
ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA JUSFILOSOFIA DE HANS KELSEN¹

*Daniel Nunes Pereira², Patrick de Almeida Saigg³ e Samira
Costa Arcanjo⁴*

Resumo: O presente artigo visa desfazer alguns enteveros na interpretação da obra de Hans Kelsen, desconstruir o mito de um positivismo exegeta inexistente na jusfilosofia do mestre de Viena. Especificamente, a premência de uma Jurisdição Constitucional, a partir da teoria Kelseneana necessita de subsídios filosóficos de grande amplitude temática e elaborada complexidade, que constantemente não são adequadamente descritos ou interpretados. A argumentação constitucional do autor deriva de constructos filosóficos próprios, coerentes entre si, nos quais jazem os arcabouços epistemológicos próprios.

Palavras-Chaves: Hans Kelsen; Epistemologia; Jusfilosofia; Teoria do Direito.

¹ Artigo originalmente apresentado no “Seminário Comemorativo Dos 80 Anos Da Teoria Pura Do Direito- Da Teoria da Norma à Teoria do Ordenamento” ocorrido entre os dias 1 e 3 de outubro de 2014 na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

² Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito e Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas (PPGSD/UFRJ), Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFRJ), Bacharel em Direito (UFF). Especialista CPE em História Europeia (U.U.-Utrecht). Professor do Curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida (Teoria do Direito e Ciência Política). Professor Adjunto (Direito Público) da Faculdade de Direito de Valença, Brasil. Contato: danielnunes@id.uff.br .

³ Graduando em Direito – Universidade Veiga de Almeida – Campus Tijuca – RJ, Brasil. Monitor da disciplina “Introdução à Ciência do Direito” (2014.2). Membro participante do programa institucional de Iniciação Científica – PIC/UVA-2014. Contato: patrick-al-saigg@hotmail.com .

⁴ Graduanda em Direito – Universidade Veiga de Almeida – Campus Tijuca – RJ, Brasil. Monitora da disciplina “Hermenêutica Jurídica” (2014.2). Membro participante do programa institucional de Iniciação Científica – PIC/UVA-2014. Contato: samira_arcanjo@live.com .

ANALYSIS OF THE EPISTEMOLOGICAL FOUNDATIONS OF HANS KELSEN'S PHILOSOPHY OF LAW

Abstract: This paper aims to undo some donnybrook in the interpretation of the work of Hans Kelsen, and to deconstruct the myth of a nonexistent exegete positivism of the Viennese master's philosophy. Specifically, the urgency of a Constitutional Jurisdiction from Kelsenean theory requires philosophical furtherance of large-scale theme and elaborate complexity that constantly are not adequately described or interpreted. The constitutional argument of the author derives from his own philosophical constructs, consistent with each other, in which lie his own epistemological frameworks

Key-Words: Hans Kelsen; Epistemology; Philosophy of Law; Jurisprudence.

I. INTRODUÇÃO - *DRAMATIS PERSONAE*

Kelsen nasceu em Praga⁵ em onze de outubro 1881. Com a idade de três anos, sua família, de origem germânica, judaica e de classe média, mudou-se para a cosmopolita Viena, onde Kelsen prosseguiu os seus estudos acadêmicos. Em 1906 ele alcançou seu doutorado em direito, apesar de os seus interesses ao longo da vida tenham se concentrado em temas mais humanistas, como filosofia, arte e política. Sua paixão pelo conhecimento nestas áreas no entanto claramente exerceu uma importante influência sobre grande parte do seu trabalho ao longo de sua vida, sendo nomeado em 1919 professor catedrático de Direito Público. Antes disso, durante a Primeira Guerra, trabalhou como conselheiro junto a administração militar do Império Austro Húngaro, e em 1918, ao fim da Guerra, foi contratado como professor associado junto à Universidade de Viena.

O ano de 1919 foi particularmente importante para Kelsen. Não só ele garantiu um avanço significativo na sua carreira acadêmica como o fundador e editor da Revista de Direito Público, mas ele também se tornou uma personalidade importante na história de seu país pois a ele foi confiada a tarefa de elaboração da nova Constituição austríaca. Adotado em 1920, o documento manteve-se quase inalterado até hoje em seus princípios fundamentais.

Os próximos dez anos constituíram um período altamente gratificante

⁵ Embora nascido em Praga, atualmente capital da República Tcheca, sua família era germânica, e a referida cidade pertencia ao Império Austro-Húngaro.

e estimulante de ensino e pesquisa. Muitos de seus alunos tornaram-se importantes teóricos do direito, com, por exemplo, Alfred Verdross, Erich Voegelin, Alf Ross e Luis Legaz y Lacambra. Juntos, esses intelectuais notáveis formaram o movimento cultural conhecido como o *Wiener Schule*. Kelsen também esteve em contato com estudiosos de renome em seu país, como os austromarxistas Otto Bauer e Max Adler e os liberais Joseph Schumpeter e Ludwig van Mises. Politicamente alegava manter-se neutro, todavia era clara sua simpatia aos socialdemocratas.

Em 1921 Hans Kelsen foi nomeado como membro do Tribunal Constitucional austríaco, onde exerceu uma forte influência com suas decisões. Ele saiu da Corte em 1930 por motivos políticos, especialmente um embate com o Partido Social Cristão. Os ataques políticos contra Kelsen foram tão fortes que ele decidiu se mudar para Colônia, na Alemanha, durante o conturbado período da República de Weimar.

Em Colônia ele ministrou aulas de Direito Internacional na universidade local, focando em particular a então nova área do Direito Internacional positivo. Até este ponto em sua carreira acadêmica ele refletiu, principalmente, sobre a relação entre a lei nacional e as normas internacionais, concentrando sua atenção sobre o conceito de soberania.

Em 1931 ele publicou "*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*", uma resposta a Carl Schmitt e a problemática da jurisdição constitucional. No entanto, quando os nazistas tomaram o poder, em 1933, a situação na Universidade de Colônia mudou rapidamente, e Kelsen, por sua ascendência judia, foi removido de suas funções. Junto com sua esposa e duas filhas, ele partiu para Genebra no outono de 1933 para iniciar uma nova carreira acadêmica. Seu trabalho acadêmico prosperou na Europa e nos Estados Unidos, sobretudo sua Teoria Pura do Direito e sua obra acerca do Direito Internacional, deveras profícua ao estabelecimento da Organização das Nações Unidas.

II. ONTOLOGIA POLÍTICO-JURÍDICA

O desiderato de Kelsen concernente a Estado, Democracia e Direito, depende de uma Ontologia específica, paradoxalmente, uma negação metafísica de qualquer crença ontológica última. Kelsen faz uma analogia

entre teoria política e disciplinas da filosofia, quais sejam, a epistemologia e a teoria dos valores. Na teoria de Kelsen, em última análise, com fito meramente argumentativo e didático, há duas formas de Estado antagônicas: a democracia e a autocracia. E na filosofia, tanto na epistemologia como na teoria dos valores, existe o antagonismo entre absolutismo filosófico e relativismo filosófico.

(...) não existe apenas um paralelismo externo, mas uma relação interna entre o antagonismo autocracia/democracia, por um lado, e absolutismo filosófico/relativismo filosófico, por outro; que a autocracia como absolutismo político está coordenada com o absolutismo filosófico, enquanto a democracia, como relativismo político, está coordenada com o relativismo filosófico (KELSEN, 2000: 161).

Decorre de tal raciocínio a conclusão lógica de que as doutrinas absolutas, inclusive as que concernem a abstração Justiça, concorrem para a autocracia. O relativismo axiológico teria o condão de impedir a formação de regimes políticos despóticos, os quais usualmente, conforme atesta a história, se fundam em valores absolutos. Ou seja, é preciso entender que, por exemplo, Justiça é aquilo que os homens consensualmente definem como tal – as *Nürnberger Gesetze*⁶, *exempli gratia*, consubstanciavam a mais pura concepção de Justiça do III Reich.

Nota-se que Kelsen escapa do idealismo hegeliano, uma vez que não confunde o conceito com a realidade. Da mesma forma, não incorre no pensamento de Platão, que as idéias, como por exemplo a Justiça, formam a realidade universal, entendida como a verdade absoluta da existência.

Assim, para Kelsen, o relativismo de valores no que concerne á definição da Justiça, implica na afirmação da autonomia moral do homem⁷ e na necessidade de um acordo dialógico sobre valores. Não há, portanto, como criticam outros pensadores, negação de toda moral. Kelsen admite, entretanto, que o objetivo de todo ordenamento jurídico é eudemonista, ou

⁶ As Leis de Nuremberg eram basicamente o principal corpo legal do Terceiro Reich, com a transcrição para instrumentos legislativos de toda a ideologia antissemita do nazismo, de tal sorte que permitiram processual e juridicamente a perseguição de determinados grupos sociais.

⁷ A ênfase que Hans Kelsen dá às escolhas e ações do homem como independentes de ordens cosmológico-metafísicas dadas a priori, portanto, de inteira responsabilidade humana, permite inferir, segundo Cossio (1954: 114) haver forte influência do Existencialismo de Kierkegaard (posteriormente Camus e Sartre, não contemporâneos à obra em comento) e Fenomenologia de Husserl, na obra do jusfilósofo.

seja, serão consideradas moralmente boas as condutas que levam à felicidade da sociedade ou do indivíduo.

Eis o antitético paroxismo da ontologia kelseneana: é axiomático o relativismo epistêmico, em outras palavras, há uma “Verdade” e ela diz que não há “Verdades”. Assevera-se o caráter normativo de tal assertiva – Kelsen não diz haver ou não “Verdade”, apenas alega que devemos tomar como certa a pluralidade de “Verdades” cognoscíveis e defensáveis. Assim é que, por não saber se há determinado valor absoluto último, ou, se houver, não sendo cognoscível, adota-se metodologicamente o Relativismo como axioma. Tal raciocínio parece derivar da influência Kantiana⁸ na obra de Kelsen, visto que o pensador de Königsberg acreditava haver o Uno (como em Plotino), o Absoluto, mas negava qualquer possibilidade de cognoscibilidade.

People have always spoken of the absolutely necessary being, and have taken pains, not so much to understand whether and how a thing of this kind can even be thought, but rather to prove its existence.... if by means of the word unconditioned I dismiss all the conditions that the understanding always requires in order to regard something as necessary, this does not come close to enabling me to understand whether I then still think something through a concept of an unconditionally necessary being, or perhaps think nothing at all through it. (KANT, 2003: Cap III, Sec. IV).

Essa crença na impossibilidade de gnose acerca de determinado valor absoluto, conjuga-se com o ceticismo de Kelsen quanto ao sujeito deste processo epistêmico, ou seja, decorre de uma determinada e específica compreensão do gênero humano.

III. ANTROPOLOGIA POLÍTICA

Antropologia política, em uma delimitação disciplinar realista e conservadora, consiste no estudo dos aspectos sociais e políticas de uma sociedade e suas conexões (ABÉLÈS, 1990: 49). Neste recorte, preocupa-se, entre outras questões, com a questão do poder e sua origem e seu papel

⁸ É polêmica a questão de Kelsen ser ou não tributário de Kant, todavia, optamos pela afirmativa, havendo suporte fático em correspondência do jusfilósofo austríaco ao amigo Renato Tréves (filósofo e sociólogo italiano adepto do neokantismo de Marburgo), na qual se lê: “É absolutamente verdadeiro que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito se esteia na filosofia kantiana...”. (KELSEN, 1984: 327).

na sociedade, bem como a relação entre os indivíduos e da distribuição do poder (ABÉLÈS, 1990: 52). Algumas das questões examinadas em antropologia política incluem o papel de autoridade e liderança, o papel da burocracia em sociedades complexas. Em sua teleologia, Antropologia política há de envolver instituições sociais, como estruturas religiosas e familiares, instituições econômicas e sistema político (ABÉLÈS, 1990: 56). É esta teleologia que interessa ao estudo, sobretudo pelo fato de que esta disciplina, de tal maneira recortada, não é anunciada ou confessa nem na obra de Schmitt nem de Kelsen. É central, todavia, pois ao apontar determinado arranjo institucional, presume-se o sujeito que há de operá-lo – adota-se determinada configuração pela crença de como o gênero humano age, de maneira mais ou menos generalizada, em algum contexto em questão. Id est, no caso em comento, qual entendimento do Homem justifica mais ou menos uma jurisdição Constitucional, seja coadunada ao Judiciário ou ao Poder Executivo.

Kelsen constrói sua Antropologia Políticas inconfessa a partir de *Weltanschauung* específica oriunda da Crise Antropológica havida na virada do século XIX na *Mitteleuropa*.

Kelsen, em seus primeiros anos como Universitário lidou com a Crise Antropológica da Vienna Fin-De-Siècle, trabalhando com seus frutos já no primeiro quartel do século XX. A narrativa histórico-política, ocorrida entre 1848 e 1897 reflete a transformação simultânea nas diversas áreas culturais, cotejando a referida Crise Antropológica. Após a débâcle de 1848 e os ataques liberais às tradições da aristocracia, que durante séculos ocupou o governo, bem como as reações e desdobramentos dessas investidas, ditaram a evolução da arquitetura, da arte, da política e dos movimentos sociais (SCHORSKE, 1981: 117). A “l’âge d’or” do liberalismo austríaco se manteve enquanto o absolutismo se manifestava como seu opositor direto, havendo decadência das estruturas de poder aristocráticas. Em decorrência dos acontecimentos posteriores a 1848, os liberais moderados se aproximaram do poder, o que coincide com o estabelecimento de um regime constitucional, por volta da década de sessenta do século dezenove (SCHORSKE, 1981: 117). Ocorre que a ascensão ao poder dos liberais austríacos não decorreu de uma luta organizada e perene, não havendo, por conseguinte, força política suficiente para remover definitivamente a aristocracia do poder, de tal sorte

que este, na verdade, precisou ser compartilhado com a antiga burocracia imperial (SCHORSKE, 1981: 117).

Em decorrência do fracasso Liberal (SCHORSKE, 1981: 5), nos anos oitenta do século XIX, novos grupos tentaram alcançar o poder, a saber, socialistas, anti-semitas, sociais-cristãos, e nacionalistas eslavos (SCHORSKE, 1981: 118). Ao final da década de 90, os sócias-cristãos (anti-semitas), foram alçados ao poder, o que, expôs as principais contradições do liberalismo austríaco. Por fim, a sociedade austríaca fracassou em seguir o projeto burguês, sendo que ao final do século dezenove o expediente liberal, originalmente direcionado contra a aristocracia, ocasionou o levante dos populares. Ou seja, os liberais conseguiram despertar as massas, mas contra si próprios e não contra a nobreza (SCHORSKE, 1981: 7). Esse fracasso causou intensas repercussões psicológicas, quais sejam, impotência e decadência (SCHORSKE, 1981: 19). Havia um aparente limite alcançado do progresso da sociedade e vida social havia se tornado brutal, a ansiedade tomou conta do universo político, social e até subjetivo. A crença no liberalismo foi questionada, e, por fim, estilhaçada (SCHORSKE, 1981: 21).

O quadro político austríaco marcado pela descrença e falta de alternativas repercutiu no contexto social de Viena, especificamente dentro da burguesia liberal, originada sem identidade própria e descaracterizada como simulacro da aristocracia (SCHORSKE, 1981: 6). Essa descrença e a ausência de valores e o antagonismo entre o antigo e o novo se sucedeu de tal forma que este não conseguia assumir o lugar que lhe pertencia por direito, enquanto aquele não mais tinha força para subsistir com eficácia. Desse total entrevero surgiu um emaranhado de crises na identidade e nos valores austríacos, que são sintomáticos nas artes e na produção intelectual.

A partir do singular movimento histórico ocorrido em Viena, estruturou-se a construção de uma nova concepção de homem. Esse novo entendimento surgiu como resposta a ansiedade concernente a sobrevivência do indivíduo diante de uma sociedade em franco processo de desmoronamento (SCHORSKE, 1981: 181). O Fin-de-Siécle de Viena se caracterizou por ser um movimento de crítica e indagação sobre as formas tradicionais de se pensar o homem e o mundo decorrentes de um descrédito existencial estabelecido pela desilusão com os projetos liberal e Iluminista. De maneira oposta, o liberalismo iluminista tradicional concebia o homem

como eminentemente racional, dando a devida importância ao seu domínio científico sobre a natureza e moralidade, os quais eram pré-requisitos para a criação da sociedade ideal. O homem psicológico surge como uma criatura mais rica, porém inconstante, perigosa ao projeto liberal.

Eis que surge Freud, fundador da noção quase científica deste homem psicológico, em análise de seus sonhos, contribuiu para a teoria política, por um espectro vienense – a redução da política à relações edipianas e parricídio. Kelsen é influenciado por essa noção de homem psicológico⁹ e seu ímpeto parricida que contamina as instituições, e a desilusão com a moral burguesa que não passava de uma corruptela do ideal aristocrático.

A obra de Freud foi de importante influência nas teorias de Kelsen, conforme podemos atestar em seus próprios escritos¹⁰ (KELSEN, 2000) e de comentadores deveras autorizados (JABLONER, 1998). Sobressaem três categorias da Teoria Política de Freud que aparecem de uma forma ou de outra na Antropologia Política de Kelsen: Renúncia, Autoridade e Contrato Social. Importa ressaltar que as três categorias se entrelaçam, conforme há de se demonstrar.

Na primeira categoria, qual seja, a Renúncia, entende-se que homem renuncia a seus instintos agressivos substituindo-os pelas agressões estatais (FREUD, 2010a: 50, 86) ou seja, vis-à-vis com a teoria weberiana, o Estado proíbe ao indivíduo infrações, não para aboli-las, mas, sim, para monopolizá-las.

No que concerne a Autoridade, central à Teoria do Estado de Kelsen, Freud reproduz em grande medida o exposto por Burke (1823: 106), na medida em que admite a positividade das restrições sociais que nos livram da escravidão às paixões. Assinala Freud, todavia, a presença concomitante do amor e da autoridade, havendo, portanto, ambivalência.

Sabendo que Kelsen é tributário dos clássicos contratualistas, resta informar que os alcança mediante a noção Freudiana de Contrato Social. Se

⁹ Essa descrença da Razão em Kelsen também parece ser tributária do pensamento Kantiano, especificamente a Dialética Transcendental da Lógica, que estatui que a Razão pode se enganar (KANT, 2001: A768), o que fundamenta-se também no pensamento de David Hume acerca do entendimento racional humano (HUME, 2009: 451).

¹⁰ Especialmente o artigo “*Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse*” publicado no periódico acadêmico de psicanálise. “Imago”, Vol. VIII, 1922, pp. 97-141, traduzido no Brasil dentro da obra “A Democracia” (KELSEN, 2000).

em Hobbes, Locke e Rousseau, tal figura explica a legitimidade original da sociedade política, em Freud, a sociedade contratual política corresponde ao desejo irracional do homem em restaurar a Autoridade. Após a morte do pai primitivo (canibalizado pela Horda Primeva), surge no homem a “Nostalgia do pai”¹¹ (FREUD, 2010b: 18, 23, 24) . Para ele, o governo não surge de um contrato social, mas, de uma resposta contrarrevolucionária, que emerge após a queda do governo patriarcal e representa o desejo majoritário dos cidadãos-irmãos, ou seja, diferentemente dos clássicos contratualistas, não é uma manifestação de prudência do grupo. Os mitos do contrato social, no universo psicanalítico, podem ser vistos como reafirmação da vontade do pai acima dos impulsos rebeldes dos filhos. Isso também explica a sobreposição de Religião e Política, havendo transferências, de matrizes edipianas, da figura paterna para o espaço público.

The primal parricide, the guilt and ambivalence from this act become the prop that enables to elucidate the origin of religion and politics. The religious phenomenon, as well as contractualist comprehension of politics, are deemed on the prospect of neurosis and Oedipus complex. Religion and politics, from the bias of neurosis, provide resources to the individual that allows the revival of the phantasmatic relationship with his Father (then elevated to the rank of god and king). In this ambivalent relationship affectionate and hostile feelings blend into the individual, perpetuating the Oedipal structure, making the relationship between politics and religion inevitably complicated since it is overlapping other neuroses. (NUNES PEREIRA, 2013: 52).

IV. ESTADO

Na teoria kelseneana o Estado surge como ontologicamente necessário, tendo em vista, conforme explanado anteriormente, a Antropologia Política que destaca as temáticas da Autoridade e do Contrato Social face a uma natureza humana temerária (seja a partir de Hobbes ou Freud). Todavia, na História das Ideias sempre pareceu difícil elaborar o conceito de Estado, tendo em vista as mais variadas acepções exaradas por distintas vertentes pensamento sociopolítico moderno (MOTTA, 2011: 10).

¹¹ O termo original é “*Vatersehnsucht*”, a edição francesa, aqui utilizada, traduz como “*Désirance pour le Père*”, optando-se utilizar no presente trabalho a tradução aceita na Psicanálise lusófona.

Diante de tal impasse, Kelsen propõe pensar o Estado em termos jurídicos, enquanto fenômeno e também enquanto personalidade distinta dos indivíduos que representasse determinada comunidade enquanto ordem jurídica nacional, distinta, portanto, de ordenações jurídicas de internacionais (KELSEN, 1990: 188). Estado, por conseguinte, há de ser identificado ao próprio Direito, portanto, uma ordem jurídica nacional, o que configura a letimidade daquele em detrimento de outras organizações comunitárias.

Além da distinção entre comunidades nacionais e internacionais, asseverando o primado do Ordenamento Jurídico, Kelsen também afasta concepções que identificam Direito e Estado como categorias distintas. Essa distinção criticada por Kelsen, denominada Teoria Dualista, é presente nas teorias de Weber e Jellinek (MOTTA, 2011: 10). Georg Jellinek distingue Estado entre planos sociológico e jurídico, sendo aquele afeito às regras factuais e este à normatividade, (JELLINEK, 2004: 207-223) de tal sorte que soberania ser a capacidade de autodeterminação do Estado por direito próprio e exclusivo. Paralelamente, Weber entende o Estado moderno como combinado a determinado ordenamento jurídico racional munido de aparato burocrático, expressando forma de dominação política moderna (WEBER, 1978: 314-315).

Em oposição às concepções dualistas de Weber e Jellinek, o Estado, para Kelsen, sendo uma comunidade juridicamente organizada não pode ser separado de sua própria ordem jurídica, ou seja, “Estado é a sua ordem jurídica” (KELSEN, 1990: 185). Para Kelsen há precedência do Direito ao Estado, havendo justificação normativo-formal para tal.

[...]. O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia a qual os indivíduos adaptam sua conduta. Se a conduta humana adaptada a essa ordem forma o objeto da sociologia, então o seu objeto não é o Estado. Não existe nenhum conceito sociológico de Estado ao lado do conceito jurídico. Tal conceito duplo de Estado é impossível logicamente, senão por outro motivo, pelo menos pelo fato de não poder existir mais de um conceito do mesmo objeto. Existe apenas um conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada (KELSEN, 1990: 190).

Kelsen, todavia, concorda com a sociologia weberiana ao concluir que o monopólio do Direito é essencialmente pertencente ao Estado, tendo em vista que este se opõe a qualquer ideia de ordem social fundada em

obediência voluntária de indivíduos sem recorrer a coerção. Tal possibilidade de coerção deriva da própria ideia de que Direito é uma organização da força vinculada das possibilidades e condições de uso desta às relações entre indivíduos. Assim, em uma interseção entre Kelsen e Weber, o Estado é organização também política, visto que regula o uso da força, monopolizada por ele mesmo (KELSEN, 1990: 27).

Não obstante em criticar as acepções de Estado majoritariamente aceitas, como Jellinek e Weber, Kelsen também pôs sua teoria contra as reformulações teóricas contemporâneas à República de Weimar. Em seu ensaio “Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre” (KELSEN, 1929 apud KELSEN, 2003b: 43) a preocupação de Kelsen era defender seu método contra ataques teóricos substantivos, bem como aos métodos concernentes à Teoria do Estado, que, segundo ele, objetivariam a própria República de Weimar. As teorias de Kelsen quanto ao Estado foram denunciadas tanto pela Direita como pela Esquerda - o seu formalismo metodológico foi denunciado pelos conservadores como “esquerdismo” e pelos marxistas como “fascismo”.

Se a sua batalha contra as teorias de Jellinek e Weber se dava contra uma tradição teórica já há muito fundamentada, seu embate com Rudolf Smend¹² foi uma resposta às novas Teorias do Estado surgidas após a Guerra, as quais informariam em grande medida a obra de Schmitt (SCHMITT, 1926 apud KELSEN, 2003b: 43). Com sua teoria da integração, Rudolf Smend estava na vanguarda da corrente na Teoria do Estado Alemã que se opôs o positivismo jurídico de Viena. Em “Der Staat als Integration” Kelsen empreendeu “um debate sobre os princípios” (conforme consignado no subtítulo), criticando a falta de clareza metodológica no conceito de integração proposto por Smend e revelando a sua velada natureza política, no sentido ideológico (KELSEN, 2003b: 7, 62). De acordo com Kelsen, a conceituação do Estado exclusivamente em termos dos caminhos “não precisamente constitucionais” no fluxo da existência estatal na sua esfera extra-constitucional, levaria a lógica conclusão de legitimação pseudocientífica de violações constitucionais (KELSEN, 2003b: 94, 115).

¹² Smend e Schmitt também se relacionaram, antes e depois da Guerra, inclusive com histórias parecidas. Cf. Sosa Wagner (2008: 84)

V. DEMOCRACIA

A obra política de Kelsen parece tentar dar conta da pergunta a qual a Democracia responde. A saber, é uma resposta à crise do fundamento da autoridade e também questionamentos oriundos de uma crise da justificação das regras.

Para Kelsen liberdade combinada com a igualdade fundamenta a democracia, de tal forma que assegure a participação direta ou indireta do povo na criação e aplicação da ordem jurídica, sendo precípuas tanto a manutenção de um caráter contraditório-discursivo na criação da referida ordem, como proteção de minorias através da positivação de direitos fundamentais (1993:, 67, 69).

Assevera Kelsen que também a Religião tenta responder às referidas perguntas, cooptando para si a fundamentação da Democracia (KELSEN, 2000: 205). Eventualmente, de acordo com o jusfilósofo austríaco, devido a incapacidade, temor ou indisposição dos indivíduos em tomar decisões relativas aos valores a serem implementados na fundamentação de uma democracia, com a conseqüente corajosa aceitação dessas escolhas livres¹³, aparecem teorias que transferem tais decisões a patamares religioso-metafísicos. A teologia cristã ao tentar fundamentar a democracia, a eiva de valores não-relativistas, respondendo à pusilanimidade do homem moderno com o conforto de um fundamento aparentemente absoluto (KELSEN, 2000: 206). Kelsen, a partir de uma análise crítica do pensamento teológico-democrático de Emil Brunner, Reinhold Niebuhr e Jacques Maritain (KELSEN, 2000: 205), aponta o equívoco destes exercícios de fundamentação teológica absoluta da democracia no cristianismo, consistindo na fundamentação da democracia como valor relativo subjugado a valores absolutos outros ligado à própria fé e lógica religiosa. É, portanto, para Kelsen, um contrassenso qualquer associação entre democracia e religião cristã.

O homem moderno, para Kelsen, em referência aos pensadores supracitados, ao abrigar-se sob o pálio de valores absolutos, se nega a entender sua própria escolha livre como formadora das normas e valores sob os quais de fato se abriga. O esforço crítico kelseneano aponta o caráter essencialmente relativista da justificação, erroneamente pensada como

¹³ Reitera-se o caráter existencialista da obra de Kelsen, conforme a nota de número 18.

absoluta, do valor da democracia pela teologia cristã. Atentar para a oposição absolutismo e relativismo filosófico, conforme posto acerca da ontologia do autor (KELSEN, 2000: 345).

Justamente por causa de seu caráter relativista, a democracia procedimental é capaz de criar a ordem social coletiva, ou seja, esta é a forma de governo que prevê regras e procedimentos que possibilitam aos cidadãos tomarem decisões baseadas em standards de conduta estipulados dialógicamente, e não por parâmetros absolutos postos aprioristicamente. Sendo as regras fundamentadas em relativismos (KELSEN, 2000: 103), a regra da maioria, assim entendida, surge como característica essencial da democracia procedimental, de tal forma que preserva a liberdade do maior número de indivíduos da sociedade, sem recorrer a absolutizações indisponíveis ao governantes e comandados.

Se em Kelsen a “Regra da Maioria” é a forma da Democracia, a materialidade desta é dada pela ilegitimidade de uma eventual ditadura da maioria (KELSEN, 2000: 178, 179), o que nos permite inferir que o austríaco compartilha da exposição de Tocqueville, no que concerne às minorias em meio aos entreveros de uma massa revolucionária (TOCQUEVILLE, 2005: 293). Em consonância com o pensamento do nobre francês, depreende-se que, embora a vontade da maioria constitua um Estado democrático, é necessário evitar que o arbítrio majoritário se transforme numa ditadura na maioria, frustrando a própria teleologia da democracia. Para Tocqueville a defesa a tal situação resta na politização da Sociedade Civil (TOCQUEVILLE, 2005: 294) que em Kelsen se procedimentaliza pela observância do sistema normativo escalonado a partir de Norma Fundamental hipotética, garantindo tanto a regra da maioria como a tolerância e o espaço dialógico da minoria (KELSEN, 2000: 178-182).

A importância dos procedimentos dialógicos para Kelsen se justifica no fato de que a democracia consiste em um processo dialético de elaboração normativa, baseado no relativismo filosófico. Por isso Kelsen ensina que o princípio da supremacia do voto da maioria não pode jamais ser absoluto, sob pena de se desvirtuar a Democracia em uma autocracia da maioria. A importância dada por Kelsen (2000, p. 67) a esse embate e compromisso decorrente desta relação entre a maioria e a minoria, é tão grande que ele chega a afirmar que o direito de existência da maioria pressupõe o direito de

existência de uma minoria como sendo uma necessidade para a progressão das ideias e desenvolvimento da sociedade, bem como uma característica intrínseca do processo social humano.

É interessante observar como Kelsen e Habermas, apesar da diferença de método e do fato de Habermas, ao contrário de Kelsen, incorporar em sua teoria os avanços decorrentes da virada da linguagem ocorrida na filosofia do século XX, possuem visões muito similares do processo democrático. Ambos ressaltam a importância do caráter dialético e procedimental como essenciais à Democracia, que só pode se realizar através da ordem jurídica (HABERMAS, 1997: 242).

Enquanto o método dialógico afigura-se para a Democracia Kelseniana, o mesmo não se pode dizer da estrita separação dos Três poderes, tampouco o controle de um sobre os demais.

“Do ponto de vista da ideologia, uma separação dos poderes, atribuição da legislação e da execução a órgãos diferentes, não corresponde em absoluto à idéia de que o povo só deva ser governado por si mesmo. (...) É quase ironia da história que uma república como a dos EUA aceite fielmente o dogma da separação dos poderes e que o leve a extremos exatamente em nome da democracia” (KELSEN, 2000: 89,90).

O princípio de uma separação de poderes, em uma compreensão literal, não guarda a essência da Democracia. Desta forma, em nome do Princípio da Tripartição de Poderes não se pode suplantar a legitimidade primeira da Democracia, que jaz na vontade popular – e isso informará diretamente a celeuma concernente à Jurisdição Constitucional

Por outro lado, Kelsen tensiona a ideia de “vontade geral”, entendendo-a como fetiche, pois a representação do povo na democracia moderna seria ficção. Nenhuma das democracias existentes ditas “representativas” seriam de fato representativas (KELSEN, 1990: 283). São opostas, portanto a ideologia democrática e a democracia real, sendo que aquele implica a ausência de liderança, enquanto que nesta há necessariamente a figura do Presidente, Primeiro-Ministro e Monarca como a principal representação política democrática.

Essa elasticidade Pro Bono da teoria kelseniana inclusive o fez asseverar, durante a Guerra Fria, ser possível implementar o socialismo em democracias.

“Afirmo que (...) a democracia seja compatível com o socialismo. Contudo, nego enfaticamente que, para realizar esse programa, seja necessário redefinir o conceito de democracia. É possível substituir o capitalismo por uma democracia socialista sem que, para tanto, seja preciso mudar o significado de democracia” (KELSEN, 2000: 264).

Há uma identificação, por conseguinte, entre democracia e liberalismo político para Kelsen, mas o mesmo não vale para o liberalismo econômico. Ademais, Kelsen entende que a relação entre liberalismo econômico e Estado é de tolerância, isto, pois, a burguesia o vê como um eficaz instrumento para defender a propriedade privada¹⁴ (HERRERA, 1998: 204).

VI. DIREITO

A Teoria Pura do Direito de Kelsen foi elaborada entre 1910 e 1934, havendo neste período o desenvolvimento de suas Teorias do Estado e da Constituição. É uma tentativa de refundar a Teoria Jurídica sem que seja eivada materialmente por elementos estranhos ao Direito, como a Filosofia e a Sociologia, embora estes sejam admitidos metodologicamente, sobretudo na própria concatenação da teoria kelseneana.

Na questão valorativa, a teoria de Kelsen é tributária de Kant, enquanto que no quesito “científico”, está inserida no contexto do Círculo de Viena, sobretudo por conta dos paralelos com as ciências naturais (POSNER, 2001 : 3). Todavia, é de maior importância a herança kantiana relacionada a uma leitura particular da obra de David Hume, em especial seu “Tratado da Natureza Humana”.

In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary ways of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when all of a sudden I am surprised to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not; I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given; for what seems altogether

¹⁴ Um dos progenitores do Neoliberalismo, Friedrich Hayek, “acusava” Kelsen de socialista e o seu positivismo jurídico de antiliberal (HERRERA, 1998: 203), embora o jusfilósofo austríaco também fosse crítico do marxismo ortodoxo, apontando falhas em seus aspectos políticos e jurídicos (KELSEN, 1957).

inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and am persuaded, that this small attention would subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceived by reason. (HUME, 2011: 335)

Hume nega, portanto, a eventual possibilidade de se inferir uma regra de conduta a partir de uma descrição de algo que simplesmente ocorre no mundo da empiria. Como consequência lógica, torna-se inviável construir um sistema moral-normativo a partir da ontologia, sendo aparentemente impossível transitar do “Ser” ao “Dever-Ser”, ou seja, inferir valores a partir de fatos. Kant (2003), diferencia esta separação de juízos e valorações entre a Razão Teórica que se exprime no indicativo acerca dos julgamentos sobre a realidade (Sein), e a Razão Prática, que é expressa por imperativos (Sollen).

A partir da interpretação kantiana da obra de Hume, Kelsen estrutura sua teoria acerca da normatividade, a partir de proposições mandamentais. Para Kelsen o objeto da ciência do Direito (que é o Direito em si) pode até certo ponto ser explicado partir de metodologias explicativas oriundas ciências da natureza, as quais almejam explicar o comportamento efetivo e factual de materialidade. Tal explicação estabelece relação causal ao resultado empírico, presente no mundo sensível, o qual “tem que necessariamente” (muß) ocorrer (KELSEN, 2003a: 86) e que pode ser expresso de maneira semelhante às leis naturais (gemußt). À lei natural causa e efeito não admitem exceções, portanto “tem que” ocorrer (müssen). A norma jurídica, ao contrário da lei natural, não consegue nem pode expressar a ocorrência factual de algo, ou seja no plano empírico do “Ser” (Sein), não sendo, por conseguinte, resultado lógico e obrigatório de uma relação necessária de causa e efeito (gemußt). Diferentemente da Lei Natural, a norma jurídica estatui que, em determinada circunstância, algo é necessariamente devido em sentido normativo (gesollt). Portanto, o Direito, objeto de sua própria ciência, há de consistir em agrupamentos de enunciados de “dever-ser” (Sollen). Tais enunciados são observados pela Ciência do Direito a partir de proposições jurídicas, as quais consistem em nexos causais normativos entre algum suporte fático (Tatbestand) que faz descrição de um eventual ilícito e a reação do Estado (KELSEN, 2003a: 121, 126).

Essas relações de “Ser” e “Dever-Ser”, estruturam a dimensão estática do Direito (KELSEN, 2003a: 121-140), enquanto que a lógica hierárquica e escalonada das normas constitui a dinâmica jurídica, a qual terá um vértice detentor de legitimidade última perante as demais normas (KELSEN, 2003a: 215, 221).

Para Kelsen, portanto, o Direito é conceituado como “Sistema de Regras”, cuja principal característica é a positividade lógica, se opondo, portanto, ao Direito entendido como justiça, caracterizado por posição valorativa. A ciência do Direito positivo é distinta de uma filosofia de valores aplicada ao Direito, ainda que se valha desta na metodologia da sua formação legiferante.

Com isso, Kelsen opõe sua teoria ao Direito natural, pois alega não ser possível conceber direitos a priori da formação jurídica do Estado (o que é um pleonismo kelseneano) ou inalienáveis constituídos antes da formação do Estado. Por exemplo, no que concerne ao contratualismo liberal de Locke, Kelsen tensiona o entendimento da propriedade como um direito natural, sendo para ele mera tentativa de tornar absolutas norma e regra que, historicamente, ou seja, em determinadas condições políticas e econômicas, acabou por se tornar Direito Positivo (KELSEN, 2003a: 18). O Direito é posto¹⁵ pelos homens ao seu próprio serviço.]

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Kelsen lidou com a Crise Antropológica da Vienna Fin-De-Siècle, momento e locus de crítica e indagação sobre as formas tradicionais de se pensar o homem e o mundo decorrentes de um descrédito existencial estabelecido pela desilusão com os projetos liberal e Iluminista (SCHORSKE, 1981: 181). A compreensão deste momento histórico é condição necessária para crítica cética à imanência do objeto intelectual a ser estudado (ADORNO, 1988: 207). Ou seja, a teoria kelseneana é construída a partir de uma *Weltanschauung* específica fundada na Crise Antropológica da Mitteleuropa. Ao contrário da mitificação de um positivismo autoritário, o autor estudado em sua acepção político-jurídica de Constitucionalismo migrou do Monarquismo à fundação da República Austríaca, sempre pela senda da socialdemocracia, nunca a dialogar com o obscurantismo que geraria a “experiência” Dollfuß (*Stenographische Protokolle*, 1918-1919: 32-33 apud LAGI, 2012: 276).

¹⁵ Jus Positum, “Direito Posto”, por isso Juspositivismo.

O desiderato de Kelsen concernente a Estado, Democracia e Direito, depende de uma Ontologia específica, paradoxalmente, uma negação metafísica de qualquer crença ontológica última. Na teoria de Kelsen, em última análise, há duas formas político-jurídico antagônicas entre si: absolutismo filosófico e relativismo filosófico (KELSEN, 2000: 161), ao contrário da caricatura de um totalitarismo exegético por vezes esboçada.

A Antropologia Política de Kelsen é eclética. Ao tratar da questão antropológica do poder Kelsen atenta a três importantes categorias da Teoria Política: Renúncia (FREUD, 2010a: 50, 86), Autoridade (BURKE, 1823: 106) e Contrato Social Parricida (FREUD, 2010b: 18, 23, 24).

Outro tema importante no constitucionalismo de Kelsen é o Estado, proposto em termos jurídicos e ontológicos, enquanto fenômeno e também enquanto personalidade distinta dos indivíduos que representasse determinada comunidade enquanto ordem jurídica nacional, autônomo de ordenações jurídicas internacionais (KELSEN, 1990: 188). Assim é que seu Constitucionalismo parte de algumas críticas e também concordâncias às Teorias do Estado de Weber e Jellinek (MOTTA, 2011: 10), concluindo que o “Estado é a sua ordem jurídica” (KELSEN, 1990: 185).

Ao contrário do mito de um Kelsen “totalitário” seus escritos que tratam de Estado e Constituição evidenciam um defensor de ideais democráticos e dialógicos, crítico direto de Schmitt, Smend e Forsthoff (SOSA WAGNER, 2008: 84). O formalismo metodológico de significava a intensa luta pela Democracia material e pelo Direito como meio e não fim para consecução dos ideais de emancipação humana. O Estado Constitucional e Democrático para Kelsen impescinde de dialogia, razão crítica e Regra da Maioria em respeito à minoria como em Tocqueville (KELSEN, 1990: 283).

Para Kelsen, portanto, o Direito é conceituado como “Sistema de Regras”, cuja principal característica é a positividade lógica, se opondo ao Direito entendido como justiça, caracterizado por posição valorativa (KELSEN, 2003a: 18), é um meio para a Democracia material e não um fim em si mesmo. A revisitação ora proposta evidencia Kelsen como um campeão do Constitucionalismo Democrático, ao contrário da caricatura esboçada pela dogmática dita crítica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ABÉLÈS, Marc. "Anthropologie de l'État". Paris: Armand Colin. 1990
- ADORNO, Theodor. "Teoria Estética". Lisboa: Edições 70, 1988
- BURKE, Edmund. "Réflexions Sur La Révolutions de France". Lyon: Egron. 1823
- FREUD, Sigmund. "L'Avenir D'une Illusion". Paris: Presses Universitaires de France / Quadrige: 2010b.
- _____. "O Mal Estar na Civilização – Obras Completas Vol. 18". São Paulo: Companhia das Letras. 2010a.
- JABLONER, Clemens. "Kelsen and his Circle: The Viennese Years". In. European Journal of International Law. Vol. 9, N.2. Firenze: European University Institute. 1998.
- JELLINEK, Georg. "Teoria General del Estado". Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 2004.
- KANT, Immanuel. "Crítica da Razão Pura". Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2001.
- _____. "The Critique of Pure Reason". The Project Gutenberg EBook. 2003. Disponível em <http://www.gutenberg.org/ebooks/4280> . Acessado em 5 de junho de 2013.
- KELSEN, Hans. "A Democracia". 2ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- _____. "O Estado como Integração". São Paulo: Martins Fontes. 2003b.
- _____. "Teoria geral do direito e do Estado". São Paulo: Martins Fontes. 1990.
- _____. "Teoria Pura do Direito". São Paulo: Martins Fontes. 2003a.
- LAGI, Sara. "Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929)". In. Co-herencia vol.9 Nº.16. Medellín. 2012.
- MAIA, Paulo Sávio N. "O Guardião da Constituição na Polêmica Kelsen-Schmit: Rechtsstaat como Referência Semântica na Memória de Weimar". Mimeo. Dissertação – Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília: 2007. Disponível em <http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/3525>. Acesso em abril de 2013.
- MOTTA, Luiz. "Direito, estado e poder: poulantzas e o seu confronto com Kelsen". In. Revista de Sociologia e Política. vol.19 no. 38. Curitiba. Fevereiro. 2011.
- NUNES PEREIRA, Daniel. "Political Cosmogony: Three Matrices of Political Theology", In. Politikon: IAPSS Political Science Journal Vol.1 Nº.19. Maio. Nijmegen: International Association of Political Science Students. 2013
- SCHORSKE, Carl E. "Fin-de-Siècle Vienna". Vintage Book Edition. Nova Iorque: Vintage Books. 1981.
- SOSA WAGNER, Francisco. "Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y Confidencias". Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S/A. 2008.