia prática de Kant ao considerar que a ordem social significa determinação da vontade do indivíduo e que a liberdade sob essa ordem, ou seja, a liberdade política, é a autodeterminação do indivíduo, é uma autonomia moral.⁴¹ No entanto, Kelsen se afasta radicalmente dessa mesma filosofia kantiana ao negar uma autonomia *da* moral, pois considera que a Moral, como norma, não pode ser produto da razão prática e que uma ordem social cuja validade se baseia no consentimento permanente de todos os sujeitos existe apenas na esfera das idéias, havendo, assim, uma restrição necessária da liberdade pelo princípio da maioria.⁴²

Conforme expõe Schneewind,

Ser esclarecido, sustenta Kant, é pensar por conta própria, não seguir o interesse próprio ou egoísmo, nem diretivas convencionais ou religiosas, a menos que se possa perceber que o imperativo categórico as aprovaria. Portanto, o iluminismo kantiano pode nos mostrar conflitos insolúveis entre a felicidade e o dever. E, para ele, a autonomia sempre supera a heteronomia.⁴³

Diante do exposto conclui-se que, enquanto Kant queria refutar a lei moral baseada na heteronomia, Kelsen vê a negação dessa heteronomia como em si mesma contraditória com a idéia de norma dirigida a uma ordem social. Essa posição de Kelsen é reflexo de seu relativismo axiológico, o que o leva a negar, aproximando-se de Nietzsche, um imperativo categórico e uma fundamentação da moralidade.

Segundo Oswaldo Giacoia,

De forma muito esquemática, pode-se afirmar que para Kant liberdade e autonomia da vontade são termos sinônimos; autonomia da vontade, por sua vez, identifica-se com autolegislação da razão, em sua função de determinar, por meio de valores e normas, a práxis humana nas sociedades e na história. Para Nietzsche, autonomia é um conceito que deve ser entendido em perspectiva histórica e genealógica: como um vir a ser da capacidade (ou poder) humano de autodeterminação, como uma formação tardia da consciência moral, fruto de um desenvolvimento que parte da pré-história do hominídeo pulsional até alcançar, com o domínio ético do animal político, a potência de responsabilizar-se por si e pelo futuro.⁴⁴

⁴⁰ SCHNEEWIND, *Kant e a moralidade como resultado de nossa autonomia*, p. s/n.

⁴¹ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 408.

⁴² KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 409.

⁴³ SCHNEEWIND, *Kant e a moralidade como resultado de nossa autonomia*, p. s/n.

⁴⁴ GIACOIA, *Kant e Nietzsche e a autodeterminação como fundamento da autonomia*, p. s/n.

Diante de todo o exposto, apesar da grande influência da *Crítica da Razão Pura* para a Teoria do Direito de Kelsen, principalmente quanto ao método exposto pela *Grundnorm* (caracterizada por uma hipótese lógico-transcendental), ao contrário do que defende Goyard-Fabre, a noção de autonomia moral em Kelsen está mais próxima da noção exposta por Nietzsche do que da desenvolvido por Kant.

Assim, o pensamento de Kelsen sobre a autonomia moral pode ser ilustrado pela seguinte observação – apesar de em outro contexto – de Paul Valadier: “Não existe liberdade pura, uma vez que não somos livres, mas nos tornamos livres [...] a compreensão da autonomia não fará o menor sentido sem estar relacionada a uma heteronomia [...] Heteronomia e autonomia são indivisíveis”.⁴⁵

2.3 Autonomia e eficácia das normas secundárias

A idéia de autonomia – ou autodeterminação – presente em Kelsen (que acabamos de expor) torna-se essencial para entendermos a afirmação kelseniana de a eficácia constituir-se como condição de validade de um ordenamento jurídico; e, por consequência, também se apresenta como o ponto-chave para o nosso argumento (que será apresentado neste item) de que a eficácia que deve ser considerada como condição de validade é a eficácia das normas secundárias, demonstrando, assim, que o direito em Kelsen não se reduz à ou se confunde com força.

Segundo expõe Kelsen, atacando a teoria sociológica do Estado em termos de dominação,

A descrição sociológica do Estado como um fenômeno de dominação não é completa se for estabelecido apenas o fato de que homens forcem outros homens a certa conduta. A dominação que caracteriza o Estado tem a pretensão de ser legítima e deve ser efetivamente considerada como tal por governantes e governados. Considera-se a dominação legítima apenas se ocorrer em concordância com uma ordem jurídica cuja validade é pressuposta pelos indivíduos atuantes; e essa ordem é a ordem jurídica da comunidade cujo órgão é o “governante do Estado”. A dominação que tem, sociologicamente, o caráter de “Estado” apresenta-se como criação e execução de uma ordem jurídica, ou seja, uma dominação interpretada como tal pelos governantes e governados. A sociologia tem de registrar a existência dessa ordem jurídica como **um fato nas mentes dos indivíduos envolvidos**, e se a sociologia interpretar a dominação como uma organização do Estado, então a própria sociologia deve admitir a validade dessa ordem. Mesmo como objeto da sociologia, a “dominação do Estado” não é um simples fato, mas um fato juntamente com uma interpretação. Essa

⁴⁵ VALADIER, *Heteronomia e autonomia são indivisíveis*, p. s/n.

interpretação é feita tanto pelos governantes e governados quanto pelo próprio sociólogo que está estudando sua conduta.⁴⁶

E o mestre da Escola de Viena, criticando uma separação entre direito e Estado, discordando do argumento de que o Estado seria o poder que (im)põe o direito, continua:

O Estado é descrito como o poder que se encontra por trás do Direito, que impõe o Direito. Na medida em que tal poder existe, ele nada mais é que o fato de que o Direito em si é efetivo, de que a idéia de normas jurídicas prevendo sanções motiva a conduta dos indivíduos, **exerce uma compulsão psíquica sobre os indivíduos**. O fato de um indivíduo ter poder sobre outros indivíduos manifesta-se no fato de que aquele é capaz de induzir estes a uma conduta que ele deseja. Mas o poder num sentido social só é possível dentro da estrutura de uma ordem normativa regulando a conduta humana. Para a existência de tal poder não basta um indivíduo ser efetivamente mais forte que outro e poder forçá-lo a certa conduta – como se força um animal à submissão ou se põe uma árvore abaixo. O poder, num sentido social ou político, implica autoridade e uma relação de superior para inferior.⁴⁷

Desse modo, Kelsen, em uma visão unitária entre Estado e direito, concebe o poder do primeiro como o poder organizado pelo direito positivo, ou seja, o poder como eficácia do direito positivo. Para o jurista austríaco, “O poder social é essencialmente correlato à obrigação social, e a obrigação social pressupõe a ordem social ou, o que redundando no mesmo, a organização social. O poder social é possível apenas dentro da organização social”.⁴⁸

Dos excertos kelsenianos depreende-se claramente a negação da tese de uma anterioridade do Estado ao direito, havendo ainda uma valorização da conduta dos indivíduos frente a uma mera imposição de força e violência, conduta essa que se realiza dentro de uma ordem social, ordem que, segundo Kelsen “significa determinação da vontade do indivíduo”.⁴⁹ E ainda: “A liberdade política, isto é, a liberdade sob a ordem social, é a autodeterminação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem social. A liberdade política é liberdade, e liberdade é autonomia”.⁵⁰

Assim, um direito baseado apenas na imposição de “normas” de sanção, ou seja, que tem a eficácia garantida apenas pela aplicação da força, não pode ser, em nossa interpretação da teoria kelseniana, um ordenamento jurídico, pois, em tal situação, não há qualquer determinação da vontade do indivíduo.

Deve-se esclarecer, nesse contexto, que o princípio da autodeterminação sofre uma limitação para que se possa falar em direito, uma vez que “Uma ordem social genuína é

⁴⁶ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, pp. 70-71. grifo nosso.

⁴⁷ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 274. grifo nosso.

⁴⁸ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 274.

⁴⁹ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 408.

⁵⁰ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 408.

incompatível com o grau máximo de autodeterminação”⁵¹, pois caso contrário, teríamos ordem natural. É esse o sentido de Kelsen caracterizar o direito como uma ordem coativa recorrendo inclusive à aplicação de sanção, porém, isso não é suficiente para definir o direito em termos de força, pois, o direito, sendo uma ordem social, está sujeito a uma limitação da autodeterminação do indivíduo apenas na medida necessária para se tornar possível.

Diante de todo o exposto, argumentamos que a eficácia que deve ser considerada como condição de validade é a eficácia das normas secundárias, uma vez que são essas que remetem diretamente a conduta dos indivíduos, muito embora haja a necessidade de um mínimo de eficácia das normas primárias (que impõem sanções), um mínimo caracterizador que não deve sobrepor-se ao princípio da autodeterminação, ou seja, à eficácia das normas secundárias.

Assim, há uma íntima ligação entre autonomia e pressuposição da norma hipotética fundamental. Vejamos.

As normas primárias são aquelas que prescrevem que um indivíduo deve sofrer um determinado castigo e para isso, deve-se recorrer inclusive ao uso da força. Porém, na visão kelseniana, as normas jurídicas primárias, para assim classificarem-se, além de imporem sanções, devem se dirigir aos juízes antes que aos cidadãos. Já as normas secundárias são dirigidas aos cidadãos e são obtidas através da análise lógica que se faz das normas primárias. Como bem informa Prieto Sanchís, “[...] o conteúdo da norma secundária resulta ser a conduta oposta a que expressa a condição de aplicação da primária. Se esta última diz que ‘quem matar será castigado’, a norma secundária ou dirigida aos cidadãos deverá dizer, ‘não deve matar’.”⁵²

Desse modo, considerando a questão da normatividade para a pressuposição da norma hipotética fundamental, a eficácia que deve ser considerada como condição de validade é a das normas secundárias, o que é óbvio, uma vez que são estas que expressam as normas de conduta e que se dirigem aos cidadãos e ainda porque a pressuposição da *Grundnorm*, tendo como base aquilo que motiva a obediência, só poderia guardar íntima relação com o tipo de norma que atinge diretamente os indivíduos.

Dessa forma, para que se possa constatar a existência ou não de uma norma hipotética fundamental e, assim, considerar tal ordenamento jurídico como válido, deve-se observar a eficácia das normas secundárias, mais do que isso, deve-se observar um grau mínimo desta eficácia, uma vez que:

⁵¹ KELSSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 409.

⁵² PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de teoria del derecho*, p. 62. tradução livre.

Para ser positiva, portanto, **qualquer ordem jurídica tem de coincidir até certo ponto com a conduta humana concreta que ela busca regular**. A possibilidade de atos que violem a ordem jurídica nunca pode ser inteiramente excluída; até certo ponto, eles sempre ocorrerão. Uma ordem destituída de conflito com a conduta efetiva seria possível apenas caso ela se restringisse a prescrever como norma apenas o que efetivamente ocorre ou ocorrerá. Tal ordem seria, como ordem normativa, destituída de sentido. A tensão entre a norma e a existência, entre o “dever ser” e o “ser”, não deve descer além de certo grau mínimo. O contraste entre a norma jurídica e a correspondente efetividade da existência social não deve, por outro lado, ir além de certo grau máximo. A conduta efetiva não deve contradizer completamente a ordem jurídica que a regula. É possível expressar isso também de outro modo: a norma fundamental só pode estabelecer uma ordem jurídica cujas normas são, de uma maneira geral, cumpridas, de modo que a **vida social** se conforme, de uma maneira ampla, à ordem jurídica fundamentada na norma hipotética.⁵³

O excerto kelseniano reforça, assim, o argumento apresentado aqui a respeito da eficácia das normas secundárias como condição de validade, uma vez que condiciona a positividade, a validade de uma ordem jurídica, à coincidência dessa (em um grau mínimo e máximo) com a **conduta** efetiva que as normas buscam regular, fazendo ainda referência a termos como “efetividade da existência social” e colocando como requisito para o estabelecimento de um ordenamento jurídico por uma norma fundamental a conformidade entre normas jurídicas e vida social. Ora, a eficácia exclusiva das normas primárias não é capaz de abarcar os requisitos apresentados na análise de Hans Kelsen, uma vez que esse tipo de norma se caracteriza pela sanção a uma desobediência, pelo descumprimento de uma conduta que era esperada. Ou seja, no conceito de norma primária não há espaço para se integrar o conceito de existência ou vida social, uma vez que não há nenhuma previsão sobre conduta humana, mas representa justamente o “termômetro” do nível de conflito que servirá como parâmetro de constatação do citado grau máximo e mínimo de correspondência entre ordem jurídica e vida social, correspondência essa que tornará possível ou não a pressuposição de uma norma hipotética fundamental.

⁵³ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 624. grifo nosso.

CAPÍTULO 3

UMA TEORIA DA (DES)OBEDIÊNCIA – SÍMBOLO E ANOMIA

3.1 Os fundamentos da normatividade: o que nos motiva?

Uma vez demonstrada a presença de uma normatividade no normativismo kelseniano, passamos agora a explorar quais as bases dessa normatividade, ou seja, quais os motivos da obediência.

Vejam com atenção o excerto kelseniano a seguir, que se constitui simplesmente na fundamentação teórica de grande parte do raciocínio e dos argumentos defendidos no presente trabalho:

[...] o Direito, pela estatuição de sanções, motiva os indivíduos a realizarem a conduta prescrita, na medida em que o desejo de evitar a sanção intervém como motivo na produção desta conduta, deve responder-se que esta motivação constitui apenas uma função possível e não uma função necessária do Direito, que a conduta conforme o Direito, que é a conduta prescrita, também pode ser provocada por outros motivos e, de fato, é muito freqüentemente, provocada também por outros motivos, como sejam as idéias religiosas ou morais. **A coação que reside na motivação é uma coação psíquica.** E esta coação, que a representação do Direito e, particularmente, das sanções por ele estatuídas exerce sobre os súditos da ordem jurídica, enquanto se transforma em motivo da conduta prescrita ou conduta conforme ao Direito, não deve ser confundida com a estatuição do ato coativo. Coação psíquica exercem-na todas as ordens sociais com certo grau de eficácia, e muitas – como, porventura, a religiosa – exercem-na numa medida ainda mais ampla do que a ordem jurídica. Esta coação psíquica, não é, pois, uma característica que distinga o Direito das outras ordens sociais. O Direito é uma ordem coativa, não no sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação – produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos.¹

Tal passagem permite afirmar que, além do normativismo kelseniano comportar a questão da normatividade na base da construção de seu pressuposto epistemológico máximo – conforme já argumentado –, ele ainda apresenta uma definição do que seja essa normatividade.

Constatamos assim que, apesar do direito caracterizar-se pelos atos coativos, não se desprende, no entanto, da coação psíquica, obtida da sua essência de ordem social, como se comprova com o fato da observância da conduta prescrita devido ao medo de sofrer uma sanção, mas também com o respeito e crença de ordem moral que cada indivíduo desenvolve para com o Estado, concebido assim, como um símbolo de autoridade.

Depreende-se que a norma hipotética fundamental é pressuposta **a partir** de uma coação psíquica, a qual motiva os indivíduos de determinado território a se conduzirem de

¹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 38. grifo nosso.

acordo com os atos de vontade de específica autoridade “mais alta”, conferindo o dever-ser objetivo da norma hierarquicamente superior, no caso, da Constituição.

Esse tipo de coação desenvolve-se pela crença em sentido amplo, que se desdobra no temor e na crença em sentido estrito, conforme se constata do próprio excerto kelseniano ao considerar, respectivamente, o desejo de evitar uma sanção e as idéias religiosas ou morais como fatores que motivam os indivíduos a realizarem a conduta prescrita.

Deve-se lembrar que a norma hipotética fundamental não pertence ao ordenamento jurídico, não está inserida neste, uma vez que é pressuposta, já que a ausência de outra autoridade ainda mais hierarquicamente superior e a consequente inexistência de um ato de vontade impossibilita que essa seja posta.

Esclarece-se que, seguindo a já citada afirmação de Hans Kelsen de que quem pressupõe a norma hipotética fundamental é todo aquele que considera o sentido subjetivo de um ato como sendo um sentido objetivo, ou seja, como uma norma válida, afirmamos que não cabe ao cientista do direito a função exclusiva de pressupor a *Grundnorm*. A norma hipotética fundamental é pressuposta pelos indivíduos no seu sentido pleno, sem nenhuma exigência de qualificação ou qualquer tipo de diferenciação. Nesse sentido, todos são considerados como iguais. Cabe ao cientista tão somente, para descrever uma ordem jurídica, identificar a pressuposição ou não de uma norma hipotética fundamental, sendo que isso é possível através da observação da eficácia das normas. No entanto, a *Grundnorm* existe independentemente dessa identificação, ela já está anteriormente pressuposta, pois o que **possibilita** a sua pressuposição, indicando o conhecimento dos indivíduos sujeitos a específica ordem jurídica, é a obediência dos jurisdicionados, ou melhor, os motivos que os leva a obedecer. Como veremos nos próximos capítulos, há um íntimo vínculo entre conhecimento e obediência. A norma hipotética fundamental não é simplesmente um elemento teórico criado por Kelsen para possibilitar o conhecimento científico, a sua existência é reconhecida pela Teoria Pura do Direito – justamente devido à visão de mundo que orienta o seu método – e está intrinsecamente ligada ao conhecimento dos indivíduos.

É exatamente essa análise que confere fundamento metodológico para o presente trabalho, pois inserimos a problemática valorativa, retratada pela crença, na pressuposição de uma norma hipotética fundamental, analisada em um plano diferente do da sistemática do ordenamento jurídico, analisada em um **momento anterior**. Assim, **a Teoria do Direito kelseniana permanece pura**, já que o conteúdo valorativo e psicológico aplica-se somente na concepção de uma norma hipotética fundamental, ou seja, na consciência dos indivíduos de se conduzirem de acordo com determinada autoridade. Esta é interpretada como um símbolo

que, a partir de um ato de vontade, legislará a primeira norma posta de determinado ordenamento jurídico.

É só a partir desse momento – a partir da concepção do “dever-ser objetivo” da norma hipotética fundamental, ou seja, a partir da criação propriamente dita desta como norma – que se pode falar em ciência jurídica, uma vez que se pode agora identificar a *Grundnorm* já pressuposta, uma vez que o seu objeto passou a existir. Além do mais, só a partir de então é que se possibilita e se inicia um sistema normativo dinâmico – uma derivação normativa dinâmica – e assim, a validade das normas jurídicas positivas e, conseqüentemente, do sistema jurídico, não depende do fato de corresponderem à específica ordem moral, a determinado conteúdo valorativo. Nesse sentido:

Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo.²

A questão das coações psíquicas no pensamento kelseniano é desenvolvida por Enrique Guinsberg através de uma leitura freudiana. Observa-se que Kelsen foi membro da Sociedade de Psicanálise de Viena, tendo em Freud um grande interlocutor, apesar de várias divergências em alguns pontos do pensamento do mestre da psicanálise, principalmente quanto à idéia de uma sociedade de massa, já que Kelsen negava a possibilidade de comunicação do pensamento, como se constata em *A Democracia*.

Enrique Guinsberg desenvolve tal assunto questionando o motivo pelo qual os indivíduos se inserem em um mundo cultural mesmo considerando as restrições que isso os impõe. Nesse sentido, adota um conceito freudiano de cultura, entendida como

[...] *toda la serie de operaciones y normas que distancian nuestra vida de la de nuestros antepasados animales, y que sirven a dos fines: la protección del ser humano frente a la naturaleza y a la regulación de los vínculos recíprocos entre los hombres*”, o sea que reconhece como “‘culturales’ todas las actividades y valores que son útiles para el ser humano en tanto ponen la

² KELSEN, *Teoria pura do direito*, pp. 221-222.

*tierra a su servicio, lo protegen contra la violencia de las fuerzas naturales, etc". Pero también destaca como los rasgos culturales "reglan los vínculos recíprocos entre los seres humanos: los vínculos sociales, que ellos entablan como vecinos, como dispensadores de ayuda, como objeto sexual de otra persona, como miembros de una familia o de un Estado."*³

Guinsberg destaca que para o desenvolvimento do tema é fundamental atentarmos-nos para a seguinte consideração de Freud:

A vida humana em comum se torna possível apenas quando há uma maioria que é mais forte que qualquer indivíduo e se conserva diante de qualquer indivíduo. Então o poder dessa comunidade se estabelece como "Direito", em oposição ao poder do indivíduo, condenado como "força bruta". Tal substituição do poder do indivíduo pelo da comunidade é o passo cultural decisivo. Sua essência está em que os membros da comunidade se limitam quanto às possibilidades de gratificação, ao passo que o indivíduo não conhecia tal limite. Portanto, a exigência cultural seguinte é a da justiça, isto é, a garantia de que a ordem legal que uma vez se colocou não será violada em prol de um indivíduo. [...] O resultado final deve ser um direito para o qual todos – ao menos todos os capazes de viver em comunidade – contribuem com sacrifício de seus instintos, e que não permite – de novo com a mesma exceção – que ninguém se torne vítima da força bruta.⁴

Com isso, identificam-se no início do excerto freudiano, justamente, os fatores que levam à obediência a partir de uma "coação psíquica pelo temor", repercutindo na criação de um direito e na validade deste para todos os indivíduos de determinado território. Observamos, a seguir, como requisito para a vida cultural, o processo de legitimação do uso exclusivo da força (em contraposição à "violência bruta") a partir da substituição do poder do indivíduo pelo poder da comunidade, na qual os "cidadãos" limitam suas possibilidades individuais de satisfação.

Na segunda metade do referido excerto temos a motivação para a obediência devido à crença em sentido estrito, quando Freud apresenta outro requisito para a vida cultural: a justiça, entendida em termos de ordem e segurança jurídicas. Nesse sentido, evitando-se o favorecimento de um ou de alguns indivíduos em detrimento de outros – em detrimento da coletividade –, submete-se à cultura para que se tenha um direito no qual, a princípio, ninguém possa se tornar vítima da "violência bruta".

Como se percebe, a análise freudiana aproxima-se, nesse ponto, do *Leviatã* de Thomas Hobbes, principalmente se for inserida no contexto da Teoria Pura do Direito de Kelsen, especificamente na pressuposição da norma hipotética fundamental e consequente estabelecimento de uma autoridade hierarquicamente superior, pois, a exigência de tais fatos

³ GUINSBERG, ¿Por qué obedecemos? Una respuesta psicoanalítica sobre la ley y la obediencia humana, pp. 101-114.

⁴ FREUD, *O mal-estar na civilização*, pp. 33-34.

para a criação de um direito em determinada comunidade, aliada ao entendimento cultural de Freud, leva-nos à concepção de um Estado centralizador, estabelecido através de um pacto entre os indivíduos de determinado território para garantir a segurança e felicidade dos homens. Deve-se lembrar, porém, que Hobbes retira os fundamentos para a submissão e criação do Leviatã do desejo de garantia de uma lei natural advinda da razão (e não de um campo transcendente), cujo respeito, como bem expõe Andityas Matos, “não se deve [...] à sua majestade intrínseca ou à sua suposta obrigatoriedade inata, mas a um cálculo interesseiro de lucro e prejuízo social”⁵. O Professor Andityas ainda observa que

Cassirer afirma que, para Hobbes, todo pensar é um calcular, e o calcular significa apenas somar e subtrair. Assim, a obrigação de se obedecer ao poder soberano não apresenta natureza ético-metafísica, revelando antes um senso de oportunidade e de prudência por parte dos governados. Esta é a interpretação majoritária. Contudo, de acordo com Thamy POGREBINSCHI (2003), há que se considerar a possibilidade da interferência de causas religiosas no ato de obediência.⁶

Muito embora Matos não se convença “acerca das ‘razões de fé’ que informariam a submissão do súdito hobbesiano”⁷, essa interpretação, mesmo que minoritária, somada à leitura de Renato Janine Ribeiro, que, como observa Andityas Matos, substitui a razão hobbesiana pelo medo, vem a contribuir ainda mais para o paralelo que pretendemos traçar entre Hobbes, Freud e Kelsen em torno da questão da normatividade, seja quando se fala em Leviatã ou em vida cultural ou na pressuposição de uma norma hipotética fundamental que só é possível graças à eficácia como condição de validade, ou melhor, à motivação que há por trás dessa eficácia.

Desse modo, considerando a concepção unitária entre direito e Estado feita por Kelsen e diante do que representa a eficácia como condição de validade, como exposto e argumentado no decorrer do trabalho, afirma-se que a normatividade do normativismo kelseniano encontra-se em coações psíquicas baseadas na crença e/ou no temor, que, por gerarem obediência, possibilitam a pressuposição de uma norma hipotética fundamental e o consequente conhecimento de um ordenamento jurídico.

Apresentamos uma análise da normatividade que há no normativismo kelseniano e que, muito embora seja fundamentada em coações psíquicas pela crença e pelo temor – que frequentemente podem remeter a valores, sejam esses advindos de um campo transcendente ou da razão –, não compromete a pureza da teoria de Hans Kelsen, uma vez que a motivação

⁵ MATOS, *Contra Natvram*, p. 32.

⁶ MATOS, *Contra Natvram*, pp. 32-33, nota de rodapé 18.

⁷ MATOS, *Contra Natvram*, pp. 32-33, nota de rodapé 18.

da obediência recai sobre a eficácia, entendida como condição de validade, e se dá em um momento “anterior” ao da pressuposição da norma hipotética fundamental e da consequente criação do direito, já que a *Grundnorm* só pode ser expressa em termos condicionais. Com a pressuposição da norma hipotética fundamental é que se inicia um esquema de derivação normativa dinâmica, considerando uma análise formal para a validade das normas, que não engloba tais valores ou qualquer questão moral ou factual refletidos pelas coações psíquicas.

Esse nosso argumento dos “dois momentos” assemelha-se assim ao fenômeno hobbesiano da formação de um direito positivo, que se separa das motivações jusnaturalistas advindas da razão humana e que levaram à criação do Leviatã, pois, muito embora o Estado seja estabelecido para garantir que as leis naturais sejam cumpridas, “Bobbio nota que, com o surgimento do corpo estatal, a monopolização do poder corresponde à monopolização do processo legislativo, pois apenas as leis postas pelo soberano, qualquer que seja ele, devem ser cumpridas”⁸

Dessa forma, Andityas Matos, seguindo as observações de Norberto Bobbio, explica que,

Constituído o Estado, Hobbes deixa de fazer qualquer referência ao direito natural, o que prova, uma vez mais, a sua modernidade. Com efeito, se apenas o indivíduo – e não a comunidade – possui direitos naturais, é inconcebível transplantá-los para a sociedade política, já que serviram unicamente para a sobrevivência do homem enquanto ser natural, desvinculado dos demais da espécie. [...] Além disso, posteriormente ao surgimento do corpo estatal, qualquer direito natural é inútil, pois apenas o governante está autorizado a dizer o que é devido a cada membro da comunidade política, idéia que equivale ao axioma fundamental do positivismo jurídico: todo direito verdadeiro é direito positivo.⁹

No entanto, em Kelsen, as coações psíquicas que levaram a formação do direito, conseqüentemente, do Estado, devem ser mantidas para que o ordenamento jurídico permaneça como tal, pois, considerando a eficácia das normas secundárias, conforme defendemos, as citadas coações interferem diretamente na pressuposição da norma hipotética fundamental.¹⁰ Hans Kelsen introduz um requisito que não há em Hobbes, a saber: o requisito da eficácia duradoura. Assim, diante de todo o argumentado no presente trabalho, constata-se que o autoritarismo de Hobbes é moderado na obra de Kelsen, conseqüentemente, a questão

⁸ MATOS, *Contra Natvram*, p. 33.

⁹ MATOS, *Contra Natvram*, pp. 36-37.

¹⁰ Esclarece-se, porém, que, evocando mais uma vez o raciocínio dos dois momentos, de acordo com a lógica apresentada, não entendemos que tal afirmação seja suficiente para comprometer a tese da irredutibilidade incorporada pela Teoria Pura do Direito, não igualando eficácia e validade. Essa manutenção das coações faz-se necessária justamente pela conceituação kelseniana da eficácia como condição de validade, permitindo assim um conhecimento científico do Direito, operado pela *Grundnorm*.

da obediência ganha maior importância para fundamentar o que pode ser classificado como norma jurídica.

Há uma relação equacional entre força, fundamento da autoridade e obediência (eficácia). Quanto maior a importância do elemento força para a validade de uma ordem jurídica, menor a necessidade de fundamentar a autoridade em uma questão de obediência, por exemplo, em um aspecto valorativo ou psicológico. Essa é a fórmula para a maior ou menor relevância que a questão da normatividade assume nas diferentes teorias positivistas.

Diante disso, a análise do progresso das situações de anomia¹¹ torna-se fundamental para a efetividade da pretensão kelseniana de separar direito e poder, o que nos remete a uma possibilidade de deslegitimação do Estado, abrangendo questões de desobediência civil e, de certa forma, dialogando com o campo pertencente à teoria da revolução, como será mais bem abordado no decorrer do trabalho.

Antes, porém, devemos analisar que o próprio desenvolvimento do tema da separação entre direito e poder, expresso por Kelsen principalmente na discussão de uma teoria dualista entre direito e Estado, fornece novos elementos para argumentarmos a presença de uma normatividade no normativismo kelseniano. Por sua vez, a análise dos motivos da obediência, desenvolvida por Kelsen principalmente em seu ensaio intitulado “Deus e Estado”, revela um novo pressuposto filosófico para o conceito de ciência em Kelsen.

Veremos, então, como se opera a reveladora relação entre esses três elementos centrais do presente trabalho.

3.2 O Estado transcendente

Hans Kelsen foi o responsável com sua obra *Deus e Estado*, no ano de 1922, por introduzir o tema da teologia e sua relação com a teoria do Estado e do direito.

Para Kelsen, o problema religioso e o social são correlacionados a partir de uma mesma raiz psicológica – de embasamento freudiano – e de uma problemática epistemológica.

O jurista austríaco considera que o método da Teoria do Estado é idêntico ao método teológico. Segundo o mestre da Escola de Viena, o momento caracterizador da teologia configura-se com um “projetar-se para além da natureza, essa suposição de que a vontade

¹¹ A anomia define-se neste trabalho como a desconstrução de símbolos-substâncias no conhecimento dos indivíduos e a conseqüente não consideração pelos “jurisdicionados” da validade do direito até então vigente.

divina é de ordem sobrenatural, distinta da ordem da natureza e independente dela”.¹² De forma análoga, o Estado é posto em um campo transcendente em relação ao ordenamento jurídico positivo, concebendo uma teoria dualista que separa a ordem estatal do direito, apesar de submetê-la a este. No entanto, Kelsen identifica a semelhança em questão para combatê-la, uma vez que defende uma concepção unitária entre direito e Estado, denunciando a hipóstase que torna o último absoluto e o faz ser conhecido como substância, quando, na verdade, no contexto de uma teoria do conhecimento, coloca-se como função.¹³

Hans Kelsen defende que o pensamento religioso, assim como o social, não se constitui pela idéia de causalidade, como se os fenômenos fossem efeitos de um princípio primeiro. Para Kelsen, a raiz religiosa e social, como bem retratada pelo pensamento do primitivo e sua visão antropomorfa do mundo própria do **mito**, tem como base a idéia de imputação, o que remete inevitavelmente a uma vontade, logo, a indagação que se faz assume a forma de um “de quem” ou “por quem” antes da de um “por quê”. Surge assim, o problema da autoridade.

Nesse sentido, Kelsen analisa que o problema religioso e o problema social partem do mesmo ponto de vista psicológico. Kelsen utiliza-se, para tal análise, do pensamento de Freud, em especial da constatação de que os indivíduos se submetem à vida cultural porque sozinhos não conseguem garantir a efetivação das necessidades para a sobrevivência, já que se encontram em um estado animal. Porém, para atingir o objetivo da vida em coletividade, devem abdicar de certos desejos particulares, obedecendo ao que dispõe determinada ordem.

Esse processo de “hominização”, nos termos de Guinsberg, pode ser observado em uma estrutura familiar, na medida em que

*[...] 1) el niño nace incapaz de sobrevivir solo y así continúa por un tiempo considerablemente largo (a diferencia de lo que ocurre en casi todas las especies animales); incluso se considera que su nacimiento es prematuro para una vida relativamente independiente, continuando en el exterior un desarrollo que lo permita; 2) tal situación le crea una marcada situación de dependencia respecto a sus progenitores con el vínculo emocional que esto implica y las significaciones que conlleva: aquí se encuentra el núcleo del muy nombrado Complejo de Edipo, base de la estructura constitutiva del Sujeto, con relaciones y vínculos que, a lo largo de toda la vida continuarán y se proyectarán en otras instituciones sociales.*¹⁴

Assim,

¹² KELSEN, *Deus e Estado*, p. 50.

¹³ Em termos gerais, a *função* apresenta-se como um artifício epistemológico que, uma vez admitida, possibilita o conhecimento e não guarda nenhuma correspondência com a concepção de uma realidade material e concretamente existente (com uma ontologia), opondo-se, assim, à *substância*.

¹⁴ GUINSBERG, *¿Por qué obedecemos?*, p. 107.

Véase también que por esa necesidad de los padres, tanto para sobrevivir como por la imperiosa necesidad que los niños tienen de recibir afecto, aprenden a acatar las ordenes que reciben, máxime cuando ellas siempre se acompañan – conciente e inconcientemente – de prêmios y castigos (no solo materiales sino esencialmente emocionales).¹⁵

Nesse sentido, a análise dos motivos da obediência dentro de uma estrutura familiar pode ser transportada para o campo político-social e assim, considerando o contexto freudiano de cultura, os indivíduos acabam por desenvolver uma espécie de complexo de Édipo¹⁶ para com o Estado, obedecendo às normas postas por este devido à coação psíquica baseada na crença, criada justamente a partir de tal complexo.

O fenômeno de obediência também pode ser comparado a uma crença religiosa. Como bem expõe Enrique Guinsberg, Freud considera que a crença perante as religiões não só protege os indivíduos contra o temor da morte, contra a angústia que provoca o caráter finito da vida, protege das próprias carências e debilidades; mas também faz dos deuses imagens onipotentes e “protetoras-castigadoras”, tal como acontece com os pais.¹⁷

Com isso, Kelsen observa que:

A vivência religiosa se cristaliza em torno da crença em uma autoridade situada acima do indivíduo, a qual condiciona sua existência e determina seu comportamento, e diante da qual o indivíduo sente certas obrigações, bem como uma total dependência. Caso se compare a autoridade normativa com a da deidade que toma posse da alma do indivíduo, com essa exigência de incondicional obediência mediante a qual a sociedade penetra e invade cada vez mais a consciência individual, não se poderá perceber diferença alguma de essência e nem sequer de grau.¹⁸

Mas Kelsen ainda observa:

Tal constatação não é válida somente no caso daquela teoria do Estado que, seguindo o modelo de Hegel, pretende conscientemente – ainda que no sentido ético – absolutizar e por fim divinizar o estado, ao qual atribui todas as características essenciais que a Teologia reconhece em Deus. Em uma proporção inesperadamente ampla, tal vale para qualquer teoria do Estado, tanto para as antigas quanto para as modernas. Se esta maneira de propor e resolver os problemas, própria da teoria do estado, guarda um paralelismo tão surpreendente com aquela da Teologia, tal se deve, no fundo – independentemente do ponto de vista essencialmente psicológico pelo qual enfocamos até agora a relação do religioso com o social –, a uma situação epistemológica.¹⁹

¹⁵ GUINSBERG, *¿Por qué obedecemos?*, p. 107.

¹⁶ A expressão “complexo de Édipo”, cunhada por Freud para retratar as relações de desejo, paixão e poder no âmbito familiar, faz alusão à obra “Édipo Rei”, tragédia grega escrita por Sófocles na qual o personagem referido no título é atormentado pela profecia do Oráculo de Delfos, que prevê que Édipo matará seu pai e casará com sua mãe.

¹⁷ GUINSBERG, *¿Por qué obedecemos?*, p. 108.

¹⁸ KELSEN, *Deus e Estado*, pp. 37-38.

¹⁹ KELSEN, *Deus e Estado*, p. 43.

O problema epistemológico retratado por Kelsen se dá justamente pelo rompimento do princípio fundamental do pensamento crítico, ou seja, o princípio do primado da função sobre o objeto, que ocorre tanto com o conceito de Deus como com o de Estado. Nas palavras do mestre da Escola de Viena:

Em uma confusão típica do pensamento primitivo, a personificação se hipostasia, ou seja, toma por objeto real o que era simples instrumento para se apoderar do objeto. Dessa maneira, o objeto do conhecimento acaba sendo duplicado, criando assim o pseudoproblema da relação entre duas entidades quando, ao contrário, há apenas a unidade de um e o mesmo objeto. A relação entre deus e o mundo constitui o objeto próprio da Teologia. O Estado também é concebido essencialmente enquanto pessoa, e como tal constitui apenas a personificação de uma ordem: a ordem jurídica.²⁰

Para o jurista austríaco, é exatamente essa “substancialização”, que torna o Estado como se absoluto fosse e como algo separado do direito, que permitirá abusos e instrumentalizações, mascarando postulados meramente políticos em argumentações teóricas, levando também a uma falsa justificativa da necessidade de um estado de exceção, promovido para garantir a manutenção de uma ordem que, em si, não existe.

Na tentativa de desfazer tal personificação geradora do dualismo entre Estado e direito, Kelsen desenvolverá o seu projeto de uma ciência jurídica visando descartar os obstáculos mais poderosos que em todas as épocas serviram para impedir qualquer reforma ou deslegitimação do Estado. Nesse sentido, expõe Kelsen:

Considerando que a ciência moderna se esforça para dissolver toda substância em função, tendo se livrado há muito tempo tanto do conceito de alma quanto do de força, tem-se que a Psicologia moderna se converteu em ciência da alma... sem alma, e a física em ciência da força... sem força. E se a absorção do conceito sobrenatural de Deus pelo conceito de natureza foi a condição – criada somente pelo advento do panteísmo – para uma autêntica ciência da natureza livre de qualquer metafísica, do mesmo modo a redução do conceito suprajurídico de Estado ao conceito de direito é o pré-requisito imprescindível para o desenvolvimento de uma autêntica ciência jurídica enquanto ciência do direito positivo depurada de todo direito natural. Tal é o objetivo da **Teoria Pura do Direito**, que é simultaneamente uma teoria pura do Estado, dado que qualquer teoria do Estado só é possível enquanto teoria do direito do Estado; e vice-versa, qualquer direito é direito do Estado porque qualquer Estado é Estado de direito.²¹

Assim, a ciência, em Kelsen, visa trazer a teoria do direito e do Estado ao mundo, eliminando seus dualismos teológicos.

²⁰ KELSEN, *Deus e Estado*, p. 43.

²¹ KELSEN, *Deus e Estado*, p. 53.

Diante do exposto, argumenta-se que Kelsen, **na identificação do problema do dualismo entre Estado e direito**, faz uso não apenas de uma teoria do conhecimento kantiana, mas tem também como base a Filosofia da Cultura de Ernst Cassirer.

3.2.1 *Filosofia das formas simbólicas*

Ernst Cassirer, com sua *A Filosofia das Formas Simbólicas*, promoveu uma verdadeira quebra de paradigma na epistemologia. Apesar de pertencer a uma linhagem de pensadores neokantianos, considerando, assim, o princípio fundamental do pensamento crítico, ou seja, “o princípio do ‘primado’ da função sobre o objeto”²², negando uma metafísica ontológica, já que o objeto da cognição não pode ser colocado como algo dado, Cassirer rompe de certa forma com a analítica transcendental, uma vez que não concorda com o caráter puramente lógico em que essa se baseia.

Conforme observa Álvaro Cabral na apresentação de *O Mito do Estado*,

Embora trabalhasse sempre de acordo com essa tradição, Cassirer foi mais longe do que os demais membros do grupo na medida em que, em vez de se preocupar prioritariamente com a teoria do conhecimento, como foi característico dos sucessores de Kant, considerou que o conhecimento é apenas um aspecto da atividade do espírito e, se quisermos entender a nossa experiência, tanto as nossas percepções imediatas quanto as nossas hipóteses científicas, devemos nos familiarizar com o desenvolvimento da linguagem, com o pensamento mítico, assim como com os processos de sensação, percepção e juízo.²³

Desse modo, Ernst Cassirer inaugura uma *Filosofia da Cultura*, que não considera somente o lógico conhecimento científico para o processo de objetivação daquilo que é percebido pelo homem, mas também aprecia a linguagem, o mito (aqui também inserida a religião) e a arte.

Para o que se pretende neste trabalho, vamos nos ater à figura do mito, concebido como uma forma simbólica. Aliás, o símbolo é a base metodológica da epistemologia de Cassirer, permitindo o conhecimento da realidade, mas ao mesmo tempo, distanciando o indivíduo dessa. Para Cassirer, o símbolo é uma função e não uma substância, apesar de ser frequentemente hipostasiado pelo sujeito cognoscente, dando origem aos mitos.

Ernst Cassirer, em seus ensinamentos sobre uma filosofia da cultura, bem expõe que:

²² CASSIRER, *Filosofia das formas simbólicas I*, p. 21.

²³ CASSIRER, *O mito do Estado*, p. 7

Quando designamos a língua, o mito e a arte como “formas simbólicas”, parece estar implícito nessa expressão o pressuposto de que todos esses elementos, enquanto formas definidas de formações intelectuais, remontam a um último estrato primordial do real, que é perceptível nelas somente através de um meio estranho. Parece que não podemos apreender a realidade senão por meio da peculiaridade dessas formas, mas ao mesmo tempo parece que, nessas formas, a realidade tanto se oculta quanto se revela. As mesmas funções básicas que dão ao mundo do espírito sua determinação, sua marca, seu caráter, mostram-se, por outro lado e de modo equivalente, como refrações que o ser individual e único experimenta em si, tão logo é percebido e assimilado pelo “sujeito”. Sob esse ponto de vista, a *Filosofia das formas simbólicas* nada mais é que a tentativa de indicar para cada uma dessas formas o, por assim dizer, índice determinado de refração, que lhe é específico e peculiar.²⁴

Desse modo, Cassirer define o símbolo quanto às suas funções, concedendo-lhe uma característica de mediação. Assim, como destaca Hans Lindahl, “[...] *la aproximación y el distanciamiento son el trabajo del símbolo; son éstas sus funciones típicas. Los seres humanos traban una relación simbólica con el mundo porque retroceden ante la realidad en el mismo acto de aproximarse a ella*”.²⁵

Segundo a filosofia de Cassirer, são os símbolos que permitem o conhecimento da realidade, porém, essa nunca é apreendida de forma absoluta, justamente devido a intermediação que o símbolo impõe. Conforme observa Lindahl, “a sociedade necessariamente está constituída simbolicamente porque a dupla função do símbolo governa a relação humana com a realidade em geral”.²⁶

Diante do exposto, em *O Mito do Estado*, o filósofo da cultura, após fazer um resgate histórico das diversas correntes do pensamento que tentaram explicar a origem do mito, afirma que o problema dessas teorias foi o de estarem focadas em uma explicação material, ou melhor, substancial do mito. Cassirer argumenta que, “embora o estudo do assunto do mito possa ser altamente interessante e despertar a nossa curiosidade científica, não pode por si só fornecer uma resposta definitiva. Porque o que desejamos conhecer não é a mera substância do mito, mas antes, a sua função na vida cultural e social do homem”.²⁷

É justamente nesse objetivo que Cassirer se focará, considerando que o simbolismo mítico leva a uma objetivação de sentimentos, uma vez que o homem se distingue dos animais por manifestar-se através de expressões simbólicas. Segundo o autor, “O mito não pode ser

²⁴ CASSIRER, *Filosofia das formas simbólicas III*, pp. 9-10.

²⁵ LINDAHL, *El pueblo soberano*, p. 55.

²⁶ LINDAHL, *El pueblo soberano*, p. 55. tradução livre.

²⁷ CASSIRER, *O mito do Estado*, p. 55.

descrito como uma simples emoção porque é a expressão de uma emoção. A expressão de um sentimento não é o próprio sentimento – é a emoção tornada imagem”.²⁸ Com isso,

Nos seus ritos mágicos, nas suas cerimônias religiosas, o homem age sob a pressão de profundos desejos individuais e violentos impulsos sociais. Ele realiza essas ações sem conhecer os seus motivos; estes são inteiramente inconscientes. Mas se esses ritos se transformam em mitos aparece um novo elemento. O homem já não se satisfaz com fazer certas coisas – coloca o problema do “significado” dessas coisas, quer saber o porquê e onde, tenta compreender a origem e o destino dessas mesmas coisas. A resposta que ele próprio dá a todas essas perguntas pode parecer incongruente e absurda; mas o que aqui mais importa não é tanto a resposta como a própria pergunta.²⁹

A pergunta que move a humanidade, a angústia de Primo Levi³⁰, coloca-se assim como o sentimento que leva ao mito: por quê?

Como ensina Cassirer, diferentemente das emoções fisiológicas, as emoções simbólicas não são transformadas em meros atos, mas sim em obras. “Essas obras não desaparecem. São persistentes e duradouras. Uma reação física pode tão-somente dar-nos um rápido e temporário alívio; uma expressão simbólica pode tornar-se num *monumentum aere perennius*”³¹. Assim, as imagens sobre as quais o mito vive, sob a ótica do sujeito cognoscente, “não são conhecidas como imagens. Não são consideradas como símbolos, mas como realidades. Essa realidade não pode ser negada ou criticada; tem de ser aceita passivamente”³².

A necessidade de explicação para o inexplicável ou para aquilo que o indivíduo não quer ou não pode aceitar indica que a realidade que conhecemos é composta por algo semelhante a hologramas. A realidade absoluta, nua e crua, é – como um subterfúgio – projetada em um mito.

Assim acontece com o tema da morte. “No pensamento mítico, o mistério da morte ‘transformou-se numa imagem’ – e mercê dessa transformação a morte deixa de ser um fato físico terrível e intolerável; torna-se compreensível e suportável”.³³ O mito criado em torno dessa questão visa a tornar o fim da existência humana passível de conhecimento, ou seja, visa a deixar a realidade amena e confortável, ou, para utilizar o termo do filósofo, o indivíduo apega-se ao mito para “saber morrer”.

²⁸ CASSIRER, *O mito do Estado*, pp. 63-64.

²⁹ CASSIRER, *O mito do Estado*, pp. 66-67.

³⁰ Fazemos aqui referência à indagação – situada no contexto do holocausto – retratada no livro *É isto um homem?*, de Primo Levi.

³¹ CASSIRER, *O mito do Estado*, p. 67.

³² CASSIRER, *O mito do Estado*, p. 68.

³³ CASSIRER, *O mito do Estado*, p. 71.

Hans Lindahl considera que o mesmo ocorre com o pensamento político: “O poder político é essencialmente simbólico porque o homem continuamente se esforça para afastar de si uma realidade absoluta – o poder em seu significado mais agudo –, interpondo entre ele e esta um novo absoluto: seus símbolos”³⁴. Conforme defende o autor, os indivíduos frequentemente submetem a realidade política a um poder incondicionado. Desse modo, o que os domina sempre está, miticamente, condicionado a uma esfera que se coloca de um modo transcendente, transcendência essa que “cumprir a função própria de toda atividade simbólica: assegurar ao ser humano um acesso indireto à realidade, fazendo desta algo inteligível e suportável”³⁵.

Diante do exposto, a relação entre Kelsen e Cassirer em *Deus e Estado* parece estar, ao menos inicialmente, mais do que clara. Porém, é preciso esclarecer ainda como se dá tal relação na obra *Teoria Pura do Direito*.

3.3 Símbolo e eficácia: objetos de uma desconstrução anômica

O fator que possibilita a argumentação de uma filosofia da cultura presente, ao menos indiretamente, na *Reine Rechtslehre* é a consideração kelseniana da eficácia como condição de validade. Há uma estreita relação entre símbolo e eficácia. Essa relação se expressa nos motivos da obediência, na normatividade presente no normativismo kelseniano.

Por sua vez, a possibilidade de desconstrução do símbolo (já que este é função e não substância), retratada pela idéia de autonomia moral que se expressa pelo progresso das situações de anomia (a anomia é entendida aqui a partir do ponto de vista do indivíduo), permite argumentarmos a existência de um princípio democrático na Teoria Pura do Direito.

Para compreendermos melhor essa afirmação e a relação entre símbolo e eficácia, com a conseqüente validade ou não de um ordenamento jurídico, abordaremos o tema de maneira paradoxal, ou seja, por meio do aspecto revelador do funcionamento da normalidade: a exceção.

Para tanto, estabeleceremos um diálogo entre a teoria de Hans Kelsen e o pensamento de Carl Schmitt e Giorgio Agamben, bem como com o exposto por Hans Lindahl em *El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder político en la democracia* e, mais uma vez, com a epistemologia de Ernst Cassirer.

³⁴ LINDAHL, *El pueblo soberano*, p. 56. tradução livre.

³⁵ LINDAHL, *El pueblo soberano*, p. 57. tradução livre.

3.3.1 Da relação direta entre símbolo e estado de exceção

O filósofo italiano Giorgio Agamben entende, em seu Projeto *Homo Sacer* – nome dado ao conjunto de sua obra política recente –, que biopolítica e estado de exceção são fenômenos correlatos, reflexos e, em certo ponto, dependentes um do outro. A exceção caracteriza-se pela matabilidade e insacriticabilidade dos indivíduos, critérios de uma vida sacra; relação essa que se estabelece justamente como uma relação biopolítica, sendo que o produto da relação entre biopolítica e estado de exceção, segundo Agamben, é o campo.

Tais características da vida sacra qualificam – ou desqualificam – a figura histórica e completamente atual do *homo sacer*, o indivíduo entendido por Agamben como matável e insacriticável. Mas, mais do que isso, a matabilidade e insacriticabilidade, unidas em um mesmo corpo, contraditórias que são, constituem, ao menos aparentemente, um verdadeiro enigma: como um ser pode comportar em seu corpo ambas as condições concomitantemente? Seria o *homo sacer*, diante da impossibilidade lógica de coexistência de suas características e, conseqüentemente, da sua própria existência, um mito?

Agamben, na segunda parte de seu livro *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*, busca – através de uma análise conceitual justamente do termo *homo sacer* e de um resgate histórico baseado no direito e na religião romanos – esclarecer qual a correta terminologia do conceito em questão, o significado linguístico do termo sacro, de modo a eliminar o equívoco que torna incoerente entre si as duas características da vida sacra.

Só assim, segundo Agamben, resolvendo-se o equívoco interpretativo da sacralidade, sua ambigüidade, é que se pode redirecionar as teorias da soberania e o problema de sua origem, salvando-as do mitologema científico que obscureceu por longo tempo as ciências humanas. Na verdade, a leitura histórica que Agamben realiza sobre o conceito de *homo sacer* é nada mais que uma fundamentação metodológica para propor uma espécie de nova genealogia do soberano, intimamente ligada à idéia de exceção.

Desse modo, o filósofo italiano identifica o problema da aparente incompatibilidade entre as duas características do *homo sacer* devido a uma ambivalência linguística de termos que impede a interpretação da *sacratio* como uma figura autônoma relacionada a uma estrutura política originária.

Da mesma forma, como bem ensina Ernst Cassirer em *O Mito do Estado*, entre as várias teorias que visam explicar a origem do mito – mais um enigma que se coloca – está aquela que embasa as respostas para tal questionamento na linguagem, entendendo que “a

atividade racional da linguagem humana conduziu às irracionalidades e incongruências do mito”.³⁶

Mas isso não seria também ilógico e conseqüentemente mítico? Cassirer também faz indagação semelhante:

[...] a conexão entre linguagem e mito, que prometia uma solução clara e definitiva para o velho enigma, continha uma grande dificuldade. Linguagem e mito têm, por certo, raízes comuns, mas não são, em absoluto, idênticos em suas respectivas estruturas. A linguagem revela-nos sempre um caráter estritamente lógico; o mito parece desafiar todas as regras lógicas; é incoerente, caprichoso, irracional. Como poderemos conjugar esses dois elementos incompatíveis?³⁷

Max Müller, um dos defensores da corrente linguística do mito, explica e tenta resolver tal problema através de um raciocínio de sinônimos e homônimos. Nesse sentido, explica Cassirer:

Quanto mais antiga é uma língua, mais rica em sinônimos se mostra. Por outro lado, esses sinônimos, se usados constantemente, devem gerar numerosos homônimos. Se podemos designar o sol por cinquenta nomes expressivos de diferentes qualidades, alguns desses nomes serão aplicáveis a outros objetos que também possuam as mesmas qualidades. Esses diferentes objetos serão chamados então pelo mesmo nome – quer dizer, tornam-se homônimos. Esse é o ponto vulnerável na linguagem, e, ao mesmo tempo, é a origem histórica do mito. Como poderemos explicar, pergunta Max Müller, aquela fase da mente humana que gerou as extraordinárias histórias de deuses e heróis – de górgones e quimeras – de coisas que nenhum olho humano jamais viu e que nenhuma mente humana, em estado saudável, poderia conceber? A menos que essa pergunta receba uma resposta satisfatória, a nossa crença num progresso regular e consistente do intelecto humano, através das idades e em todos os povos, terá de ser abandonada como uma falsa teoria. Entretanto, depois da descoberta da lingüística comparada, estamos em posição de evitar esse ceticismo e de remover esse obstáculo. Vemos que o progresso da própria linguagem – um dos maiores fatos na civilização humana – leva inevitavelmente a um outro fenômeno, ao fenômeno do mito. Quando existiam dois *nomes* para o mesmo objeto, duas *pessoas* poderiam – de um modo muito natural e, na verdade, inevitável – brotar dos dois nomes; e, como as mesmas histórias podiam ser contadas a respeito de uma outra, elas seriam representadas como irmãos e irmãs, como pai (ou mãe) e filho.³⁸

Ora, a mesma argumentação de polionímia, sinonímia e ambiguidades dada como justificativa para a origem do mito, é também a utilizada por Agamben para explicar a contrariedade do *homo sacer*.³⁹ Vejamos.

³⁶ CASSIRER, *O mito do Estado*, p. 37.

³⁷ CASSIRER, *O mito do Estado*, p. 36.

³⁸ CASSIRER, *O mito do Estado*, p. 37

³⁹ Esclarece-se, caso ainda não tenha ficado claro para o leitor, que Agamben não indaga sobre um possível caráter mítico do sacro. Essa reflexão é feita por nós, muito mais como uma pretensão didática e estrutural do que qualquer outra coisa.

Para o filósofo italiano, a aparente inconsistência entre as duas características do *homo sacer* se dá devido ao erro de interpretar o termo *sacro* como ligado a uma esfera divina, equívoco que acontece devido ao significado usual que a palavra em questão assumiu na linguagem moderna e contemporânea.

Correlacionando antropologia, linguística e sociologia, Agamben analisa que “Na vida dos conceitos, há um momento em que eles perdem a sua inteligibilidade imediata e, como todo termo vazio, podem carregar-se de sentidos contraditórios”⁴⁰. Esse processo de irrevogável dessemantização é o que leva às citadas ambivalências da língua e que aprisionam os conceitos na díade *ius divinum / ius humanum*, religioso / profano, camuflando o verdadeiro significado original do conceito, que, no caso do *homo sacer*, ligara-se ao poder soberano. Desse modo,

Sacra a vida é apenas na medida em que está presa à exceção soberana, e ter tomado um fenômeno jurídico-político (a insuscetível matabilidade do *homo sacer*) por um fenômeno genuinamente religioso é a raiz dos equívocos que marcaram no nosso tempo tanto os estudos sobre o sacro como aqueles sobre a soberania. *Sacer esto* não é uma fórmula de maldição religiosa, que sanciona o caráter *unheimlich*, isto é, simultaneamente augusto e abjeto, de algo: ela é, ao contrário, a formulação política original da imposição do vínculo soberano.⁴¹

Talvez, a origem de tal confusão semântica, ou melhor, o início da causa do novo significado que a palavra *sacro* veio a assumir de forma predominante, seja justamente o fato retratado por Mommsen, Lange, Bennett, Strachan-Davidson, entre outros, como argumento (não convincente) para justificar a ambivalência do termo, uma vez que apresentam a *sacratio* como “o resíduo enfraquecido e secularizado de uma fase arcaica na qual o direito religioso e o penal não eram ainda distintos, e a condenação à morte se apresentava como um sacrifício à divindade”⁴². Apesar dessa primeira interpretação moderna da ambivalência não conseguir solucionar a aparente contradição do *homo sacer*, serve como exemplo do processo de homonímicos defendido por Max Müller e retratado por Cassirer como uma possível teoria para a origem do mito, mas que pode também, como argumentamos, ser muito bem identificada como a causa da confusão que se faz em torno do conceito de *homo sacer*.

Voltamos então à nossa indagação: poderia o *homo sacer* ser entendido como um mito? A resposta é não. E não apenas por Cassirer rejeitar a linguagem como origem do mito por se recusar a admitir que a história da civilização humana, cujo mito é um dos mais antigos e poderosos elementos, deva toda sua base a “um simples mal-entendido, a uma interpretação

⁴⁰ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 88.

⁴¹ AGAMBEN, *Homo sacer*, pp. 92-93.

⁴² AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 80.

errônea de palavras e termos”⁴³; mas também porque o *homo sacer* nada tem de irracional, ele não está em contradição com a lógica da realidade, muito pelo contrário, ele constitui essa lógica, constitui a realidade, o *homo sacer* é a base de toda a história de dominação e sujeição que se apresenta como a realidade absoluta, nua e crua, mas que não pode ser apreendida diretamente pelo homem (ou esse não quer apreender). E é justamente aqui, nesse processo de conhecimento da realidade, que se coloca a figura do mito, como forma simbólica, na função defendida por Cassirer. Como veremos, apesar de não ser um mito, o *homo sacer* liga-se a um.

É preciso então, antes de qualquer coisa, esclarecer qual o real significado da sacralidade segundo a interpretação de Giorgio Agamben. Para tanto, o autor recorre ao verbete *sacer mons* do tratado de Festo *Sobre o significado das palavras*:

Homem sacro é, portanto, aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribunicia se adverte que “se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida”. Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado de sacro.⁴⁴

Desse modo, o termo *sacro* determina aquele que, tendo cometido um delito, não merecendo a pena de morte, é banido da sociedade, perdendo todo o tipo de proteção jurídica, logo, sendo matável e, por consequência, quem o mata não pode ser punido, uma vez que não cometeu qualquer afronta legal.

Da mesma forma, sacrifício não está ligado a uma oferta aos deuses, mas sim a um rito, a uma morte ritual, no caso, ao cumprimento da pena de morte conforme o previsto pelo ordenamento da Cidade.

Assim, a contradição “[...] acentuada pela circunstância de que aquele que qualquer um podia matar impunemente não devia, porém, ser levado à morte nas formas sancionadas pelo rito”⁴⁵, não mais se manifesta, pois o termo insacrificável não está em desacordo com a “matabilidade” do *homo sacer* se considerarmos esse não como sacro no sentido de ligado a uma esfera divina, mas sim como àquele que, pelo banimento, perdeu sua qualidade de sujeito de direitos, que está fora da Cidade, fora do ordenamento jurídico-religioso e, por isso mesmo, não pode ser sacrificado de acordo com o rito estabelecido, pois isso seria confirmar a regra excepcionada, seria afirmar o pertencimento do banido, do *homo sacer*, à Cidade, ao ordenamento.

⁴³ CASSIRER, *O mito do Estado*, p. 41.

⁴⁴ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 79. (tradução, nota 18, p. 144)

⁴⁵ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 79.

Segundo Agamben, as características de impunidade da matança (*impune occidi*) e de exclusão do sacrifício (*neque faz este eum immolari*), características do *homo sacer* que constituem justamente a vida sacra, são situações de exceção. O *impune occidi* configura uma exceção do *ius humanum*, uma vez que suspende a aplicação da lei sobre homicídio. O *neque faz este eum immolari* enuncia uma exceção do *ius divinum* e de toda e qualquer forma de morte ritual.⁴⁶

Com isso, segundo o autor, “no caso do *homo sacer* uma pessoa é simplesmente posta para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina”⁴⁷, configurando-se, pelo banimento, uma zona de indeterminação na qual a vida sacra se caracteriza.

Diante do exposto, depreende-se o seguinte raciocínio:

Apesar de o *homo sacer* não se constituir como um mito, ele está intimamente ligado a um, já que, conforme entende Agamben, “Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera”⁴⁸.

A vida nua ou vida sacra constitui, assim, o conteúdo primeiro do poder soberano que, no entanto, só é entendido dessa maneira devido a um símbolo de autoridade, pois, como observa Lindahl, “todo exercício legítimo do poder político deve apresentar-se como *condicionado*, o que pressupõe um poder *incondicionado* distinto daquele”⁴⁹.

Temos aqui um primeiro indício da relação direta entre símbolo e estado de exceção, já que esse se constitui justamente no bando soberano.⁵⁰

Respondendo ao quesito benjaminiano acerca da origem do dogma da sacralidade da vida, Giorgio Agamben conclui:

Sacra, isto é, matável e insacrificável, é originariamente a vida no *bando* soberano, e a produção da vida nua é, neste sentido, o préstimo original da soberania. A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono.⁵¹

Dessa maneira, o *homo sacer*, apesar da íntima ligação com um símbolo de autoridade, com o Soberano, expressa a vivência de uma realidade absoluta, de dominação e de sujeição,

⁴⁶ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 89.

⁴⁷ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 89.

⁴⁸ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 91.

⁴⁹ LINDAHL, *El pueblo soberano*, p. 53. tradução livre.

⁵⁰ O bando soberano pode ser traduzido com a figura do banimento, ato pelo qual o soberano produz *vida nua*.

⁵¹ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 91.

uma vez que, “A racionalidade do símbolo consiste em mediar <<a única experiência absoluta que existe... a experiência da supremacia (*Übermacht*) do outro>>”⁵².

Quando se é *homo sacer*, há uma contradição entre a construção do símbolo e o que se vive. O símbolo de autoridade torna-se ineficaz quanto a sua função. O absolutismo da realidade não é colocado à distância e o que se tem é a experiência do caos. O que se tem é o campo, “o paradigma biopolítico da modernidade”⁵³, local por natureza do estado de exceção:

Nesta perspectiva, o campo, como puro, absoluto e insuperado espaço biopolítico (e enquanto tal, fundado unicamente sobre o estado de exceção), surgirá como paradigma oculto do espaço político da modernidade, do qual deveremos aprender a reconhecer as metamorfoses e os travestimentos.⁵⁴

O campo não é “um fato histórico e uma anomalia pertencente ao passado (mesmo que, eventualmente, ainda verificável), mas, de algum modo, como a matriz oculta, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos”⁵⁵. Como argumenta o filósofo italiano:

E de modo diverso, mas análogo, o projeto democrático-capitalista de eliminar as classes pobres, hoje em dia, através do desenvolvimento, não somente reproduz em seu próprio interior o povo dos excluídos, mas transforma em vida nua todas as populações do Terceiro Mundo. Somente uma política que saberá fazer as contas com a cisão biopolítica fundamental do Ocidente poderá refrear esta oscilação e pôr fim à guerra civil que divide os povos e as cidades da terra.⁵⁶

Apesar do termo “Terceiro Mundo” não ser geopoliticamente adequado, argumentamos que tal fenômeno descrito por Agamben não deve ser restringido somente às localidades ou regiões cujo termo frequentemente designa. O “Terceiro Mundo” pode estar em qualquer lugar do globo, seja nos países “subdesenvolvidos”, seja nos “desenvolvidos”, ou ainda, nos “emergentes”.

Assim, o fenômeno do campo retratado pelo filósofo pode ser verificado pelo esquecimento, abandono e marginalização de determinados territórios pelo Estado Soberano, deixando-os a toda sorte, sem qualquer tipo de proteção e garantia de qualquer direito, conferindo aos indivíduos que ali residem a vida sacra, a condição de *homo sacer* e, como tais, matáveis e insacrificáveis. Mesmo não tendo cometido nenhum crime, já estão banidos da sociedade civil e dos seus ritos de toda espécie, inclusive, como não poderia deixar de ser, do devido processo legal. Eis a insacrificabilidade. A vida dos que residem no campo não é

⁵² BLUMENBERG apud LINDAHL, *El pueblo soberano*, p. 55. tradução livre.

⁵³ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 175.

⁵⁴ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 119.

⁵⁵ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 162.

⁵⁶ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 175.

um bem jurídico a ser protegido, logo, quem os mata não recebe qualquer tipo de punição. Eis a matabilidade. Eis o estado de exceção como paradigma de governo.

Um exemplo desse processo são as favelas do Rio de Janeiro e de São Paulo, verdadeiros campos da modernidade. Ou, ironicamente, no caso do Rio de Janeiro, ao mesmo tempo em que é campo, é também entorno de campo, o que só escancara ainda mais a exceção⁵⁷.

Diante do exposto,

O campo é, digamos, a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado normalmente. O soberano não se limita mais a decidir sobre a exceção, como estava no espírito da constituição de Weimar, com base no reconhecimento de uma dada situação factícia (o perigo para a segurança pública): exibindo a nu a íntima estrutura de bando que caracteriza o seu poder, ele agora produz a situação de fato como consequência da decisão sobre a exceção. Por isso, observando-se bem, no campo a *quaestio iuris* não é mais absolutamente distinguível da *quaestio facti* e, neste sentido, qualquer questionamento sobre a legalidade ou ilegalidade daquilo que nele sucede é simplesmente desprovido de sentido. O campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis.⁵⁸

No entanto, essa exceção nos moldes agambenianos levará à desconstrução do símbolo de autoridade e a um conseqüente processo de formação de Estados Internos⁵⁹, que, por sua vez, levará a um novo estado de exceção.

Essas situações de abandono e marginalização de determinados territórios, que promove a matabilidade e insacriabilidade dos indivíduos ali residentes, privando-os de qualquer tipo de direito, garantias e segurança, estabelecem situações de anomia, entendida aqui sob a ótica do indivíduo.

A anomia, em nosso entendimento, caracteriza-se pela desconstrução do símbolo. Essa desconstrução se dá justamente pela vivência antecipada das conseqüências da desintegração de um mundo simbólico. Segundo Hans Lindahl, em uma leitura da noção de símbolo em Claude Lefort e Ernst Cassirer, a desconstrução do símbolo promove o contato direto com a

⁵⁷ Muito se criticou as recentes medidas, do Governo do Rio de Janeiro, de “retomada do território” dos morros cariocas, feita com o uso das forças armadas e na qual vários direitos e garantias constitucionais foram violados, ou, “suspensos”. Alguns críticos ainda afirmam o interesse econômico de tal ação devido à Copa do Mundo e às Olimpíadas que ocorrerão na cidade, uma vez que as áreas retomadas ficam no entorno do estádio do Maracanã e em pontos estratégicos para o turismo.

⁵⁸ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 166.

⁵⁹ O termo “Estado Interno”, apesar de retratar um significado muito semelhante ao da já conhecida expressão “Estado Paralelo”, foi assim utilizado para melhor ambientar o fenômeno de compilação e interferência entre os domínios do Estado Interno e do Estado Oficial, pois a terminologia “Estado Paralelo” traz uma idéia de que esse não se relaciona com o Estado Soberano, o que não é adequado para o pensamento defendido neste trabalho.

violência da realidade, caracterizando a experiência do caos e um conseqüente retorno à origem.

De certo modo, a marginalização de determinados territórios, a exemplo das favelas do Rio de Janeiro, já provoca o retorno a uma espécie de estado de natureza, a uma realidade opaca e ameaçante.

Vejamos:

O *homo sacer* está inserido em um verdadeiro estado de natureza hobbesiano (com uma diferença, na exceção o direito existe, mas está suspenso), pois “[...] soberano é aquele em relação ao qual todos os homens são potencialmente *homines sacri* e *homo sacer* é aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberanos”⁶⁰. Seguindo essa leitura e interpretação, o Leviatã seria, assim, nada mais do que um símbolo, o contrato social seria um mito, já que, conforme entende Agamben, “[...] em Hobbes, o fundamento do poder soberano não deve ser buscado na cessão livre, da parte dos súditos, do seu direito natural, mas sobretudo, na conservação, da parte do soberano, de seu direito natural de fazer qualquer coisa em relação a qualquer um, que se apresenta então como direito de punir”⁶¹.

Dessa maneira, o mito político não difere do mito da morte, pois, em ambos os casos, ele é criado para que se saiba morrer.

No entanto, há outras formas de “saber morrer” além daquela posta pelo mito, principalmente quando esse não dá conta de sua função, expondo diretamente o homem ao absolutismo da realidade. Uma delas é a anomia. Aplicando o raciocínio de Montaigne para esse contexto e parafraseando sua frase, resta ao *homo sacer* saber morrer para libertar-se de toda sujeição e violência.⁶²

Émile Durkheim, em seu livro *O Suicídio*, ao classificar o suicídio em três tipos, definiu como um desses o suicídio anômico. “Assim, Durkheim considera a anomia como um “estado de desregramento”, configurado quando a sociedade não desempenha o seu papel moderador, não conseguindo orientar e limitar a atividade do indivíduo”.⁶³

Apoiando-se na concepção durkheimiana, Ana Lúcia Sabadell, em seu *Manual de Sociologia Jurídica*,

[...] define a anomia como um momento de “perda de referencial”, uma ausência de normas de referência na sociedade, que ocorre porque os indivíduos vivem em situação extrema, com constante perigo de vida e com

⁶⁰ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 92.

⁶¹ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 113.

⁶² Montaigne: “Aquele que sabe morrer esquece o que significa ser escravo. Saber morrer liberta-nos de toda sujeição e violência.” (MONTAIGNE apud CASSIRER, 2003, p. 70).

⁶³ MILÃO, *Direito: força e anomia*, p. 54.

quebra do sistema de organização social, propiciando a transgressão de normas. É nesse aspecto que Ana Lúcia Sabadell afirma que a anomia indica tanto uma situação de “crise de valores” na sociedade, como uma situação de crise da legitimidade do poder político e do seu sistema jurídico, o que leva ao descumprimento das normas jurídicas, a uma ineficácia anômica, na qual os indivíduos violam as normas por convicção.⁶⁴

Tendo em vista o exposto, a condição de *homo sacer* e o verdadeiro estado de natureza em que esse se insere, diante da extremidade do absolutismo do real ao que é sujeitado, diante da ameaça permanente que se estabelece, fazem com que os indivíduos assim “qualificados” percam seu referencial. A referência que esses têm do mundo, como exposto por Cassirer, são símbolos, que exercem uma função moderadora perante a realidade crua e ríspida, já que a deixa confortável para possibilitar o conhecimento. Função essa, porém, que é falha para o mundo do *homo sacer*, uma vez que não evita a vivência direta e mediata do campo e as consequências do abandono operado pela dominação do soberano.

Com isso, o mito é substituído pela anomia, havendo a quebra do símbolo de autoridade que levará ao colapso da transcendência e da imanência, já que, como observa Lindahl, esse colapso ocorre quando há a dissolução da distinção entre o poder incondicionado e o poder condicionado, o que leva à ilegitimidade do poder político decorrente da desintegração de um mundo simbólico⁶⁵.

A anomia promove a deslegitimação do Estado. Porém, como adverte Václav Havel, “Toda revolução existencial deve oferecer a esperança de que a sociedade possa ser reconstituída moralmente, o que significa uma renovação radical da relação dos seres humanos com o que se chamou “ordem humana”, uma ordem que nenhuma ordem política pode constituir”⁶⁶.

Nesse sentido, como observa Lindahl, há uma resistência natural dos indivíduos em regressar ao início. O homem, enquanto animal *symbolicum* precisa continuamente constituir novos símbolos. É nesse contexto que se dá a formação de Estados Internos, representados pelo crime-organizado e o narcotráfico, pois os indivíduos precisam preencher o vazio deixado pela anomia, precisam se apegar a uma esperança de reconstituição da sociedade que os retire da experiência do caos que é proporcionada pela situação de *homo sacer*, pela vivência antecipada das consequências da quebra do símbolo. Eles precisam obter novas referências e valores morais.

⁶⁴ MILÃO, *Direito: força e anomia*, p. 54.

⁶⁵ LINDAHL, *El pueblo soberano*, p. 53 e 56.

⁶⁶ HAVEL apud LINDAHL, *El pueblo soberano*, p. 57, tradução livre.

Temos, assim, a legitimação de um novo ente político, um novo Estado que se forma dentro do Estado Oficial, no interior do bando soberano, e que mantém a mesma lógica de obediência e regramento de qualquer outro. O abandono promovido pelo estado de exceção, que leva a quebra do símbolo de autoridade e promove uma zona de indistinção entre direito e fato, entre *bios* e *zoé*, justamente devido a esse vácuo, leva a um fracionamento da abrangência territorial e populacional do ordenamento jurídico, permitindo que um novo Estado se internalize, já que, levando em consideração o determinante papel do símbolo para esse fenômeno e que todo nosso raciocínio está pautado em um pensamento funcional e não substancial, segundo Hans Kelsen:

O chamado território do Estado apenas pode ser definido como o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual. [...] a unidade deste espaço não é uma unidade natural, geograficamente definida. [...] Nenhum conhecimento naturalístico, mas só um conhecimento jurídico, pode dar resposta à questão de saber segundo que critério se determinam os limites ou fronteiras do espaço estadual, o que é que constitui a sua unidade. [...] a doutrina tradicional do Estado esquece que este não tem só uma existência espacial mas também tem uma existência temporal, que, se o espaço é considerado como um elemento do Estado, também o tempo o deve ser, que a existência do Estado, assim como é limitada no espaço, também é no tempo, pois os Estados podem surgir e desaparecer. E, assim como a existência do Estado no espaço é o domínio espacial de vigência da ordem jurídica estadual, assim a existência temporal do Estado é o domínio temporal de vigência da mesma ordem jurídica. E, tal como a questão dos limites espaciais do Estado, também a questão dos seus limites temporais, isto é, a questão de saber quando um Estado começa e quando cessa de existir, é uma questão jurídica e não uma questão a que um conhecimento versado sobre a realidade natural possa dar resposta.⁶⁷

Com isso, os indivíduos residentes no antigo campo, que agora se põe como território de um Estado Interno, são retirados da condição de *homo sacer*, pois, perante esse Estado, a exemplo das facções do narcotráfico, não são matáveis e insacrificáveis, muito pelo contrário, se submetem a um rigoroso esquema de normas de conduta e de normas de punição para descumprimento daquelas, mesmo que mediante um rito de execuções sumárias feitas por um “juiz de rua”. “O chefe da facção criminosa encarna o próprio Direito, não escrito, mas positivado na própria figura do ‘Soberano’”.⁶⁸

Quando esses Estados Internos passam a ameaçar o Estado Oficial, comprometendo seus interesses, esse declara o estado de exceção aparentemente nos moldes schmittianos, fazendo uso de um pensamento maquiavélico e da ética da responsabilidade weberiana, pois:

⁶⁷ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 319-320.

⁶⁸ MILÃO, *Direito: força e anomia*, p. 75.

[...] Maquiavel, ao definir a obrigação do príncipe com a luta pela sobrevivência, submeteu todos os demais fins e objetivos deste príncipe a essa luta pela sobrevivência. Com isso, qualquer outro objetivo do governante (o bem-estar, a prosperidade e a liberdade, por exemplo) só tem validade se não estiver se opondo ou diminuindo o objetivo primordial da sobrevivência. E tanto Maquiavel quanto Weber distinguem entre o que este último chama de ética da convicção e ética da responsabilidade. Afirmam que são duas éticas distintas, sendo a segunda livre de limitações morais que emperram na primeira e com o único objetivo de garantir a segurança do coletivo.⁶⁹

Observa-se que, na problemática abordada por este trabalho, a sobrevivência em questão não é propriamente a do Estado em si, mas a dos seus interesses políticos, a imposição de sua vontade e de seus desejos, o que, de certa forma, não deixa de ser a mesma coisa.

A exceção que é declarada – e aí o modelo agambeniano se sobrepõe mais uma vez ao schmittiano – não é uma exceção completa em toda a sua jurisdição. O estado de exceção é declarado de maneira espacial, apenas em partes do território ou da população. O estado de exceção promove uma fragmentação do domínio de validade, incluindo de volta ao alcance efetivo de sua jurisdição o território marginalizado, mas apenas para ali estabelecer a exceção. Retoma para suspender, para novamente abandonar. Inclui para excluir. A exceção restabelece a condição de *homo sacer* que havia desaparecido quando da formação do Estado Interno; desse modo, *recapturando*, o Estado Oficial mostra a esse quem é o Estado soberano.⁷⁰

Assim, apesar da exceção ser justificada com base em um fato (a ameaça aos desejos do Estado soberano), o modelo agambeniano ainda é o regente, pois a exceção, de forma seletiva, concretiza-se no indivíduo e mostra-se como um paradigma de governo. O pretexto de segurança pública e de manutenção da ordem – considerados por Carl Schmitt como critérios fundantes da exceção – coloca-se, assim, como um mito fomentado pelo Estado soberano para mascarar a realidade de pura dominação, pois, afinal, nem todos os indivíduos de sua jurisdição recebem o título de *homo sacer* – apesar de todos estarmos potencialmente

⁶⁹ NOGUEIRA; MESSARI, *Teoria das relações internacionais*, p. 28.

⁷⁰ Um exemplo desse processo é a retomada dos morros cariocas em novembro de 2010, quando o Governo Brasileiro fez uso do dispositivo constitucional da Garantia da Lei e da Ordem (GLO), previsto no artigo 142 da Constituição Federal e que dispõe:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§1º. Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

sujeitos a tanto. Ou seja, o símbolo ainda resta em alguns e precisa ser mantido, pois, no fim das contas, é ele que confere legitimidade a um poder político. Assim como se evita que uma criança saiba a verdade sobre o Papai Noel ou o Coelho da Páscoa, o Estado quer evitar que se conheça a realidade sobre o Leviatã. Não há um terrível monstro que nos protege da morte e da dominação por outros indivíduos, o que há é um simples e puro “dominar por dominar”.

Diante de todo o exposto e raciocinado no presente trabalho, observa-se que a exceção não se dá apenas no campo, mas se dá também e, sobretudo, devido ao campo.

Há um ciclo movido pela quebra. A desconstrução do símbolo que condiciona o poder estatal ocorre devido à exceção vivenciada pelo *homo sacer* e levará à formação de Estados Internos, que, por sua vez, desencadeará uma nova exceção, na verdade, um segundo momento.

A exceção que antes caracterizava o campo com um “deixar morrer”, agora, nesse segundo momento, caracteriza-o com um “fazer morrer”. E é o próprio campo que promove essa passagem através do progresso das situações de anomia que deslegitima o Estado soberano de modo fragmentado.

Como reação, na necessidade de se afirmar como tal perante o Estado Interno que ali se constitui, o Estado Oficial demonstra que ainda detém sua soberania com o que há de mais próprio nesse poder: a capacidade de produzir *vida nua*, “o préstimo original da soberania”⁷¹.

A população do Estado Interno volta, assim, à sua condição anterior, à condição de *homines sacri*, constatando que, na verdade, nunca deixaram o Estado Oficial, o Estado soberano, uma vez que a exceção promovida no bando é uma exceção no indivíduo, que o acompanha para onde ele for.

E assim, demonstra-se a existência de uma relação direta entre símbolo e estado de exceção.

3.4 Deslegitimação anômica: ausências

Essa exposta relação entre símbolo, eficácia e exceção revela a presença de elementos de deslegitimação do Estado e de liberdade na teoria do Direito de Hans Kelsen. Vejamos:

Diante do exposto, as situações de anomia correlacionam-se diretamente com a possibilidade de pressuposição ou não de uma norma hipotética fundamental, uma vez que a

⁷¹ AGAMBEN, *Homo sacer*, p. 91.

anomia está intimamente ligada com a normatividade, com a existência ou não de coações psíquicas que levam a uma (in)eficácia das normas secundárias.

O comportamento anômico é intrínseco à conduta do indivíduo e com o princípio da autodeterminação ou autonomia, retratando assim uma não correspondência entre a vontade do indivíduo e o determinado pela ordem social. Quando há um progresso das situações de anomia, atingindo grande parte da coletividade, não poderemos falar nem mesmo em uma ordem social, não poderemos falar em direito (nos termos kelsenianos), pois tal fato é a expressão da ausência de liberdade política (mesmo se até então essa liberdade manifestava-se pela omissão) e assim, há uma mera imposição da vontade de um grupo que detém o Poder, entendido como violência e não como o Estado/direito/ordem social, fazendo jus à ambiguidade da palavra alemã *Gewalt*.

Como expomos, o princípio da autonomia deve sofrer uma limitação pela heteronomia para que se possa falar em ordem social, para que a autonomia possa se operacionalizar. No entanto, seguindo essa lógica e diante de todo o argumentado neste trabalho, a heteronomia não deve ser superior à autonomia. A ilustração de quando a heteronomia se torna majoritária à autonomia é justamente quando a eficácia das normas primárias torna-se superior à eficácia das normas secundárias, ou seja, quando a conduta dos indivíduos não corresponde mais aos comandos da até então “ordem jurídica”, que na verdade, não se coloca mais como direito, justamente porque não se verifica a condição de validade (eficácia das normas secundárias) para a pressuposição da norma hipotética fundamental. O direito, enquanto ordem social que é, não tem mais sua validade pressuposta; nessa situação, não há qualquer tipo de coação psíquica.

O progresso das situações de anomia, diante da análise que acabamos de realizar, demonstra a não redução do direito à força. Mais do que isso, liga-se a uma teoria da revolução, pois, diante da concepção unitária de direito e Estado defendida por Kelsen, a não-pressuposição da *Grundnorm*, ou melhor, o deixar de pressupor, leva, conseqüentemente, a uma deslegitimação do Estado.

Essa revolução se inicia pela quebra do símbolo de autoridade, que levará a uma perda da crença em sentido estrito e, posteriormente (apesar de que em vários casos, não imediatamente), à perda do temor (um dos fatores da omissão) e à quebra da inércia, o que levará a uma transgressão das normas. Com essa situação, definimos o conceito de anomia.

No entanto, essa revolução anômica – e assim não poderia deixar de ser, conforme veremos – tem como característica a desconstrução, não tendo a capacidade de colocar algo

novo no lugar (quando isso ocorre não podemos mais falar em anomia, pois a “construção” já pressupõe necessariamente um referencial).

Assim, nessa situação descrita (revolução anômica), estaremos diante de um momento onde não há direito e não há Estado. O que há nesse momento é uma simples e mera violência.

Para que uma ordem social/jurídica/estatal se restabeleça será necessário não só o monopólio de uma violência superior que coloque o mínimo de heteronomia necessário (condição de domínio de validade, mas não de validade do ordenamento jurídico), mas, acima de tudo – e é este o elemento caracterizador (logo, em sua ausência, descaracterizador) e determinante, a *conditio per quam* –, será fundamental a estabilidade e superioridade da autonomia.

Em suma: para que se possa pressupor ou não uma norma hipotética fundamental e, assim, considerar tal ordenamento jurídico como válido, deve-se observar a eficácia das normas secundárias, ou seja, a obediência dos indivíduos (que é inexistente em situações de anomia). Essa eficácia, por sua vez, ocorre devido aos símbolos construídos pelos indivíduos. No entanto, o reconhecimento desses símbolos como funções permite a deslegitimação do Estado, ou seja, possibilita que um ordenamento jurídico perca sua validade pela falta de obediência dos indivíduos, pela ineficácia das normas secundárias, mesmo quando as normas de sanção (normas primárias) são eficazes. Essa desobediência ocorre pela desconstrução dos símbolos. Por sua vez, a desconstrução dos símbolos é ocasionada pela autonomia moral dos indivíduos, refletindo, assim, um primeiro indício da presença de um princípio democrático na Teoria Pura do Direito.

3.5 A relação diretamente proporcional entre força e anomia⁷²

A eficácia das normas secundárias é inerente às coações psíquicas, do mesmo modo que a eficácia das normas primárias está intimamente ligada com a aplicação de atos coativos, uma vez que esse último tipo de norma é assim caracterizado por estabelecer sanções. Constata-se, através de uma análise lógica, que quanto maior for a eficácia das normas secundárias, menor será a necessidade de aplicação efetiva de normas primárias. Chamaremos esse fenômeno de “eficácia natural” do ordenamento jurídico, apesar de ser bem verdade que

⁷² O conteúdo deste tópico foi inicialmente desenvolvido em MILÃO, *Direito: força e anomia*, 2011.

a eficácia das normas primárias acaba por reforçar, de certo modo, a eficácia das normas secundárias, uma vez que atua na coação psíquica pelo temor.

Porém, a problemática que queremos abordar se insere quando a eficácia do ordenamento jurídico e a manutenção da ordem passam a se dar majoritariamente pela eficácia das normas primárias, ou seja, quando o grau de eficácia das normas secundárias é tão baixo que a intensidade dos atos coativos sobrepõe-se à presença de coações psíquicas. Nessa situação, estamos diante de uma eficácia forçada, pressionada, uma “eficácia artificial” do ordenamento jurídico.

Quando isso ocorre – diante de todo o exposto –, a norma hipotética fundamental não é mais pressuposta, ela deixa de existir e assim, o ordenamento jurídico perde o seu fundamento de validade e o direito coloca-se apenas como uma ordem coativa, inexistindo enquanto ordem social. Aliás, questiona-se se ainda existe direito, ao menos nos termos de Kelsen, uma vez que não há qualquer dever-ser objetivo, não há uma adesão da maioria dos indivíduos de determinado território a específicos atos de vontade. Dessa maneira, o ordenamento “jurídico” se mantém pela capacidade coativa do Estado, pelo Poder, reduzindo o direito em termos de força e, por não perder a sua eficácia de um modo genérico, não abre espaço para a pressuposição de uma nova norma hipotética fundamental, a não ser por um processo revolucionário que consiga sobrepor-se à força do Estado, atingindo a eficácia dos atos coativos deste.

É importante observar que – levando em consideração a defesa do *relativo* em oposição ao *absoluto*, idéia presente no positivismo kelseniano – a eficácia genérica do ordenamento jurídico é naturalmente composta tanto de “eficácia natural” como de “eficácia artificial”, pois na ausência dessa última, “[...] o que haveria seria ordem natural e não ordem normativa”⁷³. Talvez seja nesse sentido a razão de Kelsen denominar as normas que estabelecem sanções de “primárias” ou genuínas.

No entanto – tendo em mente a relação inversamente proporcional entre coações psíquicas e atos coativos –, como já dito, o problema ocorre quando a “eficácia artificial” é consideravelmente predominante, o que só é possível quando os indivíduos se encontram em situação de anomia.

Assim, considerando que a norma hipotética fundamental é pressuposta de modo reiterado e constante – conforme defendemos –, deve-se observar como esse processo de predominância da “eficácia artificial” ocorre.

⁷³ ABREU, *A validade da ordem jurídica*, p. 126.

Com essa linha de raciocínio, pretende-se demonstrar a relação diretamente proporcional entre o progresso da anomia e a conseqüente intensificação do uso de elementos de força presentes de modo potencial no ordenamento jurídico; ou seja, como a anomia transforma “potência” em “ato”.

Entendida de forma isolada, a anomia tem como efeito o descumprimento das normas jurídicas pelo indivíduo em situação anômica, mas não atinge, propriamente, a “eficácia natural” do ordenamento jurídico. O Estado, em resposta a esse descumprimento, aplicará uma sanção e a validade do direito não se encontra ameaçada. A ausência de normas diz respeito somente ao âmbito do indivíduo, à sua óptica.

O problema desenvolve-se quando há o progresso dessas situações; ou seja, quando uma parcela considerável da população constitui-se em anomia. Desse modo, a eficácia das normas secundárias é atingida e, seguindo nosso raciocínio de que a norma hipotética fundamental é pressuposta por uma maioria, a validade do ordenamento jurídico encontra-se ameaçada. Quando isso ocorre, a aplicação das normas primárias e a conseqüente execução de sanções aumentam consideravelmente e assim, a eficácia genérica do ordenamento jurídico passa a depender, em grande parte, da “eficácia artificial”. Como já argumentado, quando a “eficácia artificial” sobrepõe-se à “eficácia natural” depreende-se que a norma hipotética fundamental não é mais pressuposta, o que retira a validade do ordenamento jurídico em vigor.

Diante de todo o analisado, na ocorrência do fenômeno do progresso das situações de anomia, quando este atinge um número considerável da população – quando uma importante parcela desta não desenvolve nenhum tipo de coação psíquica, havendo a perda da crença e do temor –, a eficácia das normas secundárias fica comprometida, a norma hipotética fundamental deixa de ser pressuposta e o ordenamento jurídico perde a sua validade. No entanto, a ordem jurídica mantém a sua eficácia genérica devido à execução de atos coativos, já que as normas primárias continuam a ser aplicadas sem maiores questionamentos (até mesmo devido à ausência de controle do jurista).

Assim, em analogia às acepções kelsenianas, há um direito que não é direito e um Estado que não é Estado, mas que se utiliza de toda a estrutura e máquina pública para impor seus atos de vontade, para preservar sua eficácia genérica que, sustentada pela “força em ato”, sobrepõe-se à eficácia genérica de qualquer processo revolucionário e assim, devido ao princípio da efetividade, nenhuma nova primeira autoridade consegue ocupar o lugar do então Estado Oficial. Considerando uma concepção unitária, quando da ocorrência do fenômeno abordado, estaremos diante de uma nação sem Estado.

Essa situação é claramente identificada em vários tipos de ditaduras, principalmente de caráter militar, já que para a eficácia das normas primárias, além da onipresença estatal, é necessário que o “Estado” detenha certo nível de força, transformando “potência” em “ato”. Mas o estreito vínculo entre esse fenômeno e as ditaduras de tipo militar também ocorre porque estas estão menos sujeitas à anomia dos funcionários estatais, o que garante o cumprimento do “ordenamento jurídico” pela estrutura relativamente centralizada e a efetividade das sanções. Isto se dá devido à formação disciplinar dos funcionários do aparelho burocrático, integrantes das carreiras militares, nas quais se impõe uma rigorosa obediência perante os seus superiores, sem liberdade para questionamentos, além do emprego de uma forte carga ideológica.

O “Estado” mantém-se no poder e garante a eficácia genérica do ordenamento jurídico por meio da instrumentalização da máquina pública, de sua própria estrutura, já que, utilizando-se da onipresença, é capaz de organizar a aplicação de sua força, o que acaba por conferir ainda mais poder ao aparelho estatal. Desse modo, apesar da coação psíquica pelo temor não mais existir, a “força em ato” do “Estado” faz-se constante, impondo um dever-ser subjetivo agora desprovido de dever-ser objetivo. É por meio deste artifício que o “Estado” consegue se sustentar na sua posição, diferenciando-se de um “bando de salteadores” desprovidos de uma estrutura organizacional relativamente centralizada.

De todo o exposto, observa-se que a norma hipotética fundamental não é suficiente para garantir a permanência do ordenamento jurídico, apesar de caracterizar e manter este como tal (pois confere um dever-ser objetivo aos atos de vontade de determinada autoridade). A permanência de um ordenamento jurídico depende também da manutenção do seu domínio de validade, que é sustentado em última instância pela eficácia das normas primárias, a qual, por sua vez, depende da “força em ato” do Estado. Validade e domínio de validade são coisas distintas. Deve-se observar que para a sobrevivência do Estado é necessário que o ordenamento jurídico seja válido, é necessário que uma norma hipotética fundamental exista, o que garante a eficácia das normas secundárias, a “eficácia natural” do direito. Se isso não acontecer, não poderemos falar mais em permanência do ordenamento jurídico, uma vez que não haverá direito. Porém, a questão é que não basta a validade do direito para a permanência e aplicação do ordenamento jurídico, para a sobrevivência do Estado. A falta de validade descaracteriza o direito, mas a sua existência não garante a presença deste; em outras palavras, a validade (ou falta de validade), isoladamente, é uma definição negativa do que seja direito.

Podemos dizer que a eficácia das normas secundárias do ordenamento jurídico é condição de validade do direito, enquanto a eficácia das normas primárias é condição do domínio de validade. Ao mesmo tempo em que a eficácia das normas secundárias expressa a existência de coações psíquicas, de uma normatividade, a eficácia das normas primárias expressa a capacidade coativa do Estado, a sua “força em ato”. Simplificando, podemos dizer que a permanência ou sobrevivência de um ordenamento jurídico, de acordo com o analisado no capítulo anterior, depende do poder estatal, da eficácia genérica. Como já explicado inúmeras vezes, o direito distingue-se das demais ordens sociais por ser uma ordem coativa, ou seja, a eficácia genérica do ordenamento jurídico – para que possamos falar em direito – deve ser composta tanto de eficácia das normas secundárias como de eficácia das normas primárias, devendo a primeira prevalecer sobre a segunda para que uma norma hipotética fundamental possa ser pressuposta e, assim, o ordenamento jurídico seja válido. O princípio da efetividade, que determina a formação de um novo Poder Constituinte Originário, diz respeito à eficácia genérica de determinada ordem e não apenas à “eficácia natural”, justamente porque para caracterizar-se como direito e como novo poder constituinte originário é necessário que as normas primárias também sejam eficazes.

Para ilustrar esse raciocínio, vamos considerar a situação de que um Estado – apesar de fazer-se onipresente (impondo sua estrutura relativamente centralizada) e mesmo mantendo sua norma hipotética fundamental (portanto, um ordenamento jurídico válido) majoritariamente pressuposta pela crença em sentido estrito – tem sua força (“força em ato”) superada pela força de um movimento revolucionário. Esse grupo que assume o lugar do antigo Estado passa a impor a nova ordem por meio de uma “eficácia artificial” (que supera a “eficácia natural”), portanto, na verdade, não se coloca como uma ordem jurídica válida, como um direito. O antigo Estado, uma vez derrotado e afastado da estrutura relativamente centralizada, apesar de manter uma coação psíquica pela crença – ou seja, por mais que os indivíduos (devido à ausência de crença e temor para com o novo “Estado”) ainda se conduzam de acordo com as normas secundárias (normas de conduta) do ordenamento superado –, também não pode ser entendido como direito. Isto porque, a incapacidade do antigo Estado em impor sanções faz com que sua ordem, apesar de ainda existente e efetiva, seja apenas uma ordem natural e não uma ordem jurídica, já que a única eficácia constatada é a das “normas” secundárias.

Mas se o derrotado poder constituinte originário conseguir impor certas sanções, mesmo se semelhante a uma ordem jurídica primitiva, poderíamos dizer que o ordenamento jurídico estaria mantido? A resposta é não, pois, enquanto o atual “Estado” se fizer

onipresente e possuir força para impor suas sanções e superar a força do antigo Estado, os atos coativos do último não poderão ser entendidos como normas primárias, já que não serão tolerados pelo atual “Estado”, que os interpretará como uma agressão, uma transgressão das normas secundárias da nova ordem mantida de maneira artificial (muito embora essas normas não sejam válidas), aplicando sanções (na verdade um ato de força organizada, tendo em vista que as normas primárias também, neste exemplo, não são válidas). Com isso, constata-se que a sanção imposta de acordo com o antigo poder constituinte originário não é permitida, não é autorizada, não se caracterizando, assim, como uma norma e não constituindo um ordenamento jurídico, uma vez que para considerarmos a presença deste não se pode admitir que a aplicação de uma norma gere uma sanção para quem a aplique, pois não poderíamos falar em norma, principalmente uma norma jurídica, já que falta seu elemento hipotético, falta o dispositivo de autorização.

O ambiente retratado no exemplo é consequência da falta de domínio de validade devido à insuficiência da “força em ato” do Estado. Uma vez deposto, o antigo Poder Constituinte Originário não se configura mais como ordenamento jurídico, mas no máximo como uma ordem natural e apenas podemos falar, dessa forma, na existência de fatores de pressuposição da norma hipotética fundamental, mas não de uma norma hipotética fundamental em si, já pressuposta e entendida como um dever-ser. Observa-se que isto se dá diferentemente do que ocorre no processo de formação de Estados Internos, pois neste, como já explicado, há a conquista de um domínio de validade.

Desse modo, a detenção do controle dos órgãos públicos, da estrutura relativamente centralizada, não é definida pela norma hipotética fundamental, não é assegurada pela validade do ordenamento jurídico, mas pela força. Com isso, nem sempre a máquina pública é operada por um Estado propriamente dito e legitimamente configurado como tal e, então, mais uma vez, o duplo significado da palavra alemã *Gewalt*, que significa poder, mas também significa violência, faz-se mais pertinente do que nunca.

É interessante notar que a força, ao mesmo tempo em que caracteriza o direito, também o descaracteriza. É necessário um mínimo de força, um mínimo de “eficácia artificial” para configurar uma ordem jurídica e distingui-la de uma ordem natural; porém, o uso excessivo dessa força, a predominância da aplicação de atos coativos, a extrema necessidade de efetivar as normas primárias, extingue a norma hipotética fundamental, retirando o fundamento de validade da ordem jurídica, impossibilitando a existência do direito.

Devemos ter em mente que o progresso das situações de anomia e a ineficácia das normas secundárias (ausência de “eficácia natural” e consequente não-suposição da norma hipotética fundamental) estão relacionados à validade do ordenamento jurídico e não à validade da norma jurídica analisada de maneira individual. É nesse sentido que a eficácia deve ser interpretada como condição de validade, ou melhor, como expressão da existência de uma norma hipotética fundamental, constatando a presença de coações psíquicas, de um símbolo em substância. Dessa forma, esclarece-se mais uma vez que, no âmbito da anomia individual, o termo “ausência de normas”, utilizado nesta pesquisa, não significa que a norma, tomada singularmente, seja inválida, que ela deixe de existir. Como já explicado, esta ausência de normas refere-se à ótica particular do indivíduo anômico, relacionando-se a uma falta de vinculação e a um consequente descumprimento, a uma transgressão; assim, enquanto não houver o progresso das situações de anomia de tal modo que leve à não-suposição de uma norma hipotética fundamental, esse indivíduo “transgressor”, uma vez inserido no domínio de validade de um ordenamento jurídico, sofrerá uma sanção válida, mesmo que não se identifique com as normas em vigor, pois a anomia particular não retira o fundamento de validade do direito e (por óbvio) a legitimidade do Estado.

Nossos argumentos aqui apresentados coadunam, assim, com a “formulação cientificamente exata da antiga verdade de que o direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela”⁷⁴.

⁷⁴ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 238.

CAPÍTULO 4

TEORIA PURA DO DIREITO E ELEMENTO DEMOCRÁTICO

4.1 O pensamento anômico-funcional

No capítulo anterior aprofundamos a relação diretamente proporcional existente entre anomia e força. No entanto, há ainda, no mínimo, duas outras relações fundamentais protagonizadas pela anomia; relações essas que se inserem em um raciocínio que tem como objetivo demonstrar a presença de um elemento democrático na Teoria Pura do Direito.

A primeira diz respeito à correspondência entre o papel da anomia e o papel da ciência em Kelsen.

Segundo Matthias Jestaedt,

[...] no direito não há no início – ou seja, *in abstracto e a priori* ou, ainda, previamente ao conjunto das disposições jurídicas contingentes – o Estado ou as pessoa às quais seria possível, em um segundo momento, atribuir-se *in concreto e a posteriori* direitos ou deveres. Bem ao contrário: a existência e a essência jurídica do Estado, assim como da pessoa, se exaurem nas relações jurídicas constitutivas de normas em vigor. Em consequência, o Estado e a pessoa natural não existem juridicamente – contrariamente à visão tradicional, substancialista e reificadora, prisioneira de uma ontologia jurídica – na qualidade de substâncias independentes, como “coisas em si”, mas somente como relações, ou melhor, na relação, quer dizer, na dependência de proposições juridicamente concretas constitutivas dessa mesma relação.¹

Como bem expõe Jestaedt, “Kelsen desloca, assim, o pensamento jurídico da substância ou da essência à simples relação ou função”². Essa “dessubstancialização” expressa a tarefa que a Teoria Pura do Direito impõe a si mesma, “inicia uma guerra contra os antropomorfismos, as personificações ilegítimas, as hipostasias e os sincretismos”³.

Há, com isso, segundo o Professor da Universidade de Freiburg, uma “*Demythologizing legal thought*”, ou seja, “[...] a desmistificação, ou melhor, para se limitar ao universo da discussão sobre juízos de valor, o “desencantamento” do raciocínio jurídico revela-se então, da mesma forma, como um sinal do reconhecimento específico da teoria pura do direito”⁴. No entanto, fazemos constar aqui uma opinião divergente, exposta por Alexander Somek, que considera que Kelsen não realizou essa “desmitologização” por completo, pois, muito embora tenha provocado uma “dessubstancialização” do Estado, não conseguiu atribuir ao direito o almejado pensamento funcional. Para Somek:

Kelsen stopped short of radical deontologization. Only the state is eliminated from the ‘two-sided thing’, while ‘the law’ stays in place. Contrary to his

¹ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 29.

² JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 30.

³ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 26.

⁴ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 27.

own insight, Kelsen presents the legal system as if it were an institutional fact, which is composed of valid norms. The legal system is na ordered mass of norms. But this is only a half-hearted form of deontologization. This needs to be noted, in particular, vis-à-vis Kelsen's own oscillating formulations, in which he refers to the state as a 'system of norms or the expression for the unity of such a system', or as a 'legal system or the unity of this system', respectively. These ostensibly undecided, strange formulations reveal that Kelsen, at the level of the identity theory, is inclined to conceive of the state in extensional terms as a totality of norms. This is the second reason, mentioned above, that apparently leads Kelsen to believe that the state is an institutional fact. The state is 'coextensive' with the legal system. The legal system is 'composed of' a bundle of norms. Kelsen surreptitiously assumes this without regard to whether the legal system avails itself of a scheme of self-interpretation that would authorize such a self-understanding (which is indeed the case for the relation between domestic Law and international Law).

This interpretation of the legal system overlaps with, and is reinforced by, the view of the norm as na abstract object. It is more than merely ironic that Kelsen, in this attempt to avoid the hypostatisation, resorted to the crudest hypostatisations of all: the ontological supposition of the realm of 'norms'. The 'norm', indeed, plays the role of the reified – even linguistically reified – combination of reasons for action as which a legal norm presents itself on the basis of radical deontologization. Once this reification is removed, the 'order' evoked by Kelsen comes to the fore, that is, the style in which legal justification is conducted in a community.⁵

Como vimos no capítulo anterior, a anomia está diretamente ligada à desconstrução de um símbolo-substância, ao entendimento do Estado como um mito e ao consequente reconhecimento da inexistência do Estado, da negação de um ser dotado de vontade, libertando, assim, a obediência dos indivíduos.

⁵ SOMEK, *Stateless Law*, pp. 772-773. Tradução: “Kelsen parou com a desontologização radical. Somente o Estado é eliminado desta questão de dois lados enquanto “o direito” permanece em seu lugar. Contra sua própria ideia, Kelsen apresenta o sistema legal como se fosse um fato institucional composto de normas válidas. O sistema legal é uma massa ordenada de normas, mas esta é apenas uma forma hesitante de desontologização. Em particular, este fato precisa ser notado perante as próprias formulações oscilantes de Kelsen na qual o próprio autor se refere ao Estado como “um sistema de normas ou a expressão para a unidade de tal sistema” ou como “um sistema legal ou unidade deste sistema”, respectivamente. Estas formulações ostensivamente indecisas e estranhas revelam que Kelsen, ao nível da Teoria da Identidade, está inclinado a conceber o Estado em termos extensionais como uma totalidade de normas. Esta é a segunda razão, conforme mencionada acima, que aparentemente leva Kelsen a acreditar que o Estado é um fato institucional. O Estado é coextensivo com o sistema legal. O sistema legal é composto de um pacote de normas. Kelsen assume sub-repticiamente este fato sem considerar se o sistema legal se aproveita de um esquema de auto-interpretação que autorizaria tal auto-entendimento (que é o caso para a relação entre o direito doméstico e o direito internacional).

Esta interpretação do sistema legal sobrepõe e é reforçada pela visão da norma como um objeto abstrato. É mais meramente irônico que Kelsen, nesta tentativa de evitar a hipostatização recorreu à hipostatização mais bruta de todas: a suposição ontológica do domínio das normas. A norma de fato assume um papel de combinação reificada – até mesmo reificada linguisticamente – de razões para a qual a norma legal apresenta-se na base da desontologização radical. Uma vez que essa reificação é removida, a “ordem” evocada por Kelsen vem à tona, ou seja, o modo pela qual justificação legal é conduzida em uma comunidade.”

Desse modo, da mesma maneira que a ciência em Kelsen, por meio da Teoria Pura do Direito, elimina a “substancialização” no campo teórico-epistemológico do Direito, a anomia desempenha o mesmo papel, porém, em um campo prático. No entanto, a eficácia, sendo condição de validade e expressão de normatividade (obediência), torna teoria e prática indissociáveis, contribuindo ainda mais para o argumento de que a Teoria Pura do Direito fomenta uma teoria da revolução, não sendo, assim, uma teoria conservadora, de manutenção do *status quo*; análise essa que se mostra plenamente de acordo com a visão de mundo relativista que embasa toda a obra de Kelsen, pois o relativismo, opondo-se a um absolutismo de coisas dadas e prontas, traz em si não só a possibilidade, mas também a própria idéia de movimento e transformação.

Tanto a ciência em Kelsen como o fenômeno da anomia estão intimamente ligados, portanto, a uma unidade, à negação de um dualismo expresso principalmente, mas não exclusivamente, pela díade Estado e direito.

Esse citado dualismo e seu indissociável substancialismo são também a base da segunda relação protagonizada pela anomia: a relação diretamente proporcional entre anomia e estado de exceção.

A relação entre anomia e exceção não difere em nada – ao menos na essência – da relação entre anomia e força. Essas duas relações são, na verdade, a mesma coisa. Isso ocorre porque “exceção” é o nome que se dá à força em uma tentativa de ainda se afirmar a substancialidade do Estado e a presença do símbolo. A exceção é dependente de uma ontologia, pois não se pode defender o que não existe (Estado), bem como não se pode suspender o que já deixou de existir (direito).

Esse fenômeno semântico – já que o termo “exceção” passa a ser a designação da “força” – ocorre principalmente em Estados intitulados como “democráticos” no século XXI, uma vez que, assim como na “ciência” criticada por Kelsen “[...] os objetos incompatíveis são vendidos sob o mesmo rótulo, a saber, o ‘do direito’”⁶, conforme observa Guy Debord, “Os métodos da democracia espetacular são muito flexíveis, ao contrário da simples brutalidade do *diktat* totalitário. É possível conservar o nome quando a coisa foi mudada em segredo (seja cerveja, bife ou um filósofo)”⁷.

Assim, além da insistência em alegar a presença independente do Estado – não o admitindo como uma hipóstase, mas como algo dotado de uma essência natural, ontológica –, o discurso do estado de exceção ainda continua a nomear de direito o que não é mais direito, o

⁶ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 27.

⁷ DEBORD, *A sociedade do espetáculo*, p. 193.

que é uma organização que se caracteriza pelo mero monopólio ou controle predominante da força. Feito isso, ao deslocar o “argumento de defesa” do Estado para o direito, ou seja, ao considerar o estado de exceção como forma de proteção e manutenção do ordenamento jurídico em vigor, o discurso favorável à exceção visa a minar a relevância de uma teoria unitária entre direito e Estado.

Mas, de todo modo, tal artifício não consegue camuflar que essa “política” não se trata de um interesse de Estado (tendo em vista a inexistência desse), mas sim de uma vontade de um grupo que detém o poder, de uma imposição de e à força. Não se defende o direito daqueles que constantemente produzem o direito (o direito, não as normas); o direito não adquire um corpo próprio e autônomo, indissociável daqueles que o criam ao conhecê-lo, uma vez que o direito não é e não se torna uma “coisa em si”, mas é, sim, uma constância. Ou seja, a desconstrução do direito é natural e coerente ao seu processo de construção, pois está no campo do conhecimento e não no campo da matéria.

Dessa maneira, muito embora o discurso de exceção consiga tornar – a princípio – irrelevante o argumento de uma teoria unitária entre direito e Estado, a exceção não consegue se sobrepor à base teórica dessa mesma teoria unitária, ou seja, perde fundamento diante do reconhecimento da “função” e consequente eliminação da “substância”. A negação de um Estado ontológico feita pela teoria unitária não significa a negação de uma dualidade de substâncias, como se a matéria fosse requisitada unicamente pelo direito, mas sim uma eliminação por completo de qualquer ontologia, inclusive a do direito, que se manifesta como “função”.

Frise-se que não estamos aqui reduzindo o conceito de exceção de um modo geral, equiparando-o à violência. A análise realizada diz respeito aos atos de exceção executados em resposta ao progresso das situações de anomia, ou seja, nos casos em que há uma ineficácia das normas secundárias de determinado “ordenamento jurídico”. Nossa análise se restringe a essa relação. A intenção é, portanto, esclarecer – com base em todo o já argumentado no capítulo anterior – que nesse cenário não há uma suspensão de normas causadas pelo estado de exceção, mas antes, uma ausência de normas, já que estamos em um ambiente de não-direito (e não-Estado). Com isso, a discussão sobre a possibilidade de o estado de exceção estar previsto ou não em um ordenamento jurídico, bem como a possibilidade teórica dessa previsão normativa, torna-se irrelevante.

Para aprofundarmos o entendimento da exposta relação entre estado de exceção e anomia e como essa relação se operacionaliza na obra de Kelsen, devemos analisar de forma mais detalhada como ocorre o tratamento da ontologia na teoria kelseniana. Para isso,

abordaremos a questão contrapondo o pensamento de Kelsen com o do seu principal opositor teórico, Carl Schmitt. Discutiremos essa questão, assim, a partir de suas teorias sobre o fundamento do direito.

4.1.1 *Função e Gênese*⁸

Tanto Hans Kelsen como Carl Schmitt, ao menos inicialmente, desenvolvem seus pensamentos pautados na distinção entre direito e poder, ou seja, no esforço teórico de não identificar o direito com força, de não reduzir a validade do ordenamento jurídico à vontade do mais forte. Desse modo, o mestre da Escola de Viena e o jurista da exceção colocam-se contra o positivismo imperativista.

Como vimos, para tal corrente positivista, o direito seria advindo do mero fato de quem tem mais força para impor a sua vontade, para fazer cumprir seus comandos a partir da aplicação de um castigo. Dessa forma, o poder seria anterior ao direito e esse estaria reduzido a atos de simples violência.

Diante do exposto, as posteriores idéias de decisionismo (conceito específico que difere do termo “decisão” usado no contexto interpretativo) em Carl Schmitt e de norma hipotética fundamental em Hans Kelsen terão funções semelhantes, ao menos quanto ao fim que se destinam: defender o direito como diverso do Poder, tornando possível apreender e visualizar o primeiro separado do segundo.

Carl Schmitt, ao contrário do posicionamento defendido em sua fase de “maturidade” – que pode ser expressa nas obras *Teologia Política* (1922) e *O Conceito do Político* (1927) –, em *Lei e Julzo* (*Gesetz und Urteil*) (1912) orienta o seu raciocínio na idéia de que todo Estado constituiu-se como um Estado de Direito. Porém, o jurista alemão já se demonstra incomodado, mesmo que de forma muito diversa e superficial, com aquilo que seria o grande mote de todo o seu pensamento clássico: a exceção.

Para Schmitt, o normativismo kelseniano – a idéia de uma autonomia científica máxima do Direito em que uma norma só encontraria a sua origem a partir de outra norma e não em um fato – levaria ao consequente entendimento, para manter a coerência da citada teoria da validade, de que uma decisão judicial só pode ser entendida como correta quando estiver em conformidade à lei. Com isso, o jurista passa a refletir:

⁸ Este tópico de nosso trabalho mescla raciocínios anteriormente desenvolvidos em MILÃO; MATOS, *Um conflito de conhecimento*, 2013 e em MATOS; MILÃO, *Decisionismo e hermenêutica negativa*, 2013.

Quando é que uma decisão judicial é correcta? Na maior parte das vezes, ela é tida como correcta se for “conforme à lei”, se corresponder ao direito positivo vigente. Ao erguer a conformidade à lei de uma decisão como critério da sua correcção, toma-se como ponto de partida o vínculo do juiz à lei. A resposta à pergunta pela correcção de uma decisão dar-se-ia assim, para o jurista, o mais facilmente possível quando a lei prescreve inequivocamente ao juiz julgar um muito determinado estado de coisas de um determinado modo. Se houvesse uma prescrição legal positiva que ordenasse ao juiz manter-se rigorosamente na literalidade da lei e no uso da linguagem da vida diária, e não decidir nenhum caso que não fosse indubitavelmente regulado através de uma lei, então estaria fundada a maior probabilidade de que todas as decisões judiciais fossem correctas. Mas uma tal lei conteria a sua própria refutação, ao acabar autenticamente por ordenar ao juiz decidir apenas quando estiver seguro de decidir correctamente, recusando em caso de dúvida a decisão. Com aquele “ideal” de uma prática conforme à lei não seria muita coisa ganha, porque, como é evidente, são precisamente os casos de dúvida que são tanto de interesse científico como prático.⁹

Assim, Schmitt entende que “numa *situação excepcional*, num caso para cuja resolução não é possível apontar uma disposição normativa normalmente aplicada pelo juiz, a decisão manifesta-se imediatamente como irredutível à lei, não podendo o momento fático do juízo, o momento próprio da prática jurídica, ser nela subsumido”.¹⁰

Diante do problema, como bem observa Alexandre Franco de Sá, Carl Schmitt – já em resposta a Hans Kelsen e à pretensão de pureza da ciência do Direito defendida por esse na sua tese de livre-docência *Problemas capitais da teoria do Direito Público* (1911) – inicia sua obra *Lei e Juízo: uma investigação sobre o problema da prática jurídica* (*Gesetz und Urteil: eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*) (1912) com a seguinte proclamação: “O presente tratado coloca-se a questão de saber quando uma decisão resultante da prática jurídica é correcta, e responde-lhe indicando que é a própria prática jurídica que decide sobre isso”.¹¹

O tema da aplicação do direito, especificamente em uma decisão judicial, é, na referida obra, tratado por Schmitt não como um assunto propriamente de interesse central, mas muito mais como argumento-chave para a tese de que o direito, apesar de não se identificar com o fático – o que configuraria uma visão reducionista –, não independe de modo completo dessa esfera. Nesse sentido, como salienta Franco de Sá, Schmitt opõe-se a Kelsen devido ao último considerar ao extremo a separação kantiana entre ser e dever-ser, o

⁹ SCHMITT *apud* FRANCO DE SÁ, *O poder pelo poder*, p. 73.

¹⁰ FRANCO DE SÁ, *O poder pelo poder*, p. 74.

¹¹ SCHMITT *apud* FRANCO DE SÁ, *O poder pelo poder*, p. 72.

que leva o jurista da exceção a questionar a pureza da ciência do direito frente à prática jurídica.

Já em 1914, na obra *O valor do Estado e o significado do indivíduo* (*Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*), o tema da decisão passa do âmbito da aplicação do direito para o da criação e validade/legitimidade desse, muito embora o pensamento de que todo Estado é necessariamente Estado de Direito seja mantido. Assim, Schmitt continua defendendo a tese de uma não identificação total entre fato e direito, argumentando a diferença entre direito e poder. O foco deixa então de ser a figura do juiz e passa a ser a figura do legislador que, por meio da decisão, ou melhor, de um decisionismo, faz a mediação – nos moldes platônicos – com um “direito natural sem naturalismo”; em outras palavras: dá conteúdo à forma.

Como analisa Franco de Sá,

[...] é em *Gesetz und Urteil* que Schmitt inaugura, ainda que implicitamente, a tese que estará na base da gênese do seu combate pelo poder: partindo da defesa da irredutibilidade do fáctico no direito, a tese de que o direito só o é a partir de uma decisão que o efective enquanto tal e de que, tendo em conta que não há direito sem efectivação do direito, não é possível alienar do direito a facticidade e o carácter concreto e situado do seu elemento decisório. Contudo, para a sustentação de uma tal tese, Schmitt teria necessariamente de abordar não apenas a questão da aplicação do direito ao fáctico, mas a da gênese do direito no próprio fáctico. Tratando apenas da relação entre o juízo e a lei, *Gesetz und Urteil* não poderia entrar nesta questão fundamental, para a qual, no entanto, a sua investigação no âmbito da prática jurídica não poderia deixar de remeter. E é então para a abordagem do problema da criação ou, o que aqui é o mesmo, da posição do direito, para a abordagem do problema da relação já não entre a lei e o juízo que a aplica, mas entre esta e a decisão que a põe e estabelece como tal, que o pensamento de Schmitt não pode deixar necessariamente de se voltar.¹²

A discussão schmittiana entre direito e poder não se restringe apenas aos textos dos anos 10, continuando ao longo de toda a sua obra.

Porém, já em 1921, com o livro *A Ditadura*, há os primeiros indícios de uma significativa mudança de entendimento sobre a relação entre esses dois objetos de estudo.

Schmitt iniciará sua famosa obra de 1922, *Teologia Política*, dizendo: “*Soberano es quien decide sobre el estado de excepción*”.¹³

O problema da interpretação que, em 1914, havia sido remetido do âmbito judicial para o campo legislativo é agora, em 1922, transferido para o âmbito do estado de exceção.

¹² FRANCO DE SÁ, *O poder pelo poder*, p. 78.

¹³ SCHMITT, *Teologia política*, p. 13.

Porém, o tema da exceção, no ápice de sua formulação schmittiana, trará o argumento de uma primazia do político sobre o direito, ou melhor, de uma anterioridade do poder em relação ao ordenamento jurídico. Com isso e diante da afirmação schmittiana de que “*Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados*”¹⁴, o decisionismo sobre o estado de exceção, ao mesmo tempo que elimina o dualismo platônico que fundamentava o direito na obra de 1914, estabelece um novo dualismo no pensamento de Carl Schmitt: a separação entre direito e Estado.

Schmitt não entende mais, nos anos 20, que todo Estado é Estado de direito, justamente devido à possibilidade de um estado de exceção que visa a suspender o ordenamento jurídico, enquanto o Estado permanece. O decisionismo que estabelece tal fato, diante da secularização, inaugura o debate de que, em 1922, Schmitt não só teria adotado uma teoria dualista do Estado e do direito, como também teria invertido o seu anterior raciocínio sobre a relação entre direito e poder, admitindo que o primeiro é que deriva do segundo, inaugurando a primazia do político.

No entanto, esclarece-se que essa é uma das correntes de pensamento, existindo entendimento contrário no sentido de que Schmitt, nos anos 20, teria mantido a mesma fundamentação dualista dos anos 10, ou seja, que a decisão, exercendo um papel mediador, apenas estabeleceria conteúdo a uma forma já existente e assim, o direito seria independente do poder. Alexandre Franco de Sá é um exemplo de autor adepto dessa segunda corrente, argumentando a defesa de tal pensamento através da filosofia das ficções, de Vaihinger.

Porém, seguindo a primeira interpretação, o abandono da “forma” do direito, ou seja, de uma idéia de ordem anterior e superior ao direito posto, de teor metafísico (ou metajurídico), não elimina o viés ontológico no qual se baseia o raciocínio de Schmitt. Esse, como veremos, é apenas deslocado para outro conceito.

Para entendermos melhor esse nosso argumento e para prosseguirmos na investigação sobre a gênese do direito, torna-se crucial analisarmos a contraposição entre um pensamento funcional e um pensamento substancial, bem como a adoção de um ou outro tipo feita por Kelsen e por Schmitt. Assim, buscaremos identificar qual a base epistemológica assumida por cada autor a partir da análise de “conflitos” existentes entre as teorias kelsenianas e schmittianas das mais diversas áreas, a exemplo da constitucional.

Juntamente com Rudolf Smend e Hermann Heller, Carl Schmitt e Hans Kelsen compunham o chamado “quarteto weimariano”, em um período de “vácuo” entre as duas

¹⁴ SCHMITT, *Teologia política*, p. 17. grifo nosso.

Guerras Mundiais. Nesse período, mais precisamente entre os anos de 1928 a 1933, ocorreu, na Alemanha, uma série de reuniões a respeito do controle de constitucionalidade e das funções da Corte Constitucional.

Kelsen, criador do modelo austríaco de controle de constitucionalidade e juiz da Suprema Corte da Áustria no período de 1921 até 1930, defendia, em oposição a Schmitt, uma ampliação das competências da Corte Constitucional alemã, que deveria, assim, abarcar também uma jurisdição constitucional nos moldes da experiência austríaca e não se limitar somente às tarefas de julgar o Presidente, as disputas entre os estados membros e entre os órgãos desses. De acordo com Kelsen,

A busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal.¹⁵

Esse conflito – que chamaremos aqui de “conflito de competência” – entre o jurista da exceção e o mestre da Escola de Viena é retratado na obra *O Guardiã da Constituição*, de Schmitt, e na obra-resposta *Quem deve ser o Guardiã da Constituição?*, de Kelsen. Para o primeiro, o Presidente do Reich é quem deveria exercer o controle constitucional, enquanto, para o segundo, o guarda da constituição deveria ser um juiz constitucional, defendendo, assim, o controle através de uma jurisdição.

Apoiando-se na teoria do *pouvoir neutre*, de Benjamin Constant, Schmitt argumenta:

*El Presidente del Reich se halla en el centro de todo un sistema – construido sobre fundamentos plebiscitarios – de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aun llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado legislativo. Antes de instituir un Tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como protector de la Constitución, antes de gravar y poner en peligro la Justicia con estas contaminaciones políticas, mejor seria recordar, en primer término, el contenido positivo de la Constitución de Weimar y de su sistema de preceptos. Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar existe ya un protector de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich.*¹⁶

No entanto, Kelsen rebate:

Através da imagem distorcida de uma sobrecarga da jurisdição, Schmitt procura inutilmente esquivar-se de admitir que não conseguiu comprovar sua

¹⁵ KELSEN, *Jurisdição constitucional*, p. 239.

¹⁶ SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, p. 249.

tese do “chefe de Estado como guardião da Constituição” com o argumento de que ele estaria mais apto a protegê-la por possuir em maior medida que o tribunal a qualidade da independência e, portanto, da neutralidade. Antes, a própria fórmula com que Schmitt define a essência da “neutralidade”, que seria pressuposto para a tarefa de guardião da Constituição, adapta-se justamente a um tribunal constitucional, militando diretamente contra o chefe de Estado. [...] De quem podemos dizer que se coloca como poder especial neutro “ao lado dos outros poderes”: um tribunal destinado a nada mais que exercer um controle constitucional ou o chefe de Estado? É desse tribunal ou do chefe de Estado que devemos dizer que – se chamado a exercer a função de guardião da Constituição – recebe essa função “adicionalmente”, adquirindo destarte uma “preponderância” sobre os outros poderes instituídos pela Constituição, na medida em que assim “poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle”? Nem mesmo a ideologia de Benjamin Constant do *pouvoir neutre* do monarca poderia obscurecer tanto essa interrogação a ponto de tornar a resposta seriamente duvidosa.¹⁷

Essas diferentes conclusões sobre quem deve exercer o controle de constitucionalidade tem como embasamento teórico outras duas divergências entre Kelsen e Schmitt: o “conflito de competência” é, na verdade, reflexo do que denominaremos “conflito constitucional”, que, por sua vez, desdobra-se em um “conflito de aplicação”.

Os conflitos “constitucional” e “de aplicação”, além de presentes nos trabalhos citados acima, ganham densidade também com as obras “Teoria da Constituição” e “A Jurisdição Constitucional”. Nesse sentido, veremos, a seguir, como tais antinomias se desenvolvem.

Carl Schmitt estabelece uma diferença entre Constituição e leis constitucionais, afirmando que a primeira não se encontra em um campo normativo, como acontece com as segundas. A Constituição é colocada, desse modo, em um campo singular, que não é o do ordenamento jurídico, mas sim o da política, e como tal, o do poder. Já em Kelsen não há essa distinção, as leis constitucionais são relativizadas e a Constituição, em um sentido jurídico-positivo, é entendida como uma norma posta e pertencente ao ordenamento.

Por esses motivos, é que dizemos que em Schmitt há uma teoria do poder constitucional, enquanto em Kelsen há uma teoria da jurisdição constitucional. Essas teorias não são apenas opostas, mas se negam reciprocamente, repercutindo, desse modo, no entendimento de quem deve ser o guarda da constituição.

É justamente por não incluir a Constituição dentro de um campo exclusivamente normativo, alocando essa em um âmbito político, que Schmitt irá afirmar a impossibilidade do controle constitucional ser exercido por um juiz, devendo ser feito pelo Presidente do Reich, o detentor da decisão política. Para o autor, “[...] *es impropriedade atribuir a la Justicia*

¹⁷ KELSEN, *Jurisdição constitucional*, pp. 285-286.

ciertas funciones que rebasan el ámbito de una subsunción real, es decir, que traspasan las fronteras establecidas por la sujeción a normas de contenido preciso.”¹⁸

Essa escolha metodológica, que nada mais é do que um reflexo da filosofia do conhecimento adotada pelo autor, também repercutirá no chamado “conflito de aplicação”, uma vez que Schmitt considera o juiz como apolítico e, conseqüentemente, impossibilitado de criar direito, exercendo somente uma função lógico-dedutiva, o que demonstraria a insuficiência do âmbito jurídico para o controle de constitucionalidade, dotado, como visto, de um aspecto político: *“La independencia judicial es solamente el otro aspecto de la sujeción del juez a las leyes, y, por esta razón, es apolítica.”¹⁹* Nesse sentido: *“La independencia de los jueces no tiene, empero, en el Estado actual, la misión de crear un titular para la generación auténtica de la voluntad del Estado, sino la de delimitar y asegurar, dentro de un sistema estatal ordenado, una esfera de la Justicia sujeta a la ley.”²⁰*

Mais uma vez, o pensamento schmittiano demonstra-se divergente com o argumentado por Kelsen, que, apesar de concordar com o fato de o juiz ser apolítico, defende a possibilidade de criação do direito pelo juiz, pois o ato de aplicação da lei comporta uma parte cognitiva e outra volitiva que se desenvolvem dentro de um esquema hermenêutico de “molduras”.

Toda essa discussão sobre o controle de constitucionalidade e as antinomias por nós analisadas sob a forma de “conflitos” (de competência, constitucional e de aplicação) estão inseridas em e tem suas conclusões advindas de uma teoria da democracia. Apesar das diferentes respostas a que chegam Schmitt e Kelsen sobre o guardião da Constituição, ambos colocam suas teorias em defesa da democracia, muito embora, como não poderia deixar de ser, tenham interpretações diversas sobre como se dá a realização de tal forma de governo.

Enquanto Kelsen, baseado na idéia de liberdade e em uma valorização do indivíduo, conseqüentemente, expressando um pluralismo e a preocupação da permanência de tal pluralismo, defende a idéia de uma democracia realizada – não como um fim ideal, mas como um meio prático – através de um compromisso, que se dá no Parlamento, entre as maiorias e minorias, contemplando, assim, de certa forma, as diversas vontades existentes; Schmitt, com base na idéia de igualdade tem na comunidade o seu referencial democrático, que só pode ser expresso com a aclamação de um Presidente que, dotado de um caráter plebiscitário, coloca-se como representante do povo e por isso mesmo, deve ser o guardião da Constituição, já que:

¹⁸ SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, p. 97.

¹⁹ SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, p. 248.

²⁰ SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, p. 245.

La Constitución vigente en el Reich afirma la idea democrática de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán, que, en virtud de su poder constituyente, se ha dado a sí mismo esta Constitución mediante una decisión política positiva, es decir, mediante un acto unilateral. Por esta razón, todas aquellas interpretaciones y aplicaciones de la Constitución de Weimar que pretenden ver en ella un contrato, un compromiso o algo semejante, deben rechazarse solemnemente por vulnerar el espíritu de la Constitución²¹.

Assim, a Constituição, em Schmitt, não se coloca apenas em um campo singular, não-normativo e essencialmente político, mas, principalmente, detém uma essência ontológica, uma vez que surge do povo, conceito que, como veremos, para Schmitt, nada mais é do que um conceito teológico secularizado.

A teoria da democracia de Carl Schmitt demonstra que a ontologia da forma do direito (presente nos escritos dos anos 10) é transferida para o povo e se expressa no conceito base de comunidade. A idéia de povo em Schmitt adquire um caráter substancial e não funcional como o adotado por Kelsen. Desse modo, o “conflito constitucional” entre esses dois antagonistas do século XX e, conseqüentemente, os conflitos “de competência” e “de aplicação”, fundamentados pelo primeiro, são reflexos de um “conflito de conhecimento”.

Kelsen negará a valorização da comunidade (ou do povo) e a luta por sua permanência, desfazendo a lógica da necessidade de um estado de exceção, justamente por não considerar que a comunidade esteja inserida em um campo do ser, em um campo ontológico, razão pela qual não coloca a idéia de povo como fundamento metodológico de sua teoria, como também não aceita a idéia de uma Constituição desvinculada do campo do dever-ser. O pensamento kelseniano é pautado por um caráter funcional e não substancial, eliminando qualquer tipo de dualismos e de ordens pré-estabelecidas ou simplesmente dadas.

Para Kelsen,

Como comunidade social, o Estado – de acordo com a teoria tradicional do Estado – compõe-se de três elementos: a população, o território e o poder, que é exercido por um governo estadual independente. Todos estes três elementos só podem ser definidos juridicamente, isto é, eles apenas podem ser apreendidos como vigência e domínio de vigência (validade) de uma ordem jurídica. [...] A população é constituída pelos indivíduos que pertencem a um Estado. Se se pergunta por que é que um indivíduo, conjuntamente com outros indivíduos, pertence a um determinado Estado, não poderemos encontrar outro critério para a resposta que não seja o de que ele está, conjuntamente com os outros, submetido a uma determinada ordem coerciva relativamente centralizada. Todas as tentativas para encontrar um outro vínculo que reúna, transforme numa unidade, indivíduos de línguas, raças, religiões e acepções de vida possivelmente diferentes, separados por oposições de classe e numerosos outros conflitos de interesses, falham

²¹ SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, p. 113.

necessariamente. [...] A unidade dos indivíduos que formam a população de um Estado em nada mais pode ver-se do que no fato de que uma e a mesma ordem jurídica vigora para estes indivíduos, de que a sua conduta é regulada por uma e a mesma ordem jurídica. A população do Estado é o domínio pessoal de vigência da ordem jurídica estadual.²²

Já a filosofia do conhecimento do jurista da exceção é retratada em sua obra *Teologia Política*, na qual considera que os conceitos da moderna doutrina do Estado são conceitos teológicos secularizados. Desse modo, o conceito de povo, de forma análoga à concepção de um Deus soberano, detém uma essência ontológica, o que permite conceber a Constituição em um plano singular, desvinculada de um dever-ser.

Nesse sentido, Hans Lindahl analisa que “*La observación de Schmitt, <<sólo algo concretamente existente... puede ser soberano>>, incurre en el category mistake característico del substancialismo ontológico: conceptualiza la soberanía como la propiedad de una substancia*”.²³

E o autor continua:

*Una de las contribuciones fundamentales de Hans Kelsen a la filosofía política de nuestro siglo ha sido explicitar la relación entre estado y derecho propia de la modernidad. Ello no sorprende, ya que su teoría pura del derecho puede ser comprendida como el esfuerzo sistemático de extraer las consecuencias jurídicas de la prioridad moderna de las funciones sobre las substancias. En particular, critica exhaustivamente las doctrinas del estado que, según muestra, hacen del estado una substancia. <<Conforme a la visión predominante, el estado es visto como un ser existente distinto al derecho, que se ha independizado de éste>> (18). De esta manera, la doctrina tradicional de la relación entre estado y derecho incurre en el dualismo del substancialismo ontológico: por una parte, un orden real autónomo, dado inmediatamente – el estado –; por la otra, un orden conceptual (normativo) que reproduce al primero – el derecho –. Una visión dualista de la relación entre estado y derecho presupone, pues, que el pensamiento representa el ser. En otras palabras, el dualismo da por descontada la prioridad de la presencia frente a la representación. Contra este supuesto, Kelsen hace valer la prioridad de la función.*²⁴

O “conflito de conhecimento” constitui-se ainda como a linha que determina o horizonte de possibilidade de violência no pensamento jurídico de Carl Schmitt e de Hans Kelsen, fundando as antinomias existentes entre esses dois autores e atribuindo maior ou menor profundidade e dimensão ao papel da força.

O limite (ou ausência de limite) conferido à força no pensamento de Hans Kelsen e Carl Schmitt é determinado pela idéia de anomia e pela interpretação sobre o caos, que, por

²² KELSEN, *Teoria pura do direito*, pp. 318-319.

²³ LINDAHL, *El pueblo soberano*, p. 64.

²⁴ LINDAHL, *El pueblo soberano*, p. 65.

sua vez, relaciona-se à possibilidade de um estado de exceção. Nesse contexto, em Schmitt, o uso exacerbado da força visa a salvar o ordenamento jurídico vigente e/ou o Estado, enquanto em Kelsen, o uso excessivo dessa força expressa somente a já não existência do direito e, conseqüentemente, do Estado.

O *caos*, compreendido neste trabalho como agressão ao *status quo* e ineficácia das normas jurídicas, – a partir de toda a análise desenvolvida no capítulo anterior e do apresentado até então neste capítulo – pode ser visto de forma diversa em cada uma das teorias aqui expostas. Enquanto Carl Schmitt combaterá o caos com o estado de exceção para salvar a comunidade, utilizando a força para tanto; a nossa leitura da teoria de Hans Kelsen permite interpretar o caos, retratado pela anomia, como a expressão da autonomia moral, entendida positivamente como liberdade individual, uma vez que as características do caos apresentam-se como reflexo do desfazimento de hipóstases, de uma dessubstancialização.

Assim, na verdade, o tratamento da força tanto em Kelsen, como em Schmitt, é uma expressão das opções metodológicas desses autores, respectivamente: a valorização do indivíduo e a importância da comunidade.

Há uma extensão menor do elemento força na teoria kelseniana, pois o caos é interpretado como expressão da autonomia moral, refletindo a liberdade do indivíduo. Já em Schmitt, há uma extensão maior da força porque o caos é visto como agressão à comunidade, talvez por retratar justamente um caráter liberal.

Essas opções metodológicas, no entanto, refletem o “conflito de conhecimento” existente entre Kelsen e Schmitt, conforme já adiantado, uma vez que Kelsen negará a valorização da comunidade (ou do povo) e a luta por sua permanência, desfazendo a lógica da necessidade de um estado de exceção, justamente por não considerar que a comunidade esteja inserida em um campo do ser, em um campo ontológico, razão pela qual não coloca a idéia de povo como fundamento metodológico de sua teoria, como também não aceita a idéia de uma Constituição desvinculada do campo do dever-ser. O pensamento kelseniano é pautado por um caráter funcional e não substancial, eliminando qualquer tipo de dualismos e de ordens pré-estabelecidas ou simplesmente dadas.

4.2 A filosofia da democracia de Hans Kelsen²⁵

A teoria da democracia de Hans Kelsen, defendida principalmente na compilação de artigos que no Brasil resultou no livro *A Democracia*, pode ser dividida em dois pontos centrais: uma fundamentação filosófica e uma problematização prática. A primeira embasa as opções assumidas na segunda, principalmente no que diz respeito à valorização do parlamento como lugar pleno de realização democrática, uma vez que se estabelece como um ambiente propício para o estabelecimento de um compromisso que se dá pela possibilidade de diálogo entre maioria e minorias, bem como devido à representação e mutabilidade dessas.

A filosofia democrática de Kelsen expressa prioritariamente o valor da liberdade. Por outro lado, podemos dizer que na teoria prática da democracia, o valor da liberdade é reforçado pelo da tolerância, fundamental para o compromisso assumido entre os diversos grupos representativos de diferentes idéias e interesses. É através do compromisso que, segundo Kelsen, a democracia se realiza de modo efetivo.

Para Kelsen, “A metamorfose da idéia de liberdade leva da idéia à realização da democracia”²⁶. Conforme expõe o jurista austríaco,

A democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo.²⁷

Diante do foco do presente trabalho, é importante compreendermos de forma minuciosa qual a dimensão do valor liberdade na obra de Hans Kelsen e seu processo de transformação para que se atinja a realidade democrática, bem como o real significado desse valor quando operacionalizado em um conceito.

Segundo Hans Kelsen:

Na idéia de democracia – e é dessa idéia que queremos tratar primeiro, e não da realidade política mais ou menos próxima dela – encontram-se dois postulados da nossa razão prática, exigem satisfação dois instintos primordiais do ser social. Em primeiro lugar, a reação contra a coerção resultante do estado de sociedade, o protesto contra a vontade alheia diante da qual é preciso inclinar-se, o protesto contra o tormento da heteronomia. É a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela contra a sociedade. O

²⁵ O objetivo deste tópico, considerando o recorte metodológico característico de uma dissertação de mestrado, não é abordar a teoria da democracia de Hans Kelsen como um todo, principalmente em seu aspecto prático, razão pela qual nos abstermos de desenvolver temas como o problema do parlamentarismo. Nosso objetivo é explorar a filosofia da democracia do jurista austríaco, sua essência e valor, de modo a identificar fundamentos comuns com a Teoria Pura do Direito.

²⁶ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 35.

²⁷ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 35.

peso da vontade alheia, imposto pela vida em sociedade, parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento primitivo do próprio valor, quanto mais elementar frente ao mandante, ao que comanda, é o tipo de vida de quem é obrigado a obedecer: “Ele é homem como eu, somos iguais, então que direito tem ele de mandar em mim?” Assim, a idéia absolutamente negativa e com profundas raízes anti-heróicas de igualdade trabalha em favor de uma exigência igualmente negativa de liberdade.²⁸

O valor de liberdade parte, assim, do pressuposto de igualdade, “Da idéia de que somos – idealmente – iguais”²⁹, deduzindo-se, segundo Kelsen, “que ninguém deve mandar em ninguém”.³⁰

No entanto, esse primeiro vínculo entre liberdade e igualdade é incompatível com a realização de uma vida em sociedade, ou melhor, de uma ordem social, expressando, pelo contrário, uma ordem natural. Porém, isso não quer dizer que a liberdade não seja possível em uma vida social. Nesse sentido, a liberdade natural deve sofrer uma mutação em seu significado, transformando-se em liberdade social ou política.³¹ Contudo, essa mutação deve ocorrer, para que o valor não seja abandonado por completo, mantendo a característica central da liberdade: a autodeterminação.

Dessa maneira, “É politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia. Com isso apresenta-se a antítese de princípio das formas políticas e sociais”.³² Segundo Kelsen, “Em termos de teoria do conhecimento, se a sociedade deve existir como sistema distinto da natureza, ao lado da legalidade natural deve existir uma legalidade social específica”.³³

Assim, o valor liberdade, operacionalizado no conceito de autonomia ou autodeterminação, só encontra lugar na ordem social se essa for constituída a partir de uma democracia. No entanto, deve-se observar que a autonomia está sempre presente em potência até mesmo nas sociedades autocráticas, uma vez que, muito embora ausente na ordem social, a liberdade reside no indivíduo e se reflete na autonomia moral e nas situações de anomia. Toda revolução e desobediência, mesmo que duramente e eficazmente combatida, é uma forma de liberdade do indivíduo, apesar de inexistir liberdade social.

Segundo Kelsen:

²⁸ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 27.

²⁹ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 27.

³⁰ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 27.

³¹ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 28.

³² KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 28.

³³ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 28.

À liberdade concebida como autodeterminação política do cidadão, como participação do próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado, em suma, à antiga idéia de liberdade costuma-se contrapor a liberdade dos germanos, para os quais liberdade queria dizer ausência de qualquer domínio, de qualquer Estado. Não se trata, a bem da verdade, de uma distinção histórico-etnográfica. A passagem da forma germânica à chamada forma antiga do problema de liberdade é apenas o primeiro estágio do inevitável processo de transformação, da desnaturação à qual acaba por se sobrepor o instinto originário de liberdade, no caminho que leva a consciência humana do estado de natureza ao estado de ordem social. Essa transformação semântica na noção de liberdade é característica do mecanismo do nosso pensamento social. A importância realmente enorme da idéia de liberdade na ideologia política seria inexplicável se ela não proviesse das profundezas da alma humana, de onde provém também o instinto primitivo antiestatal que impele o indivíduo contra a sociedade. No entanto, por uma ilusão quase incompreensível, essa idéia de liberdade acaba por exprimir apenas uma determinada posição do indivíduo na sociedade. Da liberdade da anarquia forma-se a liberdade da democracia.³⁴

O indivíduo é, assim, o “ponto de partida da exigência da liberdade”³⁵. No entanto, a incompatibilidade entre indivíduo e sociedade persiste, mesmo com a transformação de liberdade anárquica em liberdade democrática, sendo justamente essa questão que, ironicamente, nos levará à criação do Estado a partir de uma hipóstase, a partir da substancialização de um símbolo, que se concebe porque “o véu da personificação do Estado cobre o fato, insuportável para uma sensibilidade democrática, do domínio do homem pelo homem”.³⁶

Conforme argumenta Kelsen:

A liberdade do indivíduo, a qual, em última análise, se revela irrealizável, acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano. O protesto contra o domínio exercido por alguém semelhante a nós leva, na consciência política, a um deslocamento do sujeito do domínio – domínio esse inevitável mesmo em regime democrático –, ou seja, à formação da pessoa anônima do Estado. O *imperium* parte dessa pessoa anônima, e não do indivíduo como tal. A vontade de cada uma das personalidades libera uma misteriosa vontade coletiva e uma pessoa coletiva absolutamente mística. Esse isolamento fictício efetua-se não tanto contra a vontade dos súditos quanto contra a vontade dos indivíduos que exercem o poder e que aparecem como simples órgãos de um sujeito hipostasiado de tal poder. No regime autocrático, um homem de carne e osso – mesmo que divinizado – é considerado mandante. **No regime democrático é o próprio Estado que aparece como sujeito do poder.**³⁷

³⁴ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, pp. 28-29.

³⁵ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 32.

³⁶ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 33.

³⁷ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 33. grifo nosso.

Assim, por meio desse artifício epistemológico, a vida em sociedade passa a ser suportável para o indivíduo. Além disso, “A personificação do Estado torna-se a base da teoria do direito público contemporâneo, tem suas raízes nessa ideologia da democracia”.³⁸

Essa estreita ligação entre democracia, símbolo e Estado reitera nossos argumentos de deslegitimação do último apresentado durante todo o presente trabalho, principalmente quando abordamos a quebra do símbolo ligada à idéia de autonomia moral. Essa quebra representa o *insight* de que o Estado é tão somente uma função que permite conhecer a sociedade, a ordem social, e assim, há o entendimento de que o sujeito real do poder nas democracias não é a comunidade ou o povo, muito menos o Estado soberano, autônomo e livre, mas sim o indivíduo. Dessa maneira, diante do reconhecimento da igualdade entre os indivíduos, não há mais nenhum empecilho, ao menos no campo cognitivo, para que a revolução ecloda.

A Teoria Pura do Direito contribui para o fortalecimento dessa análise, uma vez que, como vimos, considera que a unidade de indivíduos é tão somente uma unidade normativa, muito embora “como unidade de pensamentos, de sentimentos e de vontades, como solidariedade de interesses, a unidade do povo representa um postulado ético-político que a ideologia política assume como real com o auxílio de uma ficção de aceitação tão universal, que hoje em dia já não se pensa em criticá-la”³⁹, ou ao menos não se critica até o desenvolvimento das situações de anomia que, como já explicado, ao atingir a eficácia do direito, desfaz, por consequência, não só o ordenamento jurídico, mas também a unidade de indivíduos, o chamado povo. Ou seja, a anomia contribui para a dessubstancialização de todos os elementos da teoria do Estado.

Horst Dreier, ao analisar a relação entre democracia e autonomia do indivíduo em Hans Kelsen, observa que “liberdade e metafísica constituem [...] grandezas incompatíveis”⁴⁰, sendo que uma só tem lugar quando a outra se encerra. Desse modo, o combate de Kelsen ao direito natural apresenta-se como uma reafirmação da liberdade externa e interna do indivíduo.⁴¹ Seguindo esse raciocínio, Dreier identifica que em Kelsen a autonomia configura-se como o momento central da democracia, retratando a possibilidade de autodeterminação dos indivíduos.⁴²

³⁸ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 33.

³⁹ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 36.

⁴⁰ DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, p. 243. tradução nossa. Texto original: “Freiheit und Metaphysik bilden [...] inkompatible Größen.”

⁴¹ DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, p. 243.

⁴² DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, p. 252.

A leitura da *Reine Rechtslehre* apresentada nesta nossa pesquisa acaba por ampliar o alcance, argumentado por Kelsen, da idéia de democracia na realidade democrática. Isso porque, considerando a exigência de eficácia duradoura e a possibilidade de deslegitimação do Estado, permite que todo indivíduo objeto do poder, seja também sujeito do poder, mesmo que negativamente.

Para Hans Kelsen:

[...] se a unidade do povo não passa da unidade dos atos individuais regulados e dirigidos pelo direito do Estado, então, nessa esfera normativa em que o “poder” se apresenta como vínculo normativo, como submissão a regras obrigatórias, a unidade buscada será o povo, mas como objeto do poder. Sob esse ponto de vista os homens entram em campo como sujeitos do poder, somente na medida em que participam da criação da ordem estatal. E justamente nessa função, de importância decisiva para a idéia de democracia, porquanto o povo intervém na criação das regras do direito, ocorre a inevitável diferença entre esse “povo” e o povo definido como conjunto de indivíduos submetidos a normas. De fato, nem todos os que fazem parte do povo como indivíduos submissos a normas de ordem estatal podem participar do processo de criação dessas normas (forma necessária do exercício do poder), nem todos podem representar o povo como sujeito do poder.⁴³

Assim – ao reconhecermos os raciocínios de quebra do símbolo e progresso das situações de anomia que atingem a eficácia do direito e, por consequência, a validade desse (já que nenhuma norma hipotética fundamental pode ser pressuposta) –, entendemos que todo indivíduo é sujeito do poder, pois participa na desconstrução ou construção formal do ordenamento jurídico, muito embora não integre a elaboração material das normas. Dessa maneira, a Teoria Pura do Direito reflete em sua estrutura não somente um elemento democrático, como também amplia a possibilidade de correspondência entre idéia e realidade. A prova disso é que tal processo aqui defendido se embasa justamente no conceito central da teoria da democracia: a autonomia ou autodeterminação. Com isso, mesmo que a prática democrática não esteja presente de forma total na elaboração das normas em específico das sociedades que adotam a democracia, nem mesmo de forma parcial nas sociedades autocráticas, a *Reine Rechtslehre* mantém em qualquer ordem social a possibilidade de efetivação da liberdade e da igualdade.

Percebe-se do exposto até aqui que, assim como a Teoria Pura do Direito, a teoria da democracia de Hans Kelsen detém em sua estrutura um formalismo que se opõe a um conteúdo democrático, ou seja, não é uma teoria material, mas define-se – em sua essência – enquanto processo. A negação da possibilidade de uma vontade do povo, tendo em vista que

⁴³ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 37.

esse não passa de uma soma heterogênea de indivíduos sob a mesma ordem jurídica, torna-se o pressuposto que justificará o caráter formal da teoria.

Nesse sentido, Kelsen expõe: “Enquanto sistema ou processo, a democracia é uma “forma” de governo. Pois o processo através do qual uma ordem social é criada e aplicada é visto como formal, em contraste com o conteúdo da ordem enquanto elemento material ou substancial”.⁴⁴

Esse tema configura-se, para Matthias Jestaedt, como um dos parâmetros que permite verificar uma afinidade ou paralelo epistemológico entre as concepções kelsenianas sobre a ciência do direito e a democracia. Conforme análise do professor da Universidade de Freiburg:

[...] as teorias de Kelsen sobre o direito e a democracia se direcionam para o universo das formas e dos procedimentos, quer dizer, têm caráter formalista e procedimentalista. Em se tratando de um lado da democracia, e de outro do direito, vale o princípio: a forma precede o conteúdo; estabelece-se antes a forma para recepcionar valores e conteúdos (políticos). Destinados a tornar obrigatórios conteúdos e valores de qualquer natureza, a forma, o procedimento e o método são os elementos que concretizam o que há de democrático na democracia e o que há de jurídico no direito.⁴⁵

E Jestaedt continua o paralelo:

Do mesmo modo que a cadeia ininterrupta de legitimação se configura na democracia, o encadeamento fechado, dedutivo de uma norma a outra, ilustra o direito positivo. Em ambas teorias a unidade é estabelecida por uma conexão procedimental autorregulada: naquela, a sequência de sobreposições de instâncias de legitimação; nesta, o sistema de criação de normas. Assim, a democracia – como o direito – se mostra, antes de mais nada, como uma técnica de dominação e uma técnica social não excludente de qualquer conteúdo específico.⁴⁶

A democracia entendida enquanto processo também exerce função semelhante a do Direito enquanto ciência, já que para o mestre da Escola de Viena

[...] não há melhor maneira de impedir o avanço da democracia, de preparar o caminho para a autocracia e dissuadir o povo de seu desejo de participação no governo do que depreciar a definição de democracia enquanto processo através do argumento de que a mesma é “formalista”, levar o povo a acreditar que seu desejo será satisfeito se o governo agir em seu interesse e que, instaurado um governo para o povo, se terá alcançado a tão almejada democracia. A doutrina política que fornece a ideologia apropriada a tal tendência enfatiza a questão de que a essência da democracia é um governo voltado para o interesse da massa popular, e que a participação desta no governo é de importância secundária. Se um governo é para o povo, isto é, se

⁴⁴ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 145.

⁴⁵ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 50.

⁴⁶ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 54.

age em seu interesse, concretiza a vontade popular, conseqüentemente é também um governo do povo.⁴⁷

Assim, da mesma maneira que a *Reine Rechtslehre* desnuda de cientificidade a justificação de certos valores utilizados para a criação, manutenção e aplicação de um ordenamento jurídico – ou seja, demonstra que a suposta validade das normas na verdade não passa de uma ideologia de grupo que não detém, por si só, nenhum fundamento jurídico e obrigatoriedade –, a teoria da democracia de Hans Kelsen – na defesa de um formalismo que, por várias vezes, tem seu significado distorcido por críticos (até mesmo com um tom pejorativo) – pretende eliminar a classificação reducionista que permite nomear de democrático um governo para o povo, quando, na verdade é apenas um interesse daqueles que detém o poder. Tanto a Teoria Pura do Direito, como a teoria da democracia têm em suas bases o projeto de combater o rótulo de “verdade”. Como observa Matthias Jestaedt: “Em razão de seu voluntarismo acentuado, as teorias kelsenianas do direito e da democracia revelam-se, ambas, como antiidealistas pelo fato de se restringirem à afirmação da contingência, mostrando-se como antiessencialistas ou antissubstancialistas”.⁴⁸

Com isso, assim como uma norma não pode ser verdadeira ou falsa, uma vontade também não pode ter a sua veracidade conhecida do ponto de vista material, ainda mais quando se trata da vontade de uma coisa que na realidade não existe, o povo. Em muitos casos, a situação se agrava, já que além da função povo ser hipostasiada, o povo, agora entendido como substância, passa a ter a sua participação democrática limitada à ficção da representação. Desse modo, “Em tal democracia ‘verdadeira’, o povo pode ser ‘representado’ por uma elite, uma vanguarda ou mesmo por um líder carismático. Basta apenas desviar, na definição de democracia, a ênfase de ‘governo do povo’ para ‘governo para o povo’”.⁴⁹

A adoção de um ponto de vista formal para a teoria da democracia, além de garantir a livre expressão da vontade política, impede com mais veemência a manipulação de conceitos para inibir o avanço daquilo que o próprio conceito originalmente expressa, bem como dificulta que se dê o nome de uma coisa à outra (o que também é combatido pela ciência do Direito). A apropriação do discurso democrático atravança a realização, efetivação e avanço da própria democracia em um tempo de cascas, onde a roupagem do conceito é utilizada em discursos invertidos, ou seja, como argumento de combate do pensamento que realiza plenamente o conceito. O formalismo ajuda a combater tal manipulação. Talvez seja

⁴⁷ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 145.

⁴⁸ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 45.

⁴⁹ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 146.

justamente devido a essa problemática, coadunando ainda com o caráter formal de sua teoria, a razão de Kelsen afirmar que “A educação para a democracia torna-se uma das principais exigências da própria democracia”.⁵⁰

Devemos destacar ainda que, segundo Kelsen, “A eficácia – enquanto qualidade da ordem constituinte – é uma condição de qualquer tipo de representação, pois é condição da existência do Estado”.⁵¹ Desse modo, para o jurista austríaco,

Se um governo, que sempre representa o Estado, representa ou não também o povo desse Estado, ou seja, se se trata ou não de um governo democrático, é algo que depende única e exclusivamente de se saber se ele é ou não democraticamente estabelecido, isto é, se foi eleito com base no sufrágio livre e universal. Portanto, é impossível diferenciar o tipo democrático de representação de qualquer outro tipo de representação com base no critério de eficácia.⁵²

Depreendemos que, muito embora a eficácia como condição de validade não seja determinante para a realização da democracia, esse ponto decisivo da Teoria Pura do Direito é fundamental para um governo democrático, o que é uma questão lógica, pois “O princípio da eficácia refere-se à ordem jurídica que constitui o Estado, e não aos órgãos do mesmo”.⁵³ A razão de expormos esse raciocínio – que a primeira vista pode parecer desnecessário – é contribuir para a argumentação em defesa de uma influência inversa, ou seja, que a filosofia da democracia presente em Kelsen, com a liberdade e igualdade operacionalizadas em autonomia, é determinante para o conceito de validade da Teoria Pura do Direito, já que opera justamente na sua condição, na eficácia, que – como já argumentado no presente trabalho – reflete a questão da normatividade, da obediência fomentada pela autodeterminação. Nesse sentido:

Trata-se de um princípio geralmente aceito o fato de que, para ser tido como o governo de um Estado, um corpo de indivíduos deve ser independente de outros governos de Estado e capaz de obter, para a ordem geral sob a qual atua como governo, **a obediência permanente dos governados**. Tal princípio se aplica a qualquer governo, seja ele democrático ou autocrático. O princípio é apenas uma aplicação parcial do princípio mais geral de que a ordem jurídica que constitui o Estado só será válida se for eficiente em sua totalidade, isto é, **se for obedecida pelos indivíduos cujo comportamento rege**.⁵⁴

Os trechos destacados fortalecem nossa tese de que a eficácia que deve ser considerada como condição de validade de um ordenamento jurídico é a eficácia das normas

⁵⁰ KELSEN, *Essência e valor da democracia*, p. 97.

⁵¹ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 156.

⁵² KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 157.

⁵³ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 156.

⁵⁴ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 155. grifo nosso.

secundárias, já que são essas que regulam a conduta dos indivíduos e se destinam diretamente a esses, muito embora um mínimo de eficácia das normas primárias seja necessário para configurar a ordem como uma ordem social. Além do mais, a obediência dos indivíduos admitida como ponto central da Teoria Pura do Direito expressa justamente o viés democrático dessa, já que confere a uma aglomeração de indivíduos o poder de criarem ou não específico Estado, direito e governo. Corroborando com essa nossa análise, temos o seguinte excerto kelseniano:

[...] toda a ordem jurídica que possui o **grau de eficácia necessário** para se tornar positiva é, mais ou menos, uma **solução de compromisso** entre grupos de interesses conflitantes na sua luta pelo poder, nas suas tendências antagônicas para determinar o conteúdo da ordem social. [...] A concepção de uma ordem que concretiza o interesse “comum” ou “geral” e constitui uma sociedade perfeitamente solidária é idêntica à utopia do Direito natural puro. O conteúdo da ordem jurídica positiva nada mais é que a conciliação de interesses conflitantes, que não deixa nenhum deles completamente satisfeito ou insatisfeito. Ele é a expressão de um **equilíbrio social que se manifesta na própria eficácia da ordem jurídica**, no fato de que esta é estabelecida de modo geral e **não encontra nenhuma resistência séria**. Nesse sentido, **o positivismo crítico reconhece toda ordem jurídica positiva como uma ordem de paz.**⁵⁵

O fundamento do ordenamento jurídico ganha, assim, contornos democráticos, enquanto há um detrimento da força. Constata-se que o próprio Kelsen acaba por declarar que a eficácia considerada como condição de validade de um ordenamento jurídico é dotada de um componente democrático, o que nos leva a reafirmar nossa interpretação de que a eficácia das normas primárias – e sua conseqüente aplicação de sanções – não pode ser superior à eficácia das normas secundárias, à conduta de obediência dos indivíduos.

Por fim, torna-se importante observarmos que o conceito de autonomia incorporado pela teoria democrática de Hans Kelsen não se restringe ao campo político, mas abrange também a esfera da intelectualidade, já que para o jurista austríaco a democracia não pode ser dissociada da razão. Conforme expõe o mestre da Escola de Viena:

O apreço à ciência racional e a tendência a mantê-la livre de qualquer intrusão por parte das especulações metafísicas ou religiosas são características significativas da moderna democracia como a que se tem formado sob a influência do liberalismo político. A idéia de liberdade, que se encontra na base do liberalismo político, não implica apenas o postulado de que o comportamento externo do indivíduo em relação aos outros indivíduos esteja submetido – até o ponto em que isso é possível – à sua própria vontade e, caso submetido à vontade do Estado, só pode tratar-se de uma vontade de cujo estabelecimento sua própria vontade participe, mas também implica o postulado de que o comportamento interno do indivíduo, seu pensamento, só estará submetido à sua própria razão e não a uma autoridade transcendental

⁵⁵ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 627.

existente, ou supostamente existente, além da sua razão, uma autoridade da qual sua razão não participa pelo fato de a mesma não ser acessível a sua razão. O liberalismo inerente à democracia moderna não significa apenas autonomia política do indivíduo, mas também autonomia intelectual, autonomia da razão, que é a essência mesma do racionalismo.⁵⁶

O pensamento científico torna-se a salvaguarda da democracia, uma vez que “Nada é mais significativo de um desvio para uma atitude intelectual mais ou menos a favor da autocracia do que o abandono da crença na possibilidade de uma ciência objetiva, isto é, uma ciência independente de interesses políticos e, portanto, digna de liberdade”.⁵⁷ Isso porque a verdade científica coloca-se como uma verdade relativa e não tem a ideologia como objeto de verificação, o que permite que a mais ampla diversidade de pensamentos e posicionamentos seja aceita, intensificando o exercício fundamental da democracia: a discussão.

Dessa maneira, Kelsen conclui:

A existência da democracia é ameaçada se o ideal de conhecimento objetivo ficar na retaguarda de outros ideais. Em geral, esse movimento intelectual caminha de mãos dadas com a tendência a atribuir ao irracional um valor mais elevado que ao racional. No conflito entre religião e ciência, a primeira predomina sobre a segunda.⁵⁸

Para o fortalecimento dessa idéia, cabe ainda expormos o raciocínio de Matthias Jestaedt:

E já se pode vislumbrar a utilidade específica que a teoria pura do direito proporciona à democracia, da qual a teoria democrática deve se apropriar. Ainda que a teoria da democracia possa se embasar em diversas concepções de direito, a teoria do direito poderia, contudo, constituir uma *visão jurídica de mundo mais apropriada à democracia*. Por meio de seu credo segundo o qual a ciência do direito deve se abster completamente de participar da formação do direito positivo, ela prepara o terreno para que possa se impor, sem contrafação, “a vontade dos órgãos democráticos de criação do direito. Horst Dreier formulou essa idéia de modo tão sintético quanto pertinente: “A teoria pura do direito é a teoria apropriada à democracia no sentido de que a vontade da maioria democraticamente legitimada não se submete a qualquer princípio jurídico imodificável”.⁵⁹

Mas não é apenas a democracia que se beneficia da ciência, a relação inversa também é válida no pensamento kelseniano, uma vez que a liberdade da ciência pertence à essência da democracia. Assim, o regime democrático torna-se o ambiente propício para a realização do conhecimento científico.

⁵⁶ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 184.

⁵⁷ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 185.

⁵⁸ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 185.

⁵⁹ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 60.

Com isso, considerando a valorização da ciência e a conseqüente objetividade do conhecimento, podemos afirmar que a Teoria Pura do Direito e a teoria da democracia kelseniana possuem a mesma essência e fomentam uma a outra.

4.3 Teoria Pura do Direito e epistemologia: a base democrática do conhecer

Para Matthias Jestaedt, o relativismo constitui-se como o fundamento ideológico comum entre a ciência do direito e a teoria da democracia kelsenianas. Em sua investigação sobre os paralelos entre as duas teorias de Hans Kelsen, Jestaedt observa que: “É certo que se faz necessário mencionar, em primeiro lugar, o relativismo axiológico (*Wertrelativismus*) que constitui simultaneamente a mais evidente e a mais profunda afinidade, a qual funciona como elo decisivo entre a teoria jurídica e a teoria democrática em Kelsen”.⁶⁰

No entanto, o raciocínio que pretendemos defender neste trabalho amplia a área do paralelismo elaborado por Jestaedt e o limite aceito por esse, já que buscaremos argumentar, além da existência de uma identidade dos pressupostos metodológicos e epistemológicos da ciência do direito e da teoria da democracia kelseniana, a presença de um elemento democrático na Teoria Pura do Direito.

O princípio democrático não está presente indiretamente na Teoria Pura do Direito apenas por meio da exposta relação entre anomia, desconstrução do símbolo e eficácia, mas está presente também e, sobretudo, no próprio método da Teoria Pura do Direito, na sua epistemologia.

Segundo Kelsen:

[...] a epistemologia relativista, em sua mais clássica exposição, por Kant, interpreta o processo cognitivo como o processo de criação do seu objeto. Esta visão implica que o sujeito humano cognoscente é – epistemologicamente – o criador de seu próprio mundo, um mundo constituído exclusivamente no e pelo seu conhecimento. Logo, a liberdade do sujeito cognoscente é um pré-requisito fundamental da teoria relativista do conhecimento.⁶¹

Como sabemos, essa epistemologia relativista é adotada por Kelsen como método para sua Teoria Pura do Direito e é expressa através da figura da norma hipotética fundamental. A norma hipotética fundamental coloca-se, ao menos na segunda edição da Teoria Pura do Direito (1960), como o pressuposto lógico-transcendental que permite conhecer

⁶⁰ JESTAEDT, *A ciência como visão de mundo*, p. 41.

⁶¹ KELSEN, *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política*, p. 348.

cientificamente o direito. Mas esse processo de cognição é, diante do argumentado, ao mesmo tempo, conhecimento e criação (formal), uma vez que a “coisa em si” é na verdade um símbolo, ou seja, não é uma substância, um objeto dado, uma ontologia, mas sim, uma função última que permite conhecer. E a construção (ou desconstrução) de símbolos exige necessariamente a participação dos indivíduos, exige uma aceitação; aceitação que expressa a presença de uma autonomia moral e, por consequência, não permite identificar direito e poder, não permite caracterizar o direito como a mera imposição de atos de força contra a vontade de uma maioria, uma vez que não há símbolo onde não há obediência. Desse modo, o só é possível na presença de um princípio democrático, só assim uma norma hipotética fundamental pode ser pressuposta e um ordenamento jurídico considerado válido.

Como analisa Kelsen:

[...] existe uma certa afinidade, menos reconhecida em termos gerais, entre a teoria política e outras partes da filosofia, como, por exemplo, a epistemologia, ou seja, a teoria do conhecimento, e a teoria dos valores. O principal problema da teoria política é a relação entre sujeito e objeto de dominação, o principal problema da epistemologia é a relação entre o sujeito e objeto do conhecimento. O processo de dominação não é tão diferente do processo de conhecimento, através do qual o sujeito, ao instaurar alguma ordem no caos das percepções sensoriais, tenta dominar o seu objeto; e não está muito longe do processo de avaliação, através do qual o sujeito declara que um objeto é bom ou mau, colocando, assim, o mesmo em julgamento. É exatamente na esfera da epistemologia e da teoria dos valores que se situa o antagonismo entre absolutismo filosófico e relativismo filosófico, o qual [...] é análogo ao antagonismo entre autocracia e democracia enquanto representantes, respectivamente, do absolutismo político e do relativismo político.⁶²

Dessa maneira, o relativismo axiológico e epistemológico adotado como filosofia da Teoria Pura do Direito guarda também íntima ligação com a teoria da democracia de Hans Kelsen, mais do que isso, o mestre da Escola de Viena considera que não se trata apenas de uma opção metodológica em específico, mas sim, que o relativismo filosófico é condição indissociável da democracia.

A *Reine Rechtslehre* e a teoria kelseniana da democracia estão ligadas pelo conhecimento, por uma epistemologia em comum.

No entanto, não é apenas o arcabouço teórico da política que colhe frutos da filosofia. O que Kelsen identifica está além de uma alimentação de uma via só na direção filosofia-política. O jurista austríaco argumenta ainda a existência de um verdadeiro paralelismo entre esses dois campos do saber, de uma correspondência, ou melhor, de uma equivalência: a

⁶² KELSEN, *Fundamentos da democracia*, pp. 161-162.

democracia seria no campo da política o que o relativismo é no campo da filosofia, mais especificamente da epistemologia.

Hans Kelsen defende que tanto a democracia como o relativismo epistemológico estão pautados e são regidos pelo mesmo pressuposto: a liberdade e igualdade dos sujeitos políticos e cognoscentes.

Assim, a autonomia apresenta-se como o fator que permite a realização da prática democrática e também a do conhecer.

No relativismo filosófico há uma construção democrática do conhecimento, uma vez que:

O absolutismo filosófico é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, isto é, uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano. Conseqüentemente, sua existência está além do espaço e do tempo, dimensões às quais se restringe o conhecimento humano. **O relativismo filosófico, por outro lado, defende a doutrina empírica de que a realidade só existe na esfera do conhecimento humano, e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscitivo.** O absoluto, a coisa em si, está além da experiência humana, é inacessível ao entendimento humano e, portanto, impossível de ser conhecido.⁶³

Desse modo, diferentemente do absolutismo filosófico, o relativismo pressupõe a participação direta e plena do indivíduo no conhecer de uma realidade que não lhe é imposta, mas sim construída. O relativismo epistemológico, assim como a democracia, possibilita que a realidade na qual o indivíduo se insere seja pautada pela primazia da autonomia⁶⁴ em detrimento da heteronomia. Nesse sentido, Kelsen desenvolve o seguinte raciocínio:

A hipótese do absolutismo filosófico relativa a uma existência absoluta que independe do conhecimento humano leva ao pressuposto de que a função do conhecimento é simplesmente refletir, como um espelho, os objetos que existem em si mesmos; ao passo que **a epistemologia relativista, na apresentação mais consistente que dela faz Kant, interpreta o processo de conhecimento como a criação de seu objeto. Essa concepção implica que o homem, sujeito do processo cognitivo, é – epistemologicamente – o criador de seu mundo, um mundo constituído em e por seu conhecimento.** Isso certamente não significa que o processo de conhecimento tenha um caráter arbitrário. A constituição do objeto de conhecimento pelo processo cognitivo não significa que o sujeito cria o objeto do mesmo modo que Deus cria o mundo. **Há uma correlação entre o sujeito e objeto do conhecimento. Existem leis normativas que determinam esse processo.** Ao agir de acordo com essas normas, o conhecimento racional da realidade – em oposição à expressão das emoções

⁶³ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 164. grifo nosso.

⁶⁴ Kelsen afirma que “o relativismo impõe ao indivíduo a difícil tarefa de decidir por si mesmo o que é certo e o que é errado. Isso implica, sem dúvida, uma séria responsabilidade, a mais séria responsabilidade moral que um homem pode assumir. O relativismo positivista significa autonomia moral.” (KELSEN, *Fundamentos da democracia*, nota 70, p. 382)

subjetivas, a base dos juízos de valor – é objetivo. **Essas normas, porém, se originam na mente humana, tendo o sujeito do conhecimento por legislador autônomo. Portanto, a liberdade do sujeito cognoscitivo – não a liberdade metafísica da vontade, mas a liberdade do conhecimento no sentido de autodeterminação – é uma condição prévia fundamental da teoria relativista do conhecimento.** O absolutismo filosófico, por outro lado, deve, quando consistente, conceber o sujeito do conhecimento como totalmente determinado por leis heterônimas iminentes à realidade objetiva e como sujeito ao absoluto, sobretudo se o absoluto for imaginado como um ser pessoal e uma autoridade sobre-humana.⁶⁵

Observa-se, antes de aprofundarmos no raciocínio, que, com o intuito de evitar um solipsismo e um pluralismo que a epistemologia relativista poderia causar, o pressuposto de igualdade é somado ao pressuposto de liberdade na teoria do conhecimento adotada por Kelsen. Isso se dá porque a valorização e centralização do indivíduo poderia levar à “impossibilidade de reconhecer a existência simultânea de outros egos, a negação egotista do *tu*”⁶⁶ e, mesmo se superado esse primeiro problema, poderia dar fundamento para a existência de uma multiplicidade de mundos com base na diversidade dos sujeitos cognoscitivos. Assim, da mesma forma como acontece com a democracia, há uma limitação do conceito de liberdade, já que “o sujeito do conhecimento não é livre em um sentido absoluto, mas apenas relativo; livre sobre as leis do conhecimento racional e sua liberdade não é incompatível com a igualdade de todos os sujeitos do conhecimento”.⁶⁷ Como esclarece Kelsen: “A restrição da liberdade por uma lei sob a qual todos os sujeitos são iguais é essencial ao relativismo filosófico”⁶⁸; por outro lado, “Do ponto de vista do absolutismo político, [...] o essencial não é a igualdade dos sujeitos, mas, pelo contrário, sua desigualdade fundamental em relação ao ser absoluto e supremo”.⁶⁹

O pressuposto da igualdade, da mesma forma que torna possível o conhecimento pelo próprio indivíduo e viabiliza a epistemologia relativista, possibilita também a justificação da democracia, já que nega qualquer razão natural para o poder supremo do outro.

Diante do apresentado, afirmamos que a Teoria Pura do Direito possui em seus alicerces teóricos os valores da igualdade e liberdade, uma vez que – como já exposto no primeiro capítulo deste trabalho – assume a epistemologia relativista como a filosofia que orienta o seu método. Uma teoria do conhecimento participativa – presente na teoria kelseniana – só é possível caso se considere os sujeitos cognoscentes como livres e iguais;

⁶⁵ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, pp. 165-166. grifo nosso.

⁶⁶ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 166.

⁶⁷ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 167.

⁶⁸ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 167.

⁶⁹ KELSEN, *Fundamentos da democracia*, p. 167.

caso contrário, o conhecer configura-se como uma mera descrição da coisa em si, do objeto dado e acabado.

A idéia de liberdade adotada por Kelsen é intrínseca a *Reine Rechtslehre*, já que a autonomia da razão apresenta-se como indispensável para o conhecimento científico do direito, constituindo o postulado que expurga qualquer substância transcendente que possa interferir na autodeterminação plena dos indivíduos. A autonomia da razão garante uma autonomia da vontade livre de simulacros (ou ao menos possibilita o desfazimento desses), sendo o fundamento do relativismo, pois permite a negação de uma ontologia da realidade, de uma realidade absoluta, o que se apresenta como consequência crucial para a validade do ordenamento jurídico, pois “quando se reconhece que só valores relativos são acessíveis ao conhecimento e à vontade humanas, a imposição de uma ordem social sobre indivíduos relutantes só se justifica se tal ordem estiver em harmonia com a vontade do maior número possível de indivíduos iguais”.⁷⁰

Dessa maneira, a validade do direito não encontra respaldo em atos de pura força, mas sim em um elemento democrático. É preciso uma aceitação de uma maioria dos indivíduos, que devem ser considerados iguais, para que se possa falar em ordem social e, conseqüentemente, em ordenamento jurídico. Essa aceitação é verificável empiricamente pela análise da eficácia das normas jurídicas, no entanto somente a eficácia das normas de conduta (normas secundárias) é capaz de abarcar o requisito da igualdade a ponto de garantir a vontade de uma autêntica maioria, isso porque a eficácia das normas primárias é restrita à aplicação ou não das sanções por uma parcela restrita da sociedade e incorporada do selo de autoridade competente. Esclarece-se ainda que tal maioria não detém caráter absoluto e por isso mesmo se orienta pela já apresentada idéia kelseniana de compromisso, o que torna possível que o conceito de maioria não seja uma imposição numérica de um ideal pré-estabelecido, mas sim o desenvolvimento de uma idéia após uma discussão dialética entre diversos e distintos grupos, entre maiorias e minorias originais.

Com isso e diante de todo o exposto neste capítulo, interpretamos que, para Kelsen, o direito é uma construção epistemológica embasada em elementos democráticos.

⁷⁰ KELSEN, *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política*, p. 356.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma leitura integral e articulada de toda a obra de Hans Kelsen, incluindo sua produção no campo da ciência do direito, da filosofia política e da teoria da democracia, permite um redirecionamento de alguns conceitos da *Reine Rechtslehre*, conceitos esses agora interpretados de forma conjectural sob a luz do pressuposto filosófico comum a todo o pensamento kelseniano: o relativismo.

O principal exemplo dessa releitura é a interpretação de que a eficácia considerada como condição de validade de um ordenamento jurídico é aquela atribuída às normas secundárias – muito embora uma eficácia mínima das normas primárias seja necessária para a distinção entre ordem natural e ordem social –, uma vez que somente a partir de tal redirecionamento é que se pode eliminar a contradição entre a epistemologia adotada pela *Reine Rechtslehre* e as consequências da admissão de uma validade do direito baseada principalmente em uma eficácia das normas primárias. Ou seja, o mínimo de eficácia das normas de conduta considerado como condição de validade permite solucionarmos a incompatibilidade entre função e força (quando a última é aplicada visando sustentar por si só a validade do ordenamento jurídico).

Afirmar que a força ou a violência configura-se como a essência ou o fundamento da Teoria Pura do Direito é contraditório com a própria concepção de norma hipotética fundamental e com a teoria do conhecimento que embasa a ciência do direito de Hans Kelsen, pois a força, quando aplicada de modo reiterado e como reação à desobediência constante e generalizada, caracteriza-se como a salvaguarda de uma substância, que se impõe ao conhecimento do indivíduo. Isso porque a obediência a uma norma jurídica está estritamente ligada ao conhecimento de uma ordem como direito. Em outras palavras, a eficácia das normas de conduta é um indicativo empírico de que o indivíduo conheceu o ordenamento jurídico como válido. Esclarece-se que essa afirmação não reduz o direito a um fato, já que a cognição – conforme o pensamento adotado por Kelsen – se dá a partir de pressupostos normativos, sendo justamente esse o papel da norma hipotética fundamental.

No entanto, devemos admitir que a consideração da eficácia das normas secundárias como condição de validade do ordenamento jurídico, apesar de conceder maior autonomia aos indivíduos e ampliar a participação desses na construção do direito – estabelecendo uma coerência entre *Reine Rechtslehre* e sua epistemologia –, pode não expressar uma realização da autonomia plena, já que a obediência não necessariamente representa uma autonomia da razão, justamente porque o obedecer está frequentemente relacionado a hipóstases que colocam o pensamento em um campo transcendente e não transcendental, ou seja, em uma esfera metafísica e não pautado por uma condição a priori do conhecimento. Porém, a

construção de símbolos-substâncias não deixa de ser uma forma de conhecimento (ou protoconhecimento), já que o fenômeno da hipóstase depende de uma função prévia. Mas apesar desse processo cognitivo ser reconhecido por Kelsen, a Teoria Pura do Direito tem como meta combater esse tipo de pensamento.

É exatamente nessa questão que a análise da ineficácia das normas de conduta devido ao progresso das situações de anomia torna-se essencial. A anomia representa a liberdade em sua total acepção, permitindo a realização plena do relativismo e da democracia, uma vez que, além de garantir a autonomia da vontade, possibilita a retomada da autonomia da razão dos indivíduos pelos próprios indivíduos, pois tem como função desconstruir e eliminar os símbolos-substâncias que pretendem tornar a realidade absoluta. Ao contrário da força, a anomia apresenta-se como salvaguarda de um pensamento funcional. Assim, o reconhecimento da desobediência torna-se tão importante quanto o reconhecimento da obediência.

Esse processo anômico, ao causar a deslegitimação do Estado, abrirá espaço para o conhecimento de um novo direito; conhecimento que, enquanto orientado por um símbolo-função, expressa um novo fator de normatividade no normativismo: a “sujeição” democrática a uma ordem jurídica a partir de uma autonomia plena, uma obediência pautada na completa e ampla realização de uma epistemologia relativista. Porém, o próprio Kelsen admite que o ser humano tende ao absoluto em seu processo de percepção da realidade, o que levará a novas hipóstases e modificará o motivo da obediência, agora embasado em símbolos-substâncias e consequentes temores e crenças. Nesse contexto, a questão que deve ser observada é a de que tais símbolos são produzidos pelos próprios indivíduos, constituindo-se como um incidente epistemológico que ocorre na mente humana e decorre da liberdade de conhecimento.

No entanto, por ter o seu método guiado por um raciocínio funcional, a Teoria Pura do Direito não permitirá que tais substâncias sejam sustentadas (e usurpadas) para justificar a validade e permanência de uma ordem jurídica quando os indivíduos já demonstram de maneira clara que deixaram de conhecer os referidos símbolos; em outras palavras, quando há a desvinculação total entre sujeito cognoscente e substância, quando a autonomia do primeiro tenta ser suplantada por uma suposta autonomia do símbolo. Dessa maneira, mais do que nunca, o conhecimento significa a atualização do sujeito e a pressuposição ou não da norma hipotética fundamental vincula-se a um elemento democrático. A *Grundnorm*, definida na segunda edição da *Reine Rechtslehre* como um pressuposto lógico-transcendental, ao mesmo tempo em que – epistemologicamente – limita e garante a liberdade do indivíduo, também

necessita dessa mesma liberdade – ou ao menos de sua possibilidade – para ser dotada de sentido, já que é responsável por uma cognição ativa assegurada somente pelo relativismo.

O reconhecimento de que toda a obra de Hans Kelsen – sua filosofia política, teoria da democracia e ciência do direito – é pautada por um pensamento em comum, por uma função e consequente combate à metafísica e a uma realidade tida como absoluta, enfraquece a constante tentativa de definir o conceito de direito em Kelsen a partir do poder (em termos de força).

Entendemos que para o jurista austríaco, direito é norma, mas norma não é sinônimo de poder, muito menos é advinda de um monopólio da força. A norma tem sua origem no conhecimento (que é regido por um pressuposto lógico-transcendental). Isso porque a matéria é dependente da forma. O conteúdo das normas, seu elemento material, dependerá de inúmeros motivos políticos e ideológicos, mas para ser considerado assim, ou seja, para ser um conteúdo normativo, deve ser revestido por um elemento formal, o que nada mais é do que a objetividade conferida pela norma hipotética fundamental a um dever-ser; norma hipotética fundamental que, como vimos, é a base da epistemologia relativista e de sua consequente cognição ativa, da teoria do conhecimento representada pela *Reine Rechtslehre*.

A filosofia relativista do conhecimento passa a ser aplicada não apenas na e pela Teoria Pura do Direito, na e pela ciência jurídica, mas também no próprio direito. Defendemos que no pensamento de Hans Kelsen somente um conceito funcional de direito pode ser admitido. Assim como o símbolo na teoria de Ernst Cassirer, o direito não se define por nenhuma substância.

Por essa razão, concluímos que o direito é uma construção epistemológica formal e, nesse sentido, é expressão da liberdade do indivíduo, a mesma liberdade identificada por Hans Kelsen na democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, João Leitão de. *A validade da ordem jurídica*. Porto Alegre: Globo, 1964.

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

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

BECKENKAMP, Joãosinho. *Introdução à filosofia crítica de Kant*. Texto disponibilizado pelo autor durante disciplina ministrada no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Minas Gerais no primeiro semestre de 2013. No prelo.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Revisão Científica de Marcelo Solon. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CASSIRER, Ernst. *A filosofia das formas simbólicas*. Tradução de Marion Floischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CASSIRER, Ernst. *A filosofia das formas simbólicas: terceira parte: fenomenologia do conhecimento*. Tradução de Marion Floischer. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

CASSIRER, Ernst. *O mito do Estado*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Codex, 2003.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A validade do direito na perspectiva juspositivista. Reflexões em torno de Hans Kelsen. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs.). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 213-231, 2013.

DREIER, Horst. *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1986.

FRANCO DE SÁ, Alexandre Guilherme Barroso de Matos. *O poder pelo poder: ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder*. Dissertação de Doutorado em Filosofia. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 729 f., 2006.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. Paulo César de Souza. E-book: Companhia das Letras.

GIACOIA, Oswaldo. Kant e Nietzsche e a autodeterminação como fundamento da autonomia. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*. Ano XIII. n. 417. mai. 2013. Disponível em: www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4944&secao=417

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUINSBERG, Enrique. ¿Por qué obedecemos? Una respuesta psicoanalítica sobre la ley y la obediência humana. *Crítica Jurídica*, México, n. 17, pp. 101-114, ago. 2000.

HOBBS, Thomas. Estado natural e contrato social [Leviatã]. In: MAFFETTONE, Sebastiano. VECA, Salvatore (orgs.). *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, pp. 93-127, 2005.

JESTAEDT, Matthias. A ciência como visão de mundo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 106, pp. 13-67, jan./jun. 2013.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. J. Rodrigues de Meringe. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

KELSEN, Hans. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, pp. 345-357, 2000.

KELSEN, Hans. Deus e Estado. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (coords.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, pp. 37-53, 2011.

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, pp. 23-107, 2000.

KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. In: KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, pp. 137-297, 2000.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LINDAHL, Hans. El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder político en la democracia. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 94, pp. 47-72, 1996.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Contra Natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antonio Perini. Decisionismo e hermenêutica negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, n. 67, Florianópolis, p. 111-137, dez. 2013.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antonio Perini. Dever-ser objetivo, autonomia moral e deslegitimação em Hans Kelsen. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; CARDOSO, Renato César (orgs.). *Estado de exceção e biopolítica*. Belo Horizonte: Initia Via, pp. 67-80, 2012.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Kelsen e a violência: uma leitura crítica das “limitações” da Teoria Pura do Direito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs.). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 253-279, 2013.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Norma fundamental: ficção, hipótese ou postulado? In: KELSEN, Hans. *Sobre a teoria das ficções jurídicas: com especial consideração da filosofia do “como se” de Vaihinger*. Tradução de Vinicius Matteucci de Andrade Lopes. Rio de Janeiro: Via Verita, pp. 11-60, 2012.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antonio Perini. *Um conflito de conhecimento: indivíduo, inimizade e força no pensamento jurídico-político de Hans Kelsen e Carl Schmitt*. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, v. 17, n. 25, Franca, pp. 105-124, jan./jun. 2013.

MILÃO, Diego Antonio Perini. *Direito: força e anomia*. 2011. 99 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. *Teoria das relações internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

PAULSON, Stanley L.. Reflexões sobre a periodização da teoria do Direito de Hans Kelsen. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs.). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 3-37, 2013.

PAULSON, Stanley L. The weak reading of authority in Hans Kelsen’s pure theory of law. *Law and Philosophy*, n. 19, p. 131-171, 2000.

POSTEMA, Gerald. *Bentham and the common law tradition*. Oxford: Clarendon, 1986.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998.

SCHMITT, Carl. *Teología política*. Trad. Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, 2009.

SCHNEEWIND, Jerome B. Kant e a moralidade como resultado de nossa autonomia. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*. Ano XIII. n. 417. mai. 2013. Disponível em: www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4942&secao=417

SOMEK, Alexander. Stateless law: Kelsen's conception and its limits. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, pp. 753-774, 2006.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Dois modelos de direito e legalidade: Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coords.). *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, pp 97-105, 2009.

VALADIER, Paul. Heteronomia e autonomia são indivisíveis. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*. Ano XIII. n. 417. mai. 2013. Disponível em: www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4945&secao=417

VILANOVA, Lourival. Teoria jurídica da revolução: anotações à margem de Kelsen. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 52, Belo Horizonte, pp. 59-103, 1981.

WEBER, Max. O sentido da “neutralidade axiológica” das ciências sociais e econômicas. In: *Metodologia das ciências sociais*. Campinas/São Paulo: Unicamp/Cortez, 2001.