

Hans Kelsen

Filosofia jurídica e democracia

CAIO HENRIQUE LOPES RAMIRO

LUIZ HENRIQUE MARTIM HERRERA

Sumário

Introdução. 1. Hans Kelsen: a afirmação do positivismo jurídico normativista. 2. A gênese do pensamento de Hans Kelsen e a formação do conhecimento jurídico: o positivismo jurídico caricaturado. 3. Com o positivismo jurídico em defesa da democracia: considerações sobre o *reductio ad Hitlerum*. Considerações finais.

Introdução

Caio Henrique Lopes Ramiro é professor; advogado; mestre em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM – Marília/SP); especialista em Filosofia Política e Jurídica (Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR).

Luiz Henrique Martim Herrera é advogado e professor universitário; mestre em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM); especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea: aspectos éticos e políticos (UEL) e em Filosofia Política e Jurídica (UEL); pós-graduando em Antropologia (USC).

O presente trabalho pretende investigar as possibilidades do pensamento de Hans Kelsen, em especial aspectos de sua filosofia jurídica ligados à *Teoria Pura do Direito*, isto é, da sua proposta normativista e, naquilo que for possível, com o exame de seu pensamento político. Para tanto, a metodologia empregada foi o exame hermenêutico das obras que o jusfilósofo tcheco dedica ao tema; procedeu-se à análise e à interpretação de textos de literatura primária e de apoio, com base numa revisão bibliográfica que levou em consideração as fontes históricas e teóricas de Kelsen, bem como o diálogo crítico com seus interlocutores.

No primeiro movimento do texto, revisitou-se o momento histórico em que Kelsen se insere e constrói sua reflexão. O segundo movimento objetiva apresentar as linhas de força do pensamento kelseniano em cotejo com as mais variadas críticas destinadas à teoria jurídica desenvolvida pelo autor, com destaque para aquelas destituídas de uma epistemologia responsável – ao que chamamos de “caricaturais” –, que demonstram, no mínimo, má-fé e ignorância, como afirma Juan Amado.

Por fim, com a pretensão de uma leitura para além da *Teoria Pura do Direito*, buscou-se uma análise da crítica a Kelsen conhecida por

reductio ad Hitlerum, o que nos parece ser desdobramento lógico das críticas infundadas, ao ponto de se promover, sem qualquer razão, uma relação de Kelsen com as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Ver-se-á adiante que, com um olhar atento sobre o pensamento kelseniano, levando-se em consideração seus textos políticos, não é possível alimentar a acusação de que sua teoria e seu pensamento sejam indiferentes, do ponto de vista político, às demais áreas do conhecimento (psicologia, moral, religião, economia, antropologia, sociologia, história e política) ou que tenham fundamentado os autoritarismos políticos, em especial o nazismo.

1. Hans Kelsen: a afirmação do positivismo jurídico normativista

No início do século XX, Hans Kelsen denunciava que a prática judiciária, pela jurisprudência, valia-se de critérios múltiplos para definir o que é o Direito¹. Diante dessa multiplicidade de horizontes metodológicos, propôs o que chamou de *Teoria Pura do Direito*, numa manifesta pretensão de delimitar a esfera do conhecimento jurídico à possibilidade descritiva e de conhecimento do sistema normativo. Assim, proclamava a instauração de uma metodologia própria para a ciência do Direito. A partir dessa dimensão normativa, o Direito posto (norma) seria o objeto científico. A esse modo de ver o Direito é que se denomina positivismo² jurídico normativista.

A origem da expressão positivismo jurídico está na ideia de que somente ao Estado pertence o poder de estabelecer o Direito. O Direito

¹ É oportuno explicar a distinção gráfico-funcional quando da utilização da expressão “Direito”, pois, quando apresentado o Direito como ciência, grafou-se com a inicial maiúscula, ao passo que a opção com a inicial minúscula (direito) revelaria o direito como objeto dessa mesma ciência.

² Conforme o dicionário de filosofia de Hilton Japiassu e Danilo Marcondes (2006, p. 222): “*Positivismo* (fr. *Positivisme*) 1. Sistema filosófico formulado por Augusto Comte, tendo como núcleo sua teoria dos três estados, segundo a qual o espírito humano, ou seja, a sociedade, a cultura, passa por três etapas: a teológica, a metafísica e a positiva. As chamadas ciências positivas surgem apenas quando a humanidade atinge a terceira etapa, sua maioridade, rompendo com as anteriores. Para Comte, as ciências se ordenaram hierarquicamente da seguinte forma: matemática, astronomia, física, química, biologia, sociologia; cada uma tomando por base a anterior e atingindo um nível mais elevado de complexidade. A finalidade última do sistema é política: organizar a sociedade cientificamente com base nos princípios estabelecidos pelas ciências positivas. 2. Em um sentido mais amplo, um tanto vago, o termo ‘positivismo’ designa várias doutrinas filosóficas do séc. XIX, como as de Stuart Mill, Spencer, Mach e outros, que se caracterizam pela valorização de um método empirista e quantitativo, pela defesa da experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo, e pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências. Contemporaneamente muitas doutrinas filosóficas e científicas são consideradas ‘positivistas’ por possuírem algumas dessas características, tendo este termo adquirido uma conotação negativa nesta aplicação.”

Positivo – as normas jurídicas – seria o instrumento que o Estado tem para dar ordem à realidade social. Isso significa que Direito Positivo (objeto) não é sinônimo de Positivismo Jurídico (perspectiva). Segundo Tom Campbell (2002), o positivismo jurídico visa proporcionar uma caracterização precisa do direito tal como ele é na realidade, em lugar de como deve ser, caracterizando-se como uma teoria analítica, descritiva e explicativa.

Outra observação de relevância é a aproximação, e ao mesmo tempo distanciamento, que há entre o positivismo filosófico e o positivismo jurídico. É comum se atribuir a Augusto Comte a origem do positivismo jurídico³. Norberto Bobbio (1995, p. 15) conta que, muito embora tenham eles pontos de contato – tendo em conta partirem do mesmo pressuposto –, não

³ A filosofia de Augusto Comte (1833), que inaugura o positivismo moderno em meados do século XIX (ADEODATO, 2009, p. 132), decorre de uma resposta ao idealismo que permeava a ordem burguesa na França, onde se proclamava a bandeira de liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, as leis positivas, bem como as leis da natureza (descritas pela biologia), exprimiriam probabilidades de ações e resultados. O positivismo sociológico de Augusto Comte cria um método fundado em regras objetivas, que visavam garantir segurança e certeza nas operações: a ordem e a estabilidade garantiriam o progresso social. Ocorre que sua formulação parte do pressuposto de que o mundo é estável, o que garantiria previsibilidade. Sustentava que cientificamente só se podem conhecer relações de fato. Impossível seria conhecer a “coisa em si” ou a verdade absoluta, contrapondo-se à metafísica, pois o conhecimento dos fenômenos está na dependência dos recursos das ciências positivas. O processo cognoscível de reconhecimento da proposição ocorre na progressiva identificação da correlação entre o real e o pensamento. Aplicado ao Direito, isso significa que o conteúdo do Direito corresponde apenas aos fenômenos sociais que se deduzem da observação dos fatos. Logo, o filósofo do Direito não teria outra missão senão a de sistematizar os resultados derivados da observação e verificação dos fatos como se apresentam. Conforme nos ensina Tercio Sampaio Ferraz Junior (1980, p. 31), Comte “reconhece a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto passível da investigação científica”. Todas essas teses de Comte foram fase comum para o positivismo do século XIX. Daí surgiram, finalmente, a negação de toda a metafísica, a preferência dada às ciências experimentais, a confiança exclusiva no conhecimento dos fatos etc.

podem ser considerados resultados do mesmo desenvolvimento científico.

“A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França.”

As semelhanças estariam, portanto, na pretensão de criar um método de análise das ciências sociais, com características análogas às das ciências exatas e naturais. Isso significa que o positivismo jurídico se vale dos pressupostos da metodologia filosófica de Augusto Comte, com a pretensão de criar uma ciência jurídica objetivada.

Augusto Comte (1998) vinculava o termo “positivo” às noções de realidade, de utilidade, de certeza, de precisão e de organização, em oposição a uma metafísica típica da infância da ciência. Seria, na definição de Hilton Japiassu e Danilo Marcondes (2006, p. 222), aquilo “que existe, que é real, palpável, concreto, fatural, existente de fato, estabelecido, instituído, oposto ao natural”⁴.

Por esses parâmetros, Hans Kelsen concebe a ciência jurídica livre das influências metafísicas e idealistas sobre a natureza do Direito. O Direito, a partir de então, não seria outro que não o Direito Positivo (KELSEN, 2006, p. 1).

⁴ Hilton Japiassu e Danilo Marcondes (2006, p. 222) completam ainda que, segundo Comte, “todas as línguas ocidentais estão de acordo em conceder ao termo positivo e a seus derivados os dois atributos de realidade e de utilidade, cuja combinação por si só é suficiente para definir o verdadeiro espírito filosófico, que no fundo é apenas o bom senso generalizado e sistematizado (*Discurso sobre o conjunto do positivismo*)”.

Nesse sentido, Hans Kelsen estabelece como princípio metodológico conhecer o Direito apenas a partir do Direito, excluindo desse campo tudo aquilo que não pertença ao seu objeto (norma), tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Propõe uma ideia de ciência jurídica a partir do reconhecimento de sua autonomia.

Logo, seu projeto de uma *Teoria Pura do Direito* se justifica como uma proposta de epistemologia jurídica, pela qual a preocupação se voltaria para a ciência dos significados objetivos definidos em um texto, no qual se lê algo sobre a realidade, explicando-se o comportamento a ser adotado em face dela (GUERRA FILHO, 2001, p. 34-35).

Importa dizer: assim como Augusto Comte delimitou sua filosofia à observância dos fatos, sem aporte à metafísica ou a idealismos teológicos ou políticos, Hans Kelsen vale-se do mesmo método para purificar a ciência jurídica de elementos metajurídicos ou não jurídicos (psicologia, moral, religião, economia, antropologia, sociologia, história e política).

Apesar de o jurista ter olhos para a experiência advinda das demais áreas do conhecimento – como evidenciado em suas obras –, o seu domínio próprio é o da norma, a partir da busca de uma metodologia capaz de isolar o estudo do Direito do estudo das outras ciências sociais (REALE, 1984, p. 63). Nas palavras de Kelsen (2006, p. 1):

“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”.

Na tarefa de desenvolvimento do positivismo jurídico no século XX, Kelsen retoma o fio de desenvolvimento clássico da Ciência Jurídica posto pela Escola da Exegese e pela Escola Analítica inglesa no século XIX (REALE, 2002, p. 457; ADEODATO, 2009, p. 133). Os juristas franceses da Escola da Exegese acreditavam que somente o Direito Positivo era Direito. O positivismo surgiria a partir de uma análise da própria codificação – um positivismo exegético-formalista –, praticada sob a perspectiva de uma teoria da obediência da lei (no sentido de vinculação total do magistrado). Neste ponto, verifica-se a identificação do julgador à idéia de que ele é *la bouche de la loi* (a boca da lei), o que implica dizer que ao magistrado era proibido o exercício da atividade hermenêutica⁵.

⁵ Ao que parece por motivos políticos, uma vez que a classe que assume o poder na França não confia nos magistrados, sempre atrelados ao poder soberano da época.

Kelsen, com todo o seu rigor metodológico, supera essa visão propondo o positivismo-normativista.

A exemplificação máxima desse panorama pode ser vista na passagem do prefácio à primeira edição (1934) de sua *Teoria Pura do Direito* na qual o jusfilósofo tcheco define bem seus objetivos:

“Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo, desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao estudo do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão” (KELSEN, 2006, p. XI).

Por isso é que Hans Kelsen se consagrará como o principal representante do positivismo jurídico, uma vez que inaugura a vertente denominada de positivismo-normativo, pela qual se busca a dimensão normativa do direito, em oposição à teoria tradicional. Stanley Paulson (2013, p. 8) traduz bem esse movimento:

“Em sua busca pela dimensão normativa do direito, Kelsen se aprofunda mais do que os teóricos anteriores. Na sua visão, nenhum tipo de teoria tradicional – nem o positivismo jurídico baseado em fatos, em suas muitas versões (realismos, teorias do interesse e outras), nem o jusnaturalismo – é defensável. O primeiro tipo de teoria tradicional elimina a normatividade como um todo, substituindo-a pelo fato. Já o segundo tipo confunde a normatividade do direito com a normatividade da filosofia moral”.

Em *A Teoria Pura do Direito*, Kelsen propõe uma análise estrutural de seu objeto, formado por uma série de ordenamentos subordinados a uma hierarquia de graus sucessivos de extensão e eficácia decrescentes (normas que emanam umas das outras) ou escalonamento, desde o ordenamento internacional até o Estado.

Para tanto, Kelsen colocou como último fundamento de regresso – *ad infinitum* – uma norma hipotética fundamental – fundamento último de validade. Caso contrário, inexistente a norma fundamental (um subterfúgio lógico-argumentativo; um argumento transcendental), admitir-se-iam pressupostos metafísicos para a fundamentação da ordem jurídica.

De acordo com Stanley Paulson:

“Kelsen acredita que há uma solução para além de ambas as teorias tradicionais, opção que demonstra a inverdade da célebre máxima *tertium non datur*. Assim como Kant, que se emancipa das restrições impostas pela combinação entre o racionalismo e o empirismo nos séculos XVII e XVIII, Kelsen se liberta das limitações postas pela combinação dos dois tipos de teorias jurídicas tradicionais. Há, insiste Kelsen, uma terceira teoria e, para alcançá-la, ele lança mão da mesma diretriz da qual partiu Kant: um argumento transcendental, quer dizer, o método transcendental dos neokantianos de Marburgo [...]. É na sua busca por uma doutrina da normatividade do direito que Kelsen introduz a norma fundamental” (PAULSON, 2013, p. 8).

A busca de Kelsen por uma doutrina da normatividade faz com que ele pense, inclusive, o conceito de soberania apoiado em um sentido jurídico, isto é, conectado a um sistema ou ordenamento jurídico, desse modo como uma exigência lógica em sentido transcendental, tendo por base uma norma fundamental pressuposta (GIACOIA JUNIOR, 2010, p. 158). Para Antonio Manuel Hespanha (2009, p. 763):

“Kelsen não propõe que os conteúdos das normas jurídicas sejam deduzidos de axiomas normativos racionais, como faziam os jusracionalistas (matematizantes ou geometrizantes) do séc. XVIII. Tudo o que diz é que – não cuidando agora do seu conteúdo – a validade de uma norma jurídica depende sempre de uma norma superior, que estabelece a competência e o processo para editar as normas inferiores. Empiricamente, esta norma é a Constituição. Mas como a Constituição também é uma norma, cuja validade tem que ser fundada noutra norma fundamental (*Grundnorm*), que determina o poder e processo constituintes pressupostos pela constituição efetivamente existentes.”

Para explicar isso, Hans Kelsen se vale de construções lógico-formais a fim de libertar o Direito dos aspectos jusnaturalistas. Segundo Kelsen (2006, p. 9), o homem primeiro compreendeu o mundo da natureza (o “ser”) como um mundo normativo (o “dever-ser”). A ordem da natureza (jusnaturalismo cosmológico e teológico) revelava regras que deveriam ser respeitadas (o justo é o que vem da natureza).

Mais tarde, na modernidade, quando o fenômeno da codificação surge (jusnaturalismo racionalista), não há mais que se pensar em verdades metafísicas derivadas das leis de um Deus, mas tão somente naquilo que se optou por definir como algo que deve ser (o justo é o que está na norma).

Desse modo, o isolamento do método jurídico da categoria do ser seria a chave para alcançar a neutralidade objetiva da ciência jurídica. Nessa linha, o positivismo aparta o Direito da Moral (juízos de valor) – argumento conhecido como *princípio de separação* – a fim de encontrar respaldo na realidade empírica (juízos de fato). Não se reconhece, por-

tanto, o papel do valor ou da valoração no plano das chamadas ciências positivas. Por essa razão é que se distinguem a realidade e o Direito em dois prismas: o do ser e o do dever ser.

Essa visão separatista considera que o estudo e a compreensão do Direito não incluem sua avaliação moral (substância), e o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende de sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto; depende apenas da formalidade, isto é, de o conteúdo estar inserido em determinado ordenamento jurídico (independentemente de seu teor). Para Kelsen (2006, p. 221):

“Todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não está negada pelo fato de seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão.”

Nesse panorama, verifica-se que sua proposta de tornar o Direito uma ciência constitui-se da mais rigorosa lógica, na medida em que concebe o Direito como um sistema fechado, competindo ao intérprete (adotando uma postura cognitiva⁶) optar por uma solução do caso concreto (concreção) a partir de alternativas situadas dentro da “moldura” do texto normativo (KELSEN, 2006, p. 394). Cristaliza-se, com isso, um Direito justo, fundado no subjetivismo e no arbítrio (dever-ser), reduzindo-se todo o Direito Natural ao Direito Positivo (legalidade como valor-fim). Resultado: retiram-se as “impurezas” valorativas da categoria jurídica.

⁶Os críticos do pensamento kelseniano refutam essa discricionariedade do aplicador. Por todos, veja as obras de Lenio Luiz Streck (2002; 2009a; 2009b; 2010).

Em suma, Hans Kelsen considerou o Direito como um especial sistema de normas, cujo fundamento de validade não estava em outros sistemas normativos, como a religião ou a moral; mas também não estava na ordem dos fatos, como numa política. Ou seja, uma norma jurídica não teria vigência por ser moral ou útil, mas apenas porque é norma jurídica. Assim, passa a ser obrigatória em virtude do comando de uma norma superior. Daí por que o Direito se assemelha a uma “pirâmide normativa”, no topo da qual se encontra a Constituição. Mas, como a própria Constituição carece de um fundamento jurídico, a rigorosa construção lógica de sua teoria o obrigou a pressupor uma “norma fundamental”, que valida a Constituição.

Um dos conceitos-chave de sua teoria é o conceito de validade, isto é, estar de acordo com os procedimentos formais de criação normativa previstos no ordenamento jurídico. Excluem-se, assim, juízos de valor como certo ou errado, justo ou injusto. O sistema jurídico, portanto, pode ser classificado como autorreferente, procedimental, fechado a fatores extrajurídicos, que comprometeriam sua rigidez e completude. Essa concepção normativista rompe, pois, com uma ordem jurídica concebida como um conjunto de valores (juízos de justiça).⁷

Nesse passo, o sentido das normas jurídicas é alcançado por meio da interpretação. Esta, no entanto, não consiste em um processo de cognição de um sentido derivado das leis morais ou naturais: é necessário levar em conta as possibilidades de sentido de um texto normativo, sentidos esses definidos pela ciência jurídica. Para Kelsen (2006, p. 388), existem duas espécies de interpretação: a interpretação do Direito pelo

⁷Norberto Bobbio (1995, p. 135) fornece-nos exemplo interessantíssimo: “diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: ‘o céu é rubro’, formulo um juízo de fato; se digo ‘este céu rubro é belo’, formulo um juízo de valor”.

órgão que o aplica (poder judiciário) e a interpretação dada pela Ciência Jurídica. Vejamos esta caracterização em tintas kelsenianas:

“A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. [...] o preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo. [...] não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão sobre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito” (KELSEN, 2006, p. 395).

Desse modo, a tarefa do intérprete do sistema normativo seria a de determinar o sentido das normas jurídicas, para então serem observadas, muito embora essa determinação nunca viesse a ser completa. Nesse processo, seria proibido se valer de critérios metajurídicos (moral, ética, justiça, etc.). Esse rigor científico incomparável de Hans Kelsen definiria um novo paradigma para o sistema normativo no século XX. Por essas razões é que sua postura científica se enraizará em todos os Estados com Direito codificado, como no Brasil. Não sem razão, Miguel Reale (1984, p. 63), em discurso proferido em 1981, já dizia que “o rigor e o travamento interno de seu raciocínio são de tal ordem que, quando aceitamos os seus pressupostos, somos fadados a acompanhá-lo, *pari passu*, até mesmo nas vacilações do seu pensamento”.

Porém, a delimitação epistemológica do Direito, reservando ao jurista apenas o estudo da dimensão normativa, fez de Kelsen vítima de incontáveis acusações e rotulações⁸; foi considerado um autor reducionista (COELHO, 1995, p. 15), exatamente por negar à ciência do Direito qualquer possibilidade de investigação sobre as dimensões históricas e axiológicas do fenômeno jurídico.

2. A gênese do pensamento de Hans Kelsen e a formação do conhecimento jurídico: o positivismo jurídico caricaturado

Hans Kelsen é considerado o mais importante jurista do século XX. Daí a importância de seu estudo nos bancos acadêmicos, em especial na graduação em Direito. Todos os professores o citam em aulas, com aspas

⁸ Juan Antonio García Amado (2012a, p. 23) argumenta: “Por que se mente sobre Kelsen nas aulas e nos livros? Por ignorância e por má-fé. Por ignorância, já que uma coisa é citar e outra, ter lido. Mas há, sobretudo, má-fé”.

ou sem aspas. Sua opção metodológica de extirpar da ciência jurídica todas as categorias extrajurídicas faz de sua teoria normativa – como afirmam de um modo geral – expoente da dogmática jurídica e do positivismo-normativista.

Diante dessa compreensão, seu nome é invocado irresponsavelmente para tão somente dar estética e autoridade (verdade) a afirmações relativas a tudo o que se refere a “aplicação da letra (fria) da lei”, “recusa à aplicação de princípios”, “totalitarismo, sobretudo do regime nazista”, “não reconhecimento de valores”, entre outras que serão expostas adiante.

Deduz-se, portanto, do contexto de que Hans Kelsen é um normativista que seria ele, na mesma medida, um pensador dedicado apenas ao direito positivo e ao exercício da aplicação autômata do fato correspondente ao texto. Diariamente o que vemos, pois, é um “epistemicídio” da teoria desenvolvida por Hans Kelsen, na medida em que se desconhece sua proposta.

Entretanto, sua *Teoria Pura do Direito* não foi elaborada com base no estudo exclusivo do sistema normativo, muito pelo contrário: nossa leitura de Kelsen possibilita visualizar um teórico que arquiteta a estrutura do sistema normativo a partir de um senso de interdisciplinaridade e transdisciplinaridade monumental⁹, pois era um jurista atento à realidade; “era uma das personalidades mais poliédricas e multifacetadas de nossa época. E isso explica bem a sua compreensão do rigor científico” (REALE, 1984, p. 60). Willis Santiago Guerra Filho ressalta que:

“Hans Kelsen não deixou de cultivar essa aproximação com a sociologia e diversas outras disciplinas do conhecimento, sem descuidar das mais antigas, como a filosofia – o próprio ato de filosofar de Kelsen já prova sua contradogmática – e, mesmo, a teologia, como se vê em obras suas menos conhecidas, como Deus e o Estado, em reação à qual se poderia até dizer que Carl Schmitt produziu sua teoria política”.

As páginas iniciais da *Teoria Pura do Direito* já nos mostram a invejabilidade das críticas sofridas por Kelsen, ou seja, de que sua proposta tenta uma depuração valorativa do ordenamento jurídico. Para Andityas Costa Matos (2006, p. 115):

⁹Esses dois níveis pedagógicos – interdisciplinar e transdisciplinar – possuem uma diferença de fundo: o interdisciplinar (assim como o multidisciplinar) está preso à disciplina, enquanto o transdisciplinar vai além, isto é, integra outras áreas do conhecimento, formando uma rede de ciência que possibilita articular, contextualizar e reunir conhecimentos. Na prática, a interdisciplinaridade é anterior à perspectiva transdisciplinar. A interdisciplinaridade seria uma primeira fase de articulação de conteúdos, a partir da coordenação de objetivos comuns entre disciplinas e da organização de unidades temáticas. Assim, ao se conjugarem diferentes disciplinas, o objeto estudado adquire um enfoque original para a resolução do problema. Com vistas à realização desse conhecimento integrado, o planejamento pedagógico é imprescindível.

“Não é correto afirmar – como fazem muitos – que Kelsen realiza uma depuração axiológica no direito. Seria realmente impossível pensar o fenômeno jurídico como algo desvinculado dos valores. O que ocorre é que para ele a ciência jurídica não pode prescrever valores, mas apenas descrever seu objeto, ou seja, normas jurídicas que têm valores como conteúdo”.

Verdadeiramente, o projeto de Kelsen de construir uma ciência jurídica autônoma e fundada em seus próprios pressupostos, não derivando de qualquer outro sistema normativo (por exemplo, a moral), apresenta-se como uma tentativa ambiciosa de livrar o universo jurídico de naturalismos ou jusnaturalismos, crenças metafísicas que, sobretudo, tinham por objetivo garantir o poder político, o que podemos observar em sua notável polêmica com Carl Schmitt. Segundo Stanley Paulson (2011, p. 121):

“O projeto de Kelsen, ao logo de muitas décadas, foi, acima de tudo, uma tentativa ambiciosa e de largo alcance de demonstrar, primeiramente, que o naturalismo na ciência jurídica de *fin de siècle* estava enganado e, em segundo lugar, desenvolver rudimentos de uma teoria alternativa que asseguraria a autonomia (*Eigengesetzlichkeit*) do direito e, ao mesmo tempo, a pureza (*Reinheit*) da ciência jurídica”.

Stanley Paulson (2011, p. 118) ainda assinala que “as interpretações da ideia de Kelsen sobre normatividade percorrem todos os possíveis entendimentos alternativos, desde uma visão contrafactual da normatividade até uma tese sobre a normatividade ‘justificada’”. Segundo Kelsen (1991, p. 18), “a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor à conduta real”. Note-se que, ao contrário do que se afirma como forma de crítica ao jusfilósofo tcheco, sua proposta de uma teoria pura do direito não elimina ou depura totalmente os valores do contexto jurídico. Nas palavras de Kelsen (1991, p. 19):

“A conduta real a que se refere o juízo de valor e que constitui o objeto da valoração, que tem um valor positivo ou negativo, é um fato da ordem do ser, existente no tempo e no espaço, um elemento ou parte da realidade. Apenas um fato da ordem do ser pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo. [...] Na medida em que as normas que constituem o fundamento de juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através delas constituídos são arbitrários. Através de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem. O que segundo aquelas, é bom, pode ser mau segundo estas. Por isso, as normas legisladas pelos homens – e não por uma autoridade supra-humana – apenas constituem valores relativos” (grifo nosso).

Mas seu rigor metodológico de creditar ao (e tão somente ao) Direito Positivo o conhecimento jurídico fez dele um jurista pouco compreendido, o que o tornou alvo de injustas censuras por teses que nunca defendeu. De acordo com Jestaedt (2011, p. 3):

“O estratagema mais usado e testado para livrar-se desse pensador incômodo é difamá-lo, devido ao seu impulso em direção à pureza metodológica da teoria do Direito, como habitante introvertido e autista de uma torre de marfim, que desconhece o mundo, dá as costas à prática, foge da realidade e teme os valores”.

Nas ácidas palavras de Juan Amado (2012a, p. 23):

“Kelsen parece detestável a muitos que optam por injuriá-lo. Parece detestável a totalitários, nacionalistas, jusnaturalistas com ou sem batina e a políticos disfarçados de cientistas do direito que querem que as decisões jurídicas sejam exatamente como lhes agrada e convém; a defensores do ativismo judicial sempre e quando os juízes sejam amigos seus ou do mesmo clã; a ponderadores de valores e direitos que crêem que estes podem ser pesados tal qual se pesam batatas ou cenouras no mercado; a profetas da Constituição material, que, materialmente, vivem da Constituição; a professores nacionais com doutorado estrangeiro que defendem, paradoxalmente, uma ciência jurídica puramente autóctone. E a tantos outros. Os primeiros foram aqueles antigos juristas nazistas que o chamavam de ‘cão judeu’ nos tempos de Hitler e que, depois de 45, convertidos em grandes democratas e moralistas sem defeitos, continuaram atribuindo-lhe a culpa de todos os males passados. Detesta-se Kelsen porque o pensamento jurídico e político kelseniano foi radicalmente desmistificador, ferozmente crítico diante da imposição de tanta metafísica jurídica a serviço de simples afãs de dominação que se negam a passar pelas urnas; crítico também frente à falsidade de tanto absolutismo moral que serve, antes de tudo, para se estar bem com os poderes estabelecidos e dar razão ao tirano da vez; crítico, por fim, em relação às pretensões de elevação moral de altos juízes que o são porque jamais contradizem, nas coisas que lhe são mais caras, o poder que os nomeia”.

Na realidade, quando nos limitamos a cuidar de sua teoria normativa, temos uma imagem parcial e mutilada da contribuição kelseniana. O primeiro ponto que deve ser esclarecido é que Hans Kelsen foi o criador de uma *Teoria Pura do Direito*, mas não um mestre do Direito puro. O que existe na sua pesquisa é a definição de uma pureza metodológica capaz de isolar o estudo do Direito do estudo das outras ciências, tanto que instaura uma metodologia própria para a ciência do Direito, sem, contudo (e isso é de extrema relevância), negar as outras dimensões não normativas do Direito (psicologia, moral, religião, economia, antropologia, sociologia, história e política), que foram bases de fundamentação nos séculos anteriores. Kelsen reconhecia que o Direito é um fenômeno de amplas

dimensões (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 37) e pretendia alçar o Direito a uma ciência. Miguel Reale (1984, p. 63, grifo nosso) destacava que:

“Esse rigorismo é algo que estava sendo reclamado como necessário à Ciência do Direito. Quando Kelsen iniciou sua atividade revolucionária, a *Ciência do Direito estava num momento de profunda indecisão*; alguns diziam: a salvação para o Direito é apegar-se à Sociologia. O Direito, anunciava o mestre italiano Anzilotti, o Direito só pode se salvar se transformando em Sociologia Jurídica. E já se ouvia, ao longe, outra voz que dizia: ‘só a psicologia salva o Direito. O Direito é a psicologia do justo’. E um terceiro dizia: ‘o Direito somente terá sentido se for expressão prática da vida econômica, o Direito é um superestrutura do mundo econômico’ [...]”.

A partir de tal diagnóstico, podemos observar que a crise da educação jurídica do século XXI, que resulta numa postura científica limitada do Direito posto (de adestramento de massas acríticas), não pode ser – como muitos afirmam – atribuída à perspectiva metodológica defendida por Hans Kelsen. Deve-se atribuir, antes, a seus maus leitores, que pouco se valeram de seus escritos ou, o que é pior, não foram venturosos em compreendê-lo, a ponto de escolhê-lo como o protagonista de todas as mazelas da teoria do direito ou de sua aplicação prática. Essa deturpação epistemológica das teses de Hans Kelsen pode ser exemplificada na confissão de Daniel Sarmento, um dos principais teóricos contemporâneos do Direito no Brasil.

“Como um não-positivista, tenho a necessária imparcialidade para criticar os equívocos da doutrina brasileira nas suas invectivas contra o positivismo, que muitas vezes caracterizam verdadeira ‘falácia do espantalho’: ataca-se não a própria teoria positivista, mas uma distorcida caricatura dela. *Dois afirmações erradas, que eu mesmo já fiz em textos anteriores*, são muito freqüentes: a de que o positivismo recusa a aplicação dos princípios jurídicos, e a de que ele teria sido a filosofia do Direito cultivada na Alemanha nazista. Quanto ao primeiro ponto, não há nenhuma incompatibilidade lógica entre positivismo e princípios, desde que os princípios estejam devidamente incorporados na ordem jurídico-positiva. [...] Mesmo no Direito Público brasileiro, juristas de inspiração positivista kelseniana construíram suas teorias com apoio em argumentação principiológica, como o falecido Geraldo Ataliba e Celso Antonio Bandeira de Mello. No que tange ao segundo ponto – a chamada *reductio ad hitlerum* – os estudos mais autorizados de História do Direito comprovam que não foi o positivismo a teoria jurídica dominante no nazismo, mas uma espécie de jusnaturalismo de inspiração hegeliana, que se insurgia contra o formalismo e recorria com freqüência a conceitos muito vagos para justificar a barbárie, como os de ‘comunidade popular’” (SARMENTO, 2010, p. 264, grifo nosso).

De fato, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, muito se discutiu no campo teórico europeu sobre até que ponto o positivismo

kelseniano teria apoiado o direito nazista. Embora se possa acusar a *Teoria Pura do Direito* de aceitar como Direito tudo o que provém da vontade do Estado, o certo é que o seu sentido mais profundo é o de constituir um manifesto – uma forma de resistência ao arbítrio e à estatolatria – contra os totalitarismos e autoritarismos políticos do seu tempo, que procuravam funcionalizar o direito em relação às conveniências do poder, legitimando-o a partir de considerações políticas, como o domínio de classe (estalinismo) ou as necessidades vitais de uma raça (nacional-socialismo).

A verdade é que essa associação se concentra no ponto de que o positivismo é desapegado quanto aos valores e ao conteúdo. Na ânsia de criticar o Direito das ditaduras, confundia-se autoritarismo com estatalidade do Direito.

Com o regime nazista (1933-1945), a Constituição de Weimar, de 1919, que inaugurara a república na Alemanha, teve seus artigos suspensos por uma decisão política de aplicação do artigo 48 do documento constitucional. Esse é o ponto central para compreender a separação e a distinção que há entre o positivismo jurídico kelseniano e o nacionalismo político totalitário. A esse respeito, destaca Giorgio Agamben (2004, p. 18) que:

“Logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o ‘Decreto para a proteção do povo e do Estado’, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos. O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, através do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado em sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos que são chamados democráticos”.

Ocorre que a purificação pretendida por Hans Kelsen era a da “ciência do Direito”, e não a de um “Direito puro” pautado somente nas regras jurídicas. Ao contrário, Kelsen fortaleceu o *status* do constitucionalismo ao colocar a Constituição como epicentro do sistema normativo, documento no qual se concentram diversos princípios tuteladores dos Direitos fundamentais. O modelo de jurisdição constitucional concentrada na Constituição Austríaca, de 1920, fora idealizado por Kelsen.

Logo, uma atenta (re)leitura de Hans Kelsen possibilita ir além de um positivismo restrito e já preconcebido. Nesse contexto, o maior equívoco

sobre sua obra foi atribuir-lhe (indevidamente) a pecha de intérprete da “letra fria da lei” ou de um pensador “reducionista”.

Do pequeno panorama que se apresentou de Hans Kelsen, verifica-se que o positivismo-normativista nunca postulou que as leis resolveriam todos os problemas de forma mecânica, tornando o juiz uma espécie de máquina de subsunção, guiado pela certeza normativa (DIMOULIS, 2006, p. 53). Tanto é inapropriada essa visão que o próprio Kelsen (2006, p. 394) conclui que “a interpretação feita pelo aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito [...]. A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicável é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”.

A única abordagem positivista pela qual poderia ser dito que se admite a aplicação mecânica da lei é a doutrina civilista francesa da primeira metade do século XIX da Escola da Exegese – tema já explorado nas linhas anteriores –, que subsidiou a construção do pensamento jurídico positivista-exegético. “Esse foi um período em que se entendeu ingenuamente a positivação como uma relação causal entre a vontade do legislador e o Direito como norma legislada ou posta” (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 43).

Outra questão interessante é a ideia de que a teoria positivista adere à tese de que a validade da norma é condição suficiente para aferir seu caráter justo. Ora, essa foi a forma pela qual Kelsen optou para, rigorosamente, purificar a ciência jurídica dos influxos das demais ciências. Isso não significa dizer que os positivistas não voltem os olhos para a realidade cambiante, que vincula a validade do Direito à sua eficácia social. Na *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen (2006, p. 11-12, grifo nosso), afirma que:

“Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. [...] *um mínimo de eficácia* é a condição da sua vigência. [...] A eficácia é, nessa medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência”.

Conforme Miguel Reale (1984, p. 69), “o mestre da Teoria Pura do Direito jamais olvidou o papel dos *factos* e *valores* na experiência jurídica”. A propósito, em sua autobiografia, de 1947, ele deixa claro (e permita-nos conceder destaque) que “talvez o Direito como objeto de conhecimento científico pertença realmente *mais a uma faculdade filosófica, histórica ou de ciências sociais*” (KELSEN, 2011, p. 108, grifo nosso).

Em outro momento (1960), quando da 2ª edição da *Teoria Pura do Direito*, em apêndice denominado “A Justiça e o Direito Natural”, Kelsen

(1963, p. 101) evidencia que não descarta a ordem de valores como ponto de partida da teoria positivista no Direito:

“Uma teoria do Direito positivista [...] não nega que a elaboração de uma ordem jurídica positiva possa ser determinada – e, em regra, é-o de facto – pela representação de qualquer das muitas normas de justiça. Especialmente, não nega que toda a ordem jurídica positiva – quer dizer, os actos através dos quais as suas normas são postas – pode ser apreciada ou valorada, segundo uma destas normas de justiça, como justa ou injusta. Mantém, todavia, que estes critérios de medida têm um carácter meramente relativo e que, portanto, os actos através dos quais uma e mesma ordem jurídica positiva foi posta podem, quando apreciados por um critério, ser fundamentados como justos, e já, quando apreciados segundo outro critério, ser condenados como injustos – sustentando ao mesmo tempo que uma ordem jurídica positiva é, quanto à sua validade, independente da norma de justiça pela qual se possa ser apreciado os actos que põem as suas normas. Assim se mostra, pois, que uma teoria jurídica positivista, isto é, uma teoria do Direito Positivo, nada tem a ver como uma apreciação ou valoração do seu objecto”.

Essas passagens revelam o rigor metodológico de Kelsen: ele reconhece a ordem de valores, porém deixa claro que, para se promover o Direito ao *status* de ciência, há de se separarem os critérios metajurídicos do Direito Positivo. Trata-se de um recurso metodológico, que não pode ser confundido com uma técnica complacente com regimes totalitários (complacente com a violação de direitos humanos).

Isso torna evidente que, do pensamento positivista de Hans Kelsen, não se pode deduzir que ele era um formalista ou que fomentava, por sua teoria, a aplicação da “letra fria da lei”, assim como os precursores da Escola da Exegese. Em suma, ele reconhece – absolutamente – toda a influência axiológica e valorativa sobre o Direi-

to; porém, não admite a moral como critério de definição do que é o Direito (bem como outros elementos metajurídicos).

A propósito, Luiz Alberto Warat, em 1982, em texto intitulado “Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas”, explica que as categorias conceituais de matrizes kelsenianas foram, com o tempo, apropriadas institucionalmente, a ponto de se estabelecerem versões estereotipadas dos conceitos (WARAT, 1982c, p. 55).

O ponto de equívoco se deu na apropriação do positivismo jurídico como uma ciência avaliativa, no contexto da revolução tecnológica e do desenvolvimento econômico. No Brasil, desde a década de 30, a dogmática jurídica assumiu seu carácter predominantemente tecnológico, com o fito de atender aos valores do progresso e das estratégias de desenvolvimento econômico e de modernidade implementadas pelas conquistas da ciência e da tecnologia. Nesse contexto, o positivismo jurídico aparece como um eficaz instrumento de regulação social e, conseqüentemente, ordem econômica.

Ocorre que, apesar da enorme penetração do positivismo jurídico entre nós, o que prevaleceu nos anos setenta foi a *vulgata kelseniana* ou a utilização do positivismo para legitimar elementos formalistas preexistentes na cultura jurídica brasileira, como os formalismos da “Escola da Exegese” e da “Jurisprudência dos Conceitos”.

Os desvios conceituais apresentados, sob a premissa de serem de autoria kelseniana, fizeram dele o algóz: “o sentido conceitual da identidade kelseniana, entre Direito e Estado é convertido em uma fórmula estereotipada que conota o carácter ético do Estado, impedindo, aparentemente, de agir fora da imaculada gaiola das normas positivas” (WARAT, 1982c, p. 55). Portanto, “é o discurso kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de ofício

não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, com um operador técnico dos textos legais” (WARAT, 1982c, p. 53). Estão aí as razões para se relacionar a vulgata que se faz da teoria formulada de Kelsen com o processo de degenerescência (e não mais de crise, na medida em que a crise é necessariamente positiva e superável) da educação jurídica.

Dessas premissas, verifica-se que o positivismo-normativista kelseniano foi erroneamente compreendido, motivo pelo qual até hoje se estereotipam pessoas, pejorativamente, de ter uma “visão kelseniana”. Falar, portanto, que Hans Kelsen deu ensejo a um pensamento unidimensional do Direito é incabível. Essa pecha pode ser atribuída exclusivamente aos positivistas radicais, “que cultuam o Direito apenas como forma – e nada mais – dissociando-o da realidade social e humana” (GRAU, 2011, p. 105).

Do ponto de vista metodológico, a vinculação do Direito à noção de ciência normativa e a uma perspectiva unidisciplinar – a par das críticas que Hans Kelsen recebeu – conduziu a um tipo de equívoco que encontrou eco na educação jurídica. De modo geral, a habitualidade da reprodução literal e acrítica do discurso kelseniano gerou uma série móvel de conceitos separados das teorias que os produziram.

Isso, sem dúvida, incutiu nos “juristas” a desnecessidade de se valer do conhecimento de outros eixos do saber; permitiu-se que os juristas se demitissem da obrigação de conhecer todas as demais dimensões do Direito, sob o artifício de que o verdadeiro conhecimento jurídico-científico se restringe ao conhecimento da norma. Seguramente, o foco no estudo do (e tão somente do) Direito Positivo levará à caracterização de uma abordagem positivista e, conseqüentemente, a uma educação jurídica não reflexiva.

Por outro lado, se se pensar como Hans Kelsen – e não como seus leitores que se valem

de resumos ou referências indiretas às suas supostas teses –, ver-se-á um teórico com um incomensurável senso de complementaridade. Isso equivale a dizer, a partir de nossa leitura, que foi o positivismo kelseniano que abriu os espaços para a introdução de uma metodologia inter e transdisciplinar envolvendo o Direito.

3. Com o positivismo jurídico em defesa da democracia: considerações sobre o *reductio ad Hitlerum*

Linhas atrás, mencionou-se a afirmação de Kelsen de que o Direito pode ter qualquer conteúdo (KELSEN, 2006, p. 221). A partir de tal afirmação, somados os horrores dos acontecimentos bélicos do século XX, principalmente após 1945, a humanidade precisou encontrar o seu culpado – mesmo que a barbárie tenha o seu próprio rosto – e o encontrou no positivismo jurídico e em Kelsen. Segundo Andityas Costa Matos (2009, p. 19):

“Ainda que seja óbvio que ‘poder ter’ não significa ‘dever ter’, a conseqüência lógica dessa proposição, para qualquer um verdadeiramente juspositivista, é que juízos como ‘O ordenamento sócio-normativo nazista é direito’ ou o ‘direito soviético era tão jurídico como o norte-americano’ são não apenas perfeitamente válidas, mas também necessárias”.

Note-se o destaque de Andityas Costa Matos para o argumento de que o direito “pode ter” qualquer conteúdo, ao qual podemos acrescentar que isso não significa necessariamente que deva ter um conteúdo opressor, desumano ou “impuro”. Ainda, o argumento de Kelsen se apresenta de acordo com sua proposta de teoria do direito, uma vez que esta última nega a influência das ideologias, de qualquer espécie de metafísica e, também, das concepções políticas, pois a ciência do direito deve ser capaz de descrever

as normas jurídicas, e não de analisar o conteúdo ideológico, político ou de conceitos absolutos, como justo ou injusto, do ordenamento jurídico. Nas palavras de Kelsen (1990, p. 119):

“Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser; pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Neste sentido, é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise de sua estrutura”.

Essa passagem se encontra na mesma obra da polêmica afirmação. Desse modo, por que se acusa Kelsen de ter legitimado, por sua teoria, os estados autocráticos e o autoritarismo político do século XX, em especial o nazismo? Juan Amado (2012a) e Andityas Costa Matos (2012) afirmam que por má-fé, visto que uma coisa é citar a obra e outra ter lido, e, além disso, por ignorância. Parece-nos que também pela necessidade de um culpado.

Os acusadores mais conhecidos no pós-1945 são Leo Strauss e Gustav Radbruch, que, em última análise, denunciam o pensamento kelseniano como pertencente ao positivismo jurídico formalista, que pretende estabelecer um conceito de direito avalorativo.

Além disso, segundo Bobbio (1995, p. 225), os críticos do positivismo jurídico têm duas perspectivas diferentes, a saber: o realismo jurídico (as vertentes mais conhecidas são a estadunidense e a escandinava), que discorda dos aspectos mais teóricos do pensamento de Kelsen; e o que o pensador turinês chama de “revigorada” corrente do jusnaturalismo, que,

nas palavras de Bobbio, “critica os aspectos ideológicos do juspositivismo, destacando as consequências práticas funestas que deles derivam”.

Essa última vertente pretende denunciar falhas morais e sociais do positivismo jurídico, como sua indiferença política, falando-se, nesse sentido, de um *reductio ad Hitlerum*. Também nesse ponto, podem ser incluídas as ideias dos dois autores supracitados.

Radbruch (2004, p. 52), antes de 1945, entendia o Direito por meio da descrição da norma jurídica. Ele não só muda de opinião e apresenta sua *fórmula*¹⁰ (que, de uma visão panorâmica, sustenta que o direito positivo, em seu conteúdo, deve ser legitimado por uma ideia de justiça), mas também acusa o positivismo jurídico de convívio com as atrocidades do regime totalitário alemão. Observe-se que Radbruch destaca um componente ideal em sua *fórmula*, a ideia de justiça, parecendo tratá-la nesse contexto como um valor absoluto. Caberia ao jurista recusar validade às leis com orienta-

¹⁰ A fórmula de Radbruch pode ser expressa da seguinte maneira: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo afianzado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea de divisoria con tal precisión: donde ni siquiera se pretenda la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo central de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es solo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.” (RADBRUCH apud ALEXY, 2001, p. 75-76). Ainda, Robert Alexy (2000) relata a utilização da fórmula de Radbruch no interessante caso do julgamento de dois guardas de fronteira que trabalhavam no Muro de Berlim e atiraram contra uma pessoa que tentava sair da República Democrática da Alemanha. Segundo Alexy (2000, p. 204-205): “a fórmula de Radbruch é a expressão de um conceito não positivista de direito. Segundo este conceito, o que seja direito vem determinado não só pela validade positiva e formalmente estabelecida e pela eficácia social, senão, também por seu conteúdo (de justiça material). O que tem de especial a fórmula de Radbruch é sua pretensão de conexão necessária entre direito e moral, porém sem pretender uma sobreposição total entre ambos”. Destaca-se que as traduções são livres, ressalvadas as indicações em contrário.

ção para uma espécie de injustiça extrema, rotulando-as como imitação ou simulacro de direito (ALEXY, 2000; MATOS, 2009, p. 17).

Contudo, a referida acusação parece mais um artifício do jusnaturalismo renascido em nossos tempos. É interessante notar que muitos juristas que usam as “armas” da crítica – transfiguradas nos variados “pós” ou “neo” jusnaturalismos – contra o positivismo jurídico e Kelsen pretendem, muitas vezes, desvencilhar-se de seus próprios fantasmas. Ainda como ponto curioso da crítica a Kelsen, há uma forte tendência em retomar um membro assumido do partido nacional-socialista como Carl Schmitt na condição de teórico do Direito Constitucional, pois este último foi verdadeiramente um crítico do positivismo jurídico kelseniano. Curiosamente, um dos maiores combates de Kelsen, que se colocava em defesa do Estado de Direito, foi justamente travado com o *Kronjurista*.

Schmitt, ao refletir sobre a teoria do direito, destaca três tipos de pensamento jurídico, a saber: o pensamento que trabalha com regras ou normas, um saber jurídico decisionista e outra forma de conhecimento jurídico que pensa o ordenamento ou a estrutura jurídica do ponto de vista institucional.

Não obstante, ao estabelecer as possibilidades do pensamento jurídico, Schmitt destaca que este se realiza genuinamente no direito público, devido a sua pretensão de aproximar do campo do conhecimento jurídico a realidade política, em nítida postura de crítica ao normativismo de Hans Kelsen (SCHMITT, 1972, p. 247-248).

Ao revisitar o texto da *Teologia Política*, Schmitt escreve no prefácio à segunda edição:

“Atualmente, eu não identificaria mais só dois tipos de pensamento jurídico-científico, mas sim três, portanto, além do normativista e do princípio decisório, também o tipo institucional. A discussão de minha doutrina das ‘garantias institucionais’ na jurisprudência alemã e o estudo da profunda e importante teoria institucional de Maurice Hauriou possibilitaram-me essa compreensão. Enquanto o pensamento normativista puro mantém-se dentro de regras impessoais e o do princípio decisório aplica o ‘bom direito’ da situação política corretamente compreendida, transformando-o numa decisão pessoal, o pensamento jurídico-institucional desdobra-se em instituições e configurações suprapessoais. E, enquanto o normativista, em sua descaracterização, transforma o direito num mero *modus* funcional de uma burocracia de Estado, e o do princípio decisório corre sempre o perigo de perder, através da funcionalização do momento, o ‘ser’ que repousa em todo grande movimento político, um pensamento institucional isolado leva ao pluralismo de um crescimento sem a soberania corporativo-feudal. Dessa maneira, as três esferas e elementos da unidade política ‘Estado-movimento-povo’, podem ser classificados tanto em suas formas salutares quanto nas descaracterizadas, nos três tipos de pensamento jurídico” (SCHMITT, 1996b, p. 84).

A longa transcrição se justifica na medida em que nos coloca em contato com algumas importantes categorias do pensamento schmittiano, como o elemento jurídico da *decisão*, da soberania e da unidade política (Estado-movimento-povo). Ademais, Schmitt analisa e critica o liberalismo dos séculos XIX e XX. Sua argumentação se dirige ao sistema parlamentar consolidado na ideia de Estado de Direito pelo viés do *político*. Ao afirmar que todo direito é situacional, Schmitt tenta demonstrar os domínios contingentes e não necessariamente jurídicos da política, o que, para o teórico alemão, deve ser levado em consideração pelos juristas, em especial por aqueles que se dedicam ao direito público e aos teóricos da Constituição.

Contudo, ao investigar quem é o titular do poder constituinte a fim de definir a figura da decisão soberana, por exemplo, a pretensão de Schmitt é reabilitar o político nas esferas de análise da teoria constitucional. Ao se confrontar com o normativismo e, em especial, com Kelsen, Schmitt destaca que o positivismo jurídico de Hans Kelsen – com sua pretensão de pureza metodológica – desloca os temas políticos mais importantes para a esfera da Teoria do Estado, quando eles também devem fazer parte do debate constitucional, entendimento esse que habilita Schmitt a criticar Kelsen, com a caracterização de seu pensamento como autêntico representante do liberalismo, haja vista sua pretensão apolítica e de neutralizações.

Andityas Costa Matos, ao citar alguns exemplos de clássicos que pensavam sobre a escravidão (como Platão e Aristóteles) e cujas teorias não foram negadas no universo jurídico, afirma:

“Muitos constitucionalistas que criticam Kelsen com ferocidade em razão de sua suposta legitimação do regime nazista não parecem demonstrar nenhum pudor ou indignação quando tecem loas e encômios a seu adversário, o assumidamente nazista Carl Schmitt, autor tão em moda no atual meio universitário brasileiro. Também parece interessante lembrar que Heidegger, apesar de sua inegável filiação nacional-socialista, continua a ser lido com grande proveito pela filosofia contemporânea, marcadamente anti-autoritária e libertária” (MATOS, 2009, p. 27-28).

Ao se pretender uma imagem integral de Kelsen, ou seja, ao se lançar um olhar para além da *Teoria Pura do Direito*, não parece possível concordar com o argumento do *reductio ad Hitlerum*.

Kelsen combateu as formas absolutas, preferindo e defendendo uma concepção que pode ser compreendida como relativismo ético. Desse modo, argumentava que a justiça absoluta era um ideal irracional (KELSEN, 1987, p. 76). Para Kelsen, se a “democracia é uma forma de governo justa, é enquanto significa liberdade e liberdade significa tolerância”

(KELSEN, 1967, p. 82). Neste ponto, destaca que o elemento que diferencia a autocracia da democracia é justamente a tolerância (KELSEN, 1967, p. 83).

Kelsen, em seu texto *Essência e valor da democracia*, opondo-se, ao que parece, a algumas teses de Schmitt, afirmava que:

“A democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado ou de sociedade na qual a vontade geral ou, sem muitas metáforas, a ordem social é realizada por aqueles submetidos a esta ordem social, isto é, o povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo. Mas o que é este povo? Uma pluralidade de indivíduos, sem dúvida. E parece que a democracia pressupõe, fundamentalmente, que esta pluralidade de indivíduos constitui uma unidade, tanto mais que, aqui, o povo como unidade é – ou deveria teoricamente ser – não tanto objeto quanto, preferivelmente, sujeito do poder [...]. Somente em sentido normativo, a este respeito, poder-se-á falar da unidade. De fato, como comunhão de pensamento, de sentimentos e de vontade, como solidariedade de interesses, a unidade do povo representa uma postulação ético-política que a ideologia política assume como real com a ajuda de uma função tão universalmente aceita que não mais se pensa em criticar. Na verdade, o povo aparece como unidade, num sentido mais ou menos preciso, somente do ponto de vista jurídico; sua unidade, que é unidade normativa, resulta realmente de um ato jurídico: a submissão de todos seus membros à mesma ordem jurídica estatal na qual se constitui [...]” (KELSEN, 1987, p. 70-71).

Isso implica dizer não só que Kelsen reconhece o Estado como a ordem jurídica, mas também que esta última, sendo vinculada à submissão de todos que compreendem que seus atos são regulados por essa normatividade, não depende do reconhecimento de poder a uma esfera transcendente ou a um líder político divinizado. Dessa forma, não parece possível

concluir que Kelsen defendeu alguma forma de Estado absoluto ou mesmo autocrático ou totalitário. Para um olhar que pretenda ir além da *Teoria Pura do Direito*, parece menos possível ainda acusá-lo de indiferença.

Para um positivista jurídico e positivista ético moderado, como foi Kelsen, por mais respeito que se tenha ou se deva ter ao ordenamento jurídico, não há, em seu pensamento, uma teoria da obediência, pois, mesmo que o direito possa ter qualquer conteúdo, o direito “não se constitui como um valor em si, motivo pelo qual não há nenhuma boa razão para respeitá-lo sempre e em qualquer circunstância [...]” (MATOS, 2009, p. 36). Ainda de acordo com Andityas Costa Matos:

“Tão elevado é o respeito de Kelsen pelo Direito – tal não significa que ele defenda qualquer teoria da obediência – que, mesmo sendo judeu, dirigiu ásperas críticas ao Tribunal de Nuremberg, dado que o mesmo desrespeitou princípios jurídicos básicos, como o da anterioridade da lei penal e o do terceiro neutro, visto que no pós-guerra os vencedores julgaram os vencidos. De acordo com Kelsen, o Tribunal de Nuremberg afetou o uso de procedimentos jurisdicionais para dissimular uma vingança pura e simples, que nada tinha de jurídica.”

A conexão entre lei e obediência é o argumento comum dos “críticos” do positivismo jurídico kelseniano. O Tribunal de Nuremberg e seus depoimentos são, talvez, a maior prova de culpa da teoria de Kelsen, pois, do “fato de os réus em Nuremberg terem justificado as suas ações com base na lei positiva: ‘Persegui, torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei é a lei. *Gesetz ist Gesetz*’” (MATOS, 2009, p. 16), advém, equivocadamente, a ideia de indiferença política do pensamento kelseniano. No entanto, do ponto de vista teórico, o positivismo jurídico não se resume ao pensamento kelseniano. Como

dito nas primeiras partes deste texto, a teoria da obediência como ideologia pode estar presente em outras propostas positivistas, como no formalismo jurídico-exegético de origem francesa.

Por fim, ao inverter o argumento da obediência contra o jusnaturalismo, Kelsen demonstra que a postura de crença em valores absolutos por parte dessa doutrina explica seu caráter eminentemente conservador, pois da ideia de um valor absoluto surge a imagem do Direito Natural e dela é deduzida a ordem jurídica positiva, “isto é, um direito artificialmente construído pelos homens” (KELSEN, 1963, p. 151-152).

Dessa forma, ao nos aproximarmos de um tão vasto e complexo pensamento como o de Kelsen, que contém falhas por ele admitidas, devemos ter o cuidado de nos lembrar da pergunta sugerida por Juan Amado (2012b): é possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen?

Considerações finais

A pretensão do presente texto, como mencionado, é refletir sobre alguns pontos da teoria de Kelsen, iniciando-se com a *Teoria Pura do Direito, opus magna* do autor, mas estendendo-se a reflexão para além dela, a fim de verificar sua implicação e reflexos no pensamento acerca da democracia.

Com a demonstração da importância de Kelsen para a elaboração do positivismo jurídico, bem como sua formação em positivismo-normativista, percebe-se que a forma como ainda continua sendo interpretada a teoria kelseniana, ou seja, como uma postura científica dogmática, focada, exclusivamente, na observação da legalidade, é uma deturpação que revela essa força despolitizadora atribuída ao positivismo-normativista.

Diante das equivocadas leituras que são feitas do pensamento de Hans Kelsen, muitos redu-

zem sua reflexão a um jurista que proclamava a reprodução irrefletida da legalidade. Como dissemos nas linhas anteriores, esse é um equívoco metodológico corrente, que se consolidou no imaginário dos juristas. A partir dessa premissa – equivocada –, o pensamento positivista dispensa a reflexão de elementos metajurídicos ou não jurídicos, a saber: psicologia, moral, religião, economia, antropologia, sociologia, história, política, etc. Isso induziu à formação de um pensamento acrítico da realidade. Assim, sem essa visão holística das facetas que recobrem a formação do pensamento jurídico (espectro que Hans Kelsen considerava), acaba-se por se sustentar a manutenção do “senso comum teórico dos juristas”, na feliz expressão de Luiz Alberto Warat.

Portanto, o positivismo jurídico forjado no discurso e na práxis jurídica – a partir de uma reprodução mecânica da legalidade e das instituições vigentes – delineou um hábito de construção (e reprodução) uniforme dos pontos de vista, sem nenhum componente crítico que pudesse dar condições de flexibilidade da ideologia positivista inculcada de poder.

No que diz respeito às várias acusações sofridas por Kelsen, procedemos a uma análise da “incriminação” do *reductio ad Hitlerum*. Após 1945, a teoria de Kelsen fica conhecida como a maior imagem do positivismo jurídico, mas não como uma situação de reconhecimento acadêmico honroso, e sim com a associação de sua proposta teórica ao contexto de legitimação dos estados autocráticos do século XX, em especial da Alemanha nazista.

Tentamos uma revisita crítica ao pensamento de Kelsen a fim de investigar tal possibilidade de associação, o que nos parece irrazoável, tendo em vista a defesa de Kelsen de um relativismo ético e a sua proposta de identificação do Estado com o ordenamento jurídico (norma) como forma de garantia da democracia, da liberdade e da tolerância.

Nessa linha argumentativa, a famosa acusação do *reductio ad Hitlerum* não parece se sustentar como crítica ao positivismo jurídico normativo-epistemológico de Kelsen, que, em vez de ser indiferente, em realidade, tenta propor uma ciência jurídica autônoma, desvincilhada de ideologias. A referida acusação não se sustenta nem do ponto de vista da indiferença política, que deixa o direito à mercê de certo *decisionismo*.

Certamente se pode divergir das teses de Kelsen. No entanto, acusá-lo de legitimador de estados totalitários parece que é se colocar próximo da irresponsabilidade e da má-fé, pois Kelsen combateu os absolutos e isto lhe custou a tranquilidade própria e de sua família. Conforme relata em sua autobiografia: certa manhã, sua esposa, com quem tomava café, disse-lhe que sua foto estampava o jornal. Era a notícia de sua demissão sumária da Universidade de Colônia, o que demonstrava a hora de sair da Alemanha. Desse modo, nessas considerações conclusivas, pedimos *licença metodológica* – do ponto de vista formalista – para que possamos ouvir o próprio Kelsen:

“apresentei um requerimento de saída ao quartel-general da polícia, mas acreditava não ter perspectiva [...]. Foi aí que recebi a visita de um funcionário subalterno da administração da universidade que até então me era desconhecido e que me disse ser antigo membro do partido nacional-socialista e ter, por conta disso, amigos no quartel-general da polícia; ele estava disposto a ajudar-me [...]. Eu pensava que meu benfeitor esperava uma grande soma em dinheiro, mas não era nada disso. Ele rejeitou com firmeza qualquer pagamento. Foi assim que esse nazista salvou-me a vida [...]. E eu nunca nem mesmo soube seu nome” (KELSEN, 2011, p. 96).

Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2007.
- ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de igualdad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Tradução de A. Daniel Oliver-Lalana. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 23, p. 197-230, 2000.
- _____. Una defensa de la fórmula de Radbruch. In: ANUÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA, 5. Universidade da Coruña, 2001. p. 75-95.
- _____. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

AMADO, Juan Antonio García. Defesa de Kelsen diante dos ignorantes e cretinos. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012a.

_____. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? In: COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012b.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Revista Cultura e Política, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostineti. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora da UNESP, 2008b.

BORON, Atílio A.; GONZÁLEZ, Sabrina. Resgatar o inimigo?: Carl Schmitt e os debates contemporâneos da Teoria do Estado e da Democracia. In: _____. *Filosofia política contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania*. São Paulo: Departamento de Ciência Política/USP, 2006.

BUENO, Roberto. A filosofia jurídica da democracia: Bobbio, um work in progress. *Revista de Informação Legislativa*, n. 171, p. 107-123, 2006.

_____. Schmitt: a crítica liberal através do político. *Reflexión Política*, Colombia, Universidad Autónoma, v. 12, n. 24, p. 60-67, 2010.

_____. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do Direito. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 180, p. 275-290, 2010.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 25, p. 303-331, 2002.

CHAHRRUR, Alan Ibn. Filosofia do direito: uma questão preliminar. *Em tempo*, Marília, v. 10, p. 25-43, 2011.

CHAUÍ, Marilena. Fundamentalismo religioso: a questão do poder teológico político. In: NOVAES, Aduino (Org.). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COMTE, Augusto. *Curso de filosofia positiva*. Tradução de José Arthur Gianotti, Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

FASSÒ, Guido. *Historia de la filosofía del derecho: la edad moderna*. Tradução de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Ediciones Pirâmide, 1982. v. 2.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

FERREIRA, Bernardo. Democracia, relativismo e identidade política em Hans Kelsen e Carl Schmitt. In: COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Kant, Schopenhauer e o direito de mentir. *Em tempo*, Marília, v. 3, p. 103-107, 2001.

_____. Notas sobre direito, violência e sacrifício. *Doispontos*, São Carlos, v. 5, n. 2, p. 33-47, 2008a.

_____. Sobre direitos humanos na era da bio-política. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 118, p. 267-308, 2008b.

_____. Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Org.). *Gramática dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Campus jurídico, 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

HART, Hebert Lionel Adolphus. *El concepto del derecho*. 2. ed. Tradução de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo/Perrot, 1968.

HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el liberalismo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21-II, p. 201-218, 1998.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009.

JESTAEDT, Matthias. Introdução. In: KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o iluminismo? In: KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. *¿Que es la justicia?* Córdoba: Imprenta de la universidad de Córdoba, 1956.

_____. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

_____. Essência e valor da democracia. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 170, p. 63-129, 1987.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo/Brasília: Martins/Universidade de Brasília, [1990].

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. *O estado como integração: um confronto de princípios*. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Tradução de Gabriel Nogueira Dias, José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Deus e Estado. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012a.

_____. A alma e o direito. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012b.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Estado de exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, 2009.

_____. Kelsen contra o Estado. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Contra Natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013.

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

PAULSON, Stanley L. A ideia central do positivismo jurídico. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 101-137, 2011.

_____. A importância de Hans Kelsen em nossos dias. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Contra Natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

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

REIS, Patrícia Carvalho. Considerações sobre o direito natural na obra de Leo Strauss. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, n. 20, p. 31-38, 2012.

SÁ, Alexandre Franco de. Sobre a justificação racional do poder absoluto: racionalismo e decisionismo na teologia política de Carl Schmitt. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 23, p. 157-180, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

_____. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHMITT, Carl. I tre tipi di pensiero giuridico. In: _____. *Le categorie del 'politico': saggi di teoria politica*. Traduzione di Gianfranco Miglio, Pierangelo Schiera. Bologna: Società editrice il Mulino, 1972.

_____. *O conceito do político*. Tradução de Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes, 1992.

_____. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996a.

_____. Teologia política. SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996b.

_____. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. Filosofia e jurisprudência nos primórdios do pragmatismo: Charles S. Peirce e Oliver Wendell Holmes, JR. *Em tempo*, Marília, v. 4, p. 84-97, 2002.

STRAUSS, Leo. Natural right and the historical approach. *The review of politics*, Cambridge University Press, 1950.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Crise dogmática: manuais de direito apresentam profundo déficit de realidade*. Rio Grande do Sul, set. 2007. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

_____. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

_____. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VENERIO, Carlos Magno Spricigo. Entre liberalismo e social-democracia: pressupostos políticos da obra de Hans Kelsen. In: MATOS, Andityas Soares de Moura; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto*: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana. Curitiba: Juruá. 2012.

WARAT, Luís Alberto. *El derecho y su lenguaje*: elementos para una teoría de la comunicación jurídica. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

_____. Sobre la dogmática jurídica. *Revista Sequência*, Estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, n. 2, p. 33-55, 1980.

_____. Dilemas sobre a história das verdades jurídicas: tópicos para refletir e discutir. *Revista Sequência*, Estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, n. 6, p. 97-113, 1982a.

_____. *Mitos e teorias na interpretação*. Porto Alegre: Síntese, 1982b.

_____. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*, Estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982c.

_____. *Introdução geral ao direito*: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 3.

_____. *Introdução geral ao direito*: epistemologia da modernidade. Porto Alegre: Fabris, 2002. v. 2.