
A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen¹

The science as world vision: science of law and democracy conception in Hans Kelsen

Matthias Jestaedt²

Resumo: Este artigo analisa a concepção de democracia e seus principais aspectos a partir do pensamento de Hans Kelsen conectados com os fundamentos da

-
- 1 Artigo originalmente escrito em francês e traduzido por Carlos Eduardo de Abreu Boucault, Doutor em Direito, Professor Assistente no curso de Direito da Universidade Estadual "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP - campus de Franca/SP), Titular do curso de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP) e Titular do curso de direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE).
 - 2 Matthias Jestaedt concluiu seus estudos universitários na Universidade de Bonn, tendo sido professor na Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg até 2011, quando assumiu a docência na Albert-Ludwig Universität de Freiburg. É membro colaborador e correspondente internacional do *Instituto Hans Kelsen* em Viena e, desde 2006, dirige o Centro de Pesquisas Hans Kelsen, sendo responsável pela edição completa das obras de Kelsen na Alemanha. Principais obras publicadas: *Grundrechtsentfaltung im Gesetz* (1999), *Die Verfassung hinter der Verfassung* (2009), *Hans Kelsen Werke* (2008), *Das Mag in der Theorie Richtig sein: Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis* (2006), *Rechtswissenschaftstheorie*, esta em colaboração com o Professor Doutor Oliver Lepsius, com quem editou em 2006 *Verteidigung der Demokratie*, de Hans Kelsen.

perspectiva científica do direito. Com base nos princípios teóricos do positivismo aplicados ao domínio do conhecimento jurídico, o autor examina igualmente em que medida a democracia se mostra capaz de legitimar as práticas da atividade científica, de modo a propiciar uma outra possibilidade de se visualizar a teoria de Hans Kelsen.

Palavras-chave: Democracia. Positivismo científico. Epistemologia jurídica. Teoria kelseniana.

Abstract: This article examines the conception of democracy in the relevant issues of Kelsen's thought, in connection with the foundations of his scientific juridical survey. Following the theoretical principles of positivism applied on juridical knowledge, the author investigates also in how measure democracy is able to legitimate the questions that the science may concern in a way to understand another possibility of Kelsen's theory.

Keywords: Democracy. Positivism. Juridical epistemology. Kelsen's theory.

1. A democracia: um ambiente ideal para a ciência

Um número expressivo de autores importantes da doutrina weimariana do Direito Público, dentre os que ainda hoje colhem frutos da categorização de "clássicos", pensavam e escreviam a partir de um posicionamento intelectual que não correspondia a uma postura democrática e liberal, da Constituição de Weimar.³ Para um segmento significativo desses

3 Constituição do *Reich* alemão de 11 de agosto de 1919, *Reichsgesetzblatt*, 1919, p. 1.383.

autores, tal vertente conduzia ao sentimento de rejeição e de hostilidade, à medida que procuravam deslegitimá-la e superá-la. Considerando-se a distinção da doutrina do Direito Público adotada sob a égide da Constituição de Bonn, a maior parte dos autores adeptos da doutrina weimariana assumiram – na melhor das hipóteses – uma postura distanciada com relação ao objeto de sua investigação, a saber, o direito constitucional vigorante à época. Com efeito, os partidários convictos da Constituição de Weimar e da República que se erigiu sob esse modelo jurídico-institucional formavam, naquele tempo, dentre os especialistas em Direito Público, uma diminuta e tímida minoria.

Hans Kelsen (1881-1973) fazia parte, incontestavelmente, desse pequeno círculo de partidários da democracia liberal. Seu ensaio sobre a democracia – *Vom Wesen und Wert der Demokratie (Essência e Valor da Democracia)*⁴ – propicia, dentre outras manifestações, a prova mais evidente dessa convicção.

Kelsen, o protagonista da “teoria pura do direito”, sempre manteve uma vigília rigorosa no sentido de que suas preferências políticas não interferissem em suas análises de teoria jurídica ou de teoria democrática. Ainda se não lhe fosse sempre possível dissimular, em suas análises teóricas, uma inclinação para seu objeto, ele buscava conscientemente separar o conhecimento científico de sua adesão em favor da democracia, fato que, aliás, não o impedia de expressar em outros contextos, claramente distintos, sua preferência pessoal nas relações políticas. Tratava-se, na sua visão, de

4 KELSEN, 1920, e 2. ed. aumentada, 1929. Trad. francesa da segunda edição por Charles Eisenmann: *La démocratie. Sa nature. Sa valeur* (1932), reeditada em Paris em 1988 (com prefácio de M. Troper), e em 2004 (com prefácio de P. Raynaud). Em seguida, as referências a essa tradução remetem à edição de 1988.

proceder de modo que os diferentes papéis da ciência e da política, incompatíveis entre si, e suas diferentes perspectivas incomparáveis, não os sobrepusessem pelo sincretismo metodológico e nem se confundissem. Em contrapartida, ele não adotava posições políticas explícitas, limitando-se a considerá-las impróprias para uma demonstração científica completa. No *locus* em que o observador restrito à neutralidade e à objetividade científica, em que a teoria do conhecimento impõe ao cientista um relativismo estrito de valores determinando seu silêncio, aí o indivíduo Kelsen, o *homo politicus*, pôde sem receio revelar suas preferências pessoais, subjetivas.

Precisamente, Kelsen apresentou um testemunho desse tipo de relação entre democracia e ciência – “ciência” em sua acepção genérica, não especificamente como ciência jurídica. Diga-se de passagem que, notavelmente, Kelsen optou por essa vertente ao ministrar sua aula da saudade, proferida em Berkeley em 1952. Imaginar que justo ele, o grande positivista, o cético, havia escolhido como tema a grande questão *monumental*, a questão “eterna da humanidade: o que é a justiça?” Após examinar o elenco de respostas possíveis, após haver rejeitado cada uma delas por não serem convincentes, ele chegou a afirmar em suas reflexões e, de certo modo, em sua vida acadêmica ativa, a seguinte profissão de fé:

E de fato, eu não sei e não posso dizer o que seja a justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Eu devo me contentar com uma justiça relativa, sem condições de poder exprimir o que a justiça significa para mim. Uma vez que a ciência constitui-se em meu mister e, portanto, a coisa mais importante da minha vida, tratar-se-ia, então, de uma justiça sob cuja proteção a ciência, secundada pela verdade e pela sinceridade poderá prosperar. É a justiça da liberdade, a justiça da paz, a justiça da democracia, a justiça da tolerância.⁵

5 KELSEN, 1953, p. 43. No mesmo sentido: “Uma vez que a democracia, em

O vínculo entre ciência e democracia já interessava a Kelsen há algumas décadas. Nos anos de crise da democracia na Alemanha e na Europa, na década de 1930, as reflexões de Kelsen recaíam constantemente sobre a relação entre esses dois domínios. Tanto que ele consagrou especialmente ao tema dois importantes ensaios, escritos para um público não especializado, *Verteidigung der Demokratie (Defesa da Democracia)* em 1932⁶ e *Wissenschaft und Demokratie (Ciência e Democracia)* em 1937.⁷

Assim, não seria presumível à primeira vista a existência de um vínculo estreito, até mesmo simbiótico, entre a teoria kelseniana da democracia e sua concepção sobre ciência do direito? Todavia, as coisas não são tão simples como podem parecer e, tampouco, essa percepção precipitadamente equivocada permitiria uma assimilação, por um lado, da *adesão* de Kelsen à democracia liberal e, de outro, da *teoria* que ele, a propósito, difundiu.

2. O postulado kelseniano de pureza: um método ilusório?

O projeto decisivo de Kelsen como jurista consiste na cientificização das disciplinas jurídicas. Seu programa pode ser resumido em quatro fórmulas fundamentais: relativismo fundado sobre a teoria do conhecimento; positivismo normativista; crítica desconstrutiva das ideologias e antissubstancialismo analítico.⁸ A concepção jurídica do mundo

sua natureza mais íntima, significa liberdade e que a liberdade significa tolerância, não há regime qualquer mais favorável à ciência, nem mais precisamente, que a democracia" (KELSEN, 1953, p. 42).

6 KELSEN, 1932. In: KELSEN, 2006, pp. 229-237.

7 KELSEN, 1937. In: KELSEN, 2006, pp. 238-247.

8 Cf. *infra*.

que ele criou, atribui-se a si mesma a designação de “pura”, aspecto que corresponde totalmente ao estilo da época, do primeiro quartel do século XX.⁹ Trata-se, na verdade, da pureza da doutrina do direito positivo.¹⁰ E a teoria pura do direito aciona seu programa de depuração com um “rigor implacável”.¹¹ É precisamente esta consequência, até então desconhecida, a que se aplica o programa de cientificização, é a essa “coragem de pensamento”¹² que remonta o forte grupo ao qual Kelsen não poupou a censura do “sincretismo” – ou seja, do trabalho não científico-contra a teoria pura do direito. Dentre as inúmeras objeções dirigidas a Kelsen e à sua teoria, situa-se essa crítica radical, imanente, segundo a qual a teoria pura do direito não seria suficiente para satisfazer o princípio de pureza que ela própria postulava. A retórica da pureza não seria, em última análise, senão uma (auto?) ilusão metodológica de magna amplitude. É bem certo que essa tese crítica é quase sempre utilizada como um tipo de estratégia de imunização contra a insuportável intenção da teoria pura, na tentativa de desmascarar o caráter ideológico das concepções tradicionais. E na doutrina jurídica alemã,

-
- 9 Podemos citar como outro exemplo desse postulado de pureza que relembra, não sem razão, a *Crítica da razão pura* de Kant, o “método de pureza” tal como o elabora o dirigente da escola neokantiana em COHEN, 1904, pp. 89-92, 108, 135, 136 e 147.
- 10 A pureza da teoria pura do direito não se relaciona com a pureza do direito, mas, ao contrário, à ciência do direito, aspecto que muitas de seus críticos parecem não ter percebido ou ter ignorado. Ver por todos: *Was ist die Reine Rechtslehre?* In: IMBODEN 1953; pp. 143-162: “Mas a teoria pura do direito é uma *teoria pura* do direito e não a teoria de um *direito puro*” (p. 153, sublinhado pelo autor).
- 11 TOPITSCH, 1961, pp. 358-362 (p. 358). Na quarta capa da coletânea editada por Ernst Topitsch (Hans Kelsen, *Aufsätze zur Ideologiekritik*, 1964), a crítica da ideologia tal como Kelsen a formula é caracterizada como expressão de uma “energia inflexível e de uma intensidade inquisidora”.
- 12 A primeira virtude que a ciência exige de seus operadores é “a coragem do pensamento”, escreve KELSEN, 1914. In: *HKW* III, pp. 439-531 (p. 443).

caracteristicamente, a tradição-negativa que ainda sobrevive – consiste no confronto precisamente a Kelsen, de modo que *não* se confronta com ele, na própria condição de sujeito. Essa constatação que nos remete a possíveis motivos cientificamente desleais já não traz em si mesma uma resposta à postura concreta de censura segundo a qual a teoria pura do direito não atenderia às condições indispensáveis de pureza. É preciso, efetivamente, encarar essa crítica com seriedade.

Se atentarmos para a história das ciências, seria possível talvez falar em uma discussão acerca do juízo de valor,¹³ em que se verificasse a inversão de papéis. A verdadeira questão sobre juízo de valor que se produziu na Sociologia e na Economia Política não se processou, ao menos de um modo cabal ou explícito, na ciência do direito. O grande conflito das diretrizes durante a República de Weimar, cujos principais expoentes, ao lado de Kelsen, foram principalmente Rudolf Smend (1882-1975), Carl Schmitt (1888-1985) e Hermann Heller (1891-1933),¹⁴ pode ser compreendido como uma questão em torno de um juízo de valor de feições inversas: enquanto no âmbito da Sociologia e da Economia Política a disputa tinha por objeto a capacidade dessas disciplinas, dotadas de seus substratos científicos, de produzir enunciados normativos de caráter obrigatório para a política relativa ao desenvolvimento social e econômico – ou seja, tratava-se de saber se elas poderiam estabelecer juízos de valor cientificamente obrigatórios –, Kelsen, que adotara para a dogmática jurídica a posição de Max Weber,¹⁵ passando a

13 Sobre a controvérsia weimariana acerca do juízo de valor, cf. Annemarie Pieper, *Werturteil, Werturteilsstreit* em: RITTER; GRÜNDER; GABRIEL, 2004, pp. 614-619.

14 Sobre a questão weimariana acerca dos métodos, cf. STOLLEIS, 2001.

15 Cf. particularmente WEBER, 1904, pp. 22-87; 1917-1918, pp. 40-88: *A objetividade do conhecimento nas ciências e a política social* e *Ensaio sobre o sentido da “neutralidade axiológica” nas ciências sociológicas e econômicas* em WEBER,

circunscrevê-la exclusivamente na atividade descritiva do direito existente e da dimensão de sua validade, via-se exposto à crítica segundo a qual no direito uma distinção estrita entre descrição e prescrição, entre ser e dever-ser (*Sein und Sollen*), entre realidade e valor, seria insuscetível de concretização, resultando em uma ciência jurídica positivista, limitada à descrição, tornando-se uma verdadeira quimera. A pureza metodológica buscada por Kelsen, e uma teoria que se denominasse por si mesma como teoria pura do direito, seria um postulado com poucas chances de aceitação, passando ao largo de uma ciência do direito considerada como ciência da decisão e da regulação.¹⁶ E o pior ainda estava por vir: à medida que se pretenda que esse ideal, *redirecionando-se*, passe a se constituir em um único critério da ciência jurídica para a cientificidade do direito, estar-se-ia garantindo a circulação de uma falsa moeda científica. Com efeito, queira-se ou não, ao se tomar consciência, os enunciados prescritivos se insinuariam, de qualquer maneira, na ciência jurídica; o elemento normativo se criaria em um direito no âmago do raciocínio da ciência jurídica e aí estaria, igualmente, presente como que profundamente infiltrado. Em segundo plano, defronta-se outra questão que, geralmente, não se afigura tão evidente, no sentido de se indagar se a ciência do direito constitui-se por si só em fonte do direito ou se, em outros termos, é preciso reconhecer ou não um valor próprio e uma autonomia voltada para as construções da dogmática jurídica.¹⁷ Sob esse ponto de vista, o postulado da pureza assume

1965. Kelsen se refere expressamente ao ensaio sobre a objetividade de Weber em *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz* (1. ed. de 1911) em *HKVII*, p. 57 (prefácio).

16 Sobre esse ponto, cf. sobretudo SCHMIDT-ARMANN, 2006, cap. 6, p. 33 *et seq.*

17 JESTAEDT, 2006, p. 43 *et seq.*, especialmente pp. 62-67.

natureza ideológica e, assim, em sentido ambíguo: de uma parte, oculta as preferências que embasam a ciência jurídica; de outra, aponta para a incerteza axiologicamente neutra, contrariamente ao que esse postulado visa estabelecer.

Kelsen enfrentou as críticas e as contestou à sua maneira. E, assim procedendo, ele reverte em seu proveito as diferentes variações da mesma crítica, confrontando-as umas às outras para deixá-las neutralizarem-se mutuamente. Ele escreveu em 1934:

A teoria pura do direito não seria adequada para atender à sua própria exigência metodológica fundamental, constituindo-se em si mesma uma expressão de certa atitude política. Mas qual? Os fascistas a enquadram como democracia liberal. Os democratas liberais ou sociais tomam-na como precursora do fascismo. Para os comunistas, ela se torna desqualificada, por corresponder à ideologia do capitalismo de Estado e, na perspectiva nacionalista e capitalista, ela é vista ora como expressão de um bolchevismo primitivo, ora como um anarquismo oculto. Seu espírito – asseguram alguns – afinar-se-ia com a escolástica católica, quando outros acreditam-na, reconhecendo-a, nos elementos característicos de uma doutrina protestante do Estado e do direito. Aduz-se ainda nesse contexto o estigma que lhe impingem como doutrina ateia. Sumarizando, inexistente qualquer orientação política de que a teoria pura não tenha sido objeto de suspeita. Mas, exatamente, esse estado de coisas está a demonstrar que ela própria não poderia produzir sua pureza científica.¹⁸

É certo que essa réplica de Kelsen possa à primeira vista parecer simultaneamente hábil e refinada. Mas seria na mesma medida convincente? Seja como for, esse tipo de demonstração não se manifesta de forma alguma cons-

18 KELSEN, *RRL* 1, p. 6 (prefácio); *TPD* 1, p. 13 e 55. (trad. modificada). Deve-se observar que, como indicará adiante o tradutor, a versão traduzida não corresponde exatamente ao texto da primeira edição, pelo fato de haver Kelsen solicitado a inclusão de certas alterações efetuadas, tendo-se em vista a segunda edição de Thévenaz,. Em razão disso, certas citações ou referências ao texto alemão não têm correspondência com o texto francês.

tragedora. Uma simples reflexão é suficiente para suscitar dúvida: pois, à medida que se entende por “ciência” uma modalidade singular do “olhar” – a saber, uma percepção científica do que chamam realidade –, a ciência denota uma maneira específica de observar o mundo, de vê-lo. Ela produz, portanto, no sentido mais verdadeiro do termo, uma visão de mundo (*Welt - Anschauung*) e também funciona com frequência, no sentido comum do termo, como uma visão de mundo (*Weltanschauung*). Independentemente desse aspecto, a insistência no viés da pureza poderia consistir em si mesmo, precisamente o momento ideológico que viria a incidir nessa perspectiva, a despeito de se caracterizar uma variação singular do cientificismo jurídico. A réplica de Kelsen não é imune a uma análise mais detida da questão.

3. Projeto e características da teoria pura do direito

Antes de nos atermos à questão referente ao vínculo entre ciência e visão de mundo, ou mais precisamente, à questão do caráter da visão de mundo que poderia ilustrar a ciência do direito na concepção de Hans Kelsen, convém ainda pontuar algumas explicações sobre o projeto e as características constitutivas da teoria pura do direito.

3.1. A cientificidade, atestado de legitimidade da disciplina jurídica

Que a cientificidade representa o verdadeiro certificado de legitimidade da disciplina jurídica é a expressão rigorosa da convicção de Kelsen ao introduzir a primeira edição da *Teoria Pura do Direito* em 1934, de acordo com o parágrafo seguinte:

Nesse momento, há mais de duas décadas que venho desenvolvendo uma teoria jurídica pura, ou seja, imune de qualquer ideologia política e de qualquer elemento oriundo das ciências naturais, uma teoria cônica de sua própria natureza, porquanto consciente das propriedades de seu objeto. Desde o início esse era o meu objetivo: elevar a disciplina jurídica, que – manifestamente ou de modo velado – encontrava-se equivocadamente extraviada nos meandros do raciocínio de política jurídica, ao nível de uma verdadeira ciência, de uma ciência do espírito (*Geistes-Wissenschaft*). Era o caso buscar o aprimoramento de suas tendências destinadas não à construção, mas ao conhecimento do direito e reaproximá-lo *a todo custo* do ideal de objetividade e de precisão inerente a toda ciência.¹⁹

Algumas páginas mais abaixo, ele acrescenta: “Trata-se aqui apenas de dinamizar a ciência do direito, contactando-a com a teoria geral da ciência, essa província isolada do âmago do espírito, que tem por hábito seguir o progresso apenas lentamente, de modo imperfeito”.²⁰

Kelsen só tem por meta fixar a imagem (que a ciência do direito deve fazer de si própria) e a posição, o conteúdo e a forma, o fim e o método da ciência jurídica.²¹ Essas exigências de cientificidade impostas à disciplina jurídica se nutrem particularmente de quatro fontes.

3.2. A pureza do conhecimento jurídico: o critério da ciência jurídica se situa nas propriedades intrínsecas do direito

A primeira dessas fontes consiste na “pureza” do conhecimento jurídico. O projeto principal de Kelsen consiste em inaugurar uma disciplina jurídica fundada nas exigências

19 KELSEN, *RRL* 1, p. 3 (prefácio); *TPD* 1, p. 11 (trad. modificada).

20 KELSEN, *RRL* 1, p. 4 *et seq.* (prefácio); *TPD* 1, p. 12 (trad. modificada).

21 Cf. DREIER, 2007, pp. 81-114.

científicas modernas, exigência que para ele significa: anti-metafísica, crítica das ideologias e justificativa sob o viés da teoria do conhecimento. Evocando “as orientações decisivas de meu trabalho de teoria do direito”, que foram determinadas de modo mais ou menos consciente e mais ou menos consequente pela crítica kantiana da razão, Kelsen cita:

Dualismo do ser e do dever-ser; substituição de categorias transcendentais como condições da experiência aos postulados e hipostasias metafísicas; transformação de oposições absolutas – pois são qualitativas e transistemáticas – no interior de uma só e mesma disciplina em diferenças relativas, quantitativas e inter-sistemáticas; abandono da esfera subjetivista do psicologismo em benefício do domínio da validade lógica e objetiva.²²

O *articulus stantis et cadentis* de sua concepção de ciência sobre a qual paira incontestavelmente o espírito do neokantismo²³ corresponde à ideia segundo a qual o conhecimento deve permanecer “no interior das fronteiras que lhe traçam o objeto e o método”.²⁴ Tal aspecto reconduz as “propriedades intrínsecas” (*Eigengesetzlichkeit*), ou seja, à autonomia do direito,²⁵ ao centro de suas reflexões. A pureza, como uma exigência imposta à ciência do direito e não ao próprio direito, o qual, segundo Kelsen, pode assumir qualquer conteúdo, não importando qual seja o grau de “impureza”, significa, portanto, em um primeiro tempo, “a autonomia do direito como objeto do conhecimento científico”, e em um segundo momento, a metodologia que considera as “propriedades

22 KELSEN, 1925, p. V (prefácio).

23 Sobre a filiação de Kelsen ao neokantismo, cf: Stanley L. Paulson, *Faktum/Wert-Distinktion: Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Kelsen als Neukantianer*. In: ALEXY, MEYER, PAULSON, SPRENGER, 2002, pp. 223-251, especialmente pp. 233-246.

24 KELSEN, 1920, p. V. (prefácio).

25 KELSEN, 1922, p. 96 e 100; 1923, pp. VI-VII; *RRL* 1, pp. 3, 24, 33 e 44 (*TPD* 1, p. 11 e 59, trad. modificada).

intrínsecas” de seu objeto, o “direito”. Para Kelsen, a pureza nada mais é que um sinônimo para a cientificidade da disciplina jurídica.²⁶

Se as “propriedades intrínsecas” do direito se reconduzem à sua normatividade e à sua positivação, o direito positivo nasce e morre exclusivamente nas condições prescritas pelo direito positivo. Kelsen fala também da “autoprodução do direito”.²⁷ Seu combate deve ser direcionado contra dois adversários poderosos: de um lado, o *naturalismo* jurídico que deduz um dever-ser do ser e, de outro lado, o *moralismo* jurídico, que se apresenta sob o nome de doutrina do *direito natural*, que considera o direito fundado na moral. A teoria pura do direito pretende ser, ao fazer frente ao naturalismo, um normativismo, sem sucumbir – à diferença da doutrina do direito natural – ao moralismo jurídico e, opondo-se ao moralismo, figura como um positivismo sem incorrer – à diferença do que sucede com o positivismo sociológico ou psicológico, empírico ou factual do direito – no naturalismo jurídico. É somente a coincidência do normativismo *sem* moralismo (jurídico) por um lado, e do positivismo *sem* naturalismo (jurídico) de outro, que matiza a teoria pura do direito com sua tonalidade própria e única.

26 DREIER, 1990, especialmente pp. 29-39; JESTAEDT, *RRL* 1, pp. IX-LXIV (p. XXXIII-XXXVII).

27 KELSEN, *RRL* 1, p. 84 e 117 (*TPD* 1, p. 122, 148 [trad. modificada]; e, do mesmo autor, *RRL* 2, p. 73 (“Pois o direito – o que é uma originalidade extremamente importante que ele apresenta – regula sua própria criação e sua própria aplicação”), 228, 283 e 314 (*TPD* 2, p. 78, 224, 275 e 304).

3.3. A unidade do conhecimento jurídico: a luta contra o dualismo, o substancialismo e as ficções

A segunda palavra-chave corresponde à unidade, ou seja, a unidade do conhecimento jurídico estabelecida por Kelsen.²⁸ O objeto do conhecimento científico do direito só pode ser, em consequência de sua pureza (a do conhecimento), constituído por normas jurídicas. Kelsen não deixa jamais de realçar a “tendência anti-ideológica da teoria pura do direito”²⁹, nem de cumprir a tarefa que essa teoria impõe a si mesma, qual seja, a luta contra os *ideologemas* irracionais e os *mitologemas* subconscientes no estudo do direito.³⁰ Sua perspectiva, a qual se situa na esfera do Iluminismo, no significado predominante desse termo, inicia uma guerra contra os antropomorfismos, as personificações ilegítimas, as hipostasias e os sincretismos. Uma parte significativa das dicotomias fundamentais que governam a disciplina tradicional do direito – distinção entre Direito Privado e Direito Público, direito objetivo e direito subjetivo, direito nacional e direito internacional, direito e Estado, criação e a aplicação do direito, pessoa física e pessoa jurídica – encontram-se sob a mira da teoria pura e são suspeitos de serem dotados de viés ideológico.

28 Para um apanhado geral e sintético: KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, *op. cit.*, p. III *et seq.* (com a referência ao co-fundador da Escola de Marburgo, Paul Natorp (1854-1924).

29 KELSEN, *RRL* 1, p. 29 e *passim*; *TPD* 1, p. 55 *et seq.*, trad. modificada.

30 “Assim como os espectros, as metáforas densificadas em essências autônomas, expedientes do conhecimento jurídico postos como realidades erigem-se como obstáculos, impedindo o coroamento do sentido de uma unidade daquilo que somente separa uma aparência tomada como realidade” (KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, p. IV).

Kelsen se empenha particularmente na luta contra a ficção, essa mentira condenável da ciência,³¹ fruto do amálgama fixado entre dois tipos de abordagens exclusivas uma em relação à outra, quer dizer, a perspectiva causal e a perspectiva normativa. Ele rechaça qualquer solução apresentada para resolver uma questão normativa mediada por uma construção causalista, assim como, reciprocamente, toda solução destinada a resolver um problema das ciências causais mediada por uma construção normativa: trata-se de um “sincretismo de métodos”³² que confunde enunciados sobre o ser e enunciados sobre o dever-se. Observando-se o ponto de partida que ele vislumbra na teoria do conhecimento e segundo o qual aquilo que pode ser objeto de cognição depende de meios e de caminhos (falando-se claramente: métodos) pelos quais se chega ao conhecimento, trata-se aí de uma confusão de perspectivas incompatíveis e, no geral, de uma confusão de objetos (cognitivos) distintos que lança a ciência em total descrédito, uma confusão imperceptível em um primeiro momento, imediatamente, pelo simples fato de que os objetos incompatíveis são vendidos sob o mesmo rótulo, a saber, o “do direito”.

“*Demythologizing legal thought*”:³³ a desmistificação, ou melhor, para se limitar ao universo da discussão sobre juízos de valor, o “desencantamento”³⁴ do raciocínio jurídico revela-se então, da mesma forma, como um sinal do reconhecimento específico da teoria pura do direito.

31 KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 56.

32 KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, *passim*, especialmente p. 53, 294, 296 e 468.

33 EBENSTEIN, 1971, pp. 617-652.

34 Sobre o “desencantamento do mundo” pela racionalidade científica, cf.: Max Weber, *Wissenschaft als Beruf* (1917-1919) em WEBER, 1992, pp. 71-111 (p. 87).

3.4. Uma teoria da relatividade do direito: da substância à relação

Nessa etapa, passa-se a examinar a terceira palavra-chave da teoria, um elemento que estabelece relações estreitas com os dois aspectos precedentes: pode-se qualificar como aquilo que Kelsen guarda no espírito desde os primeiros passos de suas reflexões. Uma teoria jurídica da relatividade, por analogia com as teorias físicas da relatividade que Albert Einstein desenvolve praticamente na mesma época.³⁵

As categorias fundamentais do pensamento jurídico tradicional, que são simultaneamente reificadas e consideradas como existentes por si mesmas *a priori* ao direito, tais como o Estado e a pessoa, a vontade e a validade, suportam o *ônus*, segundo Kelsen, de sua imutabilidade e substancialidade, assim como do fato de serem visualizadas como dados preexistentes. Do mesmo modo que o espaço e o tempo na nova visão de mundo proposta por Einstein apenas fornecem pouco mais que grandezas relativas, assim também as categorias e coordenadas jurídicas apresentam-se como conceitos relativos. À medida que Kelsen encara seriamente a pureza e a unidade do conhecimento jurídico, não será mais possível que as categorias fundamentais referidas anteriormente continuem a ser concebidas como substâncias pertencentes ao mundo do ser e do dever-ser. Se se abstrair da questão bem específica do ser do dever,³⁶ os fenômenos jurídicos

35 Sobre as duas teorias da relatividade de Einstein – a teoria específica de 1905 e a teoria geral de 1916 – de um ponto de vista filosófico. cf. CASSIRER, 2001.

36 “O ser do dever-ser” (KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, p. 76) não é senão a existência específica da norma, ou seja, sua validade. Sobre esse ponto, CF. particularmente: KELSEN, 1979, p. 2 (“A validade corresponde à existência específica da teoria da norma”), 3, 22 *et seq.*, 39, 136 *et seq.*, 139, 167 *et seq.*, 171. Trad. francesa de Olivier Beaud e

não têm qualquer existência suscetível de ser conhecida ou comunicada do ponto de vista de uma ciência das normas no mundo do ser. E, no âmago do mundo do dever-ser, sua existência se exaure naquilo que Kelsen designa como “relação à regra de direito”.³⁷

Para simplificar de uma forma bem abrangente, poder-se-ia reelaborar tal consideração como se segue: 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.³⁸ Sem relação

Fabrice Malkani: *Teoria Geral das Normas*, Paris, PUF, 1996, p. 3, 5, 35 *et seq.*, 287 *et seq.* e 292.

37 KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 641 (“Não é, portanto, o fim de uma atividade que é determinante para seu caráter jurídico, mas sua relação com a regra do direito”), 643 (“Se for preciso expressar o que há em sua essência [o conceito de administração] de juridicamente relevante, não se trata aí da relação da atividade estatal na ordem jurídica; o conceito deve conter a relação à regra do direito”), 644 (“Conforme o que foi dito até aqui, aparece claramente que [“o que deve ser entendido como juridicamente relevante”] não é senão aquilo que se encontra em relação formal com a regra jurídica”) e 398.

38 A título de exemplo: KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 644: “A pessoa Estado nada pode fazer, nada lhe pode ser imputado se não se encontra em uma relação imediata com a ordem jurídica, pois somente sobre o fundamento da ordem jurídica se pode efetuar uma imputação à pessoa

jurídica, não há atores jurídicos. Ser pessoa no sentido jurídico significa então estar-em-relação (as contribuições mais modernas, inspiradas pelo *linguistic turn*, provavelmente utilizariam o termo *comunicação* em vez de *relação*). Nos próprios termos de Kelsen: “Trata-se, em parte, para mim, de acabar com as figuras jurídicas reificadas e cristalizadas no pensamento dos juristas e de transpô-las às relações puras e simples da proposição de direito”.³⁹ Kelsen desloca, assim, o pensamento jurídico da substância ou da essência à simples relação ou função.⁴⁰

3.5. Teoria da relatividade da ciência jurídica: da unidade do objeto material à diversidade dos objetos formais

A mudança de paradigma relativa ao direito – do direito como substância ao direito como relação – faz-se acompanhar, no mesmo movimento, de uma outra mudança de paradigma que se correlaciona com as ciências do direito. Ao lado da teoria da relatividade do direito, concretiza-se uma formulação comparável e paralela à ciência do direito: uma teoria da relatividade da ciência jurídica. De fato, no

jurídica estatal!” No entanto, será somente dez anos mais tarde que Kelsen estará em condições de formular tal perspectiva de forma mais radical: “A pessoa não é outra coisa senão a própria personificação de um complexo de normas regulando o comportamento humano.” (KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, p. XVIII, prefácio).

39 KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, p. IV, prefácio.

40 Baseando-se na distinção estabelecida por Cassirer entre conceito-substância e conceito-função (CASSIRER, 2000), Christoph Schönberger interpreta exatamente os *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* de Kelsen (*Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion*, HKWII, Pp. 23-35 (p. 23 e 28). Cf. também a contribuição de Christoph Schönberger abaixo e a modificação da perspectiva kelseniana na passagem do Estado-substância ao Estado-função.

lugar de uma ciência jurídica integral e multilateral, como na concepção Georg Jellinek,⁴¹ ou seja, uma ciência universal do direito unificando e assimilando várias perspectivas e contribuições, visualizam-se teorias de ciências jurídicas estruturadas segundo suas funções e cujas disciplinas afins (Dogmática Jurídica, Sociologia do Direito ou História do Direito) possuem e produzem perspectivas incomparáveis e incompatíveis do ponto de vista de seus métodos e objetos. 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.⁴² 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 linguísta Ferdinand de Saussure: “Antes de o objeto preceder o ponto de vista, há de se ver que o ponto de vista

41 JELLINEK, 1914, p. 5 *et seq.*, 9-12, 71-75, 127 *et seq.* (*Teoria social e geral do estado*), 383 *et seq.* (*Teoria geral do direito do estado*). Cf. a tradução francesa por G. Fardis, *O Estado moderno e seu direito*, 2 vols., reeditado em Paris, Panthéon-Assas, 2005, com prefácio de Olivier Jouanjan.

42 A distinção entre objeto formal (*obiectum quo*) e objeto material (*obiectum quod*) provém da escolástica tradicional e, mais precisamente, dos detalhes que Santo Tomás de Aquino consagra à teoria da ciência: *Summa Theologica*, I, q.1, a.3.

cria o objeto”.⁴³ 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. A análise do direito mediante a utilização de métodos de caráter empírico permite visualizá-lo como fenômeno social, psíquico (na ordem das motivações) ou histórico, mas não o direito considerado em seu modo de ser específico, como norma: não se pode abrir um caminho até a normatividade. “Direito” é então um homônimo, a designação idêntica de objetos distintos, insuscetíveis de se relacionarem uns com os outros. A cientificidade do conhecimento caracteriza-se precisa e exclusivamente, na visão de Kelsen, pelo fato de que “o conhecimento reside no interior dos limites traçados pelo objeto e pelo método”.⁴⁴ A crítica ao sincretismo metodológico, que ele retoma como forma de oposição, significa tão-somente uma crítica em face da ausência de cientificidade: sob o invólucro de uma mesma designação – o “direito” –, passa-se a confundi-lo e até reduzi-lo à identidade de objetos essencialmente distintos.

A argumentação de Kelsen contra o sincretismo metodológico na ciência do direito vinha sendo frequentemente compreendida no sentido de que ele considerava que a perspectiva de uma ciência de normas constituir-se-ia na única ciência legítima do direito. Trata-se, no entanto, de um equívoco grosseiro em relação à abordagem kelseniana. Muito pelo contrário, Kelsen se declara a favor de uma pluralidade irreduzível de modos de apreensão científica do direito, insuscetíveis de ser reinseridos em uma única visão global e integral. Qualquer perspectiva fiel a seus métodos sobre aquilo que se denomina “direito” é legítima. Nenh-

43 SAUSSURE, 1916, p. 23.

44 KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, p. VII, prefácio.

ma delas é por si mesma superior ou subordinada a outra perspectiva. O que Kelsen considera é a relatividade estrita ou ainda submissa à opção do ponto de vista dos saberes envolvidos e de enunciados obtidos à base de um método concreto. Aqui sua atitude não é diferente da que ele adota no que diz respeito à validade de uma norma. Um enunciado científico só possui validade no âmbito de um contexto fixado (estabelecido) por uma diretriz e um método de conhecimento. Para além desse limite não é possível trabalhar-se com tal enunciado, a menos que não seja considerado um enunciado cientificamente válido. Portanto, a significação de um conhecimento científico é avaliada – para se retomar outro *topos* kelseniano – em função de uma legalidade interna que se distingue de disciplina para disciplina.

Essa rápida exposição do projeto e das características da teoria pura do direito deve ser suficiente para nossa proposta.

4. A teoria kelseniana da democracia: um apanhado geral

A teoria kelseniana da democracia não foi objeto de um longo desenvolvimento neste texto, em razão de uma anterior exposição de Oliver Lepsius. Algumas notas serão suficientes para nosso intento. O conceito kelseniano de democracia⁴⁵ se caracteriza pelos seguintes aspectos:

1) Ele aciona um duplo conceito da liberdade, assim como um duplo sujeito da liberdade (indivíduo – autodeterminação; povo – co-determinação), fato que se traduz de modo decisivo no significado do mecanismo da formação da vontade e do princípio da maioria (assim como da proteção

45 Para complementar, cf.: Matthias Jestaedt e Oliver Lepsius, *Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen: Eine Einführung* em KELSEN, *Verteidigung der Demokratie*, pp. VII-XXIX.

da minoria). Ele impede, por assim dizer, a confusão dos dois pólos constitutivos da legitimidade do Estado constitucional, ou seja, o governo da coletividade (do povo) de um lado, e a liberdade do indivíduo do outro, de modo que não se fundam em um todo coletivista que significaria o fim da liberdade do indivíduo.

2) Ele reproduz as condições ligadas à visão de mundo, os fatores reais da democracia sobre o plano sócio-cultural e, dessa forma, pode ser entendida a sua posição assumida contra um universalismo democrático.

3) A teoria é concebida de modo voluntarista e realista, mas não idealista, e constitui, apesar de todas as críticas que lhe foram endereçadas sob a pecha de um construtivismo formal e distante das realidades vivenciadas, uma visão que considera de modo singular a experiência e os fatores sócio-culturais.

4) Não parte do pressuposto de uma igualdade essencial, no sentido de uma homogeneidade política, mas integra o pluralismo e a heterogeneidade, ou seja, dá espaço ao pluralismo dos grupos políticos e à dinâmica social.

5) Concebe a legitimidade não de um ponto de vista material e substancial, mas procedimental (a legitimação pelo procedimento).

6) Liberta a democracia representativa parlamentar da guerra ideológica de trincheiras que tem como causa os mitos identitários da representação, mostrando que tal sistema, não fosse em razão da complexidade própria das grandes sociedades modernas, é a "única forma real em que a ideia de democracia pode ser aplicada no contexto da realidade social hodierna".⁴⁶

46 KELSEN, *Wesen und Wert der Demokratie*, p. 27. Trad. citada e modificada, p. 38.

7) Considera que a “força de integração social”⁴⁷ inerente ao princípio majoritário da democracia parlamentar repousa sobre a essência da técnica social do compromisso.

8) Integra os partidos políticos de modo tanto realista quanto construtivista, ao invés de acusá-los como forças estruturalmente subversivas do Estado.

9) Atribui à jurisdição constitucional um lugar no Estado democrático sem opô-la à soberania popular.

10) Reconhece – por mais paradoxal que possa parecer à primeira vista – que uma legislação democrática exige uma administração autocrática, ou seja, do mesmo modo, estritamente dependente da legislação.

11) De resto, ele permanece até o final fiel à sua orientação, de sorte que condena como não democrático o que se convencionou chamar de “democracia combativa”, a qual busca se impor em caso de necessidade, ainda que em rota de colisão com a vontade da maioria.⁴⁸

5. Afinidades implícitas na gramática profunda das leis da ciência e das inovações do pensamento

A concepção da ciência jurídica em Kelsen conduz-se pelo ideal de objetividade e neutralidade próprias a qualquer ciência, não explicitamente como “democrática”, no sentido de uma ciência jurídica partidária e parcial. A partir daí, não se afigura surpreendente o fato de não se visualizarem

47 KELSEN, *Wesen und Wert der Demokratie*, p. 56. Trad. francesa, p. 59.

48 A título de exemplo, cf. KELSEN, *Verteidigung der Demokratie* (1932), p. 237: “Uma democracia que procura se impor contra a vontade da maioria ou, com mais forte razão, ao se impor pela violência, deixa de ser uma democracia”.

em Kelsen afinidades entre a teoria democrática e a teoria jurídica, na acepção segundo a qual existiriam referências ou condições recíprocas materiais e substanciais. No entanto, tal constatação não exclui, de modo algum, que há afinidades implícitas na gramática densa das leis do desenvolvimento intelectual e dos graus de consolidação do pensamento.

5.1. Ponto de partida e termo da ciência: questões de visão de mundo e de caráter

O próprio Kelsen propicia indícios sólidos e abundantes em favor da existência de tais afinidades implícitas entre, de um lado, sua maneira de fazer ciência do direito e, de outra, sua visão de mundo ou ainda sua personalidade. Nessa altura, nós ampliamos o campo de investigação que viemos trabalhando até agora. A partir do universo de exemplos possíveis, poder-se-iam citar três que são provenientes de épocas distintas da obra kelseniana e que se encontram na introdução: dois dentre eles se referem à visão de mundo e o terceiro à sua personalidade.

A primeira amostra tem como origem o prefácio da tese de concurso de Kelsen, um trabalho que anuncia seu projeto, tendo sido publicado em 1911: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, em que Kelsen escreve:

Este trabalho me revelou o vínculo perdido longa e lamentavelmente *entre disciplina científica e visão de mundo*. Sei que isso poderá parecer estranho a muitos, pelo fato de eu buscar um caminho em direção a magnitudes filosóficas a partir de um domínio do espírito que hoje é bem mais distante de tal objetivo do que qualquer outro, à medida que essa disciplina seria vocacionada a *estabelecer* uma ponte entre a ciência do direito e a filosofia, considerando-se que a filosofia do direito sempre foi referida com um tom de desprezo. [...] Creio, de modo confiante, que não é somente possível, mas também necessário e de grande utilidade a contemporização das

relações existentes entre o pequeno mundo da ciência jurídica e o grande mundo, o de um sistema filosófico universal. A vantagem que espero obter desse esforço e que acredito haver pessoalmente conseguido, ainda que minimamente, de qualquer sorte é a seguinte: se chegarmos a remanejar as oposições existentes no âmbito da ciência do direito às *oposições* gerais existentes entre as duas formas amplas de visão de mundo, essas oposições na construção jurídica deverão então adquirir um significado mais profundo. A confusão de teorias aparentemente desprovidas de quaisquer vínculos entre elas se dispõe segundo um plano superior, a saber, a consciência de um vínculo existente entre uma construção jurídica fundamental e o princípio geral de uma concepção possível do mundo, preservando contradições no interior do sistema jurídico estabelecido sobre essa mesma construção, uma vez que o princípio geral produz da mesma forma a linha diretriz das construções de *detalhe*, dentre as quais se reflete apenas uma das ideias fundamentais e decisivas. Em última análise, a certeza segundo a qual as contradições entre teorias jurídicas são contradições entre visões de mundo, permite também admitir-se o ponto de vista conciliador [...] que considera que as contradições em conflito são necessárias, que o ponto de vista pessoal não tem a única pretensão à validade e que a concepção oposta pode apresentar a mesma pretensão apenas se ela se desenvolve logicamente a partir da premissa contrária, à medida que somente a partir de uma tensão estável entre dois pólos distintos o progresso científico avança.⁴⁹

Algumas páginas mais acima, a respeito da questão dos métodos, Kelsen se posicionou como se segue, acerca do monismo e do dualismo:

Tratando-se do método propriamente dito, aqui só me resta introduzir meu ponto de partida, de onde busquei a solução para os problemas que me foram formulados. É aqui o local apropriado para evocá-lo, à medida que se trata de premissas fundamentais que, em última análise, enraízam-se em uma visão de mundo e tem por consequência um caráter subjetivo e indiscutível. Minhas investigações se situam sob o império de duas contradições essenciais que separam o ser e o dever-ser, conteúdo e forma. Eu estou absolutamente consciente do fato de que uma visão monista do mundo não reconhece nem o dualismo do ser e do dever-ser, nem o que lhe corresponde em termos de conteúdo e forma, não

49 KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 62 (grifo meu).

podendo mesmo reconhecê-los. Se, no entanto, eu considero as contradições de princípio e acredito dever renunciar a qualquer associação entre as categorias do ser e do dever-se, do conteúdo e da forma, em uma unidade superior que englobaria os dois conceitos antagonistas, eu não encontro senão uma outra resposta correta para justificar meu ponto de vista, a saber: eu não sou monista. Por muito insatisfatório que fosse para mim *constatar* a construção dualista da visão de mundo em meu pensamento, não vislumbro qualquer outro caminho que possa me conduzir para além da insuportável visão entre mim e o mundo, a alma e o corpo, o sujeito e o objeto, a forma e o conteúdo, sejam quais forem as palavras sob as quais a eterna dualidade se oculte.⁵⁰

O segundo exemplo será extraído de uma passagem da *Teoria Pura do Direito*, na segunda edição (alemã) de 1960, uma passagem que tem como título “Visão do direito e visão de mundo”, consagrada à relação entre o direito nacional e o direito internacional.⁵¹ Ao excluir a concepção dualista por ser teoricamente insustentável,⁵² Kelsen desenvolve o que designa sob o nome de *hipótese monista*: a operacionalização da relação jurídica pertinente entre o direito estatal e o direito

50 KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 54.

51 KELSEN, *RRL 2*, pp. 343-345; *TPD 2*, p. 332 *et seq.*, em que Eisenmann admite *Weltanschauung* como “filosofia geral”.

52 Aqui, “dualismo” se reporta a uma certa concepção de relações de sistema entre o direito nacional interno de um lado e, de outro, o direito internacional, mas não como o “dualismo” filosófico referido acima. O dualismo considera a relação entre o direito nacional e o direito internacional como uma relação entre dois sistemas de normas completamente distintas e independentes umas das outras, excluindo em especial a concepção segundo a qual o direito internacional seria um sistema de normas superiores às ordens jurídicas dos diversos Estados e que teria como tarefa agrupá-los e ordená-los em uma ordem universal única. Uma norma do direito internacional não pode ter validade na ordem interna, a menos que tenha sido incorporada por um ato que a valide nesse mesmo ordenamento (“transformação”). Para Kelsen, essa doutrina corresponde apenas à tradução do “dogma da soberania”. A partir da ideia de que a soberania somente significaria a sujeição da ordem jurídica nacional à única ordem jurídica internacional, com exclusão de qualquer outra, Kelsen adota e justifica uma posição “monista”. Cf. Kelsen, 2001, pp. 175-214 (p. 180 para a citação).

supra-estatal só é possível em um mesmo âmbito de validade, tendo como referência um modelo jurídico unitário, ou seja, de feição monista. Tal formulação, no entanto, não serve de solução para a questão seguinte, a saber, se tal unidade deve ser fundada no direito internacional – monismo sob a primazia do direito internacional – ou sobre o direito nacional – monismo com prevalência do direito nacional. Segundo Kelsen, do ponto de vista puramente teórico ambas as construções são equivalentes e igualmente plausíveis.⁵³ A decisão em favor de uma em detrimento da outra é uma questão de visão de mundo: a visão subjetivista do mundo tenderia a atribuir importância à ordem mais próxima, à ordem adequada e, portanto, ao direito nacional, ao passo que a visão objetivista do mundo, pelo seu viés tendencialmente universalista em relação às coisas, expressará uma preferência pelo primado do direito internacional.⁵⁴

O terceiro e último exemplo será tomado da conferência que Kelsen proferiu em 1928 diante da seção berlinense da *Kant – Gesellschaft: Os Fundamentos Filosóficos da Doutrina do Direito Natural e do Positivismo Jurídico*. Após haver apresentado as duas concepções pormenorizadamente, Kelsen expõe o que ele nomeia como os “fundamentos epistemológicos (metafísicos) e psicológicos”⁵⁵ das duas visões simultâneas de mundo, relacionando cada uma das duas modalidades a um “vínculo intrínseco” entre a visão de mundo e da vida de um homem e seu caráter.⁵⁶ Em seguida, ele relaciona alguns

53 KELSEN, *RRL* 2, p. 344 *et seq.* e *TPD* 2, p. 333 *et seq.*

54 KELSEN, *RRL* 2, p. 343 *et seq.* e *TPD* 2, p. 332.

55 KELSEN, 1928, pp. 41-78. A tradução francesa dessa obra por Valérie Faure está anexada a KELSEN, 1997, p. 435 *et seq.* Uma tradução em inglês do mesmo texto havia sido inserida em apêndice na *General Theory of Law and State* (New York, 1945). A tradução francesa citada foi elaborada diretamente a partir da obra original em língua alemã.

56 KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre*, p. 48.

tipos de caráter – no sentido do tipo ideal weberiano – e determinadas visões essenciais quanto à metafísica ou à crítica da metafísica. Ele conclui suas reflexões com a seguinte constatação: “A oposição entre essas duas orientações essenciais da ciência jurídica encontra-se enraizada nas profundidades últimas da visão de mundo e da natureza humana; trata-se de um conflito eterno de espíritos que jamais poderá ser normatizado”.⁵⁷

Apesar de sua diversidade, o que esses três exemplos têm em comum é que eles situam em certa medida a questão da visão de mundo ou do caráter no início e no fim do raciocínio científico. De início, essa questão contém – ou melhor, dever-se-ia dizer preferencialmente, fundamenta – as premissas e os axiomas, designando, seja como for, a razão verdadeira – que não é mais cientificamente justificável – de um pressuposto científico. E a seguir, essa mesma questão constitui-se no seu fim: reconstituindo-se pelo pensamento, repetindo-se desde os resultados, perpassando todas as deduções até às premissas, o discurso científico termina na questão da visão de mundo e do caráter. Para Kelsen – e tal esquema reconduz inteiramente às bases da controvérsia sobre o juízo de valor –, as posições últimas, incontornáveis e irreduzíveis, não teriam como ser criticadas sob um ponto de vista racional e científico. Não é possível solucioná-las por meio de uma decisão que pudesse pretender uma validade intersubjetiva.

5.2. Sobre os fatores epistemológicos e caracterológicos determinantes

As afinidades de visão de mundo, que são igualmente afinidades *epistemológicas* – uma vez que, no sentido ao

57 KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre*, p. 78.

qual se refere aqui, a noção de “visão de mundo” remete, em primeiro plano, a uma perspectiva epistemológica, ou seja, à questão de se saber como e por quais meios a convicção se forma quanto ao que pode ser objeto de cognição e como e por quais vias o conhecimento se perfaz – devem estar situadas em um outro nível, como as afinidades de *caráter*, que poderiam ser designadas enquanto afinidades *caracterológicas*.

6. Os paralelos epistemológicos de acordo com as concepções da democracia e da ciência do direito

As afinidades ou paralelos epistemológicos que se verificam entre as concepções kelsenianas sobre a democracia e a ciência do direito podem ser percebidos por meio de uma série de parâmetros, ainda que esses possam ser confirmados em parte e mesmo que o conjunto aqui citado não fosse considerado completo.

6.1. O relativismo axiológico como fundamento ideológico comum

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,⁵⁸ a qual funciona como elo decisivo entre a teoria jurídica e a teoria democrática em Kelsen.⁵⁹ Esse ponto é

58 Sobre as diferentes facetas do significado do relativismo axiológico, consultar o recente artigo de DREIER, 2009, pp. 13-31 (pp. 18-25).

59 KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?*, p. 10: “A resposta à questão sobre a hierarquia dos valores [...] deve ser inevitavelmente eliminada de diversas maneiras [...]. E minha própria resposta terá sempre o caráter de um julgamento de valor subjetivo e, portanto, puramente relativo”.

constantemente realçado pela pesquisa kelseniana – seja pelos adeptos ou pelos opositores e, a cada vez, de forma legítima⁶⁰ –, de modo que aqui podemos nos limitar a duas citações particularmente reveladoras: “Seja lá quem for que sustente que a verdade absoluta e os valores absolutos permanecem incessáveis ao conhecimento humano, deve não somente considerar sua opinião, mas também a de terceiros, a opinião contrária como possível. É a razão pela qual o *relativismo* é a visão de mundo que pressupõe a *ideia de democracia*”.⁶¹

Tratando-se, por outro lado, da teoria jurídica, a seguinte passagem, bem característica, por si só basta para confirmar o pensamento do autor: “qualquer conteúdo pode ser objeto do direito, e inexistente comportamento humano que, nessa condição, em razão de seu teor, fosse excluído e não pudesse se tornar conteúdo de uma norma jurídica”.⁶²

O preço a ser pago por um princípio relativista como esse consiste em que a concepção kelseniana da validade do direito (tendo em seu ápice, a norma fundamental) não pode mais ser enunciada como modalidade categórica do direito, mas apenas hipotética. Na teoria democrática, assim como na teoria jurídica, essa premissa de cunho relativista retoma o enigma do começo: naquela, a doutrina do poder constituinte do povo – que Kelsen desmascara como uma ideologia – nesta, a doutrina da norma fundamental, que substitui os ideologemas do direito natural, da teoria do poder, da teoria do conhecimento e de qualquer teoria naturalista ou sociológica.

60 Na literatura de língua alemã, citem-se aqui três monografias: DREIER, 2009, pp. 249-294; SCHNEIDER, 1996, *passim*; LANZ, 2007, pp. 69-81, 110-114, 129-140, 144-156 e 157-161.

61 KELSEN, *Wesen und Wert der Demokratie*, p. 101 (grifo do autor). Trad. francesa modificada, p. 92.

62 KELSEN, *RRL* 1, p. 74 e *TPD* 1, p. 114 (trad. modificada).

Esse relativismo axiológico, que constitui a afinidade decisiva entre as concepções kelsenianas da democracia e do direito (e, portanto, também da ciência do direito), encontra-se com parâmetros, que serão doravante mencionados, em uma relação de consubstancialidade: tal conceito não se identifica com tais parâmetros, mas se origina de uma única e mesma postura teórica.

6.2. Teorias da imanência e da coerência

A teoria jurídica de Kelsen e sua teoria da democracia podem ser classificadas em conjunto entre as concepções teóricas da imanência e da coerência. É preciso compreender esses dois tipos de concepções como aquilo a que Kelsen se refere como concepções “não metafísicas”.⁶³ Elas não se fundam sobre uma concepção da verdade-correspondência⁶⁴, sem aceitar, no entanto, que os princípios do sistema sejam princípios transcendentais em relação a esse mesmo sistema. Ao recusar verdades imutáveis e preestabelecidas ao sistema, tais teorias coexistem com os percalços imanentes ao sistema e por ele gerados. Na nomenclatura das teorias sistêmicas, eles podem ser caracterizados como sistemas operacionais fechados.⁶⁵ Em ambos os casos, nada há mais que possa ser produzido pelo sistema e no próprio sistema, conforme as condições que lhe são próprias. Ou reformulando-se o esquema: enunciados corretos só podem ser justificados de modo imanente ao sistema, ou seja, relativamente ao siste-

63 Por exemplo: KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre*, p. 44 e 61; RRL 1, p. 127 (“Um conhecimento livre de toda ideologia e, desse modo, liberto de qualquer metafísica ou mística [...]”), e TPD 1, p. 155 (trad. modificada).

64 A respeito da distinção entre teoria da verdade-correspondência e teoria da verdade-coerência, cf. RESCHER, 1986, pp. 307-319.

65 Cf. por todos LUHMANN, 1999, pp. 419-450.

ma e, portanto, no quadro estruturado por dado sistema, quer se trate da democracia ou do direito positivo. As duas concepções adaptam e internalizam, cada qual a seu modo, o princípio moderno e hobbesiano da política moderna: “*auctoritas, non veritas facit legem*”.⁶⁶

Na democracia, a vontade popular – ou, mais precisamente, a vontade da maioria – substitui a verdade: antes a maioria do que a verdade. De acordo com a democracia, tal como ela se concebe a partir da liberdade do indivíduo, não há resposta para a questão de Pilatos: *quid est veritas?* Por princípio, não se torna suscetível tal indagação de uma resposta que possa se impor de maneira autoritária.⁶⁷ No direito positivo é a validade que assume o lugar da verdade: antes a validade do que a verdade. O positivismo normativista que Kelsen defende prega uma concepção da validade que repousa sobre uma teoria de coerência: a validade, como forma específica de existência do direito e, por assim dizer, como jurisdicização do direito, é compreendida por Kelsen como pertencente à ordem jurídica ou, mais precisamente, como pertencendo a uma ordem jurídica determinada, uma pertinência concretizada exclusivamente pelas condições de produção das normas do direito positivo.⁶⁸ Trata-se da validade como sucedâneo da verdade. É, portanto, apenas uma qualidade relativa, ligada a um quadro concreto de referência, a saber, o que forma cada direito positivo.

66 HOBBS, 1670, p. 133.

67 KELSEN, *Wesen und Wert der Demokratie*, p. 100 *et seq.*, nota da p. 103 *et seq.* Tradução citada, p. 90 *et seq* e nota da p. 93 *et seq.*

68 Cf. em especial KELSEN, *RRL 2*, p. 196 *et seq.*, nota da p. 228 e 229 *et seq.*, *TPD 2*, p. 193 *et seq.*, notas da p. 224 e 235. Sobre essa questão, em detalhe, cf. DIAS, 2005, p. 220 *et seq.* e 248 *et seq.*

6.3. Voluntarismo e contingência

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.

A democracia não pode admitir uma ordem substancial que seja estabelecida previamente e que a vinculará. Bem ao contrário: a democracia emerge precisamente para produzir, por si mesma, conteúdos conformes a um procedimento prescrito. Assim, ela se torna tanto a expressão como a consequência dessa postura intuitiva: *stat pro ratione voluntas*. Mais uma vez: não são a verdade, nem a prudência ou a razão que decidem, mas a vontade, ou dizendo de outra forma, a maioria.⁶⁹ Assim, a democracia é momentânea, se realiza aqui e agora, ou seja, no ato atual da autodeterminação democrática. E nesse contexto, a justificação se faz acompanhar do sentimento de dever. Só o consenso concretiza essa experiência ou, mais exatamente, o consenso voluntário atual ou pelo menos um consenso que não tenha sido objeto de uma nova deliberação. Disso decorre uma relação estrutural no tempo presente do pensamento democrático que, de fato, não é facilmente mutável quando se trata de questões que afetam a justiça “entre gerações”. Mas se a democracia vive da realidade de uma adesão voluntária, da aceitação momentânea atual dos cidadãos, ela se vê então na contingência de organizar a contragosto a luta em face da adesão voluntária dos indivíduos tal como eles realmente são. Nesse espaço não há lugar para idealizações.⁷⁰

69 Sobre a justificação do princípio da maioria a partir da ideia de liberdade, cf. KELSEN, *Wesen und Wert der Demokratie*, pp. 53-68, nota da p. 55 (trad. citada, p. 57 *et seq.*).

70 Sobre esse contraste entre o ideal e a realidade social, precisamente como

Segundo a teoria pura do direito, qualquer conteúdo social pode ser alçado ao nível de norma jurídica.⁷¹ Teoricamente tudo é possível. Mas, ao mesmo tempo, nada é relevante para a prática senão o que tenha sido concretizado em ato, conforme as condições estabelecidas pelo direito positivo, a *lex lata* ou, ainda, o *ius positivum*. Apenas esse aspecto é considerado pela prática como pertinente ao direito. Um positivismo normativista não pode reconhecer validade – *i. e.*, existência jurídica – a outro conteúdo jurídico, nem a qualquer outra relação jurídica diferente das modalidades que se situam no plano do direito positivo, ou os conteúdos elevados ao patamar de direito por um comportamento humano que conduz à sua própria positivação (comando, proibição, permissão ou autorização). Nesse contexto, vale igualmente o princípio segundo o qual nada pode existir a não ser o que o próprio direito positivo produz. Conceber o direito positivo como obra exclusivamente humana implica a admissibilidade de uma teoria das normas crítica em relação à ideologia, no sentido de levar a sério os mecanismos de produção do direito efetivamente estabelecidos, assim como as manifestações volitivas de produção do direito realmente concretizadas pelos indivíduos que participam do processo de formação do direito. Os conteúdos e os objetos do direito positivo não são norteados por um dever-ser ideal, mas pelo dever-ser real, o que efetivamente se operacionaliza. Nesse sentido, impõe-se o princípio: *stat pro ratione voluntas*. Temos assim que criar um direito, como ciência jurídica, sem duplo fundamento. Não há qualquer possibilidade de se recorrer à natureza superior do direito posto ou à essência que seria inerente ao direito positivo, nem de se valer de dados jurí-

exemplo de democracia, cf. KELSEN, *Wesen und Wert der Demokratie*, p. 14 *et seq.*, 55 *et seq.* e *passim* (trad. citada, p. 25 *et seq.* e 58).

71 KELSEN, *RRL* 1, p. 74 e *TPD* 1, p. 114 (trad. modificada).

dicos essenciais ou da força dos objetos do direito.⁷² A teoria pura do direito conduz seu combate racional precisamente contra as conjeturas idealistas. A positivação do direito substitui a ideia de direito. É assim que esse processo assume a diversidade das normas de direito positivo que, em parte não sendo de todo desprezíveis, afiguram-se como caóticas e heterogêneas. Nesse diapasão, a teoria não se abriga sob o manto da unidade do ordenamento jurídico, uma unidade usualmente concebida como dotada de substância, assegurando pela força a ausência de contradição interna e a homogeneidade substancial de um sistema materialmente coerente. A unidade formal e procedimental das condições de produção (e de destruição) permitem por si mesmas interpretar um conjunto de elementos formativos de direito.

6.4. Positivismo e delimitação da política

Em relação ao que acaba de ser exposto, aduz-se o fato de que ambas concepções comungam de um espírito positivista e visam, de modo decisivo, a tornar possível e a delimitar a política considerada como agregação de possibilidades antagônicas. Vamos começar pelo segundo aspecto, que se refere à “delimitação” da política, para precisar suas condições e propósitos. Segundo a concepção kelseniana sobre democracia e direito, a política não é a expressão do que deveria ser, em si, evitado ou, em todo caso, rejeitado. Em nenhuma das duas teorias, democrática ou jurídica, tal concepção deixa de ser assimilada por essa atitude teórica, dotada de superioridade infinita frequentemente utilizada.

72 No que tange ao combate que Kelsen trava contra o “deslocamento do objeto de conhecimento” – típico de todas as doutrinas do direito natural – que se exprime particularmente na teoria da representação-reprodução, cf. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre*, p. 41 *et seq.* e 43 *et seq.* (p. 43: “o fenômeno singular do desdobramento do objeto”).

Aberta e jamais fechada, fluida e insubmissa, a política não chega a ser desprezada como forma de ordem insuficiente, nem relacionada com o contexto social. Muito pelo contrário: as duas teorias a relevam como ponto comum e central de cristalização em que se constitui a comunidade no contexto dos modernos.⁷³ Compreendida como conflito de interesses vinculados ao bem comum, a política somente consegue identificar condições que lhe sejam mais favoráveis na experiência parlamentar de governo e no sistema partidário que a caracteriza. E, no conjunto das concepções de direito e de sua respectiva institucionalização, dificilmente encontrar-se-ia uma modalidade de concepção que pudesse conferir à política, assimilada como uma realidade ainda não estabelecida pelo direito, um lugar de realce. Avançando o dualismo pretensamente substancial e inerente à própria estrutura do direito entre criação e aplicação, a política identifica em todo ato criador do direito – quer se trate de uma norma eventualmente constitucional ou oriunda de um regulamento, de uma sentença judicial ou de um ato administrativo individual – um espaço livre de apreciação política, um espaço que não está completamente determinado pelo direito aplicável. Todo agente que produz normas – seja o legislador, um órgão do poder executivo, pessoas públicas ou privadas – dispõe de uma margem mais ou menos considerável de discricionariedade no processo de criação do direito.⁷⁴ Em consequência, a autonomia política não constitui nesse contexto uma exceção à regra, mas, ao contrário, a regra sem exceção.

73 Sobre esse ponto, cf. SEINECKE, Ralf, *Richtige Reinheit oer reine Richtigkeit? Rechtslehren nach Hans Kelsen und Larenz*, 2010, pp. 279-287.

74 KELSEN, *RRL* 2, p. 239 *et seq.*, 242 *et seq.* (a respeito da produção do direito pela jurisprudência), 261 *et seq.* (com relação à criação do direito pelos atos jurídicos privados) e 266 *et seq.* (com relação à criação do direito pelos atos administrativos); *TPD* 2, p. 235 *et seq.*, 237 *et seq.*, 254 *et seq.* e 259 *et seq.*

A concepção moderna, fundada sobre o modelo da divisão de trabalho na democracia, é também positivista no sentido segundo o qual as obrigações que ela impõe valem somente na medida do direito positivo, ou seja, no direito criado por indivíduos reais – em última instância, pelo povo como sujeito da legitimidade democrática – segundo os procedimentos e mecanismos estabelecidos para esse fim pelos indivíduos reais. Graças ao caráter formal e procedimental da democracia, somente serão válidas e obrigatórias no processo de formação da vontade estatal as decisões que observem as regras de criação do direito previamente estabelecidas pelo sistema de separação de poderes.

Assim, conforme as perspectivas teóricas e práticas da ciência jurídica criticadas por Kelsen, aquilo que é compreendido e manejado como um conceito praticamente imutável, preexistente ao direito positivo ou pelo menos inerente a esse mesmo direito, como um conceito jurídico essencial (*Rechtswesensbegriff*) e, nesse sentido, *a priori* e absoluto, não pode mais valer à luz da teoria pura do direito senão como um simples conceito jurídico *material* de natureza contingente (*Rechtssinhaltsbegriff*).⁷⁵ Em face de um conceito substancial considerado como um princípio independente da própria forma do direito positivo, Kelsen opõe a ideia de um conceito relacional dependente da ordem jurídica. Desse modo, o conteúdo concreto de uma noção ou, mais exatamente, de uma instituição jurídica se situa em um grau de dependência estrita e exclusiva com relação à forma e ao teor de dado direito positivo. É assim que ideias e categorias tão decisivas como, por exemplo, a validade jurídica, a subjetividade jurídica ou ainda a capacidade jurídica são desmistificadas, do mesmo

75 Sobre a distinção entre conceitos jurídicos essenciais e conceitos jurídicos materiais, cf. SOMLÓ, 1917, p. 26 *et seq.*; KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, p. 18 *et seq.* e 375; MERKL, 1927, p. 290 *et seq.*

modo que a soberania estatal e o número considerável de dualismos estruturantes da disciplina jurídica: Direito Privado e Direito Público, direito objetivo e direito subjetivo, direito nacional e direito internacional, Estado e direito, e criação e aplicação do direito.⁷⁶ Mais do que a substância “tenaz” e previsível, vem à tona uma relação “flexível” e frágil. Enunciados seguros, ou seja, cientificamente válidos sobre tais fenômenos assim “reduzidos” só passarão a ser fixados no âmbito de um ordenamento jurídico concreto e em função dos critérios conferidos por esse mesmo sistema. Com efeito, tais enunciados não se definem em sua substância anterior a qualquer ordenamento jurídico; ao contrário, provêm das relações determinadas pelo direito positivo de que derivam seu peso, seu conteúdo e sua função, devendo, portanto, ser determinados de modo imanente e relativo a dada ordem jurídica. O critério determinante do conhecimento e da validade se dá na “relação à regra de direito”.⁷⁷

6.5. Formalismo e procedimentalismo

Last but not least: 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 receber

76 Sobre a desmistificação dos dualismos estruturantes da ciência jurídica tradicional, concebidos como inerentes à essência mesma do direito, cf.: *RRL 2*, p. 130 *et seq.* (dualismo do direito objetivo e subjetivo; *TPD 2*, p. 132 *et seq.*), p. 239 *et seq.*, 242 *et seq.*, 266 *et seq.* (dualismo da criação e da aplicação do direito; *TPD 2*, p. 235 *et seq.*, 237 *et seq.*, 259 *et seq.*) p. 284 *et seq.* (dualismo do Direito Público e do Direito Privado; *TPD 2*, p. 276 *et seq.*), p. 288 *et seq.* (dualismo do Estado e do direito; *TPD 2*, p. 280 *et seq.*), p. 328 *et seq.* (dualismo do direito nacional e internacional; *TPD 2*, p. 318 *et seq.*).

77 Cf. por todos KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 641.

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.

A democracia é uma *forma* de dominação, um método de justificação da dominação pelo procedimento. Ela não se caracteriza por certos conteúdos, mas por certas relações específicas entre atores sociais, seja no processo decisório, de acordo com a vontade expressa da maioria conforme a devida forma, seja no processo de legitimação, no sentido de reconstruir toda a cadeia democrática de habilitação e legitimação. A legitimação democrática é formal e procedimental como legitimação por *input*, não buscando seu potencial de persuasão na qualidade de *output*, nem sequer de *outcome*, mas no modo pela qual a decisão é tomada: a legitimação se dá, portanto, pelo procedimento.⁷⁸ Desse modo, a democracia não se confundiria com a demoscopia – por muito bem fundamentada cientificamente que ela fosse –, tampouco com o que se chegou a denominar no século XIX como “espírito popular”.⁷⁹ Na democracia, a simples referência à *auctoritas* não basta: nesse modelo deve-se agir constituindo os mecanismos volitivos segundo padrões de procedimentos, modelos de fixação da manifestação da vontade política estabelecidas pelo direito. A maioria democrática não é um *brutum factum* que se encontra isolada e desorganizada,

78 LUHMANN, 2001.

79 Cf. PUCHTA, 1828, p. 166: “Uma opinião jurídica não pertence ao direito se nele não se fundamenta cientificamente, ou seja, se ela não é verdadeira. Para sê-lo, deve ser integrada ao sistema, ou seja, fundar-se precisamente em seu conteúdo e ser conforme ao espírito do povo”. Sobre Puchta (1798-1846), o mais importante discípulo de Friedrich Carl von Savigny e um dos diretores da “escola histórica do direito”, cf. JOUANJAN, 2005, nota da p. 40 *et seq.* e 173 *et seq.*

simplesmente visível, nem uma vontade coletiva latente que possa ser enunciada simplesmente por meio de um ato de reconhecimento.⁸⁰ Diversamente, a vontade majoritária é o resultado de um modo organizado de formação da vontade que resulta de disposições procedimentais e formais do direito positivo.

Para a ciência jurídica kelseniana – quer dizer, para uma ciência jurídica cujo objeto é o direito positivo⁸¹ –, Kelsen não se cansa de repetir o mantra: trata-se de uma “disciplina formal”.⁸² Para se concatenar com o que até então foi dito a propósito da teoria jurídica da relatividade, pretendendo se liberar do elemento relativo à especificidade do direito positivo, tal concepção de ciência só pode comprovar a validade da norma, evidenciando a “relação à regra de direito”, expondo, em outros termos, a cadeia dedutiva de norma a norma. Isso quer dizer que essa relação – desde que se adote uma visão dinâmica do sistema jurídico a partir de

80 É preciso relembrar nesse contexto a polêmica tão vivaz quanto brilhante que Kelsen sustentou contra a representação de uma vontade real-psíquica do Estado: KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pp. 272-300.

81 KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 55 (prefácio).

82 Cf. principalmente: KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 56 et seq. (prefácio), 127 et seq., 181 et seq., 186, 198, 321, 395, 400, 405 e 490 et seq., (p. 57 et seq.: “Se eu puder precisar [...] meu ponto de vista nesse sentido com o auxílio das palavras de Max Weber, a especificidade do objetivo do conhecimento que preside meu trabalho reside no fato de que tal concepção não deve ultrapassar o nível de uma consideração meramente formal das normas jurídicas porque, em minha perspectiva, a essência mesma da inferência formal-normativa da ciência jurídica circunscreve-se totalmente à essa restrição”). Cf. também KELSEN, *Die Rechtswissenschaft als Norm oder als Kulturwissenschaft* (1916) em *HKW III*, 2010, pp. 551-605 (p. 590 et seq.). “Se uma ciência que, em toda consciência de seus limites intransponíveis, se recusa a resolver problemas que não podem ser solucionados com o auxílio de meios específicos da ciência, se uma tal ciência é formalista, então ser formalista significa o mesmo que ser honesto, não querer enganar nem a si mesmo e nem a outrem. E, nessas condições, a teoria pura do direito aceita de bom grado a crítica de ser ‘formalista’” (KELSEN, *Was ist die reine Rechtslehre?*, p. 161).

uma perspectiva que considere o modo de produção das normas – revela-se formal e procedimental.⁸³ As condições de conteúdo fixadas pelo direito só existem no âmbito do sistema de criação do direito constituído a partir de formas e procedimentos. Em consequência, a validade não se revela por meio de um enclausuramento estático de normas, como é representado na caricatura atribuída a esse modelo pela concepção lógico-dedutiva da aplicação – a célebre imagem de um autônomo da subsunção, o *Subsumtionsautomat* de Max Weber –, mas por meio de uma sucessão de atos volitivos procedimentalmente determinados. A doutrina conhecida como *Fehlerkalkül*⁸⁴ o demonstra claramente: um sistema jurídico deve contar com erros de interpretação. Embora os imperativos de não contradição substancial sejam potencialmente violáveis – quando, por exemplo, ocorre a violação de um direito fundamental –, dispositivos considerados independentemente da forma pela qual se manifestam – como a lei em sentido estrito, o ato administrativo e a sentença judicial – não deixarão de ser válidos, a menos que haja uma regra de pré-exclusão por via de procedimentos e institutos jurídicos que venham a eliminar a violação de uma norma devido a um ato errôneo decorrente da interpretação e da aplicação do direito.

83 Sobre a visão dinâmica do direito, cf. especialmente: *RRL 2*, p. 72 *et seq.*, 196 *et seq.*, 239 *e et seq.* (*TPD 2*, p. 78 *et seq.*, 193 *et seq.* e 235 *et seq.*). Cf. também LIPPOLD, 2000.

84 A doutrina do *Fehlerkalkül* que se encontra na obra de Kelsen foi inicialmente desenvolvida pelo mais importante de seus discípulos, Adolf Julius Merkl. De acordo com a definição formulada por Merkl, o *Fehlerkalkül* remete à disposição de direito positivo que torna juridicamente possível a imputação ao Estado dos atos que não atendem às condições impostas pelo direito positivo em seu enunciado e, pois, à sua validade, mas que autoriza o reconhecimento desses atos, malgrado tal insuficiência, como direito (MERKL, 1923, p. 293). Cf. também MERKL, 1923, p. 191 *et seq.*, especialmente p. 196.

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.

6.6. Reduccionismo autocrítico: a medida humana

À medida que essas duas teorias não evocam a transcendência ou a *ideia*, nem a essência ou a verdade, contentando-se com deveres relativos e mutáveis que se associam a possibilidades jurídicas contingentes, elas manifestam um viés de reduccionismo intencionalmente autocrítico. A partir de então, elas se apresentam como concepções articuladas conforme a medida do homem – *homo mensura* – que se vinculam à condição do homem real e não à do homem ideal, nem à de um novo homem. Essas teorias consideram o homem por sua capacidade limitada de conhecimento e em face da diversidade de suas visões de mundo, interpretando, com total consciência desse relativismo, os macrofenômenos sociais que são a democracia e o direito,⁸⁵ ao mesmo tempo

85 Kelsen insiste particularmente nesse ponto quando do exame da questão de se saber se há lacunas no direito, questão a que ele responde, *in fine*, pela negativa. Ele responde à questão de forma lapidar. “A lei dispõe nesse caso acerca de qualquer coisa que é absurda. Mas uma vez que a lei é uma obra humana, tal hipótese não está excluída. A lei pode também ter um conteúdo desprovido de sentido. Com efeito, não se pode ir buscar em uma norma, por meio de interpretação, o que não lhe corresponde como conteúdo” (KELSEN, *RRL* 1, p. 114 e *TPD* 1, p. 145, trad. modificada. No mesmo sentido, mas eliminando-se as duas últimas frases: KELSEN, *RRL* 2, p. 255

em que insistem na responsabilidade do ser humano, considerado assim a medida de todas as coisas.⁸⁶

7. Paralelos característicos entre as concepções de democracia e de ciência do direito

Ainda há tempo para se registrar algumas observações em relação ao tema das afinidades de caráter entre as duas teorias, ou seja, suas afinidades caracterológicas. A relação entre a visão de mundo e o caráter humano ocupou muitas vezes o pensamento do próprio Kelsen. Com relação a esse fato, Kelsen era um homem totalmente contextualizado no ambiente social de sua época. Ligado por relações de amizade com o autor particularmente misterioso da obra *Sexe et Caractère*, Otto Weininger,⁸⁷ que aos 23 anos de idade espetacularizou seu suicídio, atraído pela Psicanálise que acabara de ser fundada em Viena por Sigmund Freud,⁸⁸ e ainda

e TPD 2, p. 249). Sobre esse ponto, cf. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie*, p. 227, 242 e 245 et seq.

86 De maneira mais clara: KELSEN, *Foundations of Democracy em Verteidigung der Demokratie*, pp. 248-385 (p. 304, nota 70): “A relativistic value theory does not deny the existence of a moral order and, therefore, is not – as it is sometimes maintained – incompatible with moral or legal responsibility. It denies that there exists only one such order that alone may claim to be recognized as valid and, hence, as universally applicable. It asserts that there are several moral orders quite different from one another, and that consequently a choice must be made among them. Thus relativism imposes upon the individual the difficult task of deciding for himself what is right and what is wrong. This, of course, implies a very serious responsibility, the most serious moral responsibility a man can assume. Positivist relativism means: moral autonomy”.

87 Cf. WEININGER, 1903. (Trad. francesa de D. Renaud, *Sexe et caractère*, Lausanne: L'Âge d'homme, 1989). Sobre a relação de Kelsen e Weininger, cf. KELSEN, *Autobiographie* (1947) e HKW I, pp. 29-91 (p. 35).

88 Cf., por exemplo, FREUD, 1921 e 1923 (trad. francesa desses dois ensaios em FREUD, 2003) e 1938 (trad. francesa em FREUD, 2001). Kelsen dedicou à psicanálise os seguintes escritos: *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse e Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse*.

impressionado pelos estudos caracterológicos lançados sob o título *Personnalité et Vision du Monde*, cujo autor, Richard Müller-Freienfels, tinha praticamente a mesma idade que a sua, Kelsen, imbuído de uma sensibilidade que se manifesta por uma fibra caracterológica, passa a expressá-la em numerosos escritos de sua lavra, quer no campo da teoria política, da filosofia social ou da teoria do direito.⁸⁹

Eu me limitarei a assinalar o que, sob o meu ponto de vista, afigura-se como mais impactante. Com base em ambas concepções – a teoria da democracia e a do direito positivo –, enuncia-se no jusfilósofo uma capacidade de manter distância em relação a si e às próprias paixões, de modo a se sujeitar totalmente ao objeto. O próprio Kelsen, empregando de modo pleno a gramática da objetividade e da neutralidade axiológica, insiste sobre o aspecto da “linguagem insensível da ciência”.⁹⁰ Outros autores confirmam que ele dissecava e analisava os fenômenos jurídicos e as construções da ciência do direito “com a frieza e a precisão de um patologista”.⁹¹ A observação parece-me plausível, mas não traduz correta-

89 Cf. especialmente as seguintes obras de Kelsen: *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre*, p. 41 et seq.; *Wesen und Wert der Demokratie*, p. 101 et seq. (tradução citada, p. 92 et seq.); *Staatsform und Weltanschauung*, 1933; *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, 1941; *RRL* 2, p. 343 et seq. e 355 et seq.; *TPD* 2, p. 332 et seq. As páginas 355 et seq. da edição austríaca fazem remissão ao “suplemento” intitulado *Das Problem der Gerechtigkeit (O problema da justiça)* que Eisenmann infelizmente não traduziu para a edição francesa.

90 KELSEN, *Staatsform und Weltanschauung*, p. 6.

91 Segundo ADOMEIT, Klaus. *Hans Kelsen (Nachruf)*. Em: *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Rechtsinformatik, Kommunikationsforschung, Normen – und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts*, v. 4, 1973, p. 129 et seq. (p. 130). Cf. também: KIMEL, Hans. *Die Aktualität Kelsens* em *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 47, 1961, pp. 289-299 (p. 290), onde se elogia “a solidez cristalina desse frio lampejo intelectual tão fascinante”, que se encontra principalmente na primeira edição da *Reine Rechtslehre* de 1934 e nas *Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* de 1928.

mente o principal traço de caráter que se encontra na base dessa maneira de atuar. Simplificando consideravelmente, e levando em conta os limites da minha própria competência em sede de estudos sobre o caráter humano, eu qualificaria esse perfil como o de um jogador que sabe ser um bom perdedor e que considera – ressaltando-se as condições do jogo e as circunstâncias que permitem sua continuidade – o respeito às regras do jogo mais importante do que o resultado concreto desse jogo.

Em se tratando tanto da democracia como do direito positivo, Kelsen se atém a um sistema institucional, formal e procedimental aberto à implementação de conteúdos imprevisíveis e a valores exógenos inopinados. O “jogo” que consiste em impor valores dotados de força obrigatória é aberto e livre e, por isso, passível de perda. Somente as *regras do jogo* – quer dizer, com base no léxico kelseniano, as “propriedades intrínsecas” (*Eigengesetzlichkeit*) do sistema – são estritas e não negociáveis, nunca a finalidade do jogo. Defender essas regras significa defender a sinceridade do resultado, tendo consciência do risco da perda.⁹²

Entretanto, é preciso acrescentar uma última observação: essa atitude que se expressa pela capacidade de poder perder não se confunde com sintomas de inércia diante da necessidade de firmar posicionamentos sobre os conteúdos normativos, seja como manifestação de ausência de empatia ou ainda como fragilidade emocional constitutiva. Ao con-

92 O próprio Kelsen considera que a “disposição fundamental desse caráter” se funda em uma “resignação nobilitante, uma resignação que não provém nem de uma fragilidade constitutiva e, tampouco, de uma flexibilidade que lhe estaria associada [Tratar-se-ia de uma autodescrição inconsciente?]. Trata-se apenas da resolução pela qual se encara o mundo *como ele é*, enfrentando-o com coragem, apesar de todo sofrimento que ele acarreta. [...] À medida que se procura encarar o mundo, ele se torna igualmente suportável” (KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre*, p. 57).

trário, tal atitude é a expressão da lealdade consubstancial ao relativismo axiológico e ao pragmatismo dele resultante, correspondendo ao preço inevitável a ser pago em nome da autonomia moral do indivíduo que Kelsen tentou elevar.

8. Epílogo: o positivismo normativista como a visão de mundo mais apropriada à democracia

Em sequência ao esquema exposto sobre as afinidades entre as concepções kelsenianas de ciência jurídica e democracia, convém salientar a ausência de qualquer pretensão – ponto sobre o qual é preciso insistir – de termos apresentado de modo exaustivo o conjunto das relações e interações entre essas duas vertentes. Tampouco seria propício afirmar que tal conexão, que se tornou visível nesta proposta, assume sob todos os aspectos um caráter de necessidade. As reflexões precedentes equivalem apenas a exemplos e a ilustrações, permanecendo, nessa medida, como dados parciais: qualquer que fosse a tentativa de um novo enfoque sobre esse assunto, deveria ser ainda concretizada.

Em que pese esses limites, as relações analisadas são suficientemente impactantes e numerosas para que se reduzam a simples coincidências fortuitas, razão pela qual merecem um exame aprofundado. Tomando-se todas as precauções necessárias, é possível estabelecer um balanço como se segue, adotando-se ambas as vertentes, ou seja, concentrando-se inicialmente a tônica na teoria do direito e depois na teoria da democracia.

Concebe-se a teoria pura do direito como a teoria de um “positivismo jurídico eficaz”,⁹³ que em uma outra passa-

93 KELSEN, *RRL* 1, p. 136 e *TPD* 1, p. 162 (trad. modificada).

gem Kelsen qualifica de “positivismo jurídico crítico”: “Uma teoria do direito positivo consciente de seus pressupostos e de seus limites”.⁹⁴ Portanto, ela não tem a pretensão de se apresentar como a teoria jurídica de determinado direito, de uma ordem jurídica concreta, sendo somente capaz de produzir enunciados sobre o direito de certo tipo de regime político e de governo, a saber, o regime parlamentar e democrático. Todavia, ela também é capaz de alinhar os instrumentos necessários para a descrição e a análise do direito positivo como tal e em geral.⁹⁵ Não obstante, sua relação com as ordens jurídicas – como teoria que é, sendo assim capaz de analisá-las – não a torna equidistante de seu objeto. Sem dúvida, um ordenamento jurídico que, sob a óptica dos critérios do Estado constitucional moderno e liberal, possa ser configurado como não liberal, não republicano e não democrático, pode ser descrito como “direito” à luz da teoria pura. Essa é precisamente uma das vantagens que não se deve subestimar em relação à formulação do conceito de ciência jurídica concebida sobre as bases do relativismo axiológico, não assimilando, por conseguinte, pura e simplesmente – como teoria jurídica da relatividade que é – um “direito injusto” (*Unrecht*) a um “não direito” (*Nicht-Recht*). No entanto, em razão da crítica à ideologia e da perspectiva analítica que são constitutivas de seus fundamentos, a teoria pura permanecerá sempre alheia a uma ordem jurídica que não vise à liberdade e à democracia e que seja construída sobre uma verdade absoluta e uma

94 KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre*, p. 67.

95 As primeiras linhas da *Teoria Pura do Direito* são programáticas: “A teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo, do direito positivo em geral, sem outra especificação: ela não corresponde à teoria jurídica de uma ordem jurídica determinada, ela não tem por objeto a interpretação desse ou daquele conjunto de normas jurídicas, nacionais ou internacionais” (KELSEN, *RRL* 1, p. 15; *TPD* 1, p. 17; *RRL* 2, p. 1 e *TPD* 2, p. 9).

doutrina temporal do bem. Sob a óptica da teoria pura, tal ordem jurídica não será nada mais que um ponto de vista extremo que talvez manifeste algum interesse, mas a teoria kelseniana nunca acederá à própria manutenção do sistema, abandonando qualquer pretensão à verdade. Diversamente, em se tratando de ordens jurídicas modernas e complexas, a teoria pura não oportuniza um clima de angústias ou de sentimentos de estranheza. A teoria pura – como nenhuma outra talvez – deve ser compreendida diretamente a partir de um ponto de vista interno.

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.”⁹⁶ Horst Dreier formulou essa ideia 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”.⁹⁷

Ambas as considerações não surpreenderiam. Elas nascem do vínculo devido à ideia tão radicalmente vivificada pela teoria pura segundo a qual toda visão de mundo vincula-se a um ponto de vista e a determinado contexto. Portanto, toda visão de mundo – inclusive a ciência como visão de mundo – é e permanece *relativa*.

96 DREIER, *Rechtlehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie*, p. 281.

97 DREIER, *Rechtlehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie*, p. 286.

Referências

CASSIRER, Ernst. Substanzbegriff und Funktionsbegriff: Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik. In: *Gesammelte Werke*. Band 6. Hamburg: Meiner, 2001.

CASSIRER, Ernst. *Zur Einsteinschen relativitätstheorie: Erkenntnistheoretische betrachtungen*. Berlin, 1921.

CASSIRER, Ernst. *Zur Einsteinschen Relativitätstheorie: Erkenntnistheoretische betrachtungen*. In: *Gesammelte Werke*. Band 10. Hamburg: Meiner, 2001.

COHEN, Hermann. *Ethik des reinen Willens*. Berlin, 1904.

DAVIDSON, Donald. A coherence theory of truth and knowledge. In: LEPORE, Ernest (org.). *Truth and interpretation: perspectives on the philosophy of Donald Davidson*. Oxford: Blackwell, pp. 307-319, 1986.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Rechtspositivismus und Rechtstheorie: Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

DREIER, Horst. Hans Kelsen's Wissenschaftsprogramm. In: SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (org.). *Die Verwaltung*. Beiheft 7: Staatsrechtslehre als Wissenschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

DREIER, Horst. Joh 18, Wertrelativismus und Demokratietheorie. In: WALTER, Robert; ZELNY, Klaus. (orgs.). *Reflexionen über Recht und Demokratie*. Wien: Manz, pp. 13-31, 2009.

DREIER, Horst. *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 1990.

EBENSTEIN, William. *The pure theory of law: demytholo-*

gizing legal thought. In: *California Law Review*, v. 59, pp. 617-652, 1971.

FREUD, Sigmund. *Abrégé de psychanalyse*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

FREUD, Sigmund. *Abriss der Psychoanalyse*. Frankfurt: Fischer, 1938.

FREUD, Sigmund. *Das Ich und das Es*. Wien: Internationaler Psycho-analytischer, 1923.

FREUD, Sigmund. *Massenpsychologie und Ich-Analyse*. Wien: Internationaler Psychoanalytischer, 1921.

FREUD, Sigmund. *Oeuvres complètes: Psychanalyse*. Vol. 16. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviathan, sive de materia, forma et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*. Amstelodami: Blaev, 1670.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. ed. Berlin: O. Häring, 1914.

JELLINEK, George. *L'état moderne et son droit. Deuxième partie: Théorie juridique de l'État*. Trad. Georges Fardis. Paris: Panthéon-Assas, 2005.

JESTAEDT, Matthias. *Das mag in der Theorierichtigkeitsein: Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

JOUANJAN, Olivier. *L'esprit de l'école historique du droit*. In : *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, n. 7, 2004.

JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer, 1925.

KELSEN, Hans. *Aufsätze zur Ideologiekritik*. Ed. Ernst Topitsch. Neuwied am Rhein: Hermann Luchterhand, 1964.

KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1920.

KELSEN, Hans. Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse. In: *Imago: Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften*, v. 8, 1922.

KELSEN, Hans. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1922.

KELSEN, Hans. Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse. In: STORFER, A. J. (org.). *Almanach für das Jahr*. Wien: Internationaler Psychoanalytischer, 1927.

KELSEN, Hans. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*. Charlottenburg: Pan, 1928.

KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1923.

KELSEN, Hans. *La Démocratie: sa nature, sa valeur*. Trad. Charles Eisenmann. 2. ed. Paris: Economica, 1988.

KELSEN, Hans. *La Démocratie: sa nature, sa valeur*. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Dalloz, 2004.

KELSEN, Hans. La transformation du droit international en droit interne. In: LEBEN, Charles. (org.). *Écrits français de droit international*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

KELSEN, Hans. *Théorie générale des normes*. Trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

KELSEN, Hans. Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt (1914). In: JESTAEDT, Matthias (org.), *Hans Kelsen Werke*. Vol. III (1911-1917). Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 439-531, 2011.

KELSEN, Hans. Verteidigung der Demokratie (1932). In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (orgs.) *Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1920.

KELSEN, Hans. Was ist die Reine Rechtslehre? In: IMBODEN, Max (org.). *Demokratie und Rechtsstaat: Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti*. Zürich: Polygraphischer, 1953.

KELSEN, Hans. *Was ist Gerechtigkeit?* Wien: Deuticke, 1953.

KELSEN, Hans. Wissenschaft und Demokratie (1937). In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (orgs.) *Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

LANZ, Brigitte. *Positivismus, Wertrelativismus und Demokratie bei Hans Kelsen*. Berlin: Winter-Industries, 2007.

LIPPOLD, Rainer. *Recht und Ordnung: Statik und Dynamik der Rechtsordnung*. Wien: Manz, 2000.

LUHMANN, Niklas. *La legitimation par la procédure*. Trad. Lukas S. Sosoe. Paris: Cerf, 2001.

LUHMANN, Niklas. Selbstreflexion des Rechtssystems. Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive. In:

LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Berlin: Suhrkamp, pp. 419-450, 1999.

MERKL, Adolf Julius. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin: Springer, 1927.

MERKL, Adolf Julius. *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*. Wien: Franz Deuticke, 1923.

PAULSON, Stanley. Faktum/Wert-Distinktion: Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Kelsen als Neukantianer. In: ALEXY, Robert; MEYER, Lukas; PAULSON, Stanley L.; SPRENGER, Gerhard. *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Baden-Baden: Nomos, 2002.

PIEPER, Annemarie. Werturteil, Werturteilsstreit (I). In: RITTER, Joachim; GRÜNDER, Karlfried; GABRIEL, Gottfried (orgs.). *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Vol. 12. Basel: Schwabe, pp. 614-619, 2004.

PUCHTA, Georg Friedrich. *Das Gewohnheitsrecht*. Band 1. Erlanger: Palm, 1828.

RESCHER, Nicholas. *The coherence theory of truth*. Oxford: Clarendon, 1973.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale*. Paris: Payot, 1916.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. 2. ed. Berlin: Springer, 2006.

SCHNEIDER, Wilfried. *Wissenschaftliche Askese und latente Wertepreferenz bei Hans Kelsen*. Freiburg: Freiburger Universität, 1996.

SEINECKE, Ralf. Richtige Reinheit or reine Richtigkeit? Rechtslehren nach Hans Kelsen und Karl Larenz. In: *Juristenzeitung*, vol. 65, pp. 279-287, 2010.

SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*. Leipzig: Felix Meiner, 1917.

STOLLEIS, Michael. *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre: ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?* Stuttgart: Steiner, 2001.

TOPITSCH, Ernst. Kelsen und die Ideologien. In: *Forum*, 1961.

WEBER, Max. Der Sinn der "Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften. In: *Logos: Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, v. 7, pp. 40-88, 1917-1918.

WEBER, Max. Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis. In: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, v. 19, 1904.

WEBER, Max. Essai sur le sens de la "neutralité axiologique" dans les sciences sociologiques et économiques. In: WEBER, Max. *Essais sur la théorie de la science*. Trad. Julien Freund. Paris: Plon, 1965.

WEBER, Max. L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociales. In: WEBER, Max. *Essais sur la théorie de la science*. Trad. Julien Freund. Paris: Plon, 1965.

WEBER, Max. Wissenschaft als Beruf. In: WEBER, Max. *Werke*. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 71-111, 1992.

WEININGER, Otto. *Sexe et caractère*. Trad. D. Renaud. Lausanne: L'Âge d'Homme, 1989.

*Recebido em 19/04/2013.
Aprovado em 10/05/2013.*

Matthias Jestaedt

Universität Albert-Ludwigs Universität

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Freiburg, D – 79085 – Brsg

DEUTSCHLAND

E-mail: matthias.jestaedt@jura.uni-freiburg.de

