

O Direito como técnica social específica

Os pressupostos epistemológicos do positivismo normativista de Hans Kelsen

ALAN IBN CHAHRUR

Resumo: O presente artigo pretende apresentar elementos em favor de uma releitura das obras de Hans Kelsen sob a óptica da epistemologia, de modo a destacar que todo o pensamento kelseniano poderia ser compreendido na forma de uma verdadeira *teoria do conhecimento da experiência jurídica*, em relação à qual tanto a teoria do Direito quanto a teoria política de Kelsen se apresentam como derivações consequentes. Ao analisar as condições de possibilidade da experiência humana num contexto juridicamente regulado, Kelsen recorre ao conceito do Direito como técnica social específica (ordem coativa da conduta humana) e como representação epistemológico-conceitual capaz de viabilizar a análise da experiência do Direito em sua universalidade. Por meio de uma reconstrução hermenêutica dos pressupostos históricos constitutivos do horizonte de compreensão do autor e conforme as referências da bibliografia primária e secundária, serão apontados os reflexos desse instrumental epistemológico no âmbito da teoria jurídica e política do autor.

Palavras-chave: representação; epistemologia; teoria; Direito; política.

Law as a specific social technique: the epistemological basis for Hans Kelsen's positivistic normativism

Abstract: This article intends to present theoretical references in favor of an approach of Hans Kelsen's scientific work from the perspective of an epistemological questioning in order to highlight that Kelsen's theoretical proposition as a whole could be better understood in the form of a complete *theory of legal cognition concerning the experience of law*, in face of which both the theory of law and Kelsen's political theory are presented as consequential derivations. When analyzing the conditions of the possibility of human experience in a legally regulated environment, Kelsen must

Recebido em 18/4/23
Aprovado em 3/8/23

resort to the concept of law as a specific social technique (coercitive order of human conduct) used as an epistemological representation capable of enabling the analysis of the experience of law in its universal manifestation. Through the hermeneutical methodology we intend to briefly reconstruct the historical and epistemological preconditions of Kelsen's comprehension of law, which determine his juridical and political theory.

Keywords: representation; epistemology; theory; Law; politics.

1 Introdução

Quando Hans Kelsen faleceu em 19 de abril de 1973, encerrava-se toda uma vida dedicada ao desenvolvimento da Filosofia e da teoria geral do Direito por quem já então era reconhecido, com justiça, como um dos mais destacados representantes do pensamento jurídico no século XX, de modo que não se pode seriamente contestar sua posição de “clássico” em escala global. Apesar de a única edição parcial do *corpus* kelseniano já publicada em língua alemã não abranger nem mesmo a metade da sua produção intelectual¹, o simples fato de que apenas os seus trabalhos referenciais² tenham merecido tradução em mais de vinte idiomas, com publicação em países dos cinco continentes, pode em si dar conta da dimensão com que se projetou a sua obra.

No entanto, o reconhecimento geral de sua influência talvez seja a única unanimidade que o nome de Kelsen alcançou, uma vez que esse reconhecimento decorre também da forte polarização consolidada em

¹No estudo introdutório da edição brasileira da autobiografia do autor, Jestaedt (2011, p. 5-7) esclarece que a única edição parcial das obras de Hans Kelsen em língua alemã, datada de 1968 e com cerca de 900 páginas de textos, abrange “bem menos de 10% da obra completa”. Por isso, a elaboração de uma edição histórico-crítica com o nome *Hans Kelsen Werke* (*Obras de Hans Kelsen*) encontra-se ainda em andamento, com a colaboração de teóricos de diversos países e o apoio do Instituto Hans Kelsen, uma fundação federal criada em 1972 pela República da Áustria, com a missão de documentar a repercussão da teoria pura do Direito naquele país e no exterior. O instituto reuniu o conjunto das publicações de Kelsen, sendo não apenas o detentor de seus direitos autorais como também o administrador do espólio ainda não publicado do autor. Por fim, a primeira edição dos trabalhos de Kelsen, à qual Jestaedt faz referência, é a coletânea *Wiener Rechtstheoretische Schule* (*Escola de Teoria do Direito de Viena*), que compreende mais de 2.400 páginas em dois volumes e foi editada por Hans Klecatsky, René Marcic e Herbert Schambeck, pela Europa Verlag (Viena, Frankfurt e Zurique) e pela editora Anton Pustet (Salzburgo e Munique).

²Quanto às “obras básicas” do autor, o repertório de traduções para o português já é bastante expressivo. Ver Kelsen (1986, 2000, 2001, 2003, 2005, 2006, 2007, 2008a, 2008b, 2009, 2011a, 2011c, 2013) e Kelsen e Campagnolo (2002).

torno de sua obra, a qual encontra na *Teoria Pura do Direito* (TPD) (*Reine Rechtslehre*), sua *magnum opus*, o núcleo de toda a discórdia. Por um lado, a associação imediata do autor com esse trabalho capital certamente é mais que justificada, muito embora o reducionismo sempre confortável de circunscrever as mais de seis décadas do esforço intelectual de Kelsen ao título único da TPD tenha contribuído para análises parciais e improdutivas, na medida em que permanecem dissociadas do restante da vasta produção do teórico, cujo pensamento abrange um amplo espectro de disciplinas relacionadas ao campo do Direito, como a Filosofia, a Sociologia e a Ciência Política.

De fato, no âmbito das humanidades em geral e do Direito em particular, não há como negar que o nome de Kelsen é sinônimo de rigorosa metodologia científica, a afamada “pureza” de sua teoria. Devido a ela, acreditou-se com frequência encontrar – injustamente, é certo – o entendimento de um jurista apolítico ou mesmo antipolítico, encastelado na fortaleza inexpugnável de seu “Direito puro” (JESTAEDT, 2011) – o que bem destaca o quanto o estratagema da difamação foi utilizado na tentativa de minimizar ou mesmo desconsiderar as agudas críticas do autor, sobretudo quando defendeu a autonomia do Direito em face dos interesses do discurso político. Em particular, a intencionalidade de muitos dos opositores de Kelsen transparece nas diversas caracterizações pouco elogiosas do teórico, que não escapou de ser descrito “como sumo sacerdote do ‘culto monoteísta do dever-ser’ (Alexander Hold-Ferneck), como ‘beato de um normativismo cego’ (Carl Schmitt) ou como protagonista de um ‘reducionismo formalista’ (Bernd Christian Funk)” (JESTAEDT, 2011, p. 3).

A leitura unilateral é bastante conhecida e suas conclusões não são novas. Em regra, Kelsen logo é rotulado como fundador e principal representante da TPD, que passa a ser compreendida de maneira tópica como a que possivelmente corresponde ao mais bem acabado modelo de uma teoria geral do Direito de caráter juspositivista, ancorado firmemente na representação constitutiva da norma fundamental, que pressupõe um sistema teórico análogo ao da Filosofia transcendental de Immanuel Kant (1724-1804). Uma apreciação acertada, de início, até o momento em que recorre ao tom crítico, ainda que não raramente velado, para atribuir à norma fundamental as qualidades de uma norma “imaginária”, “adversa ao sistema” e “não positiva”, como já se alertou em sistemático estudo³ sobre o pensamento do autor.

³Ver Dias (2010, p. 14). A obra é resultado da tese de doutoramento do autor junto à Faculdade de Direito e Ciência Política da Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität (Bonn, Alemanha). Trata-se, seguramente, de um dos mais sistemáticos trabalhos sobre a obra de Hans Kelsen já publicado no Brasil.

Em razão desse contexto, mesmo no que concerne à teoria do Direito de matriz germânica, que lhe é mais próxima, a posição paradoxal do pensamento de Kelsen não perdeu atualidade, haja vista que ainda hoje o autor ganha espaço como citação obrigatória em praticamente todos os compêndios de introdução à ciência do Direito, ao mesmo tempo em que boa parte das análises se vale tão somente do viés estático e reducionista que pouco lhe faz justiça. Porém, paralelamente, a pormenorizada investigação histórico-crítica não deixou aos poucos de ganhar terreno, sobretudo devido ao trabalho empreendido pelo Instituto Hans Kelsen de Viena, que congrega o esforço internacional de numerosos especialistas a ele associados. Entre esses estudiosos, o pesquisador Gabriel Nogueira Dias, que já atuou como representante desse instituto no Brasil, elenca uma série de perguntas que permanecem sem resposta com base na abordagem tradicional, mas que podem e devem orientar as novas pesquisas inclinadas a redescobrir o pensamento de Hans Kelsen, segundo o processo dinâmico de suas múltiplas articulações. Em síntese, esta é a advertência do pesquisador:

Contudo, se não nos contentarmos com toda sorte de informações e rótulos, claramente superficiais, mas continuarmos a cavar mais profundamente e a indagar – por exemplo: 1) O que significa exatamente esse positivismo jurídico no qual se orienta a teoria geral do Direito desenvolvida por Kelsen?; 2) Terá Kelsen criado sua teoria geral do Direito sozinho, i.e., sem qualquer influência de outros autores?; 3) É possível aceitar a premissa de que Kelsen dispõe de uma Teoria Pura do Direito uniforme, ou melhor, inalterada de 1911 a 1973 (1979), i.e., do seu trabalho de docência intitulado “Problemas Fundamentais do Direito Público” (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*) até sua Teoria Geral das Normas (*Allgemeine Theorie der Normen*)?; 4) Terá Kelsen sempre unido sua norma fundamental à teoria do conhecimento da Filosofia de Kant? Ou; 5) Pode-se realmente criticar de modo genérico e único uma teoria do Direito desenvolvida ao longo de mais de sessenta anos? – não encontraremos certamente respostas úteis. Colocado de outro modo: em regra, apresenta-se um Kelsen pronto, unidimensional ou mesmo monocromático. Muito raramente toma-se conhecimento da teoria pura do Direito de Kelsen com seus multifacetados contornos internos, com suas constantes e transformações (DIAS, 2010, p. 14-15).

O presente trabalho não poderia ter a pretensão de esclarecer todos esses questionamentos. Tampouco busca levar a efeito qualquer proposta de exorcizar ou beatificar a obra do teórico, duas leituras extremamente tendenciosas que merecem ser descartadas de pronto, na esteira do que propõe o pesquisador brasileiro. Com foco bem mais restrito, pretende-se enfrentar brevemente a indagação relativa ao suposto caráter uniforme da TPD, em vista da preocupação de Kelsen com os fundamentos

epistemológicos da ciência do Direito, bem como a declarada aproximação do autor com o pensamento crítico-transcendental de Kant. Nossa hipótese central de trabalho parte do princípio de que “antes” do grande jurista podemos encontrar em Kelsen também um dedicado e competente epistemólogo, que desenvolveu posições originais na esfera da teoria do conhecimento, em relação às quais os ditos avanços e retrocessos de sua teoria jurídica e política podem ser compreendidos como derivações consequentes, dada a tentativa constante e nunca abandonada de concretizar aquele peculiar projeto epistemológico pressuposto de início.

A rigor, o projeto juspositivista de Kelsen é antes de tudo um projeto de epistemologia jurídica, ou seja, um projeto de *teoria do conhecimento do Direito*; essa constatação é premissa fundamental para a qual nunca será demais atentar, em especial diante das maiores polêmicas que envolvem o nome do autor. Mais que tudo, trata-se de notar que a princípio Kelsen não põe em dúvida a natureza do Direito como objeto passível de cognição, simplesmente porque assume essa possibilidade⁴. Isso se traduz na orientação metodológica de que, se temos em alguma medida o conhecimento da realidade como contexto juridicamente regulado – no interior do qual se podem identificar certos mandamentos como válidos ou inválidos e as proposições que os descrevem, respectivamente, como verdadeiras ou falsas –, resta então investigar *como isso é possível*⁵. Por conseguinte, há que se distinguir o objeto (o Direito) do conhecimento desse objeto (a ciência do Direito), cabendo ao segundo não avaliar ou julgar o primeiro, mas antes explicitar sob que condições o conhecimento desse objeto é possível.

A dificuldade recorrente na abordagem desse postulado metodológico fundamental pode ser tributada, até certo ponto, ao estilo⁶ do próprio

⁴O pressuposto é explícito na própria TPD: “Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método de conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem – quase sempre inconscientemente – quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica – quer dizer: a uma norma posta por uma autoridade jurídica –; quando concebem o direito exclusivamente como direito positivo. A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado” (KELSEN, 2006, p. 228).

⁵Como veremos, nessa busca pelos pressupostos de um conhecimento possível ou ao menos já suposto como tal, fundamenta-se a analogia com o projeto kantiano: “Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação alheia a toda a metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?” (KELSEN, 2006, p. 225).

⁶As dificuldades do texto kelseniano são notórias. Stanley Paulson, autor da tradução americana da primeira edição da TPD, anota em prefácio as dificuldades do trabalho,

autor, que – talvez preocupado com a precisão científica dos conceitos no interior do sistema teórico da TPD – simplesmente não era abundante e detalhista na exposição de suas exatas premissas constitutivas. As linhas gerais do método, contudo, estão presentes a todo tempo, muito embora expressas de forma indireta e, quando não, apenas nos prefácios das obras de Kelsen. Adicionalmente (DIAS, 2010, p. 130-131), as teses fundantes de seu projeto juspositivista podem ser deduzidas da crítica do teórico às outras orientações tradicionais da ciência do Direito, como a pugnada pelos defensores do Direito natural.

Todavia, relativamente ao enquadramento da teoria geral do Direito nos moldes de uma teoria do conhecimento jurídico, não há como negar que Kelsen expôs com clareza pouco habitual esse princípio estruturante do método. Mesmo na apresentação à segunda edição de sua primeira grande obra, a tese de habilitação intitulada *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado* (PCTJE)⁷ (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*), publicada em 1911 e reeditada em 1923, o autor aduz que a teoria do Direito deve ocupar-se tão somente do Direito positivo, primordialmente porque a objetividade do Direito posto é condição para qualquer conhecimento científico da experiência jurídica. Mais que qualquer outra, esta era sua grande preocupação:

La finalidad que en esta obra perseguimos y que, de entonces acá, informa también los demás trabajos de investigación emprendidos por nosotros, es la de llegar a una *teoría pura del derecho* como *teoría del derecho positivo*. Ya en esta primera obra nuestra nos esforzamos por asegurar la pureza de la teoría o – para decirlo en otros términos – la sustantividad del derecho en cuanto objeto de conocimiento científico, desde dos puntos de vista. De una parte, saliendo al paso de las pretensiones de la llamada consideración “sociológica”, la cual trata de captar el derecho como un fragmento de la realidad *natural*, con ayuda del método científico-causal. De otra parte, enfrentándonos con la *teoría del derecho natural*, que – ignorando el fundamento de las relaciones, que se da única y exclusivamente en el derecho positivo – trata de arrancar la teoría del derecho del campo de las normas jurídicas positivas para llevarla al terreno de los postulados ético-políticos. [...] Lo que primordialmente interesaba, en la obra que prologamos, era el dejar bien sentado *que el derecho se rige por leyes propias*, frente a la naturaleza o a cualquier realidad social determinada por los criterios de la naturaleza. [...] La preocupación primordial de esta obra nuestra, ahora reeditada, estriba evidentemente en dejar bien sentada la

principalmente devido ao que ele classifica como o “estilo parentético” de Kelsen, com o qual o autor busca descrever ou qualificar a mesma ideia por diversas vezes no curso de uma única proposição, quando não complementando ou sintetizando suas designações. Algo mais comum na estrutura gramatical do alemão, língua materna do teórico, mas de difícil reprodução em estruturas linguísticas distintas (PAULSON, 1992, p. vi).

⁷ As citações remetem à edição em espanhol da obra, publicada pela Universidade Autónoma do México. Ver Kelsen (1987).

objetividad de la validez, sin la que no puede existir, ni la normatividad en general, ni en especial, la normatividad jurídica. Y, sin ley jurídica, no puede haber ni conocimiento del derecho ni ciencia del derecho. Por tanto: juicio objetivo, y no imperativo subjetivo (KELSEN, 1987, p. xxxix-xli, grifos do autor).

Refletindo depois sobre sua obra de juventude, não por acaso reconhece em sua autobiografia Kelsen (2011b, p. 25) que chegara à perspectiva decisiva para aquele primeiro trabalho por meio da ideia de que “a essência do Direito é ser norma e de que, portanto, toda teoria jurídica deve ser uma teoria das normas, uma teoria das proposições normativas, uma teoria do Direito objetivo”. Afinal, somente depois de assumir que qualquer conhecimento sistemático do Direito, em essência, deve depender das determinações do Direito objetivo, a ciência jurídica poderia enfim libertar-se de seus dualismos insustentáveis⁸, tais como a oposição entre Direito objetivo e subjetivo ou a separação entre Direito público e privado. Por isso também prepondera em Kelsen uma metodologia monista, isto é, um procedimento de depuração capaz de possibilitar um entendimento sistemático em que todas as dualidades do pensamento jurídico possam ser reconduzidas aos seus fundamentos objetivos, a ponto de se tornarem diferenças intrassistemáticas no plano teórico do conhecimento científico do Direito.

Esse ideal de cientificidade não só permanece mas intensifica-se com os delineamentos iniciais da TPD, cujo prefácio à primeira edição reproduz a mesma orientação epistemológica, desvelando o quanto Kelsen assume como questão primeira o conhecimento do Direito posto sem confundi-lo sob nenhum aspecto com o problema diverso atinente à formação desse mesmo Direito:

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 do 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

⁸ O exemplo de Kelsen, na mesma oportunidade da autobiografia (KELSEN, 2011b, p. 25), remete às dificuldades que o autor encontra na delimitação conceitual de “vontade do Estado”, que tradicionalmente fundamenta a oposição entre Direito público e privado. Porém, essa “vontade” do poder público não poderia ser uma entidade real e, portanto, objetiva como a vontade dos indivíduos, muito embora esta mesma “vontade” seja invocada por vezes como base daqueles direitos e prerrogativas, estes sim objetivos, que se atribuem às autoridades políticas. Diante desse tipo de impropriedade, Kelsen conclui que a “vontade do Estado”, deve ser compreendida apenas como “expressão antropomórfica” da ordem jurídica, o que equivale unicamente a uma tentativa canhestra de “personalização” das determinações do Direito objetivo.

explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão (KELSEN, 2006, p. xi).

Por fim, como se não bastasse, no próprio capítulo de abertura da TPD, Kelsen (2006) busca logo de início enfatizar esse “princípio metodológico fundamental”, conforme um excerto que não parece deixar dúvidas acerca da intenção do autor, pois a ciência do Direito como tal não poderia sustentar outra aspiração que não a pretensão “única e exclusiva” de conhecer o seu objeto. Nesses termos, Kelsen pavimenta definitivamente o caminho para a consolidação de uma teoria da cognição do Direito objetivo, tendente a explicitar a origem e os fundamentos do conhecimento jurídico-positivo:

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. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. 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. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2006, p. 1).

Logo, o viés epistemológico sobreleva os demais, considerando que desde sempre o problema de Kelsen é o problema da forma do conhecimento e não do seu conteúdo, o problema da metodologia científica, e não do objeto da pesquisa. Deixar de compreender esse aspecto metodológico – o problema da sistematização do conhecimento de um objeto dado – implica desconhecer o que a proposta kelseniana tem de mais essencial. A fragilidade teórica de muitas críticas acaba exposta quando, intencionalmente ou não, elas buscam distorcer sem pudor o postulado formal da “pureza metodológica” concebida por Kelsen, até convertê-lo no suposto fundamento material de um Direito com qualquer sorte de “conteúdo puro”, que o teórico por certo seria um dos primeiros a renegar⁹.

⁹Dias (2010, p. 156) lembra as fortes palavras de Kelsen em resposta direta ao professor Julius Stone (1907-1985), vinculado à “escola sociológica” de Roscoe Pound (1870-1964),

Em suma, critica-se a TPD atribuindo-lhe a exigência de um “Direito ideal” que a teoria de Kelsen nunca se propôs realizar.

Contra isso, como se convencionou advertir¹⁰, vale atentar para o fato de que Kelsen desenvolve uma “teoria pura do Direito” e não uma “teoria do Direito puro”. Como sistema voltado para a descrição de parcela da nossa percepção do real, a ciência do Direito somente pode almejar “não uma pureza do Direito, mas uma pureza do método, ou seja, uma pureza do conhecimento do Direito” (DIAS, 2010, p. 156). Do que decorre, como corolário, que jamais “Kelsen postulou um ‘Direito puro’, mas sempre e apenas uma teoria pura do Direito!” (DIAS, 2010, p. 156). Até mesmo porque – como não poderia deixar de saber um autor de origem judaica¹¹, vitimado pela perseguição implacável do nacional-socialismo alemão na década de 1930, a ponto de perder a cátedra que então ocupava na Universidade de Colônia – o Direito constitui, sem sombra de dúvida, o campo da disputa política e da afirmação dos valores.

2 A pureza metodológica e o Direito como técnica social específica

A questão que se coloca para Kelsen, quando em face do conflito de interesses sócio-políticos, diz respeito muito mais ao papel da ciência jurídica nesse jogo de forças. E, se de fato merece a posição de uma ciência independente, consoante à racionalidade análoga das ciências naturais, a jurisprudência deve restringir-se ao que constitui o objeto próprio de sua investigação: o Direito objetivo sobre o qual se funda a experiência jurídica, irredutível em sua especificidade aos problemas

conforme artigo publicado na prestigiosa *Stanford Law Review*: “The law is not ‘pure’, only the theory of law can be ‘pure’. [...] I have never and nowhere defended the nonsense [...] that the legislative process is ‘one not involving references to the realm of existential facts and values’ which means that the legislator has to consider facts to which the norms which he creates refer and the values which he wants to constitute by these norms; not that ‘the method of law finding’ in which ‘the fact-finding process’ has no part, is ‘pure’ [...]. For the postulate of purity does not refer to the process of law-creation and law-application but [...] to the theory, that is, to the cognition of law” (KELSEN, 1965, p. 1.150-1.154).

¹⁰ Em obra coletiva dedicada ao pensamento de Hans Kelsen, o professor Adrian Sgarbi também faz uma de suas advertências iniciais, especialmente dirigida aos estudantes, com o intuito de alertá-los em seu primeiro contato com a obra do autor: “[p]or essa razão, merece destaque, como segundo ponto básico, que a qualificadora ‘pura’ refere-se à ‘doutrina’, e não ao ‘direito’” (SGARBI, 2013, p. 4).

¹¹ Conquanto nascido em Praga, Kelsen não poderia tecnicamente ostentar a nacionalidade tcheca, pois a capital do então Reino da Boêmia era naquele momento parte integrante do Império Austro-Húngaro. Oficialmente, portanto, Kelsen carregou sua origem religiosa em seus primeiros documentos, com a qualificação de “súdito de Sua Majestade Imperial e Real de fé mosaica” – desde 1782 havia na Áustria um “edito de tolerância” (*Toleranzpatent*) relativo aos adeptos da religião judaica, muito embora os imperadores austríacos prestigassem os católicos e estimulassem a conversão dos judeus à religião oficial do Estado (RODRIGUES; TOFFOLI, 2011, p. xx-xxi).

relacionados à conveniência do interesse público ou mesmo à avaliação moral e ética das condutas humanas, campos privilegiados de pesquisa da Ciência Política e da Filosofia, respectivamente. Nesse quadro, não cabe à ciência do Direito imiscuir-se na investigação de outras esferas do conhecimento, devendo ela atuar nos limites de um campo de trabalho próprio, articulado essencialmente à luz do propósito de identificar e descrever as normas que compõem o ordenamento jurídico, sob o qual se organiza a sociedade política. Portanto, trata-se de investigar as estruturas gerais da racionalidade por meio da qual o Direito de fato é positivado em cada qual dos múltiplos ambientes históricos e sociais, e não como ele porventura deveria sê-lo, no sentido de eventualmente atender “melhor” aos anseios políticos e morais.

Sempre que se permitiu seguir nesta última linha de indagação, contra a qual se insurge a TPD (KELSEN, 2006, p. xi), a ciência do Direito apenas logrou perder-se em “raciocínios de política jurídica”, afastados por completo do horizonte de objetividade e exatidão que Kelsen herdou da Viena de Moritz Schlick¹². Conquanto, no limite, não imponha necessariamente a negação de qualquer proximidade entre o Direito e a política, como se poderia equivocadamente supor, o rigor científico implica a compreensão de que o jurídico e o político constituem fenômenos autônomos, de estreita

relação por certo, ainda que irredutíveis em seus fundamentos metodológicos a uma unidade comum¹³. Essa orientação metodológica, como registrou o teórico, levanta-se muito mais contra o “sincretismo entre uma visão jurídica voltada para as normas jurídicas e seu conteúdo e uma visão sociológica ou psicológica que abrangia o comportamento efetivo das pessoas e seu fim *jusnatural*” (KELSEN, 2011b, p. 25).

A defesa intransigente da necessária depuração da ciência jurídica, com o conseqüente afastamento da ingerência dos interesses de cunho político e de ordem moral no processo de conhecimento do Direito posto – que não se confunde com o processo de formação desse mesmo Direito, a respeito do qual vale lembrar que os referidos condicionantes têm então papel decisivo –, intensificou exponencialmente os ataques à TPD, cuja virulência Kelsen atribuiu à crítica dos interesses contrastantes que a TPD fez vir à luz, despidos de suas pretensas isenções:

A luta não se trava na verdade – como as aparências sugerem – pela posição da Jurisprudência dentro da ciência e pelas conseqüências que daí resultam, mas pela relação entre a ciência jurídica e a política, pela rigorosa separação entre uma e outra, pela renúncia ao enraizado costume de, em nome da ciência do Direito e, portanto, fazendo apelo a uma instância objetiva, advogar postulados políticos que apenas podem ter um caráter altamente subjetivo, mesmo

¹² Em que pese sua formação científica inicial, tendo obtido inclusive a tese de doutoramento no campo da Física teórica, o nome de Moritz Schlick (1882-1936) permaneceu ligado à Filosofia, disciplina na qual se habilitou em 1910, com a monografia *A essência da verdade na Lógica moderna*. Foi alçado à posição de referência maior do Círculo de Viena, ligado ao movimento do chamado *empirismo* ou *positivismo lógico*, chegando a ser nomeado para a cátedra de Filosofia das Ciências Indutivas na universidade local, posto anteriormente ocupado por teóricos como Ernst Mach e Ludwig Boltzmann. Sua monografia mais influente, intitulada *Espaço e tempo na Física contemporânea*, aborda especificamente os impactos filosóficos da Teoria da Relatividade de Einstein, o qual endossou com entusiasmo o trabalho, que logrou quatro edições entre 1917 e 1922 (SCHLICK, 2005).

¹³ A “pureza” da teoria traduz-se na libertação do sincretismo metodológico, isto é, na superação da confusão decorrente do uso de um mesmo método para a investigação de distintos objetos de estudos. O que não significa, para Kelsen, negar as possíveis relações entre o conhecimento jurídico e as demais disciplinas científicas do campo das humanidades. Trata-se tão somente de identificar os limites de cada um. Por isso, o autor defende que, “[q]uando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas [sociologia, ética e teoria política], fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 2006, p. 1-2).

que surjam, com a melhor das boas fés, como ideal de uma religião, de uma nação ou de uma classe (KELSEN, 2006, p. xii).

Ademais, o incômodo de uma articulação metodológica dessa ordem, inclinada a denunciar todas as aspirações ideológicas travestidas de orientações objetivas, advém num segundo momento da conseqüente reconfiguração que a TPD engendra quanto à posição profissional do jurista – porquanto, não sem ser contrariado, o praticante do Direito poderia renunciar à condição privilegiada de “fazer crer aos outros que possui, com sua ciência, a resposta à questão de saber como devem ser ‘corretamente’ resolvidos os conflitos de interesse” (KELSEN, 2006, p. xiii). Pelo contrário, ao assumir a condição de cientista social nos termos expostos, o jurista na verdade vê-se obrigado a reconhecer que não detém maior competência no jogo de interesses políticos do que qualquer outro técnico da sociedade, a quem no caso a capacidade de analisar as estruturas gerais fundantes da racionalidade jurídica não garante qualquer prerrogativa necessária diante do poder.

Por sua vez, a natureza eminentemente instrumental da chamada *ciência técnico-jurídica* decorre da constatação de que o Direito em si, na dinâmica de suas infinitas configurações espaço-temporais ao longo da história, tão somente emerge como fenômeno universal, objetivo e sistematizável, na medida em que passa a ser compreendido como *técnica social específica*¹⁴, pautada por lógica própria, que visa ao atendimento de determinados interesses sociais previamente estabelecidos. Toda organização sociopolítica pressupõe certas finalidades, expressas na exigência de determinadas condutas sociais dos indivíduos, de modo que, com base nessa perspectiva geral, o Direito somente pode ser concebido em sua generalidade como uma

técnica social apta a induzir o cumprimento ou a abstenção de determinadas condutas, mediante a imposição de normas específicas alinhadas aos ditos interesses do grupamento social.

O conceito do Direito como conjunto de normas ou ordem coercitiva fornecerá, assim, o tipo ideal da “forma imanente”, a estrutura universal e objetiva fundante da racionalidade propriamente jurídica que Kelsen pressupõe como condição de possibilidade da ciência do Direito como teoria geral da experiência jurídica. Isso apenas reitera a preocupação epistemológica do teórico, evidenciada aqui na atenção com que analisa o processo de formação das linhas gerais do conceito do Direito como um todo, suposto como representação teórica com esteio na qual se tornaria possível unificar sob uma designação comum as mais diversas experiências históricas do fenômeno jurídico.

Kelsen consolidou sua posição acerca do tema no tratado sobre a Teoria Geral do Direito e do Estado (TGDE) (*General Theory of Law and State*), conforme a versão reeditada em 1945, na qual o teórico desenvolve a questão com detalhamento maior até mesmo que na TPD, porque esta, se não abdica do conceito de Direito como ordem coercitiva, parece deixar de associá-lo diretamente à ideia da técnica, como antes. Todavia, a referência daquela outra obra do autor, que já contém as influências da interlocução de Kelsen com a tradição norte-americana, é bastante direta:

Se as ordens sociais, tão extraordinariamente diferentes em seus teores, que prevaleceram em diferentes épocas e entre diferentes povos, são chamadas ordens jurídicas, poder-se-ia supor que está sendo usada uma expressão quase que destituída de significado. O que o chamado Direito dos babilônios antigos poderia ter em comum com o Direito vigente hoje nos Estados Unidos? O que a ordem social de uma tribo negra sob a liderança de

¹⁴Sobre o tema, ver Kelsen (2001, p. 225-250).

um chefe despótico – uma ordem igualmente chamada “Direito” – poderia ter em comum com a constituição da república suíça? No entanto, há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra “Direito” de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos ashanti na África Ocidental e o dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta socialmente desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária (KELSEN, 2005, p. 27-28).

Na qualidade de conhecimento técnico consubstanciado na descrição da racionalidade estruturante dos grupos sociais, a ciência jurídica deve então reconhecer o seu objeto, o Direito, como representação conceitual de natureza normativa (análoga às da religião e da moral, por exemplo), embora as normas sociais descritas pela reflexão teológica e pelo pensamento ético atuem na esfera da motivação do comportamento humano mediante técnicas próprias e distintas¹⁵, que não se confundem com a lógica

¹⁵ Trata-se da imposição daquilo que Kelsen descreve como *sanções transcendentais* ou *socialmente imanentes*, conforme a designação da TPD, sendo que o Direito e a Moral se distinguem como espécies deste último gênero: “As sanções estabelecidas numa ordem social têm ora um caráter transcendente, ora um caráter socialmente imanente. Sanções transcendentais são aquelas que, segundo a crença das pessoas submetidas ao ordenamento, provêm de uma instância supra-humana [religião]. [...] Completamente distintas das transcendentais são aquelas que não só se realizam no aquém, dentro da sociedade, mas também são executadas por homens, membros da sociedade, e que, por isso, podem ser designadas como sanções socialmente imanentes. Tais sanções podem consistir na simples aprovação ou desaprovção, expressa de qualquer maneira, por parte dos nossos semelhantes [moral], ou em atos específicos, determinados mais rigorosamente pelo ordenamento social, o qual também designa os indivíduos por quem esses atos são realizados ou

característica da ordem jurídica, com a qual se busca provocar o comportamento almejado em razão do estabelecimento de medidas coercitivas a serem aplicadas como sanção na hipótese da conduta desviante. Que a finalidade ou as condutas objetivadas pela religião, a moral e o Direito possam coincidir, trata-se de ocorrência possível e até provável, o que demonstra apenas o quanto qualquer elemento distintivo no caso deve residir no meio ou na forma como cada um dos diferentes sistemas de ordenação social pretende regular a conduta dos indivíduos.

Na coletânea de artigos sobre as teorias da justiça publicada alguns anos mais tarde (KELSEN, 2001, p. 225-250), a especificidade do caráter instrumental do conhecimento jurídico em relação aos mandamentos da moral e da religião ganha evidência, com destaque para a natureza das medidas coercitivas impostas pela ordem jurídica como elemento diferencial, que fundamenta então a objetividade da cognição técnico-jurídica:

Embora reconhecendo o Direito como a técnica social específica da ordem coercitiva, podemos compará-lo com outras ordens sociais que, em parte, perseguem os mesmos objetivos que o Direito, mas por meios diversos. O Direito é um meio social específico, não um fim. O Direito, a moralidade, e a religião – todos os três proibem o assassinato. Mas o Direito faz isso provendo que: se um homem comete assassinato, outro homem, designado pela ordem jurídica, aplicará contra o assassino certa medida de coerção prescrita pela ordem jurídica. A moralidade limita-se a exigir: não matarás. E, se um assassino é moralmente repudiado por seus semelhantes – e muitas pessoas abstêm-se do assassinato não tanto porque querem evitar a punição da lei, mas porque querem evitar a reprovação moral de seus semelhantes –, permanece a grande distinção de que a reação

postos num processo pelo mesmo ordenamento regulado [direito]” (KELSEN, 2006, p. 30-31).

do Direito consiste, em certa medida, na coerção que é sancionada pela ordem socialmente organizada, ao passo que a reação moral contra a conduta imoral não é provida pela ordem moral nem é, se provida, socialmente organizada. Nesse aspecto as normas religiosas estão mais próximas das normas jurídicas do que as normas morais. Pois as normas religiosas ameaçam o assassino com o castigo de uma autoridade sobre-humana. Mas as sanções que as normas religiosas estabelecem têm um caráter transcendental; elas não são sanções socialmente organizadas, embora providas pela ordem religiosa. [...] A sanção socialmente organizada é um ato de coerção que uma pessoa determinada pela ordem dirige, de maneira determinada pela ordem, contra a pessoa responsável pela conduta contrária à ordem. [...] O indivíduo que executa a sanção atua como um agente da comunidade social. A sanção jurídica é, assim, interpretada como um ato da comunidade jurídica; a sanção transcendental – a doença ou morte do pecador – é um ato da autoridade sobre-humana dos ancestrais mortos, de Deus (KELSEN, 2001, p. 231).

Com isso, está posto o caminho para a perspectiva relativista, pois, com o intuito de atender ao seu princípio metodológico fundamental, voltado para os pressupostos de cognição da experiência jurídica em geral, o sistema teórico da TPD assume o compromisso epistemológico de descrever o Direito sempre como meio e nunca como fim. As finalidades ou os valores sociais são-lhe estranhos porque dizem respeito ao conteúdo do Direito, visto que desde o início o projeto juspositivista de Kelsen se orienta pela preocupação com as condições formais do conhecimento jurídico. Tudo porque, somente com base na representação puramente formal da ordem jurídica como ordem coercitiva – isto é, como sistema de normas que liga a determinados comportamentos certas sanções específicas – podemos enfim encontrar um elemento universal, e por isso objetivo, que possibilita a unificação das mais diversas experiências históricas do

fenômeno jurídico sob uma mesma designação comum: o conceito de *Direito*.

Qualquer tentativa de buscar nas finalidades ou nos valores sociais uma representação global do Direito estaria fadada ao fracasso, devido às contradições infundáveis entre os ideais de valor inerentes aos múltiplos contextos históricos e sociais¹⁶. Por outro lado, “[a] relação entre meio e fim coincide com a de causa e efeito e pode, portanto, ser comprovada com base na experimentação e, conseqüentemente, de modo científico-racional” (KELSEN, 2001, p. 9). Contudo, quando especialmente um comportamento humano passa a ser justificável como meio para um fim, torna-se inevitável perguntar se o fim também é justificável. E em tal caso, “[e]sse questionamento deverá conduzir à suposição de um fim último, maior, que é o problema efetivo da moral em geral e da justiça em particular” (KELSEN, 2001, p. 10).

Kelsen busca demonstrar que, na relação instrumental entre meio e fim, este sempre deve ser pressuposto como justificável ou desejável, o que implica a todo tempo uma justificativa condicionada que não exclui o seu oposto, uma vez que não sendo mais, por qualquer motivo, justificável ou desejável o fim, também deixa de ser o meio capaz de conduzir à sua efetivação. Logo, “[t]oda justificação é, de acordo com sua natureza, uma justificação como meio adequado; um fim último não é mais um meio para outro fim” (KELSEN, 2001, p. 11). O que significa que, por mais que a consciência humana exija a justificação absoluta da conduta dos indivíduos – ou seja, a justificação incondicionada da finalidade que deixaria de ser simples meio para outro fim –, o fato é que a razão humana não

¹⁶ Kelsen (2001, p. 1-27) explora diretamente a questão no artigo “O que é a Justiça?”, que abre a já citada coletânea de mesmo nome. Para um estudo mais exaustivo do tema, ver Kelsen (2009); para a mesma obra na edição brasileira, ver Kelsen (2011c).

detém por si condições de cumprir essa exigência. Em outras palavras, o absoluto em geral e os valores absolutos em particular “encontram-se além da razão humana, para a qual só é possível uma solução condicionada e, portanto, relativa ao problema da justiça como problema de justificação do comportamento humano” (KELSEN, 2001, p. 11).

Como aponta Dias (2010, p. 145), a diferenciação dessa perspectiva com a do ceticismo moral não só é possível como até mesmo obrigatória na obra de Kelsen, considerando que a autolimitação da razão jurídica ao nível do conhecimento instrumental, que identifica os meios específicos para fins já dados, não decorre da impossibilidade de qualquer conhecimento moral, mas sim da natureza sempre relativa e subjetiva desse conhecimento¹⁷. Desse modo, ao contrário da experiência jurídica – com base na qual se podem reconhecer os mais diversos contextos sociais como realidades propriamente de Direito, em vista do componente formal que identifica a todos como ordem coercitiva de sanções socialmente organizadas –, uma mesma percepção geral ou universal da moral seria por sua vez inviável, visto que pressupõe possíveis finalidades absolutas de justificação da ação¹⁸, a respeito das quais não nos é dada experiência concreta alguma.

Por isso, Kelsen “conclui que os diversos sistemas morais que são levados em conta pelas pessoas nada mais são que reflexo das concepções de mundo subjetivas divergentes” (DIAS, 2010, p. 147). O que prepara o terreno para a conclusão de que não é possível uma ciência da moral, ao menos não como conhecimento racional de ordem objetiva e sistemática, organizado de modo a reconduzir todas as nossas percepções morais a um mesmo conjunto estrutural de conceitos e representações gerais. A realidade dos valores – o fato de que eles existem – continua inconteste¹⁹,

¹⁷ Mais especificamente, anota o pesquisador brasileiro: “O ceticismo moral baseia-se na filosofia cética, segundo a qual – dito de forma drástica – sempre se fracassará em reconhecer algo como definitivo, de modo que sempre se chegará ao resultado de que um conhecimento moral não é possível. Ao contrário, o relativista moral não contesta a possibilidade de conhecimento dos valores, mas somente a concepção segundo a qual existe uma moral absoluta, isto é, um único ordenamento de valores, independente de povo, época, cultura, etc. e como tal passível de ser conhecido. Kelsen pertence incontestavelmente a esta última corrente moral-filosófica” (DIAS, 2010, p. 145).

¹⁸ Kelsen (2000, p. 23) conclui que “[s]e existe algo que a história do conhecimento humano nos pode ensinar é como têm sido vãos os esforços para encontrar, por meios racionais, uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também considerar o comportamento contrário como justo. Se podemos aprender algo da experiência espiritual do passado é o fato de que a razão humana só consegue compreender valores relativos”.

¹⁹ Na TPD: “Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, qualquer Justiça. Significa, sim, que não existe uma Justiça absoluta, mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós construímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos” (KELSEN, 2006, p. 76).

cabendo ao indivíduo, no entanto, escolher entre um ou outro valor com a plena ciência do caráter necessariamente relativo de sua escolha, uma vez demonstrada a impossibilidade da abstração de um ordenamento universal de valores morais.

Tão conhecida quanto distorcida, a famosa tese da “separação” entre o Direito e a Moral não se aplica assim à relação factual e concreta entre ambos, para de alguma maneira eventualmente negar legitimidade ou vigência a todo Direito “impregnado” de valores morais. A separação entre o Direito e a Moral realiza-se no *plano epistemológico*, na medida em que a TPD reconhece ser passível de sistematização racional o nosso conhecimento do Direito, por meio da recondução dessa experiência ao plano geral de categorias formais como aquela da norma coercitiva, ao passo que o mesmo tipo de enquadramento objetivo e universal se torna inviável quando em face da relatividade inerente às normas morais. Sobretna na TPD, Kelsen abordou exaustivamente a questão, firmando com clareza seu posicionamento:

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se para a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema Moral entre os vários sistemas morais possíveis. [...] A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema Moral (KELSEN, 2006, p. 75-76).

Possivelmente muito do repúdio à perspectiva relativista consiste no fato de que a escolha entre valores relativos se converte em liberdade angustiante, em razão da qual o próprio indivíduo, e mais ninguém, se vê chamado a decidir entre um ou outro valor, entre o correto e o incorreto. Segundo Kelsen (apud DIAS, 2010, p. 148), essa seria a decisão mais árdua e extrema sem a abstrata metafísica do divino, essencialmente alheia a toda justificação racional – ou seja, sem a confiança da pura fé na onisciência

do deus que tudo decide e que, desse modo, não deixaria assim de aliviar em alguma medida a responsabilidade dos homens. Nesse sentido, a difícil aceitação da teoria relativista dos valores dar-se-ia não porque ela exige pouco dos seres humanos, mas, ao contrário, porque exige demais.

Como consequência natural, essa mesma perspectiva aplica-se obviamente à teoria da justiça, que o autor concebe por isso como um ideal irracional, não em tom depreciativo ou cético, mas segundo o entendimento estrito de algo que, do ponto de vista *epistemológico*, não pode ser compreendido pela via da razão. O que significa dizer que a justiça é fenômeno alheio a qualquer espécie de sistematização universal, por meio de categorias gerais pressupostas como fundamentos do conhecimento:

Isso significa que o juízo, por meio do qual algo é declarado como justo, nunca poderá ser emitido com a reivindicação de excluir a possibilidade de um juízo de valor contrário. Justiça absoluta é um ideal irracional. Do ponto de vista do conhecimento racional existem somente interesses humanos e, portanto, conflito de interesses. Para solucioná-los existem apenas dois caminhos: ou satisfazer um dos interesses à custa do outro, ou promover um compromisso entre ambos. Não é possível comprovar que somente uma, e não a outra solução, seja justa. Se se pressupõe a paz social como valor maior a solução do compromisso pode ser vista como justa. Mas também a justiça da paz é uma justiça relativa, não absoluta (KELSEN, 2001, p. 23).

O tema enseja, por fim, um breve apontamento sobre a influência dessa questão metodológica na teoria política de Kelsen²⁰. Seus escritos políticos remetem ao início da década

²⁰ Quanto aos trabalhos políticos do autor, com ênfase na crítica à teoria política fundada do materialismo histórico, ver Kelsen (1949, 1955). Quanto a outros trabalhos relacionados ao seu pensamento político, ver Kelsen (2000, 2003, 2007).

de 1920, quando o autor ainda se encontra na Áustria, na condição de professor da faculdade de Direito da Universidade de Viena, para a qual fora oficialmente nomeado em 1919, após um breve período de três anos e meio de atividade como assessor de gabinete do Ministério da Guerra do Império Austro-Húngaro. Desse período – ainda sob o forte impacto da Primeira Grande Guerra, e mais especificamente, do ano de 1920 – datam obras como *Socialismo y Estado: Una investigación sobre la teoría política del marxismo* (KELSEN, 1985) (*Sozialismus und Staat: Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*), que marca a rica polêmica do autor com teóricos do austromarxismo sobre o tema das relações entre Direito, Estado e sociedade.

Um dos mais expressivos recursos conceituais que Kelsen mobiliza no curso dos debates é justamente a leitura instrumental da ciência jurídica como conhecimento técnico da relação de meios e fins, pensada com esteio na estrutura formal característica do conceito de ordem normativa. Kelsen volta-se, em particular, contra a tradicional interpretação causal da história, segundo a qual a sociedade comunista pretende colocar-se como consequência necessária do desenvolvimento econômico e social. Ainda mais diretamente, o autor busca rechaçar a conclusão de que, no atual estágio da evolução socioeconômica, a exploração exercida pela classe burguesa possa apresentar-se como *conteúdo essencial do Estado*. O conteúdo que deveria desaparecer “[t]ão logo o conflito de classes cessar, por meio da abolição da propriedade privada e da socialização dos meios de produção [...] e tão logo a sociedade sem classes for alcançada, o aparelho de coerção tornar-se-á supérfluo” (KELSEN, 2000, p. 236). No entanto, sob o viés da pureza metodológica que funda a epistemologia kelseniana, o argumento ampara-se em grave sincretismo de método, ao desconsiderar que

[e] dominio llamado Estado u ordenamiento jurídico, ese llamado aparato constrictivo, no está caracterizado por su fin social o – lo que es lo mismo – por su contenido. Se trata de una forma específica de la vida social con la que pueden ser perseguidos los fines más diversos. Seguramente el Estado moderno puede ser considerado como un medio para el fin del disfrute económico de una clase por parte de la otra. Pero sería incorrecto definir el disfrute económico o el mantenimiento de la oposición de clase como la esencia del Estado en general (KELSEN, 1985, p. 39).

Kelsen (1985, p. 23) direciona a crítica com precisão, ao asseverar “com toda energia” que sua análise em primeiro lugar “no se revuelve contra el socialismo. Yo me enfrento críticamente sólo con el marxismo y, también, con respecto a éste, sólo con su teoría política”. Não poderia ser diferente, considerando que, a despeito de qualquer filiação formal, sua notória proximidade com o partido social-democrata nunca foi negada²¹,

²¹ A esse respeito, uma passagem da sua autobiografia é demasiado eloquente quando o autor descreve o jogo de interesses políticos que culminaria com sua nomeação para a Faculdade de Direito da Universidade de Viena. O longo excerto merece ser reproduzido, pois oferece ademais um valioso *insight* sobre as posições pessoais do teórico: “Em 1919, Bernatzik morreu repentinamente de um ataque do coração, e a faculdade propôs meu nome, por sugestão do professor Menzel, o segundo catedrático de direito público e administrativo, em primeiro lugar como seu sucessor. A nomeação sucedeu logo depois. O secretário de Estado da Educação era então o social-democrata Glöckel. Minha nomeação veio de surpresa. Eu acreditava ter estragado as chances de que o social-democrata Glöckel se ativesse à proposta da faculdade. Pouco depois da apresentação da proposta, ocorreu uma assembleia dos professores da Universidade de Viena, que havia sido convocada para decidir a questão de se a universidade deveria participar como ‘empresa’ das eleições para o conselho de trabalhadores da cidade interna, onde se encontrava a sede da universidade. No estatuto das eleições, a filiação ao marxismo – ou outra fórmula semelhante – figurava como condição. Eu era decididamente contrário à participação na eleição. Porém, compareci à assembleia com a intenção oportunista de não tomar parte na discussão, para não piorar com tomada de posição desse tipo minhas perspectivas de ser nomeado. A organização dos conselhos de trabalhadores fora recomendada pelo partido social-democrata, e o Ministério da Educação estava, como foi dito, nas mãos do partido. Entre os que se pronunciaram na assembleia a favor da participação da universidade nas eleições do conselho de trabalhadores estava um colega que estava sendo seriamente considerado para a sucessão de Bernatzik. Até então ele não tinha se declarado abertamente marxista. Isso me deixou com a pulga atrás da orelha. Contrariamente à minha intenção original, tomei a palavra. Salientei que a constituição dos conselhos de trabalhadores era incompatível com o fundamento da liberdade científica; lembrei aos colegas que, há não muito tempo, a universidade havia concedido de maneira muito subserviente ao arquiduque Frederico o doutorado *honoris causa*, e que este ato era dificilmente conciliável com a adesão a uma organização marxista; e concluí que a Universidade de Viena não devia jogar-se aos pés de cada cruz que se erguesse diante dela. Creio que meu discurso contribuiu muito para que participação na eleição do conselho de trabalhadores fosse rejeitada. O fato de que o ministro da Educação social-democrata tivesse me nomeado apesar disso foi um sinal de grande objetividade, pois havia sido proposto em segundo lugar um professor que havia se filiado ao partido social-democrata, o que eu não fizera. Em primeiro lugar porque eu recusava a teoria política do marxismo (ditadura do proletariado – morte do Estado) – eu a submeti a uma crítica minuciosa no meu livro *Sozialismus und Staat* [*Socialismo e Estado*] – e, em segundo lugar porque eu era da opinião, e ainda sou hoje, de que um professor e pesquisador no campo das ciências sociais não deve se filiar a partido nenhum, pois a filiação a um partido prejudica a independência científica. Desde o início concordei sem reservas com o programa democrático do partido austríaco, que se apoiava fundamentalmente em bases marxistas, mas na prática não tinha nada a ver com as teorias do Estado anarquistas de Marx e Engels. A princípio, eu era contrário – na condição de individualista – ao seu programa econômico de nacionalização da economia.

bem como sua afinidade com teses caras ao pensamento socialista como um todo, o que apenas denuncia a fragilidade do expediente teórico²² que ainda hoje critica o pensamento do autor, em razão da suposta adesão irrestrita aos postulados do liberalismo político e econômico que muitos buscam atribuir-lhe, quando a realidade é que, no plano

Posteriormente, sobretudo sob o impacto dos abalos econômicos trazidos pela guerra, tornei-me mais e mais inclinado a reconhecer que o sistema do liberalismo econômico, tal como realizado nas circunstâncias dadas, não constituía garantia nenhuma para a segurança econômica da massa dos despossuídos, e que a segurança econômica – nas circunstâncias dadas – só podia ser alcançada por meio da economia planejada, o que significa em última instância a nacionalização da produção. Estava e estou plenamente consciente da dificuldade de conciliar a nacionalização da produção com a liberdade política do indivíduo, mas creio dever ser suficientemente objetivo para reconhecer que a segurança econômica para a grande massa é mais importante que qualquer outra coisa, e que eu não tenho o direito de ser politicamente ativo em prol da manutenção de um sistema econômico no qual eu mesmo e meus semelhantes estamos em situação confortável, e manifestar-me contra um sistema econômico que suponho ser do interesse da grande massa e ao qual, creio eu, pertence o futuro – quer queiramos nós, beneficiários da economia livre, quer não. Portanto, pessoalmente, tenho toda a simpatia por um partido socialista e ao mesmo tempo democrático, e nunca dissimulei essa simpatia. Porém, mais forte do que essa simpatia era e é minha necessidade de independência partidária na minha profissão. O que eu não concedo ao Estado – o direito de limitar a liberdade da pesquisa e da expressão do pensamento – eu não posso conceder a um partido político por meio da submissão voluntária à sua disciplina” (KELSEN, 2011b, p. 69-71).

²² Dias (2010, p. 156) reconhece que não raramente, e quase sempre de modo pejorativo, Kelsen é descrito como um pensador liberal. Em resumo, sua teoria geral do Direito, fundada na “redução” do conceito de Estado ao ordenamento jurídico objetivo “seria mero resultado do seu posicionamento ideológico, que visaria no fundo limitar o Estado a um papel mínimo” (DIAS, 2010, p. 157). Contudo, se esse argumento é correto, o discurso de Kelsen em favor da pureza da ciência do Direito, como conhecimento da experiência jurídica objetiva, parece enredar-se numa posição manifestamente contraditória. Contra isso, o professor brasileiro remete à advertência de Merkl sobre a importância eminentemente epistemológica da unidade entre Estado e Direito no pensamento de Kelsen, que “queria que seu sistema da Teoria Pura do Direito fosse compreendido em seus ‘Principais problemas da teoria do Direito público’ como expressão do neoliberalismo. Para fundamentar o sentido dessa afirmação, é preciso distinguir a visão pessoal do autor da expressão linguística científica dessa visão. O caráter liberal da TPD tem que ser reconhecido por meio de reivindicações liberais. É ‘liberal’ uma teoria do Estado ou do direito que diz ao Estado que ele não pode atingir ou deve tentar atingir determinados resultados sociais e que deve cumprir sua tarefa com determinados meios e instituições jurídicas. Numa consideração superficial poder-se-ia pensar que a limitação do Estado ao direito seria uma limitação tipicamente liberal do Estado [...]. Mas para se chegar a um juízo definitivo deve-se refletir em que sentido Kelsen quer limitar o Estado ao direito. Assim se verifica que Kelsen não quer de forma alguma limitar o Estado a um conteúdo determinado, mas sim a uma determinada forma de ação. Quando a Teoria Pura do Direito diz que o Estado só pode agir juridicamente – ou, o que dá no mesmo, que ele é um fenômeno jurídico puro – não se afirma com isso que o Estado só deve ou pode servir à finalidade jurídica, que ele só pode ou deve agir como policial ou executor, mas que ele só pode agir na forma e na via do direito, como ele sempre faz. Isso não significa uma limitação objetiva do Estado, mas apenas formal, uma limitação a uma determinada forma de ação, mas que não impõe nenhum limite à possibilidade de resultados objetivos e que portanto não é de forma alguma aquilo que se imaginou até agora como posicionamento liberal com relação ao Estado. Segundo Kelsen, o Direito é justamente a forma adequada para todos os fins imagináveis, tanto da guerra como da paz, tanto da polícia como da justiça, tanto da cultura e do poder quanto da preservação da ordem. O conhecimento da neutralidade do Direito quanto ao conteúdo como meio adequado para qualquer fim social imaginável deixa fora de dúvida a natureza apolítica da Teoria Pura do Direito – seja qual for a convicção política do seu criador. Em outras palavras: o teórico do Direito Kelsen abre espaço a todos os conteúdos jurídicos e com isso a todas as ideologias políticas, não importando se o político tem orientação liberal ou não” (DIAS, 2010, p. 157-158).

da teoria política, Kelsen (1985, p. 24) investe particularmente contra um problema determinado: o do anarquismo na teoria do Estado, que emerge de modo substancial no âmbito do pensamento socialista.

Sua objeção sustenta-se na tese de que, se o conhecimento do Direito pressupõe a recondução inclusive do conceito de Estado ao fundamento das normas objetivas do Direito positivo, com a conseqüente equiparação entre o Estado e o Direito – o Estado se resume ao próprio sistema de normas coercitivas, o que implica dizer que *o Estado é o Direito* –, a proposta da supressão revolucionária do Estado burguês, como condição para o fim da luta de classes e da exploração econômica, contém em si a ideia da supressão do próprio Direito. Disso resulta a utopia de uma comunidade sem força, regida pela mais absoluta anomia, algo completamente impensável para Kelsen (2001, p. 233-238), que o toma como conceito contraditório em seus termos.

Primeiro, em razão da expressa incompatibilidade com uma filosofia relativista dos valores, pois quem quer que acredite na existência de uma ordem social carente de um sistema de normas objetivas, que liga a determinadas condutas certos atos coercitivos como sanções, deve pensar a possibilidade de uma ordem social, “cujo caráter obrigatório resulta diretamente de seu conteúdo” (KELSEN, 2001, p. 234). Dito de outro modo, pensar a supressão do Direito equivale a pressupor que a ordem social poderia ser baseada na obediência voluntária dos cidadãos²³, com fundamento num mesmo conjunto de valores comuns, reconhecidos por toda a humanidade. Porém, caso o estabelecimento desse conteúdo geral de valor estivesse de fato ao alcance da mente humana, segundo Kelsen (2001) seria difícil explicar o motivo do desconhecimento dessa “justiça natural” até o momento presente. Isso quando a História, a mesma

²³ Não há necessária equiparação entre anarquia e falta de ordem. Em outro sentido, a anarquia pode pressupor uma ordem; porém, uma ordem natural a ser estabelecida – eis o ponto – sem coerção ou domínio. Kelsen (1985, p. 140-141) afirma: “Anarquía no debe necesariamente significar desorden, falta de un ordenamiento; significa sólo falta de constricción y de dominio. También la naturaleza – ofrecida o cedida a la ciencia descriptiva – es un orden, es comprensible sólo como orden. Pero este orden natural es propiamente la condición en que se realiza completamente la desigualdad entre los hombres; y que exige un tal orden natural también para la sociedad, puesto que los considera útil, rechaza toda interferencia de parte de una constricción humanamente organizada, fundada en la voluntad planificada del hombre, habiendo confianza en una armonía natural. Esta hace el anarquismo. Este no polemiza contra la ‘anarquía de la producción’: la exige. Y éste no va contra el ordenamiento social capitalista porque éste es demasiado anárquico, sino porque éste lo es demasiado poco; puesto que éste es aún – también si no aferra a todas las relaciones sociales – un ordenamiento constrictivo, puesto que es un ordenamiento estatal. Su fin es la libertad, puesto que sólo ésta consiente aquel orden natural que es sólo la expresión de la armonía social, que sale de la naturaleza de las cosas, pero ante todo de la naturaleza del hombre. Porque el hombre es bueno por naturaleza, está inclinado al altruismo; sólo circunstancias externas, sólo el ordenamiento constrictivo del Estado capitalista la hace malo, y tal ordenamiento funda, con la maldad del hombre producida por este mismo, a su vez su constricción. Sólo una vez liberada por el ordenamiento constrictivo la verdadera y propia, la más íntima naturaleza del hombre se manifiesta”.

ciência privilegiada pelo socialismo científico, parece demonstrar com uma infinidade de registros conflituosos o exato oposto: que os valores foram sempre e necessariamente relativos às condições espaço-temporais dos indivíduos.

A transferência dessa “idade de ouro” da ordem natural para um futuro distante tampouco elimina o paradoxo que lhe é inerente, sobretudo quando ela impele os fiéis a “dirigir su voluntad y su actuar a un resultado que viene presentado como cierto antes aún de que essen luchado por éste” (KELSEN, 1985, p. 35). O sincretismo entre o conhecimento da realidade e o do valor é manifesto no momento em que se pretende derivar da natureza das relações materiais de produção econômica uma ordem única de ideais morais como consequência, a exemplo da ética religiosa que afirma a realização definitiva do bem como resultado necessário da onipotência de um deus.

Ocorre que, na ausência dessa referência positiva única, o valor absoluto suposto como fundamento da sociedade ideal do porvir pode perigosamente converter-se num valor negativo ou num *antivalor*²⁴, o que significa dizer na negação de todos os múltiplos sistemas de moral que a experiência das diversas ordens sociais nos apresenta *in concreto*. A sociedade sem classes, e sem a mediação dos interesses pelo sistema jurídico, constituiria no extremo o paradoxo de um Estado não político. Logo, a sociedade sem Estado, e *por isso sem Direito*, corresponde à contraditória condição da sociedade que não mais é uma sociedade:

Com base no nosso conhecimento da natureza humana deve-se considerar muito improvável que qualquer ordem social, mesmo uma que, na opinião de seus criadores, assegure aos indivíduos todas as vantagens

²⁴ Kelsen dirá que o socialismo deve admitir o valor do Estado ou renegá-lo como não valor. No primeiro caso, porém, deve lidar com as diversas possibilidades de valor que o Estado oferece a fim de não incidir no vazio do discurso puramente disruptivo: “Durante todo el siglo XIX los ‘sociólogos’ más dispares se servían de una ley de desarrollo causal para representar sus postulados ético-políticos. Toda esta sociología es, como ya ha demostrado Menzel, un derecho natural camuflado. Solo que el ‘desarrollo necesario’, que una vez conduce a la realización del valor comunista, otra vez – por ejemplo, en el caso de Spencer, orientado también en sentido completamente científico-natural – conduce a la realización del valor liberal. Se explica así el hecho – que ya hoy tiene una extrañeza impresionante – de que un sistema político en cuyo centro está elevado un valor contrapuesto a la realidad y que ha nacido de la revuelta moral contra la infame injusticia del ordenamiento capitalista de la sociedad, que un movimiento espiritual, cuya enorme corriente, siempre ascendente, está alimentada por fuentes profundamente éticas y cuyos fundadores – Marx y Engels – estaban animados por un raro *pathos* ético, se presente con el ropaje de una terminología ‘científica’, esto es, científico-natural y, por tanto, valorativa. Se explica a partir de esto el hecho de que, no obstante, se hayan cuidadosamente abstenido de todo juicio de valor acerca de la condición futura, a la que debe tender, y que hasta donde es posible se ha evitado indicar como ausplicable o por añadidura ideal, la literatura socialista está embebida de una crítica sin miramientos, destructora de la situación subsistente, de un juicio de valor negativo, que sin una medida positiva de valor – sea tácitamente presupuesta – no sería ni siquiera pensable” (KELSEN, 1985, p. 34).

desejadas, possa escapar ao risco de ser violada e, portanto, não necessite de precauções contra violadores efetivos ou potenciais por meio de medidas coercitivas. Teria de ser uma ordem que permitisse a todo o mundo fazer ou abster-se de fazer o que desejasse. Mas tal ordem, na realidade, é a suspensão de toda ordem social; é o restabelecimento de um estado de natureza, ou seja, um estado de anarquia. E esse talvez seja o significado mais profundo da ideia contraditória de uma ordem social natural: a negação da sociedade. A ilusão de que é possível “voltar à natureza” baseia-se na crença de que o homem é “bom por natureza”. Ela ignora o impulso de agressão inato ao homem. Ignora o fato de que felicidade de um homem é muitas vezes incompatível com a felicidade de outro e de que, portanto, uma ordem natural justa, que garanta a felicidade de todos e, por conseguinte, não tenha de reagir a perturbações com medidas de coerção, não é compatível com a “natureza” dos homens, a julgar pelo que conhecemos sobre ela. A “natureza” de uma ordem social natural não é a mesma que a natureza de nossa experiência científica: é um postulado moral (KELSEN, 2001, p. 235).

Portanto, na visão de Kelsen a teoria política marxista em particular pode operar com a ideia de uma sociedade sem Estado, capaz enfim de abrir mão da coerção da ordem jurídica, porque se funda sobre o problemático postulado moral de uma natureza humana uniforme, por meio da qual todos invariavelmente haveriam de reconhecer a primazia dos interesses materiais, a ponto de mobilizar o seu esforço individual deliberado no interior do complexo sistema de uma economia planejada, com o intento de harmonizar o atendimento geral dessa gama de interesses mais imediatos para todos. No entanto, como ironiza Kelsen (2001, p. 237), o risco permanente à manutenção dessa ordem evidencia-se não apenas pela constatação de que vícios individuais como a preguiça e a estupidez não seriam extirpados de todo nem mesmo na comunidade socialista, mas também pela percepção de que outras necessidades como as decorrentes das demais esferas de significação da existência – a religião, por exemplo – quase sempre são tão ou mais fortes que os interesses materiais de ordem econômica, supostos como imediatos.

Kelsen não pretende afirmar com isso que tal estado conflituoso dos impulsos e volições seja absolutamente inerente à natureza humana ou que corresponda mesmo à sua configuração plena e definitiva. A constatação advém, como o teórico repetidamente se permite enfatizar, daquilo que até o momento a análise crítica das ciências humanas como um todo e a da História em particular nos têm apresentado. Com efeito, sempre privilegiando a diretriz fundamental do método, todo cientista no âmbito das humanidades deve ater-se ao conhecimento da natureza humana de que de fato dispomos, sem especular – ao menos não na condição de cientista – como o humano “poderia” ou “deveria” ser:

Contar com uma natureza humana diferente da que conhecemos é utopia. Isso não quer dizer que a natureza humana seja imutável, mas apenas que não podemos prever como mudará sob circunstâncias mutáveis. O caráter utópico da ideia de uma condição social não regulamentada por alguma ordem coercitiva – uma sociedade futura, sem Direito ou Estado – surge claramente na doutrina que, até agora, representou essa ideia politicamente com mais sucesso – a doutrina do socialismo marxista. Essa doutrina explica a necessidade do Estado e do que denomina Direito “burguês” pelo fato de a sociedade ser dividida em classes – uma que possui e outra sem posses, explorada pela primeira. Segundo ela, a única função do aparelho coercitivo representado pelo Estado e pelo seu Direito é manter essa condição (KELSEN, 2001, p. 235).

O caráter volúvel da natureza humana, por sua vez, não pode encontrar guarida na doutrina do socialismo marxista, quando ela postula a adesão irrestrita dos indivíduos ao ideal de uma economia planejada e voltada para os interesses coletivos, supostos como a finalidade absoluta de justificação da ação, isto é, como um valor que pretende excluir a possibilidade da conduta contrária. Contra essa preponderância dos interesses materiais, incompatível com uma filosofia relativista dos valores, Kelsen (2001, p. 237) reitera que “[o] desejo de prestígio, a libido e o sentimento religioso não são fatores menos revolucionários que a fome e a sede”. Assim, apenas uma visão que identifica sociedade com economia poderia deixar de perceber os grandes perigos que ameaçam qualquer ordem social de outras direções.

Finalmente, num outro plano não menos importante – o de sua orientação metodológica, alinhada com a perspectiva do relativismo moral –, Kelsen aduz que as conclusões extremas da abordagem marxista podem ser derivadas do sincretismo que ela estabelece entre o conceito do Direito em geral (que equivale ao conceito do Estado em geral) e as diversas configurações históricas e contingentes da experiência jurídica. Em síntese, a doutrina do socialismo marxista eleva uma das conhecidas expressões desta experiência do Direito – a do Estado liberal burguês, que garante o sistema econômico capitalista – ao nível de uma legítima representação conceitual do Direito e do Estado em geral, desconsiderando com base nisso que seria perfeitamente concebível, entre outras, uma organização estatal constituída com o objetivo de impedir o prosseguimento da exploração econômica.

Em favor disso e contra a tese da associação do conceito universal da experiência jurídica com a ideia de um sistema econômico em particular, Kelsen (1985, p. 40) não ignora, por exemplo, que o “ordenamiento económico capitalista há nacido en el terreno de la teoría del liberalismo, hostil as Estado, y que tiene como vecino a la anarquía, y ha crecido en la esfera a-estatal del desarrollo de las fuerzas económicas”. Portanto,

não se trata de negar a luta de classes ou a exploração econômica como problema, mas sim de afirmá-los como realidades de fato, como o conteúdo material das contingências históricas, que não se confunde com a estrutura formal dos conceitos e representações gerais pressupostos pela racionalidade jurídica, quando esta possibilita identificar distintas experiências antagônicas como realidades propriamente de Direito.

A questão remete à orientação metodológica que impulsiona todo o projeto kelseniano, já que, diante da relatividade inerente aos valores constitutivos das múltiplas organizações sociais ao longo da história, fica claro que um conceito geral do Direito somente pode ser determinado, do *ponto de vista epistemológico*, como resultado de uma investigação preocupada com a formação dos conceitos e dedicada a determinar sob que condições tantas e tão divergentes percepções poderiam ser reconduzidas ao denominador comum das experiências propriamente jurídicas. A ideia geral da ordem coercitiva de normas, que liga a determinadas condutas dos indivíduos certas medidas específicas como sanções, não se refere, pois, a qualquer contingência histórica específica, porquanto alude primeiramente a uma estrutura formal do conhecimento, pressuposta pela racionalidade que organiza e condiciona certas experiências como percepções de Direito.

Sob esse ponto de vista, além da experiência histórica da exploração econômica exercida pelo Estado burguês especificamente, existe *antes* a ideia da ordem coercitiva como *representação epistemológica* que, na condição de pressuposto geral da cognição, permite também a identificação de outras tantas experiências materiais como realidades jurídicas, desde que estas se organizem sob aquela mesma determinação formal. Nessa perspectiva, a configuração material – isto é, a finalidade que orienta cada qual das ordens sociais – pode ser avaliada como justa ou injusta segundo as mais distintas e contraditórias ordens de valor²⁵,

²⁵ Algo similar às avaliações mais divergentes que os detratores de Kelsen ofereceram contra a TPD, por desconhecer ou ignorar a essência do projeto epistemológico e de sua metodologia. A mera possibilidade de tão distintas apreciações de um ponto de vista material, como Kelsen ironiza, provaria mais que tudo a pureza e a objetividade formal de seu sistema: “[é] destituída [a TPD] de qualquer conteúdo, é um jogo vazio de conceitos ociosos, dizem com desprezo uns; o seu conteúdo significa, pelas suas tendências subversivas, um perigo sério para o Estado constituído e para o seu Direito, avisam outros. Como se mantêm completamente alheia a toda política, a Teoria Pura do Direito afasta-se da vida real e, por isso, fica sem qualquer valor científico. É esta uma das objeções mais frequentemente levantadas contra ela. Porém, ouve-se também com não menos frequência: a Teoria Pura do Direito não tem de forma alguma possibilidade de dar satisfação ao seu postulado metodológico fundamental e é mesmo tão só a expressão de uma determinada atitude política. Mas qual das afirmações é verdadeira? Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é – asseguram muitos – aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros creem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria

mas as ordens sociais em si devem necessariamente ser descritas sempre como ordens jurídicas²⁶ quando se pretende identificar a presença das normas coercitivas estabelecidas com o propósito de induzir os indivíduos a certas condutas desejáveis, sob a ameaça da imposição de medidas sancionatórias socialmente organizadas.

Porém, a universalidade dessa representação conceitual da ordem jurídica como ordem coercitiva – a qual garante a objetividade da ciência do Direito como conhecimento sistemático, cuja esfera de investigação passa a ser definida pelos fundamentos de uma racionalidade específica – não se esgota na mera abstração estéril, uma vez que oferece também uma das contribuições essenciais ao evidenciar o limiar decisivo para todo o campo das ciências sociais: a oposição entre a liberdade e a coerção. Assim, não por acaso o direcionamento da crítica de Kelsen é preciso desde o início, com foco no problema das relações entre o anarquismo e a teoria do Estado, que mobilizou em particular os partidários do pensamento marxista. Com essa questão, põe-se em jogo tanto a afirmação ou eventual negação do Estado quanto a possível determinação da natureza transitória ou definida da organização estatal (KELSEN, 1985, p. 25).

3 Conclusão

Diante do exposto, evidenciam-se as linhas mais gerais do projeto juspositivista de Kelsen. Em primeiro lugar, devido à orientação metodológica que torna patente a caracterização de suas investigações como um *projeto epistemológico*. Sob esse ângulo, desde o início a preocupação inequívoca de Kelsen é com a busca das condições de possibilidade de uma experiência jurídica já dada, cuja configuração não se coloca como problema. O “fato” de que temos a percepção de certos contextos sociais como realidades juridicamente reguladas, na qual certas normas se apresentam como válidas e outras não, assume a condição de dado objetivo cabendo à ciência do Direito, como conhecimento desse objeto que se faz presente, determinar sob que condições sua representação se

protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateísta. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza” (KELSEN, 2006, p. xiii-xiv).

²⁶ Conforme a famosa passagem da TPD, já submetida às mais depreciativas interpretações: “Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem o poder de encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situadas fora da ordem jurídica desses Estados” (KELSEN, 2006, p. 44).

torna possível e em que medida a experiência jurídica guarda algo de universal, a ponto de justificar a descrição de tantas e tão distintas variações históricas das organizações sociais como ordens jurídicas.

No curso desse projeto epistemológico, Kelsen encontra no conceito da ordem coercitiva da conduta humana uma representação geral capaz de atender às exigências metodológicas de sua investigação, muito embora tal representação, ao ser disposta como estrutura fundante da racionalidade própria da experiência jurídica, resulte na caracterização da ciência do Direito como um conhecimento eminentemente instrumental, habilitado apenas a descrevê-lo como meio específico para o alcance de certos fins socialmente desejáveis. A impossibilidade da eventual justificativa absoluta da ação (isto é, de um fim absoluto reconhecido por todos como um valor que exclui a possibilidade de valores contrários), conduz Kelsen enfim à Filosofia relativista que, por não identificar esse ideal moral absoluto em algum momento prévio do desenvolvimento histórico e social, renega a viabilidade de qualquer conhecimento moral alicerçado em categorias gerais e objetivas.

Consequentemente, a natureza formal do conhecimento instrumental que condiciona os meios para a ação (o conhecimento do Direito), quando contraposta ao conteúdo material da reflexão sobre as justificativas da finalidade da conduta (o conhecimento da moral), obriga o autor a promover a “separação” entre o Direito e a Moral no *plano epistemológico*, uma vez que, se a experiência jurídica pode ser reconduzida à estrutura formal de representações gerais características de uma racionalidade própria, o mesmo não ocorre em relação à experiência essencialmente subjetiva de afirmação dos valores morais. Uma ciência do Direito, sistemática e objetiva, encontra enfim seu

fundamento, mas não uma ciência da moral; e a validade da experiência jurídica não pode, então, depender de preferências morais individuais. Em suma, a efetivação da experiência da coerção jurídica, no plano epistemológico, independe da adesão a qualquer conjunto de valores morais.

Por sua vez, a filosofia relativista que emerge da investigação metodológica a respeito das condições de possibilidade da ciência jurídica, não esconde suas significativas derivações no campo da teoria política, no qual Kelsen estabelece um forte embate com teóricos do pensamento socialista em geral e com partidários da teoria do Estado marxista em particular. Tal como pugnada pelo autor da TPD, a leitura instrumental do conhecimento jurídico, quando somada ao relativismo moral do teórico, acaba por equiparar o Estado ao Direito, ou seja, acaba por identificar o Estado com o sistema formal da ordem coercitiva das condutas, que funciona sempre e necessariamente como *meio*, sem nunca se confundir com qualquer finalidade específica da organização social, como a exploração econômica na qual a teoria socialista acredita encontrar a *essência* do Estado burguês.

Kelsen, é certo, jamais negou a exploração ou a luta de classes como problemas sociais que caracterizam o sistema econômico capitalista. O destaque de sua proximidade com o partido social-democrata fornece todas as provas nesse sentido. Em síntese, a divergência do teórico concentra-se na objeção de que a exploração em si não pode ser tomada como a essência ou a finalidade da ordem coercitiva em geral, pois mesmo a complexa organização produtiva de um sistema econômico socialista ainda não seria capaz de prescindir da imposição de sanções determinadas por um sistema normativo, em vista da hipótese sempre presente do comportamento desviante.

A firme posição de Kelsen em favor do relativismo moral, bem como seu embate contra o que considera teorias anarquistas do Estado, amparam-se antes de tudo nas linhas gerais da *orientação epistemológica* do teórico. Na esteira do criticismo transcendental, Kelsen claramente compreende o conhecimento científico como resultado de um processo ativo da cognição, de modo que a investigação não se restringe ao *objeto em si*, mas à *representação geral do objeto* que deve ser construída segundo as determinações formais do entendimento.

Sobre o autor

Alan Ibn Chahrur é doutor em Filosofia (Teoria Geral do Direito e do Estado) pela Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil; professor do Programa de Ensino Integral da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; advogado especialista em Direito Civil.
E-mail: alan.chahrur@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

CHAHURUR, Alan Ibn. O Direito como técnica social específica: os pressupostos epistemológicos do positivismo normativista de Hans Kelsen. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 11-38, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p11

(APA)

Chahrur, A. I. (2023). O Direito como técnica social específica: os pressupostos epistemológicos do positivismo normativista de Hans Kelsen. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 11-38. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p11

Referências

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JESTAEDT, Matthias. Introdução: I. As “obras de Hans Kelsen”. In: KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. (Coleção Paulo Bonavides).

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Justiça e Direito/Ensino Superior).

_____. *A ilusão da justiça*. Tradução de Sérgio Tellaroni. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. *A justiça e o direito natural*. Tradução e prefácio de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009. (Stvdivm).

_____. *A paz pelo direito*. Tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011a. (Coleção Biblioteca Jurídica WMF).

_____. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011b. (Coleção Paulo Bonavides).

_____. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011c. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *O que é a justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces. México, DF: UNAM: Porrúa, 1987. (Serie G: Estudios Doctrinales/ Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 103).

_____. Professor Stone and the Pure theory of law. *Stanford Law Review*, Stanford, CA, v. 17, n. 6, p. 1.128-1.157, July 1965. DOI: <https://doi.org/10.2307/1227237>.

_____. *Socialismo y Estado: una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Traducción de Rolf Behrman. [Madrid]: Revista de Derecho Privado: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985. (Monografías).

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008b. (Stvdivm).

_____. *Teoria pura do direito*. Versão condensada pelo próprio autor. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (RT Textos Fundamentais, 5).

_____. *The communist theory of law*. New York: Praeger, 1955. (Praeger Publications in Russian History and World Communism, n. 12).

_____. *The political theory of Bolshevism: a critical analysis*. Berkeley, CA: Berkeley University Press, 1949. (University of California Publications in Political Science).

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. Organização de Mario G. Losano. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Justiça e Direito).

PAULSON, Stanley L. Introduction: on Kelsen's place in jurisprudence. In: KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure theory of law*. Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1992.

RODRIGUES, Otávio Luiz; TOFFOLI, José Antonio Dias. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias: (estudo introdutório para a edição brasileira da “autobiografia” de Hans Kelsen). In: KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. (Coleção Paulo Bonavides).

SCHLICK, Moritz. *Space and time in contemporary physics: an introduction to the theory of relativity and gravitation*. Rendered into English by Henry L. Brose. Dover ed. Mineola, NY: Dover Publications, 2005.

SGARBI, Adrian. Prefácio. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.