PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

O CONCEITO DE DEMOCRACIA EM HANS KELSEN

MARCELO MORENO GOMES LISBOA

Belo Horizonte

2006

Marcelo Moreno Gomes Lisboa

O CONCEITO DE DEMOCRACIA EM HANS KELSEN

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Teoria do Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes

Belo Horizonte

2006

MARCELO MORENO GOMES LISBOA

O CONCEITO DE DEMOCRACIA EM HANS KELSEN

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Belo Horizonte, 2006.

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes (Orientador)

Prof. Dra. Elza Maria Miranda Afonso

Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira

Para Valéria, com todo o meu amor.

“Quero a vida sempre assim, com você perto de mim, até o apagar da velha chama...” (João Gilberto. *Corcovado*)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo amor e pelo exemplo.

Aos meus sogros, pelo incentivo.

Ao meu filho, pelo amor e carinho.

Ao Professor Doutor Alexandre Travessoni Gomes, pela amizade e pelos ensinamentos.

RESUMO

Além de teórico do Direito, Kelsen foi também um teórico da política, estudando a fundo os regimes políticos, sobretudo a democracia. Com este trabalho, buscamos empreender uma visão integrada da teoria jurídica e política de Kelsen. Partindo dos conceitos de direito, ciência do direito, norma fundamental, estabelecidos na teoria pura do direito e na teoria geral das normas, e do conceito de justiça kelseniano, estabelecido nas obras, o problema da justiça e o que é justiça, estabeleceremos uma interface com sua obra política, consubstanciada, principalmente, nas obras *A Democracia* e *a Teoria Geral do Estado*. A partir daí, construiremos uma visão global e integrada da teoria jurídico-política existente na obra de Kelsen. Por essa visão, o regime político, que dá forma ao Estado, adquire novo significado, qual seja, o de uma forma social específica de produção da ordem jurídica. Nesse sentido, estabelece-se uma relação de pertinência entre o regime político e a norma fundamental, pela qual esta é pensada nos termos do regime político adotado na constituição da ordem jurídica, ou seja: devo obedecer a uma ordem jurídica elaborada na forma estabelecida pelo regime político (autocracia e democracia). Assim, o objeto da norma fundamental de uma Democracia seria uma ordem jurídica democrática, de sorte que a norma fundamental de uma Constituição democrática seria: só devo obedecer a uma constituição elaborada dialeticamente mediante um compromisso entre a maioria e a minoria, e cujo resultado seria uma norma que atenda a ambos os interesses. Essa visão integrada da teoria Kelseniana atesta mais uma vez a genialidade de Kelsen que, sem travar conhecimento com a chamada virada da linguagem, compôs uma teoria jurídico-política que se aproxima em muitos pontos das mais modernas teorias resultantes dessa nova concepção filosófica.

ABSTRACT

In addition to studying the theory of Law, Kelsen also delved into the theory of politics, studying political systems, especially democracy. The goal of this paper is to offer an integrated vision of Kelsen's political and legal theories. We began with the concepts of law, science of law, and basic norm, as established in the pure theory of law, and in the general theory of norms, and of the concept of Kelsen's justice established in his writings, the issue of justice and of what justice is. We then integrated this with his political writings, basically, the books *Democracy and General Theory of Law and State*. We constructed an integrated overview of the legal-political theory in Kelsen's work. According to this view, the political system that gives form to the State acquires a new meaning, that is, it becomes a specific social path to produce a legal system. In this manner, a pertinence relation is established between the political system and the basic norm. Through this relation, the basic norm is seen in terms of the political system adopted to create the legal system. In other words, I must obey a legal system created in accordance with the manner established by the political system (autocracy and democracy). Thus, the object of the basic norm of a democracy is a democratic legal system, and the basic norm of a democratic Constitution is: I must only obey a Constitution that is created in a dialectic manner, through compromise between the majority and the minority, and one that satisfies the interests of both groups. This integrated view of Kelsen's theory confirms, once again, his geniality. Kelsen, who was not acquainted with the so-called revolution in language, was able to elaborate a legal-political theory that comes close in many aspects to the most modern theories that have resulted from this new philosophical concept.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DIREITO/CIÊNCIA DO DIREITO EM KELSEN.....	15
2.1 O DIREITO EM KELSEN.....	15
2.2 CIÊNCIA DO DIREITO EM KELSEN.....	20
2.2.1 Neutralidade da Ciência do Direito em Kelsen.....	29
2.2.2 O conceito de interpretação e a Ciência do Direito em Kelsen.....	32
2.2.2.1 <i>O conceito de interpretação em Kelsen.....</i>	32
2.2.2.2 <i>A interpretação autêntica e a Teoria Pura do Direito.....</i>	33
2.3 NORMA FUNDAMENTAL.....	48
2.4 A IDÉIA DE JUSTIÇA EM KELSEN.....	57
2.5 O ESTADO EM KELSEN	72
3 DEMOCRACIA COMO FORMA DE PRODUÇÃO DO DIREITO.....	75
3.1 REGIMES POLÍTICOS.....	75
3.2 O CONCEITO DE DEMOCRACIA E LIBERDADE POLÍTICA.....	76
3.3 FUNDAMENTO DA DEMOCRACIA.....	80
3.4 O CARÁTER CONTRADITÓRIO DISCURSIVO DO PROCESSO DE CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NA DEMOCRACIA.....	82
3.5 PROTEÇÃO DAS MINORIAS, PRINCÍPIO DA TOLERÂNCIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	85
3.6 LEGALIDADE.....	88
4 UMA VISÃO INTEGRADA DAS OBRAS CIENTÍFICA E POLÍTICA DE KELSEN.....	92
4.1 INTRODUÇÃO.....	92

4.2 REGIMES POLÍTICOS E NORMA FUNDAMENTAL.....	93
4.3 DEMOCRACIA E NORMA FUNDAMENTAL.....	100
4.4 DEMOCRACIA COMO FORMA DE PRODUÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS INDIVIDUAIS	103
4.5 LEGALIDADE E JUSTIÇA.....	108
4.6 DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL E LEGALIDADE.....	109
5 CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

Muitos críticos da teoria kelseniana diziam que a sua concepção de direito não era válida porque referendava qualquer regime político, inclusive aqueles baseados na autocracia. Talvez isso tenha se devido pelo fato de esses teóricos analisarem a teoria política de Kelsen apenas a partir de seu livro mais influente, a *Teoria Pura do Direito*, a qual revela apenas uma única face da complexa e extensa obra de Kelsen, qual seja, aquela que revela apenas o jurista, mas não o filósofo político e o sociólogo do Direito.

Na introdução do livro *A Democracia*, obra publicada após a morte de Kelsen que reúne alguns de seus artigos sobre ciência política, Gavazzi (*in*: KELSEN, 2000, p. 5) afirma que Kelsen foi injustiçado, sobretudo na Itália, uma vez que os estudiosos o liam, a partir da *Teoria Pura do Direito*, entendendo-o como “o santo protetor de qualquer sistema político”. Entretanto, afirma ainda Gavazzi que “o Kelsen teórico da democracia foi substancialmente ignorado”.

Kelsen, além de grande teórico da Ciência do Direito, foi também um importante teórico e estudioso da democracia e de muitos de seus desdobramentos nos vários campos das ciências sociais. Segundo Gavazzi (*in*: KELSEN, 2000, p. 5-6), essa injustiça começou a ser reparada, sobretudo, na Itália, com a publicação, a partir de 1955, de uma série de ensaios produzidos por Kelsen sobre democracia e parlamentarismo e outros estudos do Kelsen filósofo político.

No Brasil, somente em 1993 foi publicada a coletânea de artigos políticos de Kelsen, *A Democracia*, organizada pela editora italiana Mulino.

Se contemplarmos a obra kelseniana cotejando sua dimensão filosófico-política com sua dimensão científico-jurídica, teremos um sistema político-constitucional poderoso, coerente e dinâmico na cultura filosófico-jurídica do nosso mundo ocidental.

Dada a importância da obra de Kelsen, ela se fortalece mais com o tempo. O seu estudo contribui para a afirmação maior da liberdade e da democracia, sobretudo em nosso país, que já enfrentou 21 anos de ditadura e só adotou efetivamente o regime Democrático a partir da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988.

Em virtude disso, pretendemos, com este trabalho, descrever o conceito de democracia na obra política de Kelsen, relacionando-o com o conceito de norma fundamental por meio da integração da obra política com a obra jurídica. Isso nos permitirá compreender a interação do regime político com a norma fundamental na criação da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito.

A obra de Hans Kelsen, além de fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico é complexa e extensa, abarcando grande lapso temporal, o que permitiu muitos autores classificá-la apontando vários momentos de sua evolução.

Kelsen, ao buscar a “pureza” e a precisão metodológica para a Ciência do Direito, empreende o estudo do Direito em seus aspectos jurídico e político separadamente, mas não de forma estanque. Como veremos, o Direito em Kelsen é permeável aos desdobramentos do fenômeno jurídico e às influências exercidas sobre o Direito proveniente dos vários campos das ciências, permitindo-nos refletir profundamente sobre as várias teorias filosóficas, sociológicas, psicológicas e políticas do Direito.

Como exemplo dessa permeabilidade do pensamento kelseniano, podemos observar a influência da filosofia relativista e da psicologia freudiana na teoria política de Kelsen. No livro *A Democracia*, Kelsen faz uma comparação entre o processo de conhecimento de determinado objeto e o processo pelo qual o homem avalia e forma um juízo de valor sobre esse objeto, inferindo daí que o antagonismo existente entre o relativismo filosófico e o absolutismo filosófico, tanto na teoria do conhecimento quanto na teoria dos valores, é o mesmo da teoria política entre democracia e autocracia.

Afirma Kelsen (2000, p. 16):

O Processo de dominação não é tão diferente do processo de conhecimento, através do qual o sujeito, ao instaurar alguma ordem no caos das percepções sensoriais, tenta dominar o seu objeto; e não está muito longe do processo de avaliação, através do qual o sujeito declara que um objeto é bom ou mau, colocando, assim, o mesmo em julgamento. É exatamente na esfera da epistemologia e da teoria dos valores que se situa o antagonismo entre absolutismo filosófico e relativismo filosófico, o qual – tentarei demonstrar – é análogo ao antagonismo entre autocracia e democracia enquanto representantes, respectivamente, do absolutismo político e do relativismo político.

Nessa mesma obra, Kelsen define o “tipo democrático de personalidade” no sentido de que, segundo ele, numa visão psicológica da síntese entre liberdade e igualdade, fundamento da democracia, o ego do indivíduo aspira à liberdade não apenas para si mesmo, mas também para o outro. Isso porque o sentimento de igualdade influencia a personalidade do indivíduo fazendo com que a pessoa reconheça a si mesma no outro.

Afirma o autor:

De um ponto de vista psicológico, a síntese de liberdade e igualdade, característica essencial da democracia, significa que o indivíduo, o ego, deseja liberdade não apenas para si mesmo, mas também para os outros, para o tu. E isso, somente é possível se o ego deixa de se perceber como

algo único, incomparável e irreprodutível, mas, ao menos em princípio, como igual ao tu. O ego só poderá honrar a pretensão do tu a ser também um ego se o indivíduo, não considerar como essenciais as inegáveis diferenças existentes entre ele e os outros e se o ego, ou autoconsciência, sofrer uma redução parcial pelo sentimento de igualdade com os outros. É essa, exatamente, a situação intelectual de uma filosofia relativista. A personalidade cujo desejo de liberdade é modificado por seu sentimento de igualdade reconhece a si mesma no outro. (KELSEN, 2000, p. 180)

Podemos vislumbrar aí o gérmen do princípio da tolerância tão importante na sociedade pluralista moderna, no sentido de que, numa sociedade pluralista, as diferenças devem ser aceitas em prol de uma igualdade existente na essência humana.

De outro lado, tendo em vista o exposto acima, não podemos concordar com alguns autores, como Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, que entendem que Kelsen reduziu o direito à norma jurídica. (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 12)

Na verdade, Kelsen estuda o Direito como objeto da cultura humana, não perdendo de vista essa dimensão. Seu objetivo é situar o direito como um ramo específico da cultura, mas interagindo com todos os outros.

Para o tema que nos propusemos estudar, vamos nos ater a duas vertentes da obra kelseniana: a vertente científico-jurídica, consubstanciada na *Teoria Pura do Direito* e na *Teoria Geral das Normas*, e a vertente filosófico-política apresentada, em parte, na *Teoria Geral do Direito e do Estado* e nas coletâneas de ensaios escritos por Kelsen reunidos no livro *A Democracia* e nos livros *O Que É Justiça?* e *O Problema da Justiça*.

Basear-nos-emos, pois, principalmente, nas seguintes obras e respectivas edições: *Teoria Pura do Direito*, publicada na Alemanha em 1960 e no Brasil em 1985; *Teoria Geral do Direito e do Estado*, publicado nos Estados Unidos em 1961 e

no Brasil, em 1990; *Teoria Geral das Normas* (obra póstuma)¹, publicada em 1979 na Alemanha e no Brasil, em 1986; *A Democracia*, publicada na Itália em 1985 e no Brasil, em 1993; *O Que É Justiça*, publicada nos Estados Unidos em 1957 e no Brasil, em 1997; e *O Problema da Justiça*, publicada nos Estados Unidos em 1957 e no Brasil, em 1997.

Na vertente jurídica Kelsen almeja dar ao Direito o mesmo *status* de ciência e precisão alcançado pelas ciências naturais. Para tanto, procura libertar o direito de tudo o que considera alheio a ele, delimitando ao máximo o campo do fenômeno jurídico. Daí Kelsen ter dado o nome para sua teoria de “Teoria Pura do Direito”. Assim, como ensina Reale (2000), a pureza almejada por Kelsen é a da teoria, que conhece e explica o fenômeno do Direito como ramo das ciências sociais, separado da sociologia, da psicologia, moral, etc.

No prefácio à primeira edição da *Teoria pura do Direito*, Kelsen (2003g) explicita o objetivo de seu empreendimento científico:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente de sua legalidade específica do seu objeto.

Mais adiante, Kelsen (2003g, p. 1) começa a definir sua teoria:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica específica. [...] Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa saber como ver

¹ Importante ressaltar, com base na introdução da *Teoria Geral das Normas*, como o faz também Gomes (2004), quando trata da Ciência do Direito em Kelsen, o fato de que há muito se sabia que Kelsen empreendera, nos últimos anos de sua vida, reflexões teoréticas sobre a norma jurídica. Contudo, como revelou Rudolfo A. Métall, discípulo e amigo de Kelsen, este não queria tomar para si a decisão de publicar ou não aqueles escritos. Contudo, em face da relevância científica de sua obra e do interesse com que o mundo científico aguardava a última obra de Kelsen, o Instituto Hans Kelsen de Viena decidiu pela publicação.

ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Na vertente filosófico-política, Kelsen busca alcançar a mesma precisão usada na definição do universo do Direito para dar também à política o *status* de ciência comparável às ciências naturais. Para tanto, Kelsen empreende um estudo profundo de todas as formas de governo possíveis, a seu ver, criadas pelo homem. Contudo, seu foco principal é o estudo da Democracia em todos os seus aspectos.

Kelsen entende que, a partir das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, o termo “democracia” tornou-se lugar comum, uma espécie de justificador universal de qualquer regime político, até aqueles fundados em um poder absoluto. Portanto, seu intento é estabelecer um conceito e uma caracterização científico-racional da democracia, afastando dela aqueles aspectos históricos, metafísicos, valorativos, morais, sociológicos e mesmo psicológicos que muitos teóricos apontam como inerentes a ela. (KELSEN, 2000, prefácio)

Veremos, no decorrer deste trabalho, como essas duas vertentes da obra kelseniana se inter-relacionam no Estado Democrático de Direito, quando o regime político se insere na ordem jurídica, partindo da constituição até a norma fundamental, ambos se transformando em um fator de produção de normas jurídicas. Para tanto, partiremos do conceito de Direito e de Ciência do Direito em Kelsen para, em seguida, analisar como Kelsen define os regimes políticos e, principalmente, a democracia para chegarmos a uma visão dela como forma de produção do direito e sua interação com a norma fundamental. A partir daí, vamos procurar estabelecer uma visão integrada da teoria jurídica e política de Kelsen.

2 DIREITO/CIÊNCIA DO DIREITO EM KELSEN

2.1 O DIREITO EM KELSEN

Antes de adentrarmos na reflexão do conceito de democracia na obra de Kelsen, devemos compreender os conceitos de Direito, Ciência do Direito e norma fundamental estabelecidos na vertente jurídica da obra kelseniana, sob pena de termos uma visão turva de sua teoria política.

Buscando a pureza metodológica, mas ciente da riqueza do Direito positivo, como obra da cultura humana que é, Kelsen concebe um conceito de Direito que busca resgatar a precisão e a especificidade do Direito no âmbito das ciências sociais sem, contudo, impermeabilizar o jurídico das influências que recebe do mundo da cultura, no sentido de que o Direito não se imuniza no contato com a moral, a religião ou as demais ciências sociais, mas também não pode ser abarcado pelos conteúdos da moral, da religião ou das ciências sociais. Para tanto, Kelsen procura responder a duas questões que considera primordiais:

1. “Os fenômenos geralmente chamados ‘Direito’ apresentam uma característica comum que os distingue de outros fenômenos sociais de tipo similar?” (KELSEN, 2003f, p. 7)

2. “[...] essa característica é de tal importância na vida social do homem que possa ser tomada como base na definição de um conceito útil para a cognição da vida social?” (KELSEN, 2003f, p. 7)

Kelsen responde que, como norma, o Direito se apresenta como um conjunto sistemático de enunciados prescritos pela ordem jurídica que obrigam, no sentido do dever-ser, determinadas condutas. (KELSEN, 2003g, p. 33-37) Como ordem social normativa que é, o Direito apreende e regula as condutas humanas de interesse da comunidade, instituindo penas ou retribuições às condutas contrárias ou concordes. (KELSEN, 2003g, p. 33-37)

Caracterizando o poder regulador das ordens sociais normativas, Kelsen afirma: “Uma ordem social normativa que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas e uma ordem social. A moral e o Direito são ordens sociais deste tipo”. (KELSEN, 2003g, p. 27-28)

Contudo o que diferencia o direito de outras ordens sociais é que o Direito confere à ordem social um tegumento jurídico consubstanciado na centralização e na organização da coatividade e na sistematização lógica do conjunto normativo regulador das condutas humanas e na unidade que o Direito confere ao sistema mediante um processo específico de criação e aplicação das normas. Tal processo pressupõe uma norma original fundamental da qual deriva a validade de todo conjunto normativo. (KELSEN, 2003g, p. 25-44)

Ensina Kelsen:

Com efeito, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e em diferentes épocas são designados como ‘Direito’, resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana. Uma ‘ordem’, é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. (KELSEN, 2003a, p. 33)

Mais adiante, complementa:

Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem. (KELSEN, 2003g, p. 33)

Além do caráter sistêmico característico das ordens sociais, o Direito, segundo Kelsen, apresenta uma particularidade especial e exclusiva, a coatividade.

Afirma o autor:

Uma característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é um mal – como privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros – um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto. (KELSEN, 2003g, p. 35)

Kelsen considera essa característica (coercitividade)² um critério decisivo de diferenciação do Direito de outras ordens sociais de caráter normativo.

Para Kelsen,

como ordem coativa, o direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento da coação, isto é a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força é o critério decisivo. (KELSEN, 2003g, p. 37)

Essa coercitividade é monopolizada e organizada pelo Direito, o que denota seu caráter – ressaltado por Kelsen – de técnica de controle social específica.

² Alexandre Gomes Travessoni (2004, p. 134, nota 74) afirma que na edição original da *Teoria Pura do Direito* aparecem os termos *zmang*, *zwangsordnung* e *zwamgsakte*, que correspondem, na edição brasileira, aos termos “coação”, “ordem coativa” e “ato de coação”, respectivamente, mas podem também ser traduzidos por “atos coercitivos”. Ressalta ainda o autor que Kelsen estava ciente de a norma é muitas vezes – e acrescentamos na maioria das vezes – cumprida espontaneamente, sendo o uso da força (coação) exceção. Por isso, segundo o mesmo autor, Kelsen manifestou a opção pelo termo coerção como possibilidade do uso da força, em sua primeira obra, *Problemas Capitales de la Teoría jurídica del Estado*, p. 185. Por isso, alio-me ao professor mineiro e adoto o termo “coerção” (possibilidade do uso da força).

Kelsen pergunta: 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 um chefe despótico – uma ordem igualmente chamada “Direito” – poderia ter em comum com a constituição da república Suíça?. Responde mais adiante que há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra “Direito” de surgir como expressão de um conceito muito importante em termos sociais.

Isso porque, segundo Kelsen, a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coativa, 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 social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária. (KELSEN, 2003f, p. 27)

O Direito, a moralidade, e a religião proíbem o assassinato. Só que o Direito faz isso estabelecendo que se um homem matar outro homem, então, um outro homem, designado pela ordem jurídica, aplicará contra o assassino certa medida de coerção prescrita pela ordem jurídica.

Assim, a ordem jurídica monopoliza e organiza a atividade coercitiva conferindo poderes a determinadas pessoas que agem autorizados pelo Direito.

Inferimos, pois, que o conceito de Direito para Kelsen consiste em uma ordem social coercitiva consubstanciada em um sistema de normas que tem uma origem comum na norma fundamental pressuposta, que embasa o processo de criação e aplicação de tais normas. Dessa concepção do Direito como ordem e sistema de

normas infere-se outra que concebe o Direito como uma técnica social específica de regulação de condutas e organização da sanção, que consiste em uma motivação indireta para o cumprimento da conduta legal. (KELSEN, 2003f, p. 21-69)³

Como mostra Cretella Júnior (1983, p. 226), com base em Cuvillier, sistema na filosofia geral, é o conjunto organizado cujas partes são interdependentes ou obedecem a lei única. Como se vê, a noção de ordem é inerente à noção de sistema.

Segundo ainda o ensinamento de Cretella Júnior (1983, p. 230), transportada da filosofia geral para o campo do Direito, a palavra sistema conserva o sentido de ordem e interdependência, sendo, pois, o sistema jurídico definido como um bloco unitário de normas com características comuns.

Por isso que para Cretella Júnior (1983, p. 231) só pode haver normas gerais de direito se este for concebido como um conjunto de normas de forma sistêmica e ordenada.

Por aí se vê a importância da visão sistêmica para uma teoria que visa dar ao direito caráter mais científico.

³ O conceito de norma fundamental, bem como sua relação com o conceito de Democracia na doutrina política de Kelsen, será abordado mais à frente. Contudo, consideramos importante ressaltar que o sistema jurídico unitário de Kelsen é hierárquico, sendo que no ápice temos a Constituição e na base as normas individuais consubstanciadas nas sentenças judiciais e nas decisões administrativas. Embora as normas sejam produzidas por um ato de vontade dotado de um grau maior de poder discricionário, esse poder não é absoluto, mas limitado, eis que tais normas individuais estão subordinadas a outras normas que lhe são superiores, constantes da pirâmide até a Constituição que é a norma positiva suprema, que tem como norma superior a norma fundamental pressuposta. Ora, sendo a Constituição subordinada à norma fundamental, esta constitui o verdadeiro ápice da pirâmide, ou seja, o ponto terminal de fundamentação do sistema jurídico, subordinado todas as normas até sua base. Por isso que a norma fundamental constitui fundamento da aplicação do direito. Como ressalta Fábio Ulhoa Coelho (2001, p. 61), “a decisão judicial (e a norma administrativa) é, para Kelsen, a edição de uma norma jurídica individual. O mesmo corte epistemológico e axiológico exigido no exame das normas gerais, portanto, também haverá de ser adotado no exame das decisões judiciais”.

2.2 CIÊNCIA DO DIREITO EM KELSEN

Assim como Kant, com a *Crítica da Razão Pura*, procura responder à questão de como é possível o conhecimento da Natureza, Kelsen procura, com sua teoria Pura, responder como é possível o conhecimento do Direito. Contudo, o Direito, como a ciência em Kant, deve ser conhecido racionalmente, em estado puro, destituído de elementos metafísicos ou, no dizer de Kelsen (2003g, p. 89), metajurídicos.

Alexandre Travessoni Gomes (2004, p. 114-115) exprime bem essa similaridade:

Essa busca em estabelecer a possibilidade da ciência aproxima muito Kelsen de Kant. O objetivo de Kant, em sua *Crítica da Razão Pura*, tinha sido o de estabelecer os limites do conhecimento, as condições de possibilidade da ciência (da Física e da Matemática). Com sua Teoria Pura do Direito, Kelsen quer estabelecer os limites de possibilidade da Ciência do Direito, estabelecendo contornos bem nítidos para a investigação jurídica. Kelsen usa o método Kantiano, neste ponto se aproximando do filósofo prussiano, [...].

Segundo José Florentino, tradutor da obra póstuma de Kelsen, *Teoria Geral das Normas*, a preocupação de dar pureza à Ciência do Direito procede do fato de que Kelsen era um matemático nato, somente chegando às letras jurídicas às instâncias de seu pai. Kelsen mesmo jamais quis ser jurista. (FLORENTINO. *In*: KELSEN, 2003b, p. XI)⁴

⁴ Considerando que a *Teoria Geral das Normas* foi publicada pela primeira vez no Brasil em 1986 e sendo seu tradutor Doutor pela Universidade de Berlim, especulamos que esse dado foi obtido por intermédio da bibliografia de Kelsen escrita por seu discípulo e amigo Rodolfo A. Mátall, *Hans Kelsen: Leben und Werk*, publicada na Alemanha em 1969. Também Costa Matos (2004, p. 52-53), citando notas bibliográficas de Hans Kelsen feitas por Nicoleta Bersier Ladavac, publicadas no *European Journal of International Law* (v. 9, n. 2, p. 391-400, 1998), no qual afirma que entre os vários interesses intelectuais de Kelsen estava o estudo da matemática.

Com base também no positivismo filosófico, bem como no sucesso e na precisão das ciências naturais, sobretudo da Física, Kelsen tem por objetivo conceber uma teoria de forma a lapidar o Direito eliminando desse tudo o que não for estritamente jurídico, separando o fenômeno jurídico de outros referentes a religião, demais ciências sociais, filosofia, arte, ou seja, conceber uma teoria que dê ao Direito uma pureza científica existente nas ciências naturais. Por isso Kelsen restringe seu objeto de estudo exclusivamente ao Direito positivo. (KELSEN, 2003g, p. 1)

Essa pureza metodológica almejada por Kelsen – que segundo Elza Maria Miranda Afonso (1984, p. 5, 172-181) tem como base o positivismo filosófico e como objetivo construir uma Ciência do Direito autônoma, extraíndo as últimas conseqüências dos postulados positivistas – o levará a advogar uma neutralidade excessiva, no sentido de que, para ele, o direito como ciência, como conhecimento científico de seu objeto – a norma jurídica – tem caráter meramente descritivo da realidade jurídica: “Uma ciência normativa conforme entende Kelsen, tem unicamente a função de descrever as normas que são objeto de seu conhecimento [...]”.(MIRANDA AFONSO, 1984, p. 205-206)

Dessa forma, Elza Maria Miranda Afonso (1984, p. 205) afirma que Kelsen aplica ao direito o modelo de ciência que se esgota na aplicação de leis, sendo, pois, a Ciência do Direito para Kelsen uma atividade descritiva cuja única função é de enunciar as normas jurídicas positivas ou proposições jurídicas. [...]”.

Também podemos entender a pureza metodológica na teoria de Kelsen como uma forte reação a doutrina do direito natural, isso porque Kelsen enfatiza que sua teoria trata exclusivamente do Direito positivo geral – em oposição ao Direito natural – ou seja, o direito constituído por atos humanos consubstanciados em normas

jurídicas gerais como explica o próprio Kelsen: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial”. (KELSEN, 2003g, p. 1)

Devemos ressaltar com Costa Matos (2004, p. 96-97) que o sentido da pureza metodológica de Kelsen consiste na forma de se conhecer o direito, não o direito em si. Assim, a pureza metodológica é um requisito de construção de uma independência científica do direito em face de outras disciplinas científicas como História, Sociologia, Filosofia etc.

Ainda com base no ensinamento de Costa Matos (2004, p. 100-101), a metodologia kelseniana pressupõe três condições básicas para se ter uma Ciência do Direito independente:

- eliminação rigorosa do campo de estudos, no sentido de que o objeto de conhecimento do direito deve ser exclusivo da Ciência do Direito não podendo ser comum a outras disciplinas científicas;
- ausência total de juízos de valor: a ciência deve fazer uma descrição o mais fiel possível da realidade a ser conhecida sem se deixar contaminar por juízos de valor sobre essa realidade;
- neutralidade do cientista: o jurista não deve valorar o objeto de seu conhecimento, devendo haver uma separação entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido.

O caráter de ciência social do Direito é ressaltado por Elza Maria Miranda Afonso (1984, p. 202), quando argumenta que Kelsen define a sociedade como uma ordem que rege a conduta dos homens sendo que as ciências sociais têm, pois por objeto a conduta dos homens.

Isso porque, para Kelsen, o direito como ciência social que é tem por objeto a conduta humana, mas seu objeto de estudo é a conduta humana enquanto determinada por normas jurídicas positivas, ou nas palavras de Kelsen “na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas” (KELSEN, 2003g, p. 79).

Contudo, ainda segundo o ensinamento de Elza Maria Miranda Afonso (1984, p. 202 e 203), Kelsen entende que algumas ciências sociais são causais, e a Ciência do Direito é uma ciência social normativa. Isso porque o Direito é regido pelo princípio da imputação pelo qual, a relação entre causa e efeito não se dá pela necessidade, como nas ciências causais, mas a relação “é estabelecida por atos humanos que estipulam se a condição se realizar a consequência deve ser produzida”.

Posto que o objeto da Ciência do Direito é a norma reguladora da conduta humana ou a conduta humana regulada por normas, Kelsen divide sua teoria em duas vertentes procurando com isso estudar seu objeto em seus dois momentos sociais: a teoria estática e a teoria dinâmica do Direito. (KELSEN, 2003g, p. 79)

Na teoria estática o Direito, é focado em seu momento estático, que se apresenta como um conjunto de normas em vigor. Na teoria dinâmica, o Direito é focado em seu momento de movimento, que se verifica quando do processo ou dos processos de criação e aplicação do sistema de normas. (KELSEN, 2003g, p. 79-80)

Essa dicotomia conduz a outra, ressaltada por Kelsen e de extrema importância para o entendimento de seu conceito de Ciência do Direito, qual seja, a distinção entre proposição jurídica e norma jurídica.

Com efeito, Kelsen entende que a proposição jurídica consiste em um enunciado eminentemente descritivo do Direito, ou seja, que apreende o Direito como objeto de conhecimento; já as normas jurídicas são enunciados “produzidos

por órgãos jurídicos dotados de autoridade conferida pela ordem jurídica e de obrigatoriedade destinados a serem observados pelos cidadãos regidos por aquela ordem”. (KELSEN, 2003g, p. 80-81)

No dizer do próprio Kelsen,

proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas por seu lado, não são juízos, isto é enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos, e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. Em todo o caso, não são – como, por vezes, identificando o Direito com a Ciência Jurídica, se afirma – instruções (ensinamentos). O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência – não ‘ensina’ nada (KELSEN, 2003g, p. 80)

Como se vê, essa diferenciação entre norma e proposição jurídica apresenta o Direito sob dois aspectos: na proposição jurídica, temos o Direito descrito, observado, como objeto de conhecimento. É como se um observador estivesse “vendo” determinada ordem jurídica “de fora”, por isso, suas afirmações a respeito da ordem jurídica observada são hipotéticas e descritivas. Contudo, quando se está “dentro” da ordem jurídica, que já é um objeto dado ao conhecimento, o Direito já atua por meio de normas jurídicas que são enunciados que podem emitir um comando, uma permissão, atribuir um poder ou competência.

Definido o objeto da Ciência do Direito, Kelsen se volta para responder à questão relacionada ao princípio lógico que rege as relações regidas pelo Direito.

Nas ciências naturais, a ligação lógica entre um fato e uma proposição que o descreve ou define, ou condição e conseqüência é feita pelo princípio da causalidade, que se expressa, segundo Kelsen, no seguinte enunciado, quando A é

B também é ou será. Na ciência jurídica, essa ligação é feita pelo princípio da imputação, o qual, também segundo Kelsen, está expresso no sentido de que se A é B deve ser. (KELSEN, 2003g, p. 100)

Vê-se que os princípios são análogos no sentido de ambos exercerem uma ligação lógica entre fato e consequência, contudo são diferentes no significado da ligação.

Norberto Bobbio (2003, p. 138) esclarece bem o significado da imputação que rege o nexos entre A e B em uma lei jurídica, no sentido de que “a consequência B não é efeito da condição A, mas é imputada a A por um fato humano, mais precisamente por uma norma.”

Com efeito, uma norma jurídica não é ligada à sua consequência de forma absoluta como na ciência natural, mas essa ligação se faz de maneira relativa e probabilística, de modo que “na proposição jurídica não se diz como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B porventura não seja”. (KELSEN, 2003g, p. 100)

Assim, conforme um exemplo de Kelsen, sempre que um corpo é aquecido ele se dilata, mas nem sempre aquele que não paga uma dívida ou não cumpre um pacto é coagido a fazê-lo. Muitas vezes, apesar de a norma geral imputar certa conduta, o julgador se vê impossibilitado de impor a sanção pelo seu descumprimento pelas várias circunstâncias do caso. Daí o caráter probabilístico da imputação (KELSEN, 1998, p. 323-344.), ou seja, na causalidade a ligação entre o causa e efeito é absoluta, já na imputação essa ligação é relativa.

Pelos exemplos dados por Kelsen, podemos inferir que essa absolutividade da lei causal se refere à física clássica e o sentido dessa ligação absoluta é de que a exatidão ou não dos acontecimentos do mundo físico decorre da capacidade

humana de apreensão dos fatos, ou seja, quanto maior a precisão pela qual se apreende a causa de um fato, mais precisa será a previsibilidade de seu efeito. Portanto, os fenômenos do mundo da física clássica são sempre objetivamente precisos porque, se os efeitos naturais decorrentes de determinada causa não se verificarem, a lei física que os descreve é inválida. A imprecisão existente na física clássica, reconhecida por Kelsen, se dá pelos limites de nossa capacidade de apreensão e análise das causas dos fatos, e não da realidade em si. Mesmo se ponderarmos a respeito da relatividade dos pontos de referência tomados para se observar determinado fato a previsibilidade dos fenômenos do mundo da física clássica continua limitada apenas à sensibilidade pela qual o fenômeno é observado. O cientista continua a observar seu objeto de conhecimento “de fora”, ou seja, o fato da observação não interfere no fenômeno observado.

Na física quântica, ao contrário, a relação entre causa e efeito é relativa por si mesma, em face do princípio da incerteza, pelo qual não se pode medir com precisão simultaneamente o movimento e a posição de determinada partícula. Kelsen exemplifica (1998, p. 340): “Essa relação significa entre outras coisas que a medição da velocidade de um elétron tanto mais inexata quanto mais exata é a medição de sua posição no espaço e vice-versa”; ou melhor, quanto mais preciso for o conhecimento da causa, mais incerta e aleatória se mostra a verificação dos efeitos, pois estes são probabilísticos, podendo acontecer de várias formas ou não acontecer.

Essa incerteza se verifica porque, em face das diminutas proporções dos objetos do mundo quântico, as observações modificam o próprio objeto conhecido. Segundo Kelsen (1998, p. 340), “[...] o objeto da observação é modificado pelo próprio ato da observação, por mais exata que possa ser essa observação. Ela

constitui uma interferência causal no processo observado e, assim, torna impossível o discernimento do nexos causal do fenômeno observado”.

Dessa forma, no mundo quântico, o observador nunca “vê” o objeto observado “de fora”, sendo a causalidade, por isso, sempre relativa e probabilística.

Podemos dizer também que entre a imputação e a causalidade a linha causal fática é diferente, no sentido de que na causalidade a linha causal dos fatos é ilimitada, ao passo que na imputação há sempre uma causa final objetiva.

No dizer de Kelsen (2003e, p. 33), “a série de imputação não tem, como a série da causalidade, um número ilimitado de elos, senão fundamentalmente dois membros”.

Segundo Alexandre Travessoni Gomes (2004, p. 138), “o princípio da imputação, isto é, a atribuição de uma consequência (pena) a uma determinada conduta, está inseparavelmente ligado a maneira peculiar de se conhecer o direito: enquanto norma.”

Segundo Kelsen (2003, p. 32), essa diferença na linha causal fática entre causalidade e imputação “consiste em que toda causa concreta tem de ser considerada como efeito de uma outra causa, e todo efeito concreto como causa de um outro efeito de maneira que a cadeia de causa e efeito – correspondendo à natureza da causalidade – é interminável em todas as direções”.

Segundo Kelsen (1998, p. 331), a diferença entre causalidade e imputação é que na causalidade a relação entre causa e efeito existe independentemente da vontade humana, pois decorre da natureza. Já na imputação essa relação só existe em função da vontade humana, não podendo existir sem ela. Kelsen afirma que é justamente esse significado específico da ligação entre condição e consequência ou

causa e efeito é que expresso pelo termo “dever-ser”. Assim, que a causalidade pertence ao mundo do ser e a imputação, ao do dever-ser.

Segundo Kelsen (1998, p. 331) (1986, p. 19), esse dualismo entre ser e dever-ser é um pressuposto lógico fundamental para a distinção entre ciências sociais normativas e naturais, embora muitas ciências sociais (não normativas) tenham por objeto elementos do ser, mas no sentido de um imperativo de habilidade kantiano de “ter de”, o que não significa que tenha aí uma imperatividade, eis que não pressupõe norma alguma.

A especificidade do Direito como ciência normativa se dá pelo fato de que o dever-ser que faz a ligação entre o pressuposto e a consequência está sempre ligado a uma norma jurídica, e a natureza dessa ligação lógica é sempre jurídica.

Como ressalta Fábio Ulhoa Coelho (2001, p. 55-56), a especificidade dessa ligação no sentido de o dever-ser denotar um ato de vontade faz com que o Direito, ao contrário de outras ciências sociais, assumam caráter constitutivo de seu objeto de conhecimento, qual seja, a constituição da ordem jurídica.

Conforme lembra Costa Matos (2004, p. 87-88) a respeito da especificidade do Direito, a norma jurídica, sendo um sentido objetivo do dever-ser, diferencia-se de outras normas pela forma peculiar com que a sanção se apresenta em relação à norma, no sentido de que a sanção se funda na norma jurídica e é organizada e aplicada pelo Estado, detentor da criação, produção e aplicação do Direito.

2.2.1 Neutralidade da Ciência do Direito em Kelsen

Vimos que Kelsen busca, com a teoria pura do direito, dar à ciência jurídica o mesmo tratamento científico dado às ciências naturais, tanto no sentido de delimitar o objeto de conhecimento do Direito, analisando-o sobre o ponto de vista estritamente jurídico, como também permitindo ao ato conhecer o direito uma neutralidade essencial para conferir à ciência jurídica a mesma objetividade verificada nas ciências naturais.

Essa neutralidade é consubstanciada na obra kelseniana pelo fato de Kelsen conferir à Ciência do Direito caráter meramente descritivo da realidade jurídica, ou seja, assim como o estudioso das ciências naturais descreve objetivamente o fenômeno natural observado, o estudioso do Direito descreve o fenômeno jurídico observado.

Segundo Travessoni Gomes (2004, p. 219), essa neutralidade decorre do fato de que a base da concepção de ciência de Kelsen está no relativismo filosófico que entende que não existem valores absolutos. Como argumenta o autor, “se não existem valores absolutos, conseqüentemente não pode haver conhecimento destes valores absolutos e ao jurista cabe apenas descrever as normas sem emitir qualquer juízo de valor sobre seu conteúdo”.

Kelsen (1998, p. 23) manifesta várias vezes em sua obra o entendimento de que a concepção de valores absolutos só se pode dar na esfera religiosa, eis que “a razão humana só consegue compreender valores relativos”.

Elza Maria Miranda Afonso (1984, p. 274) ressalta que a concepção positivista de que a Ciência do Direito deve ser acrítica e avalorativa como quer Kelsen, contudo, essa postura limita e isola a Ciência do Direito, prejudicando seu progresso: “Uma postura crítica é essencial a qualquer nível em que se processe o conhecimento jurídico e a Ciência do Direito não pode manter-se alheia perante o valor positivo ou negativo das normas jurídicas em relação à própria vida humana motivo e fim de todo o Direito”.

Realmente, o espírito crítico é essencial ao progresso da ciência e talvez a neutralidade kelseniana tenha sido excessiva. Contudo, entendemos, com Travessoni Gomes (2004) que essa neutralidade pregada por Kelsen não seja apenas fruto do positivismo, mas também, de certa forma, do relativismo filosófico, e da defesa da liberdade, no sentido de que, a partir do momento em que se desse atenção ao conteúdo da norma, caminhar-se-ia para um absolutismo, considerando-se que determinado conteúdo constante da norma jurídica seja o mais justo.

Por outro lado, conforme veremos mais à frente, se estudarmos a teoria política de Kelsen e a integrarmos com sua teoria jurídica, veremos que Kelsen talvez não tenha sido assim tão neutro. Com efeito, veremos que no decorrer de sua obra política Kelsen elege a democracia como o regime político mais adequado à realização da liberdade, podendo a forma democrática de produção do Direito influenciar o conteúdo das normas jurídicas por meio dos direitos fundamentais que protegem as minorias do arbítrio das maiorias. Conforme ressalta Costa Matos (2004, p. 325-326), a democracia kelseniana, bem como a democracia atual, é profundamente comprometida com a crítica. Podemos inferir ainda, com base na autora citada, que só o fato de Kelsen ter como base filosófica de sua teoria o relativismo filosófico significa que o espírito crítico não foi desprezado.

Aliás, segundo Losano (*in*: KELSEN, 2003f, p. XVI), Kelsen esclareceu repetidamente que sua concepção de teoria pura não significa o direito desligado da realidade social. Afirma Losano: “Por conseguinte, o estudo da realidade social, da qual o direito nasce e para a qual ele retroage, não é negado, mas apenas distinguido da teoria do direito”.

Essa distinção se faz presente claramente quando Kelsen difere o jurista que descreve o direito da autoridade jurídica que o aplica. Contudo, afirma Kelsen (2003g, p. 89) que para aplicar o Direito é necessário conhecê-lo.

Assim, a Ciência do Direito em Kelsen é uma Ciência do Direito positivo, que tem por objeto a conduta humana enquanto regulada por normas jurídicas, ou seja, a conduta humana imbuída de valores sociais, aspectos psicológicos, econômicos e filosóficos mas consubstanciada numa norma jurídica que faz parte de um sistema jurídico e apreendida e analisada numa perspectiva jurídica.

Losano (*in*: KELSEN, 2003f, p. XIII) enfatiza essa concepção de ciência transcrevendo síntese de Ota Weinberguer:

Esta asserção é entendida no sentido de que a ciência não descreve entidades como elas são, por si, mas de que o objeto do sistema científico é constituído pelo ângulo de visão que, por sua vez, é definido pelo modo como o problema é formulado e tratado. A ciência, portanto, é um todo ordenado, um sistema de cognição correspondente à formulação do problema. O elemento central da ciência é, pois, o método e não o objeto; o cientista, portanto visa á construção de uma teoria formal, não substancial.

Assim, entendemos que a neutralidade da Ciência do Direito em Kelsen se dá não totalmente pela aversão radical aos valores ou pelas contribuições de outras ciências, mas visa tão-somente estudar esses valores e as contribuições de outras ciências sob uma visão jurídica. Isso pode ser comprovado em sua teoria política

quando Kelsen, ao analisar a democracia, lança mão de conceitos de psicologia, ciência política, ética, filosófica e antropologia, tratados de uma perspectiva jurídica.

2.2.2 O conceito de interpretação e a Ciência do Direito em Kelsen

2.2.2.1 O conceito de interpretação em Kelsen

Na *Teoria Pura do Direito*, edição de 1960, Kelsen discorre sobre a interpretação em dois pontos: ao tratar da jurisprudência, a qual, para ele, consiste no estabelecimento da norma individual pelos tribunais, que representa um estágio intermediário de um processo que começa com a elaboração da Constituição, segue até a decisão judicial e se encerra com a execução dessa decisão judicial no final do livro, no capítulo VIII, dedicado exclusivamente à interpretação.

A interpretação, segundo Kelsen (2003g, p. 387), consiste em um procedimento intelectual que acompanha e auxilia a criação da norma jurídica.

Para Kelsen, numa perspectiva dinâmica do direito, há dois tipos de interpretação: a interpretação autêntica e a interpretação não autêntica. A primeira é aquela produzida pelos órgãos responsáveis pela aplicação da lei, como o Poder Judiciário e os órgãos da Administração Pública. A segunda é aquela interpretação realizada por aqueles que vão cumprir a lei, os cidadãos. Kelsen (2003g, p. 387, 388, 395) classifica também a interpretação realizada pelo cientista do direito ao estudá-lo como uma interpretação não autêntica.

Essa concepção de Kelsen foi objeto de críticas, como a de Marcelo Cattoni de Oliveira (2001), que passamos a analisar a seguir.

2.2.2.2 A interpretação autêntica e a Teoria Pura do Direito

Pretendemos, neste tópico, discutir a análise da teoria da interpretação de Kelsen elaborada pelo professor Marcelo Cattoni de Oliveira (2001), considerando a acuidade como foi feita e sua importância para uma compreensão mais completa da teoria do Direito kelseniana.

Basicamente, o autor entende que o conceito de interpretação autêntica elaborado por Kelsen sofreu um alargamento em sua versão definitiva na *Teoria Pura do Direito*, edição de 1960, revelando uma incoerência interna que coloca em risco toda a sua construção da Teoria Pura do Direito.

Para Cattoni de Oliveira, quando Kelsen afirma que por via da interpretação autêntica se pode produzir uma norma situada completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa, promove um alargamento do conceito de interpretação autêntica, eis que tal interpretação não se restringe mais somente às possibilidades fornecidas pela Ciência do Direito. (KELSEN *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 46)

Em sua análise acurada da teoria da interpretação kelseniana Cattoni de Oliveira, inicialmente, traça a evolução do significado do termo – usado por Kelsen, - interpretação autêntica nas várias edições da obra *Teoria Pura do Direito*, sobretudo as edições de 1934, 1953 e 1960.

Com base na edição de 1934 da *Teoria Pura do Direito*, Cattoni de Oliveira parte do entendimento de Kelsen de que a teoria da interpretação pressupõe uma teoria do ordenamento jurídico na qual o Direito é um sistema de normas em que a relação entre elas se dá por um critério hierárquico. Nas palavras de Kelsen, citado por Cattoni de Oliveira,

a interpretação é uma atividade intelectual que acompanha o processo de criação do Direito enquanto este se move de um nível mais alto da estrutura hierárquica ao nível mais baixo governado por aquele nível mais alto. No caso modelo, que é o de interpretação das leis, a questão a ser respondida é como, na aplicação de uma norma geral (a lei) a um caso concreto, alguém chega à norma individual correspondente (uma decisão judicial ou um ato administrativo). Há, contudo, interpretação da constituição, na medida em que a constituição é para ser aplicada no processo legislativo, ou na edição de regulamentos de emergência ou outros decretos fundados diretamente na constituição é para ser aplicada a um nível inferior da hierarquia. E há também interpretação de normas individuais – de decisões judiciais, diretivas administrativas, negócios jurídicos, etc. Há, em suma, interpretação de todas as normas jurídicas aplicadas – isto é, na medida em que o processo de criação e aplicação do Direito se move de um nível do sistema jurídico para outro (KELSEN *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 33)

Segundo Cattoni de Oliveira, a relação de aplicabilidade entre um nível hierárquico de normas superior e outro nível inferior não é uma relação de determinação completa e absoluta, mas, ao contrário, na aplicação da norma superior por intermédio de uma norma inferior, a vinculação entre essa norma superior aplicanda e a norma inferior aplicada é incompleta e relativa. Assim, afirma o autor, “por mais que a norma superior busque vincular formal e materialmente o modo de sua aplicação ou, em outras palavras, da produção de uma norma inferior com base nessa norma superior, ela terá de deixar vários detalhes fora de seu alcance. (OLIVEIRA, 2001, p. 34)

Nas palavras de Kelsen, citado por Cattoni de Oliveira,

a determinação, todavia, nunca é completa. A norma superior não pode ser determinante acerca de todos os detalhes do ato que a põe em prática. Deve restar sempre um espaço de discricionariedade, às vezes maior, às vezes menor, já que a norma superior, em relação ao ato que a aplica (um ato de criação normativa ou simples implementação), tem simplesmente o caráter de uma moldura a ser preenchida pelo ato (KELSEN *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 34)

Segundo Cattoni de Oliveira (2001, p. 34-35), essa indeterminação pode derivar diretamente da norma, no sentido de que a autoridade que elabora a norma indetermina seu conteúdo propositadamente, com o objetivo de conceder ao aplicador da norma uma discricionariedade maior ante a situação prática de aplicação, ou essa indeterminação decorre da aplicação da norma, a qual, ao ser confrontada com a situação prática de sua aplicação, encontra detalhes situacionais não previstos na norma.

Kelsen, citado por Cattoni de Oliveira, afirma: “Em todos os casos de indeterminação, intentada ou não intentada, do nível inferior, várias possibilidades de aplicação da norma superior se apresentam. (KELSEN *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 35)

Mais adiante, Cattoni de Oliveira cita outra passagem de Kelsen em que ele afirma:

A norma a ser aplicada é simplesmente um quadro, uma moldura, no qual várias possibilidades de aplicação são dadas, e todo ato que esteja contido neste quadro, que em algum sentido possível preencha tal quadro, estará em conformidade com a norma. (KELSEN *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 36)

O autor afirma que para Kelsen, na perspectiva do Direito positivo, não existe um critério com base no qual se possa saber se uma das possibilidades de aplicação da norma pode ser designada como correta. Segundo Cattoni de Oliveira, Kelsen, entende que essa escolha entre as várias possibilidades de aplicação da norma é

um ato volitivo e seria, por isso, um problema não de teoria do Direito positivo, mas de política do Direito. Mais adiante, cita as palavras de Kelsen:

A tarefa de obter da lei a decisão judicial correta ou o ato administrativo correto é essencialmente a mesma tarefa de criar a lei correta nos quadros da constituição. Assim como não se pode obter leis corretas a partir da constituição mediante interpretação. Há, certamente, uma diferença entre esses dois casos, mas ela é somente quantitativa e não qualitativa, e consiste simplesmente no fato de que o legislador está menos materialmente do que o juiz, ou seja, o legislador desfruta de uma maior independência na criação da lei. Mas mesmo o juiz cria direito, mesmo ele é relativamente independente. Precisamente por essa razão, é uma função volitiva chegar à norma individual no processo de aplicação de uma lei, desde que a moldura da norma geral seja preenchida por meio desse. (KELSEN *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 37)

Assim, Cattoni de Oliveira entende que, na visão kelseniana, o critério que alicerça a interpretação é político, pois tem o objetivo de influenciar o legislador, as cortes, ou os órgãos administrativos. Segundo o autor,

na aplicação da lei pode haver, ainda, lugar para uma atividade cognitiva para além da descoberta da moldura, na qual o ato de aplicação está confinado. Só que isso não é conhecimento do Direito positivo, mas cognição de outras normas, as quais podem agora fazer parte do caminho no processo de criação jurídica; normas nomeadamente da moral, de justiça – julgamentos de valor social caracterizados em frases de efeito tais como ‘bem-estar do povo’, ‘interesse público’, ‘progresso’ etc. (OLIVEIRA, 2001, p. 38)

Então, conclui Cattoni de Oliveira (2001, p. 38) que se o direito positivo não pode dizer nada sobre o modo de aplicação das normas, sendo a autoridade aplicadora livre para atuar “a certeza jurídica é uma ilusão que não pode ser mantida pela Teoria Pura do Direito”.

Analisando agora a Edição francesa da *Teoria Pura do Direito* de 1953 Cattoni de Oliveira a compara com a edição de 1934, apontando suas principais diferenças:

- Na edição de 1953, Kelsen introduz a expressão “interpretação autêntica” para designar a interpretação realizada pelos órgãos de aplicação do Direito, ao mesmo tempo distinguindo esta da realizada pela Ciência do Direito.
- Se na edição de 1934 o critério de fixação da decisão de qual das possibilidades de aplicação da norma é o correto, é político “Kelsen apenas delinea as tarefas da teoria do Direito em face do processo de aplicação jurídica. Já em 1953, a divisão dos campos da interpretação realizada pela Ciência do Direito e da interpretação realizada pelos órgãos aplicadores do Direito está bastante clara”. (OLIVEIRA, 2001, p. 39) Segundo o autor, cabe ao jurista descrever o Direito traçando-lhe o quadro de interpretações possíveis ao órgão competente, cabendo a este a tarefa de determinar, mediante um ato de vontade, qual das interpretações possíveis é a justa ou a correta para a aplicação da norma. Essa é a interpretação autêntica, segundo Kelsen. (OLIVEIRA, 2001, p. 40)

Analisando a edição de 1960 da *Teoria Pura do Direito* Cattoni de Oliveira afirma que, nessa edição, o capítulo que trata da interpretação aparece modificado em sua estrutura e em seu conteúdo, sob o qual focaremos nossa discussão.

Segundo o autor, logo no início Kelsen faz a distinção entre a interpretação autêntica e a interpretação não autêntica, “que são introduzidas como sendo respectivamente, [...] a interpretação do Direito realizada pelo órgão que o aplica e a interpretação do Direito que não é realizada por órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.” (KELSEN *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 42)

Segundo Cattoni de Oliveira, toda a argumentação de Kelsen sobre a interpretação autêntica girará em torno dessa diferenciação feita por Kelsen dos dois

tipos de argumentação. Essa distinção, nas palavras de Kelsen citadas na obra de Cattoni de Oliveira, ocorre na forma seguinte:

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este precisa fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.

Mas também os indivíduos, que têm não de aplicar, mas de observar o Direito, observando, ou praticando a conduta evita a sanção, precisam compreender e, portanto, determinar o sentido das normas jurídicas que por eles não de ser observadas. E finalmente, também a ciência jurídica, quando descreve um Direito positivo tem de interpretar as normas deste. (KELSEN *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 43)

Nesse ponto, afirma Cattoni de Oliveira que a partir dessa diferenciação Kelsen passa a analisar a interpretação do Direito por meio da interpretação autêntica. A princípio entende o autor que a análise de Kelsen nessa edição de sua *Teoria Pura* não acrescenta nada de novo às edições anteriores, de 1934 e 1953. Contudo, há, segundo o autor, uma diferenciação no ponto 2ª da edição de 1960 no que concerne ao conceito de interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade. (OLIVEIRA, 2001, p. 43)

Segundo o autor, Kelsen entende que a interpretação como ato de conhecimento é aquela realizada pela ciência jurídica que estabelece as possíveis significações, o sentido da norma jurídica. A interpretação como ato de vontade é aquela realizada pelos órgãos aplicadores do Direito. A interpretação como ato de vontade é aquela realizada pelos órgãos aplicadores do Direito os quais escolhem entre as possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva produzida pela ciência, qual é a correta para a aplicação norma.

Nas palavras de Cattoni de Oliveira (2001, p. 50), sintetizando as teses de Kelsen,

na interpretação autêntica, a interpretação cognoscitiva, obtida por uma operação de conhecimento do Direito a aplicar, combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através da mesma interpretação cognoscitiva.

Segundo se infere da leitura desse ponto da obra de Cattoni de Oliveira, a grande diferença é que Kelsen aponta que, além do ato de vontade como aplicador de uma norma jurídica, existe o ato de vontade da autoridade que executa um ato de coerção estatuído na norma jurídica a ser aplicada.

Contudo, é de maior relevância, tanto para a análise feita por Cattoni de Oliveira quanto para esta análise, a afirmação de Kelsen sobre a interpretação autêntica citada por Cattoni de Oliveira:

A propósito, é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não, somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (KELSEN *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 46)

Infere-se daí, segundo Cattoni de Oliveira (2001, p. 47, 51), que o conceito de interpretação autêntica sofre, na edição de 1960, um alargamento, que “irá revelar toda a instabilidade dos pressupostos teóricos kelsenianos, bem como colocará em risco a própria coerência interna da sua teoria”.

Cattoni de Oliveira divide sua análise crítica da teoria kelseniana em dois tópicos: o primeiro versa sobre o risco que o alargamento do conceito de interpretação autêntica representa para coerência interna da teoria jurídica de Kelsen. O segundo tópico aborda a insustentabilidade dos pressupostos teóricos kelsenianos em face da teoria da interpretação autêntica.

- *Incoerência interna* – Segundo Cattoni de Oliveira (2001, p. 51), o alargamento do conceito de interpretação autêntica coloca em risco a coerência interna da Teoria Pura do Direito

porque aceitar, sob o ponto de vista de uma teoria do Direito, de uma ciência que descreve normas jurídicas e a dinâmica dessas normas jurídicas, a possibilidade de produção de uma norma de escalão inferior ou a realização de um ato coercitivo que se processem fora do quadro de interpretações possíveis de uma norma superior aplicada é, no mínimo, romper com o postulado metodológico da separação entre teoria e sociologia do Direito, entre 'ciência normativa' e 'ciência causal'.

E continua o professor afirmando que

[...] a aplicação jurídica passaria a ser tratada simplesmente como uma questão de eficácia do Direito, ou seja, da aplicação ou não das normas jurídicas, e não mais como uma questão de validade do Direito, ou seja, de como a aplicação do Direito, segundo o próprio Direito, deve dar-se uma total confusão entre o nível do 'ser' e o nível do 'dever-ser' que a teoria pura tanto quis evitar. (OLIVEIRA, 2001, p. 51-52)

Segundo o autor, a sentença judicial encontra seu fundamento de validade na lei, uma vez que o ato de vontade que a produz pode ser interpretado por intermédio da lei como tendo o sentido objetivo de uma norma individual, qual seja, uma sentença judicial. Se não for assim não se trata de uma sentença judicial. (OLIVEIRA, 2001, p. 53)

Cattoni de Oliveira (2001, p. 54) entende que esse conceito de interpretação autêntica da edição de 1960 da *Teoria Pura do Direito* enseja uma inversão da pirâmide normativa no sentido de que o Direito válido seria somente aquele que os tribunais superiores quisessem.

• *Insustentabilidade dos pressupostos teóricos* – Para demonstrar a insustentabilidade dos pressupostos teóricos da teoria kelseniana, Cattoni de Oliveira parte das seguintes indagações:

– Se pela teoria da interpretação autêntica o órgão jurídico que deve aplicar a norma jurídica não apenas realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da Ciência do Direito, mas também pode produzir uma norma que se situa completamente fora do quadro que a norma a ser aplicada apresenta, quem garante que essa norma produzida esteja fora ou dentro da moldura? A Ciência do Direito?

– Seria o cientista do Direito realmente capaz de descrever as interpretações possíveis da norma?

– Haveria um método capaz de, por si só, traçar o quadro das interpretações possíveis e determinar qual a interpretação correta e justada norma ante a situação prática de aplicabilidade? É realmente possível traçar esse quadro?

Segundo Cattoni de Oliveira (2001, p. 46), Kelsen considera que a atribuição de traçar um quadro das interpretações possíveis é da Ciência do Direito e que tal atividade é meramente de conhecimento. Mas Kelsen não detalha como essa “operação de conhecimento se dá”.

Respondendo à segunda indagação, Cattoni de Oliveira (2001, p. 57-58) afirma que é impossível que o cientista do Direito consiga prever todas as interpretações possíveis da norma a ser aplicada, eis que para isso seria necessária uma consciência supra-histórica do Direito, e ninguém, dada a nossa própria condição de ser histórico, seria capaz disso. Para o autor, a interpretação da norma só pode se dar em seu contexto histórico.

Respondendo à terceira indagação, Cattoni de Oliveira concorda com Kelsen e transcreve um trecho da *Teoria Pura do Direito* no qual Kelsen (*apud* OLIVEIRA, 2001, p. 57) afirma:

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma pode ser destacada como “correta” – desde que naturalmente, se trate e várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Para Cattoni de Oliveira (2001, p. 58), qualquer método de interpretação deve ser contextualizado histórica e culturalmente, por isso ele afirma que “o que é preciso para interpretar cientificamente uma norma é problematizar essas pré-compreensões advindas das tradições compartilhadas ou não à luz de reconstruções paradigmáticas do Direito presentes na própria história”. Segundo o autor, “não há como falar das interpretações possíveis, mas de interpretações possíveis, segundo este ou aquele paradigma do Direito, refletido na ordem jurídica em questão”.

Infere-se da análise do referido autor que o paradigma a ser adotado como base para a aplicação do direito é aquele consubstanciado no Estado Democrático de Direito.

Segundo Cattoni de Oliveira (2001, p. 59), o juiz não tem discricionariedade porque, “da perspectiva do juiz, aplicar o Direito é aplicá-lo a um caso concreto, caso este, como todo evento histórico, único, irrepetível.

Para ele, de fato, há várias interpretações possíveis para uma norma jurídica mas devemos ter um critério racional para que se possa dizer qual a interpretação é a correta para reger a situação de aplicação da norma. Este critério, segundo o autor, deve levar em conta o caso concreto – “e isso justamente Kelsen não faz” – e deve ser operacionalizado através de uma reconstrução do caso concreto,

argumentativamente realizada através dos limites do processo jurisdicional”. (OLIVEIRA, 2001, p. 59)

Mais adiante, justificando sua argumentação, afirma que, “afinal, o processo jurisdicional implica uma série de atos que, realizados em contraditório entre as partes, prepara a prestação jurisdicional”. (OLIVEIRA, 2001, p. 59)

Já vimos que a Ciência do Direito para Kelsen é uma ciência social normativa e descritiva do fenômeno jurídico. O cientista do Direito, para Kelsen, realiza uma atividade de descrever o Direito, não de valorar o Direito como justo ou injusto. Por isso que se pode afirmar que a teoria do Direito kelseniana é avalorativa, ou seja, não estuda o Direito justo, mas o Direito positivo, consubstanciado numa ordem jurídica posta.

Como já foi dito neste trabalho, Kelsen buscou descrever o direito da mesma forma que um cientista das ciências da natureza descreve o seu objeto de conhecimento, com a maior precisão e imparcialidade possível.

Assim, coerente com sua teoria da Ciência do Direito, Kelsen (2003g, p. 395) entende que “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”.

Para Kelsen (2003g, p. 395-396), a Ciência do Direito só pode estabelecer as interpretações possíveis – as possíveis significações ou sentidos da norma jurídica – , não podendo tomar qualquer decisão de escolha entre as possibilidades de sentido da norma por ela mesma revelada, porque essa escolha é um ato de vontade que só pode ser realizado pela autoridade competente para aplicar a norma.

Para Kelsen (2003g, p. 396), a interpretação jurídico-científica deve apenas elencar os possíveis sentidos da norma para evitar a ficção defendida pela

hermenêutica tradicional de que a norma jurídica apenas permite uma só interpretação correta.

Temos, então, que a dinâmica da interpretação kelseniana é a seguinte: a Ciência do Direito, por meio de um ato de conhecimento chamado por Kelsen de interpretação não autêntica, descreve o Direito estabelecendo os possíveis sentidos da norma jurídica. A autoridade jurídica, ao exercer sua competência, conferida pela ordem jurídica, de aplicar a norma jurídica elaborada pelo legislador e tendo em vista a indeterminação imanente ao ato aplicador do Direito, escolhe, mediante um ato de vontade, uma dentre as muitas possibilidades de sentido da norma fixadas pela Ciência do Direito. Dessa forma, para Kelsen a lei a ser aplicada consiste em uma moldura, dentro da qual há várias possibilidades de aplicação estabelecidas pela Ciência do Direito.

Kelsen (2003g, p. 394) afirma que pela via da interpretação autêntica **pode** ser produzida também uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (Grifo nosso)

Mais adiante, Kelsen (2003g, p. 394-395) constata o fato de que uma interpretação desse tipo (fora da moldura) pode ter caráter geral se não for anulada pelo Tribunal Superior em última instância, e que é fato conhecido de que por essa interpretação pode-se criar um Direito novo.

Como se vê Kelsen não afirma, como quer Cattoni de Oliveira, que o julgador ao aplicar a norma deve criar uma norma fora da moldura, mas que este fato pode acontecer ou seja Kelsen não está justificando ou referendando como sendo cientificamente correta a existência de normas fora da moldura. O que Kelsen faz é simplesmente constatar a possibilidade de existência desse fato. Ele afirma que pelo método da interpretação autêntica é possível que o órgão aplicador da norma

produza uma norma jurídica da moldura ou, melhor dizendo, “fora da interpretação cognoscitiva da mesma norma”. (KELSEN, 2003a, p. 394) Disso se pode inferir que Kelsen (2003g, p. 263-273) quer dizer que o julgador pode não se ater às interpretações dadas pela Ciência do Direito. Aqui, ele está especulando sobre um fato do mundo do ser, e não do dever-ser.

Muitos cientistas sociais, como economistas, sociólogos, etc., assessoram governos e, com base em pressupostos teóricos de suas disciplinas, recomendam aos governantes políticas para a aplicação de muitas normas constitucionais. Entretanto, muitas vezes os governantes, por vários motivos, aplicam essas leis constitucionais de forma totalmente deferente da recomendada pelos cientistas sociais que os assessoram e nem por isso os pressupostos teóricos dessas ciências estão ameaçados. Por exemplo, os economistas recomendam, com base nos pressupostos da teoria econômica, que as taxas de juros devem ser baixadas de forma gradual. Contudo, determinado governante pode, com base na Constituição, baixar as taxas de juros até um patamar ínfimo mediante um único ato, sem que isso comprometa os pressupostos da teoria econômica.

Do mesmo modo, um juiz ou tribunal pode, na aplicação da norma ao caso concreto, desconsiderar a lei e as interpretações dadas pela Ciência do Direito e proferir o julgamento com base em uma interpretação deferente ou mesmo pessoal, e essa decisão pode ser referendada pelo tribunal de última instância. O fato de isso poder acontecer ou realmente acontecer não significa que tal fato seja juridicamente correto ou cientificamente correto, nem significa que os pressupostos da teoria jurídica positiva estejam revogados.

Assim, se ocorre o fato de o julgador, ao aplicar a norma, escolhe uma interpretação fora da moldura, esse fato pode e deve ser explicado pela Ciência do Direito, que pode referendá-lo como cientificamente correto ou não.

De outro lado, o fato de, segundo Kelsen, todo ato de aplicação do Direito carregar certa dose de incerteza e o fato de que nessa interpretação possa constar várias possibilidades não comprometem os pressupostos da ciência positiva do Direito, assim como a incerteza constante da física quântica e mesmo da clássica não desnatura seus pressupostos científicos. Prova disso é que toda essa física, digamos imprecisa, gerou toda a tecnologia avançada de que hoje dispõe a humanidade.

Não se pode dizer também, como faz Cattoni de Oliveira (2001, p 51/52.), que o chamado alargamento do conceito de interpretação autêntica reduziria a aplicação do Direito a uma questão de eficácia e não de validade, eis que vigência e a eficácia, para Kelsen, são dois conceitos diferentes, mas que se inter-relacionam no sentido de que a eficácia é condição de validade da norma jurídica, mas não se confunde com a validade. Assim, uma norma não é válida porque é eficaz, mas é eficaz porque é válida.

Nas palavras de Kelsen (2003f, p. 58),

uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade, uma condição, não uma razão de validade. Uma norma não é válida porque é eficaz; ela é válida se a ordem à qual pertence é como um todo eficaz.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2001, p. 32-33), há na teoria pura dois tipos de eficácia: a eficácia da ordem jurídica e a eficácia das normas individualmente consideradas. Assim, a ordem jurídica não perde a validade se uma de suas normas

singularmente considerada for inválida, mas a mesma norma singular perde a validade se a ordem jurídica for considerada inválida.

Dessa forma, o fato de um julgador, pelo método da interpretação autêntica, produzir uma norma fora da moldura e essa norma for aceita pelo Tribunal Superior como válida ou inválida na aplicação da norma superior ao caso concreto, não significa que a ordem jurídica seja inválida.

De outra parte, a estrutura hierárquica que constitui o sistema jurídico kelseniano, cuja base é a norma fundamental pressuposta, e a partir da qual as normas do primeiro escalão, denominadas superiores, conferem validade e direcionam a aplicação das normas dos escalões inferiores sucessivamente, no sentido de que a norma fundamental direciona a criação e a aplicação da Constituição e esta valida e direciona a aplicação das demais leis gerais, as quais, por sua vez, validam e direcionam a aplicação das chamadas por Kelsen de leis individuais, que são as decisões judiciais proferidas pelos tribunais na resolução dos casos concretos e as decisões dos vários órgãos da Administração Pública na execução das leis, permite inferir que a aplicação do Direito é sempre histórica, eis que baseada na norma fundamental que longe de ser absoluta, é relativizada pelo processo histórico como demonstraremos ao tratarmos da Democracia e Norma Fundamental.

De fato, conforme veremos mais adiante, Kelsen demonstrou que, por força do relativismo filosófico, base de sua concepção jurídico-política, o fato de a norma fundamental poder ser mudada por meio de processos revolucionários demonstra que ela é histórica, assim como toda a ordem jurídica que tem nela seu fundamento de validade. Mesmo porque, como diz Kelsen sua teoria é uma teoria do Direito positivo que, pelo fato de ser positivo (posto), é histórico e mutável.

Assim, se numa visão integrada da teoria kelseniana considerarmos, com Kelsen, que a forma de estado é um caso especial de produção do direito (2003g, p. 309-310), o critério de validade da interpretação passa a ser jurídico e não político.

Ante ao exposto, entendemos que a possibilidade de o Juiz decidir o caso concreto produzindo uma norma fora da moldura que a norma a aplicar representa, é para Kelsen apenas um fato, um fato possível de acontecer, mas não um fato cientificamente justificado pela Teoria Pura do Direito. Assim, os pressupostos teórico-científicos da *Teoria Pura do Direito* continuam válidos.

2.3 NORMA FUNDAMENTAL

Kelsen (2003g, p. 215), ao elaborar o conceito de norma fundamental, procurou responder a duas perguntas:

- Se o Direito é concebido como um sistema de normas que regulam a conduta dos homens configurando uma ordem normativa, o que fundamenta a unidade dessa ordem?
- Por que uma norma vale? O que constitui seu fundamento de validade?

Essas perguntas formuladas por Kelsen revelam dois aspectos da norma fundamental: norma fundamental como fator de unidade de um sistema de normas e norma fundamental como fundamento de validade da ordem normativa.

Na ótica kelseniana, uma norma só pode obter sua validade, ou seja, só pode ser considerada vigente, por intermédio de outra norma de grau superior que lhe

atribui esta validade. No sistema jurídico elaborado por Kelsen (2003g, p. 215), “uma norma que representa o fundamento de validade de outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”.

No sistema jurídico kelseniano, essa diferença de graus entre normas confere autoridade de umas sobre as outras de acordo com uma hierarquia de normas que têm como pontos terminais a constituição e a as chamadas por Kelsen de normas individuais (decisão judicial, contratos). Para entendermos melhor esse sistema, usaremos a figura da pirâmide. Assim, se tomarmos a ordem jurídica concebida por Kelsen como uma pirâmide, teremos em seu topo, como a norma mais alta, a Constituição. Abaixo da Constituição, teremos as normas infraconstitucionais (os códigos e as demais leis). Abaixo das normas infraconstitucionais teremos as normas individuais.

Estando posta a ordem jurídica a partir da Constituição, a norma fundamental lhe é pressuposta, conferindo-lhe o fundamento último de validade, eis que a validade da norma fundamental já não pode ser derivada de outra norma. Dessa forma, todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa.

A norma fundamental é fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 2003g, p. 217)

Essa fundamentação normativa, hierárquica, baseada na autoridade (poder) de uma norma sobre a outra, é chamada por Kelsen de princípio dinâmico de

normas. Kelsen o diferencia do princípio estático de norma no sentido de que por esse princípio uma norma vale e pertence a um sistema de normas quando seu conteúdo é derivado dedutivamente do conteúdo da norma fundamental. Como ensina Travessoni Gomes (2004, p. 236 e 237),

[...] no sistema de normas do tipo estático, a conduta é considerada como devida por força de seu conteúdo, e a norma fundamental fornece não só o fundamento de validade, mas também o conteúdo de validade. No sistema dinâmico de normas, a norma fundamental fornece somente o fundamento de validade das normas inferiores e não o conteúdo. Assim, temos que, no sistema estático de normas, a validade das normas é vinculada ao seu conteúdo. No sistema dinâmico, contudo, o conteúdo não está vinculado à validade da norma. Essa derivação é dedutiva nesse sistema porque o conteúdo da norma fundamental é, nesse sistema dinâmico, imediatamente evidente. Pelo princípio dinâmico já esposado, a validade da norma fundamental não deriva de seu conteúdo, mas apenas de sua autoridade. (KELSEN, 2003a, p. 217-218)

É com base nessa autoridade que Kelsen afirma que a

a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume através do qual a Constituição surgiu ou quando o ato constituinte produtor da Constituição posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica se assenta são considerados como autoridade legislativa. (KELSEN, 2003g, p. 222.)

Assim, a norma fundamental é o ponto de partida para a criação da ordem jurídica ou, no dizer de Kelsen (2003g, p. 222), “é a instauração do fato fundamental da criação jurídica. [...] Ela é o ponto de partida do processo de criação do Direito positivo”.

Norberto Bobbio (1996, p. 58-59) explica esse aspecto de ponto inicial da ordem jurídica da norma fundamental de forma esclarecedora:

Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas essa norma é a norma fundamental. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dele nasce. Pode ser formulada da seguinte maneira: 'O poder constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade', ou: 'A coletividade é obrigada a obedecer às normas estabelecidas pelo poder constituinte'.

Elza Maria Miranda Afonso (1984, p. 254) ressalta o caráter atributivo da norma fundamental afirmando: “Com a norma fundamental, Kelsen conferiu ao conhecimento científico do Direito a possibilidade de atribuir significado objetivo aos atos de vontade que se dirigem à conduta dos indivíduos, de descrevê-los como normas jurídicas”.

Temos, pois, que a norma fundamental é a base do poder normativo constituindo-se no fundamento de validade da ordem jurídica. Contudo, como ressaltado por Miranda Afonso (1984, p. 257), a norma fundamental só pode embasar uma ordem jurídica globalmente eficaz: “A Ciência do Direito só pode pensar a norma fundamental que legitima a constituição de uma ordem jurídica quando as normas dessa ordem jurídica são de modo global observadas e aplicadas”.

Dessa forma, a eficácia assume um papel importante para a validade da norma jurídica, eis que ela legitima de certa forma a norma fundamental. Ainda com base em Miranda Afonso (1984, p. 258): “A eficácia manifesta-se plenamente como condição de validade da ordem jurídica, exigida pela norma fundamental [...]”.

De outro lado, no aspecto gnoseológico, a norma fundamental pode ser considerada também como um pressuposto lógico transcendental da Ciência do

Direito, no sentido de representar uma condição de possibilidade do conhecimento do Direito.

Ressalte-se que o termo “transcendental” é aqui empregado em seu sentido kantiano de condição de possibilidade do conhecimento. Kelsen, aliás, como já ressaltado, faz para a Ciência do Direito a mesma pergunta feita por Kant para a ciência em geral, qual seja: Como é possível o Direito, melhor dizendo, como é possível conhecer o fenômeno jurídico como tal.

Essa transcendentalidade kantiana da norma fundamental é ressaltada por Kelsen ao caracterizar a norma fundamental como uma condição lógico-transcendental para a interpretação do Direito positivo. Kelsen faz uma analogia interessante: assim como para Kant só é possível entender a ciência desvinculada da metafísica através do conhecimento ordenador (da ciência), no sentido de transformar a natureza em um sistema unitário para Kelsen (2003g 81-82) só é possível entender o Direito (Direito positivo) como ciência desvinculada de concepções metafísicas por meio da pressuposição de uma norma fundamental como condição básica para se conhecer o Direito.

Segundo Kelsen na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivas, quer dizer como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant – ser designada como a condição lógico-transcendental dessa interpretação:

Dessa forma, assim como Kant pergunta como é possível uma interpretação alheia a toda 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 um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental – devemos conduzir-nos como a constituição prescreve, quer dizer, em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, em harmonia com as prescrições do autor da Constituição. (KELSEN, 2003g, p. 225)

Como ensina Travessoni Gomes (2004, p. 49), “para Kant as condições de possibilidade da ciência são transcendentais porque estão implícitas, são *a priori* do conhecimento”.

A pressuposição da norma fundamental como condição de possibilidade do Direito positivo, como Ciência do Direito, distinguindo-o de outras ordens normativas é decorrência do fato de que, segundo Kelsen, o princípio que ordena o conhecimento do Direito é o princípio da imputação, ao contrário das ciências naturais e das ciências sociais não normativas, que são regidas pelo princípio da causalidade.

Como ensina Travessoni Gomes (2004, p. 138), “para Kelsen, a maneira de se conceber a Ciência do Direito está intimamente ligada à idéia de dever-ser e, conseqüentemente, ao princípio da imputação”.

Discorrendo sobre o caráter epistemológico da norma fundamental Elza Maria Miranda Afonso (1984, p. 254) assinala: “Em sua natureza lógico-transcendental, a norma fundamental tem apenas uma função teorético-gnoseológica. Ela é condição do próprio conhecimento científico do direito. É a condição que legitima epistemologicamente o objeto do conhecimento científico do Direito.

Temos, então, que a norma fundamental é o ponto terminal da fundamentação que rege a Ciência do Direito no sentido de que [...] a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode perder-se no interminável. Tem

que terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem que ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. (KELSEN, 2003g, p. 217)

Sendo a norma fundamental condição lógico-transcendental do direito, estando, pois, na esfera do pensamento, surge a indagação se sua natureza é hipotética ou fictícia. Isso se deve ao fato de que muitos intérpretes de Kelsen entenderem que no decorrer de sua obra Kelsen mudou o conceito sobre a natureza da norma Fundamental. Na *Teoria Geral do Estado*, de 1944, e na *Teoria Pura do Direito*, de 1960, Kelsen entende a norma fundamental como uma norma hipotética. Já na *Teoria Geral das Normas*, obra póstuma de 1979, Kelsen entende a norma fundamental como uma norma fictícia.

Na verdade, como afirma Travessoni Gomes, com base em Elza Maria Miranda Afonso, a *Teoria Geral das Normas* é obra póstuma e não se pode precisar ao certo quando foram escritos seus textos, especialmente aqueles referentes à norma fundamental. Desconsiderando a questão temporal, afirma Travessoni Gomes (2004, p. 252), com base em Garcia Amado, que o objetivo de Kelsen ao modificar o termo norma hipotética por norma fictícia é refinar o conceito de norma fundamental mantendo a coerência interna de sua teoria.

Contudo, conforme ressalta Travessoni Gomes (2004, p. 251), ainda com base em Garcia Amado, Kelsen, ao conceber a norma fundamental como norma hipotética, o faz no sentido de norma pressuposta. A idéia de hipótese aqui é no sentido de que quando se pressupõe a norma fundamental não se presume uma autoridade superior criadora da norma.

Ainda com base em Travessoni Gomes (2004, p. 171), podemos inferir que o caráter fictício da norma fundamental é no sentido de que “a idéia de ficção significa que quando se pressupõe a norma fundamental, pressupõe-se uma autoridade superior que a cria”.

Com efeito, conclui Travessoni Gomes (2004, p. 172) que a diferença entre a norma hipotética e a norma fictícia na doutrina kelseniana reside na forma de se pressupor a norma fundamental: pressupondo-se a norma fundamental com a consciência de que não existe uma autoridade que a põe, trata-se de uma norma fictícia. De outro lado, considerando a norma fundamental sem essa consciência de que a autoridade dela decorrente não corresponde à realidade, trata-se de uma norma hipotética.

Concluimos, então, seja hipotética ou fictícia, a norma fundamental é sempre pensada, ou seja, pressuposta a partir do Direito positivo representando o marco inicial da criação da ordem jurídica conferindo-lhe a autoridade e a obrigatoriedade inerentes a qualquer sistema jurídico.

Na verdade, conforme ensina Travessoni Gomes (2004, p. 250-251), o termo hipótese (*hypóthesis*) na filosofia grega tem um sentido próprio de ponto de partida. Na filosofia de Aristóteles, significava os primeiros princípios indemonstráveis, os axiomas. Contudo, o sentido que quis dar Kelsen à palavra hipótese quando falou em “norma hipotética” é o sentido de pressuposição, de norma pressuposta em oposição à norma posta.

De outra parte, ainda com base em Travessoni Gomes (2004, p. 250), o sentido que Kelsen quis dar à palavra ficção ao falar em “norma fictícia” é o de que ela é contraditória em si mesma e em relação à realidade no sentido expresso de

“como se” na filosofia vaihingeriana – ou seja, no sentido de ser contraditória à realidade, não existir como um ato real de vontade.

No dizer de Kelsen (1986, p. 328),

A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas – como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal ela é uma pura ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma.

Miguel Reale (2000, p. 475-477) observa que o sentido que Kelsen dá à norma fundamental pensada não é que ela está escrita no coração humano ou que se trata de algo intuitivo em nosso espírito, mas que a ordem jurídica tem em si mesma sua razão de validade, como técnica social específica de organização da coação.

Bobbio (1996, p. 59) reforça o caráter lógico-transcendental da norma fundamental no sentido de que o único meio de dar unidade ao sistema jurídico que contém normas de diversas procedências e graus é pressupor uma norma fundamental.

Bobbio (1996, p. 62) ensina, ainda, que a norma fundamental exerce no sistema normativo a mesma função dos postulados no sistema científico:

Temos dito várias vezes que a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela em um sistema normativo exerce a mesma função que os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras, mas, que, por sua vez, não são deduzíveis. Os postulados são colocados por convenção ou, por uma pretensa evidência destes; o mesmo se pode dizer da norma fundamental: ela é uma convenção ou, se quisermos, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema para que a ela se possa reconduzir todas as demais normas.

José Luiz Quadros de Magalhães (1990, p.127), em sua análise da norma fundamental em face do poder constituinte, assinala que a norma fundamental conforme Kelsen a previa deve ser negada pelo fato de que o direito não pode se afastar da realidade social, não podendo também se limitar à lei positiva.

Em verdade, como veremos mais adiante, o fato de o direito ter como fundamento de validade a norma fundamental não o afasta da realidade social, mesmo porque, numa visão ampla e integrada da obra política e jurídica de Kelsen, veremos que ele demonstra que a norma fundamental como fundamento lógico-transcendental do direito é produto do pensamento humano, fruto da cultura, e, embora não seja positivada, pode ser modificada por processos sociais, inclusive a revolução como Kelsen demonstra em sua obra política. De outra parte, a limitação do direito à norma positiva é uma questão metodológica e epistemológica, o que não significa que o direito não seja permeável aos fenômenos sociais, psicológicos ou econômicos, o que também se pode inferir da integração da obra política e jurídica de Hans Kelsen como demonstraremos.

Assim, respondendo às duas questões formuladas por Kelsen no início, a unidade e a validade de um sistema de normas positiva só pode ser alcançada se pressupusermos uma norma fundamental.

2.4 A IDÉIA DE JUSTIÇA EM KELSEN

Embora Kelsen tenha focado seu objeto de estudo no direito positivo, como se depreende de sua teoria jurídica, ele atribuiu muita importância ao que chamou

de “o problema da justiça”.⁵ Segundo Mário G. Losano (*in*: KELSEN, 2003f, p. VII), Kelsen considerava “tal problema como de importância decisiva para a política jurídica. Segundo Kelsen (1998, prefácio) nenhuma outra questão foi tão discutida e meditada tão profundamente, e por mentes tão ilustres.

Poderíamos, aparentemente, pensar que Kelsen se mostra contraditório no seu objetivo de “purificar” o Direito, retirando-lhe o caráter valorativo, perseguido em sua teoria jurídica, e incluir o valor justiça como objeto de sua análise.

Contudo, essa contradição é apenas aparente, porque o objetivo de Kelsen, ao tratar do problema da justiça, é aplicar a mesma metodologia usada para estudar o Direito, visando dar tratamento científico e, por conseguinte, não valorativo à justiça, visando incorporá-la em seu sistema, ou seja, a justiça passa a integrar a ordem jurídica, sendo o direito legal o direito justo.

Como afirma Losano (*in*: KELSEN, 2003f, p. XXV),

ao considerar o tema justiça, Hans Kelsen aplica à teoria dos valores a mesma metodologia usada ao construir uma teoria do direito, ele identifica cientificidade com não-valorização. Isso significa que, ao tratar de modo não-valorativo uma teoria do valor da justiça ele se propõe descrever todos os possíveis valores de justiça, sem propor um como preferível aos outros.

Além disso, como se depreende da obra de Costa Matos (2004, p. 125-127), a norma jurídica possui valores em seu conteúdo que são classificados pela doutrina kelseniana em subjetivos e objetivos, relativos e absolutos. Um valor é subjetivo quando instituído pela moral individual e objetivo quando instituído pela norma jurídica. Como ensina Salgado (1986, p. 161), na doutrina kelseniana o valor decorre da norma, e não a norma do valor.

⁵ Este é o título de um Estudo de Kelsen exclusivamente sobre a justiça, no qual ele elabora uma teoria da justiça com base em sua teoria pura do direito.

Primeiramente, Kelsen procura responder o que é justiça como meio de resolução de conflitos de interesses e valores, bem como o que é justiça no sentido de justificação das condutas humanas. Posteriormente, medita sobre o conceito de justiça em Platão, Aristóteles, nas Sagradas Escrituras e no Direito natural. Por fim, Kelsen constrói sua teoria da justiça situando-a em face do Direito positivo.

Para Kelsen (1998, p. 2), a justiça como valor não oferece uma solução universal para os conflitos de interesses ou de valores porque estes, sendo subjetivos, possuem caráter relativo. Em caso de conflito de interesses, inexistiria uma solução universalmente justa para todos os conflitos de interesse porque, essa pretensa solução, implicaria, necessariamente, uma opção por um valor ou um interesse em detrimento de outro.

Segundo Kelsen (1998, p. 2), mesmo se adotarmos a concepção platônica de que justiça é felicidade e uma ordem justa é aquela que proporciona felicidade a todos, o conceito de felicidade também é relativo: o que é felicidade para uns, muitas vezes, é infelicidade para outros.

Kelsen (1998, p. 2) exemplifica dizendo:

O amor é a principal fonte tanto de felicidade como de infelicidade. Suponhamos que dois homens amem a mesma mulher e que cada um – com ou sem razão – acredite que não poderá ser feliz se não tiver essa mulher só para si. Pela lei – e talvez, também por seus próprios sentimentos – a, mulher só poderá pertencer a um deles. A felicidade de um é sem dúvida a infelicidade de outro. Nenhuma ordem social pode solucionar esse problema de forma justa, isto é, de maneira que os dois homens sejam igualmente felizes.

De outra parte, infere-se da exposição de Kelsen que, mesmo se embasarmos o ideal de justiça em valores socialmente aceitos pela maioria dos seres humanos como mais importantes, tais como vida, liberdade, segurança econômica, etc., as várias situações da vida e a diversidade da personalidade

humana se encarregam de relativizar esses valores, não se podendo, mesmo aí, haver uma justiça universalmente aceita. Por exemplo, numa situação de guerra, muitas vezes, o respeito à pátria passa a valer mais que a vida ou, em outra, a vida vale mais que a liberdade. Kelsen (1998, p. 6) também exemplifica no sentido de que um homem de muita autoconfiança poderá preferir a liberdade individual ao passo que outro que sofre de complexo de inferioridade preferia a segurança econômica, sendo pois para esse mais justo um regime de economia planificada.

Como se vê, a justiça não se presta a servir de paradigma para a resolução de conflitos por que é um juízo de valor subjetivo e relativo, dependendo do ponto de vista de quem julga.

Quanto ao conceito de justiça como um problema de justificação do comportamento humano, Kelsen (1998, p. 9) entende que ele decorre, principalmente, do caráter racional do ser humano, que procura justificar sua conduta de forma racional. Essa racionalidade tem como base a relação entre meio e fim, ou seja, o homem só tem necessidade de justificar racionalmente sua conduta se sua vontade (desejo ou temor) se relacionar a determinado meio pelo qual um fim será alcançado com aquela conduta.

Contudo, muitas vezes surge uma necessidade de justificar o fim, quando não se tem uma justificativa racional, mas, sim, uma justificativa emocional para o meio, ou seja, os meios não justificam os fins. Também muitas vezes a relação entre meio e fim é tão intensa que a não-justificação do fim invalida o meio. Kelsen (1998, p. 10) dá o seguinte exemplo:

A democracia é uma forma regime justa, pois assegura liberdade individual. Isso significa que a democracia é um regime justo somente sob a premissa de que de a preservação da liberdade individual ser o fim maior. Se, em vez da liberdade individual a segurança econômica for presumida como fim

maior e ser for possível comprovar que ela não pode ser garantida sob um regime democrático, então uma outra forma de regime, não mais a democracia, deverá ser aceita como justa.

Também pode dar-se o caso no qual, empregando-se meios justamente adequados alcancemos fins duvidosos. Um exemplo disso é dado pelo próprio Kelsen (1998, p. 10): a bomba atômica.

Segundo Kelsen (1998, p. 11), a consciência humana não se contenta em ter uma justificação de conduta condicionada aos meios e aos fins porque é difícil para nós lidarmos com justificações relativas; necessitamos de um meio ou um fim último absoluto, uma justificação incondicional.

Kelsen (1998, p. 11) entende que a necessidade de uma justificação incondicional é mais forte que qualquer reflexão racional. Por isso o homem busca um valor absoluto no âmbito do mundo metafísico, aí teremos uma justiça absoluta, mas deslocada para outro mundo, o mundo transcendental.

Temos, portanto, que o conceito de justiça como justificação da conduta humana racional é sempre relativo.

Segundo Kelsen (1998, p. 9-15), essa necessidade de justificação absoluta foi mais forte na consciência humana do que a racionalidade das justificações relativas, que possuem um componente de incerteza muito forte, principalmente em sociedades mais dinâmicas.

Essa necessidade do absoluto decorre de certa aversão do ser humano à mudança. Por isso que, desde a Antigüidade até os dias atuais, as teorias da justiça sempre buscaram valores básicos absolutos e imutáveis para embasar o conceito de justiça. Kelsen (1998, p. 11) ensina que essas teorias são de dois tipos básicos: metafísico-religioso e pseudo-racionalista.

Para Kelsen (1998, p. 12), os dois maiores expoentes das teorias metafísico-religiosas da justiça são Platão e Jesus de Nazaré, que tentam responder a mesma pergunta: o que é e qual é a verdadeira justiça.

Kelsen (1998, p. 12) afirma que Platão, para solucionar o problema da justiça, ou seja, para obter o conceito de justiça, elabora a sua doutrina das idéias. As idéias são substâncias transcendentais que habitam outro mundo além do nosso mundo material, um mundo inacessível ao homem, preso que está ao seu corpo e, conseqüentemente, aos seus sentidos, que são falíveis e não conseguem apreender o conhecimento das idéias.

Embora, segundo Kelsen (1998, p. 2) as idéias representem, na filosofia de Platão, um conjunto de valores absolutos que podem ser concretizados no mundo material, estes nunca podem se concretizar totalmente. Dentre estes valores, o mais importante segundo Kelsen é o valor do bem absoluto.

Kelsen (1998, p. 12) ensina, ainda, que o bem absoluto representa para a filosofia de Platão o mesmo que Deus representa para a religião e que na idéia do bem absoluto está contida a idéia do que é bom e do que é justo, ou da justiça. Kelsen Kelsen (1998, p.12) entende que para Platão a questão “o que é a justiça” se resume a questão do que é o bem absoluto.

Segundo Kelsen (2003a, p. 408-409), Platão faz várias tentativas em seus escritos para responder às questões relativas ao que é o bem e o que é a justiça de modo racional, mas nunca chega a uma resposta. Platão simplesmente declara, pela boca de Sócrates, que é necessário fazer mais análises. Apesar de Platão situar a justiça no mundo das idéias e afirmar que somente o conhecimento abstrato proporcionado pelo método dialético é suficiente para se ter acesso ao mundo das idéias, ele afirma que não pode haver resposta para a questão “o que é justiça”.

Esta, segundo Platão, consiste em um mistério divino que Deus revelaria a poucos escolhidos que não conseguem transmiti-lo a outras pessoas. (KELSEN, 1998, p. 12)

Para Kelsen (1998, p.13), Jesus refuta a teoria da justiça reinante no Antigo Testamento baseada no princípio da retribuição, a chamada lei de talião – olho por olho, dente por dente –, criando um novo conceito de justiça baseado no amor ao próximo e na retribuição do mal como bem, no sentido de que devemos amar também os nossos inimigos ou aqueles que nos fazem mal.

Kelsen afirma que, assim como na filosofia de Platão, a doutrina da justiça defendida por Jesus de Nazaré é feita para o mundo transcendental, no sentido metafísico do termo. Segundo Kelsen (1998, p. 13), “essa justiça encontra-se além de toda e qualquer ordenação possível dentro de uma realidade social e o amor que essa justiça representa não pode ser o sentimento humano que chamamos amor”.

Kelsen (1998, p. 13), com lastro nas afirmações de Paulo, de que o conhecimento deste mundo é insensatez diante de Deus e que a filosofia, isto é, o conhecimento lógico-racional, não é o caminho para justiça divina, contida na sabedoria oculta de Deus, conclui que o conceito de justiça apresentado por Jesus é baseado na fé, é um mistério da fé.

Kelsen define as chamadas por ele teorias racionalistas ou pseudo-racionalistas como aquelas que tentam explicar o problema da justiça com os meios da razão humana por meio de um conceito racionalmente absoluto de justiça. O conceito de justiça da primeira dessas teorias, que remonta à antiga Grécia, segundo Kelsen (1998, p. 14), baseia-se em uma fórmula atribuída a uma das sete sabedorias dos antigos gregos consubstanciada no princípio “a cada uma aquilo que é seu”.

Kelsen (1998, p. 14-16) critica este conceito de justiça afirmando que consiste em uma fórmula vazia, eis que o problema está em definir o que é seu, pois muitas vezes o que é justo para uma pessoa pode não ser para outras, ou seja, a fórmula só funcionaria se a ordem social ou ordem jurídica definissem previamente o que seria de cada um.

Além disso, Kelsen (1998, p. 15) entende que tal fórmula permite que se considere justa qualquer ordem social, tanto democrática quanto autocrática, desde que tais ordens dêem a cada um o que é seu.

Kelsen também considera como fórmulas vazias do conceito de justiça com base na chamada regra de ouro pela qual se deve fazer aos outros aquilo que se quer que se lhe faça e o princípio marxista de a cada um conforme sua capacidade e a cada um conforme suas necessidades. Segundo Kelsen (1998, p. 15-16), tais princípios de justiça padecem do mesmo vício do princípio grego: a ordem jurídica deve previamente fixar o que se deve fazer aos outros e, no caso de Marx, quais são as necessidades e capacidade de cada um, o que é impossível por mais homogênea que fosse a sociedade.

Temos, pois, que todos esses critérios são subjetivos, por isso impossíveis de corresponder a um conceito geral de justiça.

Kelsen (1998, p. 19) afirma que Kant dá nova interpretação a esses critérios subjetivos atribuindo uma objetividade consubstanciada no imperativo categórico, que consiste em uma fórmula de ação moral pela qual o homem só pode agir moralmente (justamente) se a máxima de sua ação puder ser transformada em lei universal (em lei para todos).

Kelsen (1998, p. 19) afirma que o conceito de justiça kantiano padece do mesmo vício do conceito grego qual seja o de justificar como justa qualquer ordem

social, eis que em qualquer ordem social todos desejam que suas máximas se tornem normas gerais.

Após analisar o conceito de justiça kantiano, Kelsen se volta para o conceito de justiça na ética aristotélica, considerada por Kelsen (1998, p. 20) como “um exemplo bastante significativo da tentativa infrutífera de definir o conceito de justiça absoluta através de um método racional, científico, ou aproximadamente científico”.

Segundo Kelsen (1998, p. 20), a ética de Aristóteles consiste em um sistema de virtudes dentre as quais a justiça é a virtude máxima, a virtude perfeita. A virtude é definida por Aristóteles, por intermédio do método matemático-geométrico, como o meio entre dois extremos – um por falta e um por excesso –, exemplificando com a virtude da coragem que consiste no meio-termo entre a temeridade (excesso de coragem) e a covardia (falta de coragem).

Para Kelsen (1998, p. 124), Aristóteles define dois sentidos e dois conceitos de justiça: justiça no sentido geral e no sentido particular. No sentido geral, justiça, para Aristóteles, significa legitimidade ou imparcialidade. No sentido particular, justiça significa a realização da igualdade. Legitimidade consiste na conformidade com o Direito positivo e igualdade significa o termo médio na distribuição do bem e a virtude de considerar o outro como igual.

Seguindo seu método geométrico-matemático, Aristóteles divide a justiça particular baseada na igualdade em justiça distributiva e justiça corretiva. Segundo Kelsen (1998, p. 125), a justiça distributiva é exercida na distribuição da honra, da riqueza e de outros bens divisíveis da comunidade pelo legislador. A justiça corretiva é exercida como critério para as transações privadas e para solucionar conflitos de interesses e infligir punições.

A crítica de Kelsen (1998, p. 118) ao conceito de justiça aristotélico é no sentido de que por mais que se tente com o mesotes obter um conceito absoluto de justiça, na prática, mesmo se levarmos em conta tal conceito, nunca se pode atingir o meio termo de modo preciso, pois sempre se pende para um dos lados. Além disso, os extremos da conduta devem ser fixados preliminarmente pela lei moral ou jurídica. De outra parte, o justo ou injusto não pode ser aquilatado em graus, uma conduta não pode ser muito ou pouco, só pode ser conforme ou não conforme a uma norma da moral ou do direito.

Kelsen (1998, p. 126-127) argumenta, ainda, que a justiça particular baseada na igualdade social é vazia, pois não há igualdade entre os seres humanos, mas muitas diferenças. Resta saber, então, quais dessas diferenças são relevantes ou não para se aplicar a justiça. Segundo Kelsen, Aristóteles passa ao largo dessa questão.

Kelsen (1998, p. 126-127), procurando demonstrar a falácia da fórmula aristotélica da igualdade, argumenta que, por ela, tanto uma sociedade capitalista quanto uma sociedade comunista seriam justas. Também, uma ordem jurídica que concedesse direitos políticos a todos os cidadãos ou outra que concedesse apenas àqueles com determinada renda ou posição social seriam, ambas, ordens justas, pois, pela ética aristotélica, estariam aplicando corretamente a justiça ao conceder direitos iguais entre iguais.

Posteriormente, segundo Kelsen, Aristóteles abandona a idéia de igualdade e adota a idéia de proporcionalidade, sendo o justo, agora, não o igual, mas o proporcional. Também segundo Kelsen (1998, p. 131-132), Aristóteles transfere o poder de fixar o que é justo ao Direito positivo no sentido de que se a justiça é igualdade é igualdade perante o Direito.

Com isso, Kelsen entende que Aristóteles abandona o valor moral justiça e o substitui por um valor lógico – a verdade. Assim, segundo Kelsen, a questão do conceito de justiça em Aristóteles continua em aberto, isso porque a resposta de Aristóteles à questão da justiça é dar a cada um o que lhe é devido.

Após analisar a concepção de justiça em Aristóteles, Kelsen (1998, p. 21) se volta sua atenção para o conceito de justiça predominante no direito natural. Entende Kelsen que tanto o tipo metafísico quanto o tipo racionalista estão representados na escola do Direito natural predominante nos séculos XVII e XVIII. Isso porque, no Direito natural, pode abarcar essas duas vertentes – a metafísica e a racional –, porque em ambas as concepções a natureza é apresentada como autoridade normativa, podendo-se deduzir as normas do Direito natural unicamente de sua observação racional ou se pressupõe uma razão divina que governa tudo.

Kelsen (1998, p. 21) ensina que a doutrina do direito natural sustenta que há uma ordem de regulamentação das condutas humanas que parte da natureza em geral ou da natureza do homem como ser dotado de razão ou da natureza da sociedade.

Segundo Kelsen (1998, p. 137), sendo a natureza apresentada pelo Direito natural como uma autoridade normativa, um legislador, podemos inferir que a partir da análise dos fatos naturais podemos encontrar normas imanentes à natureza que prescrevem a conduta correta e justa para solucionar nossos problemas sociais.

Por outro lado, segundo Kelsen (1998, p. 138), outra vertente do Direito natural considera que a natureza foi criada por Deus, sendo, pois, uma revelação da vontade de Deus, de tal modo que examinar a natureza significa o mesmo que explorar a vontade de Deus. Assim, as leis da natureza são absolutas e imutáveis, pois decorrem da vontade todo-poderosa de Deus.

Kelsen (1998, p. 141-143) critica a doutrina do Direito natural no sentido de sua incompatibilidade com o Direito positivo e com a moral porque a natureza corresponde ao mundo do ser, e as normas morais ou jurídicas ao mundo do dever-ser.

Portanto, segundo Kelsen, não se pode, partindo do mundo do ser, deduzir normas que pertencem ao mundo do dever-ser porque esse mundo é regido por princípios deferentes. No mundo da natureza impera o princípio da causalidade; no mundo do Direito e da moral impera o princípio da imputação, porque a moral e o direito são produtos exclusivamente da cultura humana.

Kelsen (1998, p. 22) afirma que os valores morais e as normas jurídicas são relativos, ou seja, o que é certo na visão de um sistema moral ou jurídico pode ser errado em um outro sistema moral ou jurídico. Já as leis naturais são absolutas e imutáveis.

Na natureza, o que ordinariamente acontece deve sempre acontecer, mas no mundo moral nem sempre é assim. Por exemplo, o fato de que todo indivíduo que comete um crime deva ser punido não significa, peremptoriamente, que ele será punido.

De outra parte, Kelsen (1998, p. 154-155) também aduz que a fórmula do Direito natural padece do mesmo mal das outras tentativas encontrar um conceito absoluto de justiça, qual seja a de justificar qualquer regime político seja democrático ou autocrático.

Portanto, segundo Kelsen (1998, p. 175), o Direito natural também falha ao tentar determinar de forma absoluta o que é o justo.

Após criticar as principais teorias que conceituam a justiça como um valor absoluto, Kelsen elabora uma teoria da justiça definindo-a inicialmente como um atributo ou qualidade que pode ser afirmada com relação a diferentes objetos.

Segundo Kelsen (2003d, p. 3), se dizemos que determinado indivíduo, especialmente um legislador ou juiz, é justo ou injusto, a justiça significa, nesse sentido, uma virtude do indivíduo, uma qualidade moral, que exterioriza-se em sua conduta em face de outros indivíduos, ou seja, na conduta social.

Portanto, afirma Kelsen que a conduta social do indivíduo é justa quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, que a põe como devida, constituindo, assim, o valor justiça. Essas normas sociais que constituem o valor justiça Kelsen (2003d, p. 3) chama de normas de justiça. A justiça de um indivíduo é a justiça de sua conduta social.

Por isso, segundo Kelsen (2003d, p. 4), as normas de justiça são normas morais. Contudo, Kelsen pondera que nem todas as normas morais constituem o valor justiça, mas apenas aquelas que prescrevem determinado tratamento de um indivíduo para com outro indivíduo (alteridade), especialmente o tratamento dos indivíduos por parte de um legislador ou juiz.

Assim, Kelsen (2003d, p. 4) conclui que a justiça é a qualidade de uma conduta humana específica, que consiste no tratamento dado a outros seres humanos. O juízo segundo o qual esta conduta é justa ou injusta constitui uma valoração da conduta.

Segundo Kelsen (2003d, p. 7), quando afirmamos a justiça ou a injustiça como qualidade do Direito positivo, julgamos as normas de Direito positivo segundo um padrão constituído por uma norma de justiça. Contudo, esse padrão não é absoluto, tampouco o Direito positivo deve sempre para ser válido adotar como

fundamento uma norma de justiça. Esse julgamento não caracteriza a dependência de validade do direito positivo para com a validade das normas da moral, mas, ao contrário, Kelsen afirma que a validade desses sistemas coercivos não depende da relação entre eles, eis que são independentes um do outro. Assim, podemos ter normas morais válidas que contrariem o direito positivo e normas de direito positivos válidas que contrariem a moral. Por isso, não podemos ter um conceito de justiça aplicável tanto à moral como ao direito positivo.

Kelsen (2003d, p. 69-70) esclarece que essa independência do Direito positivo em relação às normas morais de justiça não significa que o Direito positivo negue a existência do valor justiça, mas significa que como existem muitas normas de justiça diferentes e que podem ser contraditórias entre si, os critérios oferecidos por estas normas de justiça e tomados em conta pelo Direito positivo são sempre relativos. Além disso, segundo Kelsen, não se pode estabelecer uma preferência hierárquica entre as normas de justiça.

Conforme afirma Costa Matos (2004, p. 154), Kelsen sustenta que a tarefa primordial do positivismo jurídico é afirmar e provar racionalmente que a validade das normas de justiça é independente da validade do Direito positivo.

Dessa análise do conceito de justiça na doutrina kelseniana podemos inferir que a justiça, para Kelsen (1998, p. 25), é a “justiça da democracia”, a qual, para Kelsen significa: relativismo, liberdade e tolerância.

- *Relativismo* – Como mostrou Kelsen, o Direito positivo tendo como fundamento o relativismo axiológico e sendo produto da racionalidade humana, não pode aceitar um critério absoluto de justiça. Como lembra Costa Matos (2004, p. 129), para Kelsen, os valores são sempre relativos porque são produtos da cultura humana, e não de autoridades transcendentais.

- *Liberdade* – Kelsen (1998, p. 24) afirma que liberdade é democracia, ou seja, a democracia só pode ser considerada justa se significar liberdade: “O ser humano se submete à ordem jurídica por vontade própria não por uma vontade transcendente ou baseada no medo e no temor”.

- *Tolerância*⁶ – A tolerância só se realiza na democracia porque também tem como fundamento a liberdade. E a democracia só se realiza efetivamente no âmbito do ordenamento jurídico, como demonstra Kelsen, no sentido de que uma ordem jurídica justa para ele é aquela que, além de produzida democraticamente, respeita pacificamente as manifestações de opinião dos cidadãos, mesmo que sejam contrários a essa ordem. Kelsen (1998, p. 24) enfatiza a importância da tolerância como integrante principal de seu conceito de justiça afirmando que muitos dos mais altos ideais morais foram comprometidos pela intolerância daqueles que os defenderam e exemplificando, posteriormente, as muitas injustiças cometidas no passado pela intolerância na defesa desses altos ideais.

Costa Matos (2004, p. 319), com base em Norberto Bobbio, relaciona quatro argumentos pelos quais a tolerância deve prevalecer:

- É a melhor forma de se exercer a prudência política, pois facilita a circulação das idéias políticas sem dar margem a radicalismos e violência;
- É a melhor forma de convivência social, preserva a dignidade da pessoa humana, e facilita o descobrimento da verdade;

⁶ Entendemos que o termo “tolerância” é por demais frágil e dúbio para uma função tão importante que lhe atribuí Kelsen como fundamento da justiça e da democracia. Preferimos, na falta de outro melhor, o termo usado por Dworkin (2002) de igual consideração e respeito. Com efeito, tolerar pode significar suportar ou ser indulgente. Nesse sentido, podemos ter uma Constituição que suporte, ou seja, indulgente com as minorias em atenção a uma simples regra de conveniência política, mas que no fundo não lhes garante um tratamento com igual consideração e respeito, eis que só o princípio da tolerância pode realizar.

- Filosoficamente, a tolerância é um método universal e importante para a perquirição da verdade;
- Kelsen (1998, p. 24) mostra que um governo justo deve garantir a paz pela tolerância pela liberdade, pela democracia, inibindo qualquer violência, ou seja, a livre manifestação de opinião só é permitida e assegurada se for feita de forma pacífica.

Não temos, pois, em Kelsen um conceito objetivo e absoluto de justiça. Talvez por fidelidade ao relativismo filosófico, base tanto de sua teoria jurídica quanto de sua teoria política, Kelsen não nos tenha legado esse conceito. O próprio Kelsen, ao final de seu ensaio *O Que É Justiça*⁷ diz que não podia conceituar o que é justiça, mas apenas se satisfazer com um significado pessoal do que seja justiça. Assim, Kelsen (1998, p. 25) afirma que a justiça “é a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância”.

2.5 O ESTADO EM KELSEN

Antes de investigarmos o conceito de democracia, vamos estudar o conceito de Estado em Kelsen para que possamos melhor compreender sua teoria política.

Segundo Kelsen, tendo em vista a variedade de perspectivas em que se tem estudado o Estado, é muito difícil defini-lo de maneira precisa. Diferentes autores

⁷ O livro *O Que É Justiça*, conforme consta no prefácio, resultou de uma compilação de artigos escritos por Kelsen e publicados originalmente em diversas revistas jurídicas e de filosofia de várias universidades americanas e da Universidade de Porto Rico.

usam o termo Estado para definir vários “objetos” ou, melhor dizendo, problemas diferentes são definidos com o mesmo termo.

Por isso que, no mais das vezes, segundo Kelsen, se confundia o Estado com seus elementos componentes: Estado era definido como a sociedade ou o povo vivente em determinado território geográfico ligado reciprocamente por um sentimento de identidade e interesses comuns (comunidade). Tradicionalmente, Estado e Direito eram concebidos como duas entidades inteiramente diferentes, sendo o Estado comunidade e Direito, norma.

Kelsen, contudo, em sua pureza metodológica, analisa o Estado exclusivamente sobre o prisma jurídico justamente para evitar essa confusão na apreensão do termo. Assim, para Kelsen (2000 p. 262), o Estado “é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade”. Para Kelsen, o problema do Estado surge para o jurista como o problema da ordem jurídica nacional.

Nesse passo, o Estado como comunidade ou corporação não pode ser separado de sua ordem jurídica constitutiva, ou seja, segundo Kelsen, uma comunidade consiste tão-somente numa ordem jurídica que regulamenta a conduta dos cidadãos. Assim, o que dá unidade a uma pluralidade de indivíduos viventes em uma comunidade que pode ser chamada de Estado é a sua ordem jurídica.

Segundo Kelsen (2000, p. 276), sob o prisma da imputação, o Estado consiste em um ponto comum no qual se projetam as ações humanas. Só podemos imputar uma ação humana ao Estado pressupondo uma ordem jurídica válida. (KELSEN, 2000 p. 280). O Estado possui basicamente, segundo Kelsen, três elementos: território povo e poder.

- *Território*: o território não constitui necessariamente em uma porção de terra, ou seja, a unidade do território do Estado não é eminentemente geográfica, mas jurídica, no sentido de que território é a esfera (tridimensional) de validade da ordem jurídica do Estado.

- *Povo*: consiste em um conjunto de indivíduos que estão incluídos na esfera pessoal de validade da ordem jurídica estatal.

- *Poder*: Kelsen (2000, p. 364) define o poder como “a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, sendo a soberania a qualidade desse poder”. Poder é, pois, a autoridade eficaz da ordem normativa nacional.

Temos, pois, que o Estado, para Kelsen, é sua ordem jurídica.

3 DEMOCRACIA COMO FORMA DE PRODUÇÃO DO DIREITO

Kelsen tinha plena consciência da riqueza e do poder da palavra “democracia” em todas as suas dimensões. Por isso, Kelsen analisa a democracia observando-a em seu movimento histórico-social, captando sua influência em todos os matizes da vida humana, até mesmo na mais íntima dimensão do ser – o inconsciente. Contudo, em sua investigação científico-filosófica sobre a democracia, Kelsen se deteve especialmente em sua dimensão jurídica, concebendo a democracia como um meio, uma forma, ou mesmo uma técnica específica de produção de normas jurídicas.

3.1 REGIMES POLÍTICOS

Regime político para Kelsen (2003f, p. 405-409) pode ser definido como a forma de organização dos governos, mais precisamente, forma de organização do poder de governar. A teoria política distingue sistemas básicos de governo: monarquia, aristocracia e democracia. Nesses três sistemas, a organização do poder difere pelo critério da distribuição do poder: quando esse poder é concentrado em um só indivíduo, temos a monarquia; quando está concentrado em uns poucos indivíduos, temos a autocracia; e, quando está nas mãos da maioria do povo, temos uma democracia.

Kelsen (2003f, p. 405-406), porém, entendendo o Estado como a personificação de uma ordem jurídica de determinada comunidade e a Constituição

como a base fundamental do Estado, elabora uma classificação dos regimes de governo do ponto de vista jurídico:

O critério pelo qual uma constituição monárquica se distingue de uma republicana, e uma constituição aristocrática de uma democrática, é o modo como a Constituição regulamenta a criação de sua ordem jurídica. Essencialmente, uma Constituição (no sentido material) regulamenta apenas a criação de normas jurídicas gerais determinando os órgãos e o procedimento da legislação.

Analisando os regimes políticos, autocracia e democracia, Kelsen (2003f, p. 405-406) afirma:

Porque a distinção entre monarquia, aristocracia e democracia diz respeito essencialmente à organização da legislação. Um Estado é considerado uma democracia ou uma aristocracia se sua legislação tiver natureza democrática ou aristocrática, embora sua administração ou o seu Judiciário possam ter um caráter deferente.

Podemos dizer, então, que para Kelsen o regime político de uma nação consiste na forma ou em um processo pelo qual a ordem social é organizada e dirigida. Essa organização da ordem social reflete o modelo processual a ser adotado na criação e aplicação do Direito.

3.2 O CONCEITO DE DEMOCRACIA E LIBERDADE POLÍTICA

Basicamente, a idéia de democracia está intrinsecamente ligada à idéia de liberdade política. Segundo Kelsen (2003f, p. 406),

politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa. Um indivíduo é livre se o que ele deve fazer segundo a ordem social coincide com o que ele quer fazer. Democracia significa que a vontade representada na ordem jurídica do Estado é idêntica à vontade dos sujeitos.

Assim, na democracia, o povo participa da criação da ordem jurídica.

Antes de conceituar democracia, Kelsen se preocupa em traçar a evolução do conceito de liberdade. Kelsen (2000, p. 407) entende que, inicialmente, a idéia de liberdade tinha sentido negativo, representado pela ausência de compromisso, no sentido de que era livre aquele que vivia fora do estado e da sociedade; o conceito de liberdade era o de liberdade natural. Com o aumento da complexidade do corpo social, com o fortalecimento da idéia de sociedade, de ordem social, essa liberdade natural transforma-se em liberdade política, ou seja, é a liberdade que só é exercida sob a ordem social.

Contudo, Kelsen (2003f, p. 408), citando Rousseau, levanta a questão: “Como é possível estar sujeito a uma ordem social e permanecer livre?” A resposta de Kelsen é que só é possível ser livre sujeitando-se a uma ordem social por meio da democracia porque ela consagra a autodeterminação do indivíduo quando assegura sua participação na criação da ordem social. “Liberdade política é liberdade, e liberdade é autonomia”. (KELSEN, 2003f, p. 408).

Assim, “o ideal de autodeterminação exige que a ordem social seja criada pela decisão unânime de todos os seus sujeitos e que permaneça em vigor apenas enquanto goza de aprovação de todos”. (KELSEN, 2003f, p. 408).

Nesse ponto de sua evolução, a idéia de liberdade busca um fundamento na idéia de igualdade, eis que o ideal de autodeterminação só poderá ser efetivado plenamente se todos forem iguais. Por isso, a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a

característica da democracia, como diz Cícero, citado por Kelsen, expressa na frase famosa: *Itaque nulla alia in civitate, nisi in que populi potestas summa est, ullum Domicilium lebertas habet: Qua quidem certe nihil potest essa dulcius et quae, si aequa non est, ne libertas quidem est.*⁸ (KELSEN, 2000, p. 27-28).

Nesse passo, a idéia de liberdade como forma de organização do poder consubstanciada no Estado adquire novo significado. Por isso entende Kelsen (2000, p. 28) que,

se a idéia de liberdade pode tornar-se um princípio dessa organização social – que antes era negação – e finalmente um princípio de organização estatal, isso só é possível através de uma mudança de significado. A negação absoluta de qualquer vínculo social em geral e, portanto, do Estado em particular, leva ao reconhecimento de uma forma especial desse vínculo, a democracia, que com seu contrário dialético, a autocracia, representa todas as formas possíveis do Estado, aliás, da sociedade em geral.

Assim, o conceito que se infere da teoria política de Kelsen é o de que democracia é um regime político que assegura a participação do povo nas funções executiva e legislativa mediante um método específico de criação da ordem jurídica, no sentido de que, no dizer de Kelsen (2000, p. 35), haja uma identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo.

Partindo do conceito de democracia como forma de governo, podemos inferir que a democracia, sobretudo a democracia moderna, se caracteriza por um maior grau de liberdade política, consubstanciada numa grande participação do povo na criação e aplicação das leis, ou seja, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário

⁸ Tradução de Kelsen (2000, p. 168): “A liberdade só tem sua sede em um Estado onde o supremo poder pertence ao povo, e não pode existir nada mais doce do que essa liberdade, que não será absolutamente liberdade se não for igual para todos”.

são exercidos com a participação direta e indireta do povo. (KELSEN, 2003f, p. 407-412)

Além dessas características, a democracia, vista sob o prisma de uma técnica de criação da ordem jurídico-social, possui um aspecto muito importante levantado por Kelsen (2003f, p. 411-412), que consiste em um forte caráter dialético-discursivo, no sentido de que

a vontade da comunidade numa democracia é sempre criada através da discussão contínua, entre maioria e minoria, através da livre consideração de argumentos a favor e contra certa regulamentação de uma matéria. Essa discussão tem lugar não apenas no parlamento, mas também, e em primeiro lugar em encontros políticos, jornais, livros e outros veículos de opinião. Uma democracia sem opinião pública é uma contradição em termos.

Nessa característica, ressalta-se que a concepção de democracia em Kelsen é extremamente dinâmica, o que lhe confere uma longevidade, eis que esse caráter discursivo da democracia permite que o regime de governo se adapte às mudanças decorrentes do processo histórico.

De outra parte, Kelsen ressalta a importância desse aspecto discursivo na atividade parlamentar como garantia do respeito ao princípio da maioria.

Com efeito, afirma Kelsen (2000, p. 70):

De fato, todo o procedimento parlamentar, com sua técnica dialético-contraditória, baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso. Este é o verdadeiro significado do princípio de maioria na democracia real.

Mais adiante, afirma:

E se o característico procedimento dialético-contraditório do parlamento tem algum sentido profundo, esse sentido só poderá ser o de transformar,

de qualquer modo, a tese e a antítese dos interesses políticos numa síntese. (KELSEN, 2000, p. 70)

Temos, pois, que a democracia não significa o domínio absoluto da maioria sob a minoria, mas o estabelecimento de um compromisso entre elas. Contudo, surge a questão: Como proteger a minoria da ação dominadora da maioria? Respondendo a esta pergunta, tem-se outra característica da democracia kelseniana que pode ser encontrada em grande parte das democracias modernas, que é o estabelecimento e garantia uma carta de direitos fundamentais, com vista a proteger e garantir a participação das minorias no processo de distribuição do poder e criação e aplicação de leis. (KELSEN, 2000, p. 67-70)

3.3 FUNDAMENTO DA DEMOCRACIA

Para Kelsen os fundamentos básicos da democracia são a liberdade combinada com a igualdade, em uma síntese que assegure principalmente a participação direta ou indireta do povo na criação e aplicação da ordem jurídica, o caráter contraditório-discursivo da criação desta ordem, e a proteção da minoria através da carta de direitos fundamentais. (2000, p. 27, 67, 69)

Como observa L. Stanley Paulson (1994, p. 123), Kelsen refere-se à liberdade e à igualdade como dois componentes que fazem parte de um instinto fundamental da nossa vida social.

A participação popular decorre do sentido da liberdade como autonomia e autodeterminação política, que culmina na participação dos governados no governo.

Como ressalta Travessoni Gomes (2000 p. 195), “a liberdade, entendida como autonomia, isto é, dar a si mesmo sua própria lei, é que fundamenta a participação popular na formação da vontade estatal”.

Entendemos que essa participação no governo se dá essencialmente na criação da ordem jurídica, podendo ser obtida por via direta ou indireta, mediante processos específicos constantes da ordem jurídica. A base fundamental para proceder efetivamente essa atuação governamental do povo é o voto livre e igualitário, consubstanciado no princípio do sufrágio universal. Com base no sufrágio universal foram instituídos o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, os quais, respectivamente, o povo vota em uma lei por ele mesmo elaborada ou aceita expressamente uma lei elaborada pelo Legislativo ou mesmo remete um projeto de lei para ser votado pelo Legislativo. Tais processos são resultado de uma combinação da democracia direta com a indireta.

Ressaltando a importância da participação popular na democracia Kelsen (2000, p. 142) afirma que “[...] a participação (do povo) no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia”.

Importante ressaltar, como já vimos, que, Kelsen, adepto da concepção relativista da filosofia, entende que os valores da igualdade e da liberdade, básicos da Democracia, são sempre relativos.

Entretanto, segundo Aguiar de Oliveira,⁹ em primoroso artigo criticando o caráter relativista funcional da fundamentação da democracia kelseniana, mesmo em Kelsen “de trás do que se mostra relativo, o absoluto espreita”, no sentido de

⁹ Cf. OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Os fundamentos da democracia: análise crítica da justificação funcional da democracia por Hans Kelsen. *Revista Videtur*, n. 27, 2005. Disponível em: <http://www.hottopos.com>.

que, na verdade, a liberdade e a igualdade fundantes da Democracia são valores absolutos, pois não pode haver indivíduos responsáveis por suas escolhas se não houver indivíduos livres e iguais.

Realmente, não se pode alcançar um relativismo total porque mesmo o relativismo pressupõe um valor absoluto. Com efeito, se afirmarmos que tudo é relativo, essa relativização passa a ser um valor absoluto.

Contudo, o que Kelsen quer mostrar com a relativização dos valores é que estes, por mais altos e humanos que sejam, devem sempre acompanhar o processo dinâmico da história. Isso significa que podem existir valores perenes, mas estes são perenes porque são sempre afirmados e reafirmados no curso do processo histórico.

3.4 O CARÁTER CONTRADITÓRIO DISCURSIVO DO PROCESSO DE CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NA DEMOCRACIA

Para Kelsen (2000, p. 1), a democracia consiste em um processo dialético de elaboração normativa, baseado no relativismo filosófico. Por isso Kelsen ensina que o princípio da supremacia do voto da maioria não pode jamais ser absoluto, sob pena de se desvirtuar a Democracia em uma autocracia da maioria.

Esse caráter dialético na concepção kelseniana de democracia, como já ressaltado, reafirma a importância da participação popular no sentido de que “o termo (democracia) designa um governo no qual o povo participa direta ou indiretamente, ou seja, um governo exercido pelas decisões majoritárias de uma assembléia popular [...]”. (KELSEN, 2000, p. 141)

Para Kelsen, o embate discursivo entre a maioria e a minoria é essencial para a democracia porque, por meio da discussão se consegue preparar o caminho para o consenso representado pelo compromisso como solução do conflito. O compromisso é a solução do conflito de interesses, pelo qual esses interesses são compostos na ordem jurídica.

Nas palavras de Kelsen (2003f, p. 412),

a discussão livre entre maioria e minoria é essencial à democracia porque esse é o modo de criar uma atmosfera favorável a um compromisso entre maioria e minoria e o compromisso é parte da própria natureza da democracia. O compromisso significa a solução de um conflito por meio de uma norma que não se conforma inteiramente aos interesses de uma parte, nem contradiz inteiramente os interesses da outra. Na medida em que numa democracia, os conteúdos da ordem jurídica também não são determinados exclusivamente pelo interesse da maioria, mas são o resultado de um compromisso entre os dois grupos, a sujeição voluntária de todos os indivíduos à ordem jurídica é mais facilmente possível, que em qualquer outra organização política.

Mais adiante, ressaltando a importância do processo discursivo na democracia, Kelsen (2000, p. 183) conclui que, por isso, “pode se afirmar com razão que democracia é discussão.¹⁰ Conseqüentemente, a vontade do Estado, isto é o conteúdo da ordem jurídica pode ser o resultado de uma conciliação.”

¹⁰ Essa visão kelseniana da relatividade do posicionamento das idéias no embate entre a maioria e a minoria, no sentido de que durante o processo sócio-histórico de uma comunidade a minoria de hoje pode vir a se tornar a maioria de amanhã, bem como a necessidade de se ter uma minoria discordante para o progresso das idéias, é corroborada pela Psicologia social. Estudos laboratoriais e de campo produzidos por psicólogos europeus comprovaram que as minorias, só pelo fato de existirem, provocam uma ampliação das opiniões no grupo. Além disso, descobriu-se também que mesmo que a minoria não convença a maioria de seus pontos de vista, ela provoca nas maiorias um processo que os psicólogos chamaram de internalização das maiorias, processo pelo qual a maioria internaliza na mente as idéias da minoria, podendo acontecer de alguns membros da maioria mudarem seu ponto de vista. Também foi comprovado o fato de que ao defender suas idéias de forma consistente sem assumir uma posição arrogante e dogmática a minoria consegue influenciar 32% da maioria, podendo com o tempo assumir o lugar da maioria, o que, segundo os pesquisadores, foi verificado. (Cf. ATKINSON, R.; ATKINSON, SMITH; BEM; NOLEN-HOLKSEMA, 2002. p. 674-675)

A importância dada por Kelsen (2000, p. 67) a esse embate e compromisso decorrente desta relação entre a maioria e a minoria, é tão grande que ele chega a afirmar que o direito de existência da maioria pressupõe o direito de existência de uma minoria como sendo uma necessidade para a progressão das idéias e desenvolvimento da sociedade, bem como uma característica intrínseca do processo social humano.

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

Segundo Marcelo Galuppo (2002, p.152-156), a democracia realiza a situação ideal de fala habermasiana garantindo que todos expressem suas idéias com a maior liberdade possível para que possam chegar a um consenso racional.

Kelsen (2003f, p. 412), como já citado acima, entende que “a discussão livre entre maioria e minoria é essencial à democracia porque esse é o modo de criar uma atmosfera favorável a um compromisso entre maioria e minoria e o compromisso é parte da própria natureza da democracia”.

Kelsen (2000, p. 140-143) entende a democracia como procedimento específico para a produção de normas jurídicas e integração social. Habermas entende que a democracia é o procedimento neutro que fundamenta as normas jurídicas nas sociedades pluralistas. (GALUPPO, 2002, p.150)

Assim, podemos afirmar também a importância da democracia como um processo discursivo, eis que o compromisso certamente só será atingido quando as

partes obtiverem na discussão o melhor argumento, qual seja, aquele resultante do compromisso de que falou Kelsen que põe fim ao conflito.

Por isso Kelsen ressalta o caráter sintetizador do compromisso no procedimento dialético do parlamento no sentido de que, por meio dele, a tese e a antítese de interesses são transformados numa síntese.

Segundo Kelsen (2000, p. 70), “se o característico procedimento dialético-contraditório do parlamento tem algum sentido profundo, esse sentido só poderá ser o de transformar, de qualquer modo, a tese e a antítese dos interesses políticos numa síntese”. Inference-se daí que o objetivo do compromisso é justamente obter uma síntese dos argumentos da maioria e da minoria.

3.5 PROTEÇÃO DAS MINORIAS, PRINCÍPIO DA TOLERÂNCIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esses pressupostos da democracia estão tão intrinsecamente ligados que torna difícil, senão impossível falar deles separadamente.

Segundo Kelsen (1998, p. 24), a democracia é fundamentada pela filosofia relativista e o que fundamenta a moral na filosofia da justiça relativista é o princípio da tolerância, que consiste em respeitar a opinião do outro mesmo que não concordemos com ela.

Com efeito, tolerância aqui não significa apenas consentir ou suportar mas tratar o outro com igual respeito e consideração, respeitando e aceitando as

diferenças, pois só assim se chega ao compromisso de que fala Kelsen. (2000, p. 129)

Essa tolerância, contudo, segundo Kelsen, não significa um direito absoluto à tolerância, mas uma tolerância que realiza a liberdade no âmbito do ordenamento jurídico no sentido de permitir a manifestação pacífica de opiniões. Kelsen (1998, p. 23-24) dá um exemplo lapidar argumentando que uma democracia que realmente se empenha em defender a liberdade deve continuar tolerante mesmo que tenha que se defender de intrigas antidemocráticas. Essa tolerância se dá à medida que a democracia não reprime as manifestações antidemocráticas pacíficas, ou seja, o próprio ordenamento jurídico democrático permite as manifestações contrárias à democracia impondo, contudo, limites com vista a manter a paz.

Kelsen (1998, p. 23) ensina que, com base na tolerância, a única solução racional e justa diante de um conflito de interesses é estabelecer um compromisso entre eles.

Por isso que, segundo Kelsen (2000, p. 67), numa democracia, a maioria pressupõe pela sua própria definição a existência de uma minoria; e, desse modo, o direito da maioria implica o direito de existência da minoria.

Essa relação de interdependência entre a minoria e maioria se dá em razão da existência do princípio da igualdade e seu desdobramento no princípio da tolerância ou fraternidade. Desse modo, se todos em determinada comunidade se vêem como iguais e são também politicamente iguais, tendo cada voto o mesmo valor independentemente da opinião, o direito de existência da maioria e da minoria têm a mesma força. Assim, a tolerância adquire um *status* de princípio da democracia, contudo, seu significado é bastante ampliado, ficando mais próximo do ideal de fraternidade da Revolução Francesa. (KELSEN, 2000, p. 182-184)

Mas como, então, garantir o direito de existência da minoria? Kelsen (2000, p. 67-68) propõe como resposta a elaboração, nas Constituições, de uma carta de Direitos Fundamentais que atuaria como limitadora da força da vontade coletiva corroborada pela maioria, assegurando o exercício da cidadania.

No dizer de Kelsen (2000, p. 67),

esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados Direitos Fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares. Esses direitos apresentam-se na origem, como uma proteção do indivíduo contra o poder executivo, que, apoiando-se ainda no princípio da monarquia absoluta, tem o direito de 'no interesse público', intervir na esfera de liberdade do próprio indivíduo toda vez que a lei não o vete expressamente.

Os direitos fundamentais constituem, pois, uma proteção à exacerbação do poder da maioria que desvirtua e pode destruir a democracia.

Segundo Kelsen (2000, p. 68),

Essa autolimitação significa que o rol dos direitos fundamentais e das liberdades fundamentais se transforma, de instrumento de proteção do indivíduo contra o Estado, em instrumento de proteção da minoria – de um minoria qualificada – contra uma maioria puramente absoluta; significa que as disposições referentes a certos interesses nacionais, religiosos, econômicos ou espirituais só podem ser decididas depois da aprovação de uma maioria qualificada, portanto só se maioria e minoria estiverem de acordo.

Portanto, os direitos fundamentais reforçam à síntese igualdade-liberdade como essência da democracia.

3.6 LEGALIDADE

No momento em que a democracia avança além da esfera sociopolítica e atinge o Direito, fornecendo-lhe um processo de criação e de aplicação da ordem jurídica, a legalidade passa a se constituir também a base do Estado Democrático no sentido de que para que o ideal democrático seja realizado o mais perfeitamente possível, é necessária a legalização tanto do processo democrático de criação como do processo de aplicação da ordem jurídica. No dizer de Kelsen (2000, p. 427), “quanto mais a execução corresponder ao postulado da legalidade mais democrática ela será.

Assim, o Direito como técnica específica de organização social confere juridicidade ao processo democrático de realização da liberdade mediante a criação democrática das leis jurídicas gerais e individuais regentes da conduta humana de determinada sociedade. Essa juridicidade consiste, na verdade, na inserção do procedimento democrático de criação de normas jurídicas na própria ordem jurídica mediante uma lei geral que define e organiza o referido procedimento democrático, ou seja, o procedimento democrático passa a estar contido em normas constantes desta ordem. Então podemos dizer que o procedimento democrático foi legalizado.

Dessa forma, pela legalidade a democracia como processo de criação da ordem social torna-se positivada como elemento substancial e material da ordem jurídica.

Essa positivação do processo político-democrático não se dá apenas com o processo político, mas também com o valor justiça que também é incorporada a ordem jurídica através de uma norma que constitui este valor, chamada por Kelsen

(2003d, p. 3 e 4) de “norma de justiça”. Kelsen (2003d, p. 4) define a norma de justiça como “uma norma que prescreve um determinado tratamento de um indivíduo por outro indivíduo, especialmente o tratamento dos indivíduos por parte de um legislador ou juiz [...]” Dessa forma, para Kelsen, determinada conduta é justa ou injusta quando corresponde ou não a uma norma de justiça.

Assim, a justiça, sai da esfera valorativa e é transportada para a esfera exclusivamente jurídica, no sentido do processo de criação e aplicação do Direito de determinada comunidade, ou seja, pode ser representado de maneira objetiva. Como ressalta Kelsen (2003f, p. 20),

a justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação. Nesse sentido, a justiça é compatível e necessária a qualquer ordem jurídica positiva, seja ela capitalista ou comunista, democrática ou autocrática, ‘justiça significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça ‘sob o Direito’. A afirmação de que o comportamento de um indivíduo é ‘justo’ ou ‘injusto’, no sentido de legal ou ilegal, significa que sua conduta corresponde ou não a uma norma jurídica, pressuposta como sendo válida pelo sujeito que julga por pertencer essa norma a uma ordem jurídica positiva.

Como já se disse, Kelsen pretendeu dar caráter objetivo ao conceito de justiça ao criar um conceito de justiça legal que, mesmo sendo relativo, variando de acordo com a ordem jurídica, não perde sua objetividade porque este não está na subjetividade pessoal da vontade dos legisladores, mas na objetividade da ordem jurídica instituída independentemente desta vontade.

Como veremos no próximo capítulo deste trabalho, esse conceito de justiça legal nos permitirá proceder à junção entre a teoria jurídica e a teoria política de Hans Kelsen, de modo a se construir uma visão integrada de sua obra.

Entendemos que no Estado Democrático de Direito o conceito de justiça legal se mostra, teoricamente, mais forte, pois que representa o pressuposto de que o

legal é o justo porque foi obtido discursivamente mediante o compromisso resultante do embate entre a maioria e a minoria.

Outro fator que confere uma força mais intensa ao princípio da justiça legal foi ressaltado por García Amado (1996, p. 203-204), ao discorrer sobre o conceito de liberdade em Kelsen, nos seguintes termos:

Lo que llamamos el primado lógico de la libertad se puede ver también en el énfasis que pone Kelsen en el principio de que lo no prohibido jurídicamente está permitido. La libertad antecede al Derecho y se mantiene en todo lo que el Derecho no la limite. 'Desde el punto de vista de la técnica jurídica – dice Kelsen – es superfluo prohibir cualquier cosa a un órgano del Estado, pues basta no autorizarlo a hacerla' (TGE 313). El Estado y los particulares se hallan en este propósito en relación inversa. Para el Estado no rige el principio de que lo no prohibido está permitido, sino el contrario: solo le está permitido lo que expresamente le autorice a hacer el Derecho; en todos los demás, rige la libertad del individuo en detrimento del Estado.

Portanto, inferimos que, na concepção de justiça kelseniana, o governo justo é aquele que só age nos termos do disposto na ordem jurídica.

Esse conceito formal de justiça, além de satisfazer o ideal de cientificidade que Kelsen tentou imprimir ao Direito, é inteiramente coerente com relativismo filosófico, base da filosofia política de Kelsen, como já ressaltado.

Esse conceito legal de justiça permite também a realização do ideal pacificador do Direito e do princípio da segurança jurídica evitando que os conflitos de interesses individuais ou mesmo coletivos se eternizem. Como ressaltado por Kelsen (2003f, p. 21), o julgamento baseado em critérios subjetivos de valor não é um julgamento jurídico porque é dependente da vontade do julgador.

Pela teoria da justiça de Kelsen, o valor justiça se transfere da escala de valor subjetivo do indivíduo para a esfera da ordem jurídica adquirindo assim racionalidade.

Nesse passo, o juiz, quando aplica a lei ao caso concreto ou mesmo quando com sua decisão preenche uma lacuna jurídica realiza a justiça.

Como ensina Kelsen (2003f, p. 21), “apenas no sentido da legalidade é que a justiça pode fazer parte de uma Ciência do Direito”.

4 UMA VISÃO INTEGRADA DAS OBRAS CIENTÍFICA E POLÍTICA DE KELSEN

4.1 INTRODUÇÃO

Conforme já citado no Capítulo 1, Gavazzi afirma, na introdução do livro *A Democracia* – uma compilação dos escritos políticos de Kelsen –, que Kelsen foi duplamente injustiçado na Itália, porque os italianos interpretaram o Kelsen teórico da política unicamente pela ótica da *Teoria Pura do Direito*, ignorando seus escritos políticos.

Talvez se possa dizer que, em nosso país, Kelsen também teria sido duplamente injustiçado. Contudo, a necessidade de termos uma visão integrada das obras científica e política de Kelsen não decorre do desejo ou da obrigação de reparar essa injustiça, mas, sim, da importância do pensamento kelseniano para a cultura jurídica do mundo ocidental. Se a visão do Direito legada por Kelsen se constituiu, como é sobejamente dito, num divisor de águas na concepção do fenômeno jurídico na cultura do Ocidente, a visão de sua teoria política se estudada a partir de seus escritos políticos, certamente, poderia ter o mesmo impacto na concepção do fenômeno político, eis que, como já ressaltado no primeiro capítulo desta dissertação, Kelsen analisou os regimes políticos, sobretudo a democracia, com a mesma precisão com a qual analisou o Direito.

Se integrarmos essas duas teorias tão impactantes para nossa cultura, poderemos ter uma visão mais coesa e abrangente do fenômeno político-jurídico,

tendo em vista, inclusive, a interdependência existente entre ambas as ciências, principalmente nas sociedades complexas e pluralistas como as atuais, sendo, pois, tal integração de conhecimentos importantes para compreendê-las melhor.

Essa integração também se faz necessária como conseqüência de um novo paradigma existente nas ciências humanas e naturais, decorrente da modernidade: a interdisciplinaridade na análise dos fenômenos. Essa interdisciplinaridade se mostra mais necessária, principalmente, na análise dos fenômenos verificados no âmbito do Direito e da política, tanto pela sua abrangente dimensão quanto pela sua complexidade.

4.2 REGIMES POLÍTICOS E NORMA FUNDAMENTAL

Vimos que a norma fundamental consiste no fundamento último de validade do Direito positivo. É uma norma pressuposta à ordem jurídica que lhe imprime validade e é também um pressuposto lógico transcendental para se entender um sistema de normas como Direito positivo. Vimos também que tal norma é sempre pressuposta como hipótese ou como ficção. Como hipótese, a norma é pressuposta sem a consciência de uma autoridade que a põe. Como ficção, a norma é pressuposta com a consciência de que ela não foi posta por uma autoridade.

Dito isso, veremos agora a relação que podemos estabelecer, com base na teoria política de Kelsen, entre regime político e norma fundamental.

O conceito de regime político que se extrai da teoria política de Kelsen é aquele definido como forma de regulamentação do processo de elaboração e

aplicação da legislação, ou seja, é o processo pelo qual a ordem jurídica regulamenta sua própria criação e aplicação, perfazendo um sistema que tem como fundamento a norma fundamental, a qual, como já se definiu, é aquela que é pressuposta à Constituição, não se podendo derivar sua validade de outra norma superior.

Segundo Kelsen (2003f, p. p. 163), “chamamos norma ‘fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem”.

Mais adiante, discorrendo sobre o conteúdo da norma fundamental, Kelsen (2003f, p. 175) afirma:

A norma fundamental de uma ordem jurídica nacional não é produto arbitrário da imaginação jurídica. Seu conteúdo é determinado por fatos. A função da norma fundamental é tornar possível a interpretação de fatos como a criação e aplicação de normas válidas. Como já assinalamos, as normas jurídicas são consideradas válidas apenas se pertencerem a uma ordem jurídica que é de um modo geral eficaz. Portanto, o conteúdo de uma norma fundamental é determinado pelos fatos através dos quais se cria e aplica uma ordem, aos quais se conforma, de uma maneira geral, a conduta dos indivíduos regulada por essa ordem. A norma fundamental confere de qualquer ordem jurídica positiva confere autoridade jurídica apenas aos fatos pelos quais uma ordem eficiente como um todo é criada e aplicada.

Contudo, fica a questão: Qual a relação que se pode inferir na teoria kelseniana entre norma fundamental e regime político?

A resposta a essa questão pode ser inferida recorrendo-se tão-somente à pureza metodológica buscada por Kelsen em toda sua obra.

Com efeito, Kelsen também na sua teoria política procura definir regime político de maneira tal que seja seu conceito despido de todo o aparato ideológico-valorativo que as teorias tradicionais lhe concedem. Para tanto, Kelsen define regime

político como um processo, uma técnica de criação de normas jurídicas. Com efeito, para Kelsen (2000, p. 103): “[...] a democracia é apenas uma forma, apenas um método de criação da ordem social” [...].

Assim como na relação estabelecida por Kelsen entre validade e eficácia, na qual a eficácia é uma condição *sine qua non* da validade da ordem jurídica, podemos inferir, então, analogicamente, que o regime político visto como método de criação de uma ordem sócio-jurídica pode estabelecer entre a ordem jurídica e a norma fundamental também uma mesma relação condicional de validade. Assim, a norma fundamental só concederia validade a uma ordem jurídica se esta fosse criada mediante uma forma de produção de normas estabelecida em determinado regime político, e que essa forma seja efetivamente eficaz.

Assim, determinada ordem jurídica democrática poderia derivar todas as suas leis de uma norma fundamental que condicionasse ou atribuísse o caráter jurídico somente àquelas leis que obedecessem a um processo democrático de elaboração, no sentido de que a norma fundamental dessa ordem seria: “Devo obedecer à Constituição elaborada democraticamente”.

Dessa forma, se quero conhecer ou interpretar o Direito em um Estado Democrático, devo pressupor a norma fundamental do Estado Democrático de Direito que seria: “Devo obedecer à Constituição e às demais normas de cuja elaboração efetivamente participei por mim mesmo ou por meio de meu representante”.

A norma fundamental como pressuposto lógico da ordem jurídica, hipotético ou fictício,¹¹ de determinada ordem jurídica pode ser vislumbrada no preâmbulo da Constituição que a institui. O preâmbulo, aliás, acompanha todas as Constituições modernas, representando, de certa forma, o marco inicial da criação da ordem normativa, eis que ele contém as idéias que nortearam o constituinte originário na elaboração da Constituição. Kelsen (2003f, p. 372, grifos nossos), inclusive, discorreu sobre o significado do preâmbulo:

Uma parte tradicional dos instrumentos chamados 'constituições' é uma introdução solene, um, assim chamado 'preâmbulo', que expressa as idéias políticas, morais e religiosas que a constituição pretende promover. Esse preâmbulo em geral não estipula quaisquer normas definidas para a conduta humana e, assim, carece de conteúdo juridicamente relevante. Ele tem antes um caráter ideológico do que jurídico. Normalmente, se fosse suprimido, o teor real da constituição não seria modificado nem um pouco. O preâmbulo serve para dar maior *dignidade* à constituição e, desse modo, maior *eficácia*.

Pode-se argumentar, com base na doutrina de Kelsen, que esta dignidade e eficácia que o preâmbulo confere à norma constitucional decorre do fato de este representar, por assim dizer a autoridade conferida ao legislador constituinte pela norma fundamental.

Segundo Travessoni Gomes (2004 p. 151), "o poder constituinte, se acatada a solução da norma fundamental, decorre da autorização dada por essa norma ao legislador constituinte para a produção da Constituição".

De outro lado, pode-se argumentar também que o preâmbulo possuiria caráter ideológico no sentido de indicar as idéias políticas norteadoras da

¹¹ É necessário enfatizar aqui também que, como já demonstrado, com base em Travessoni Gomes, o sentido do termo "hipotético" dado por Kelsen à norma fundamental é o de norma pensada sem a consciência de que ela não corresponde à realidade. E o sentido dado por Kelsen à norma fundamental fictícia é o de que a norma fundamental é pensada com a consciência de que não existe uma autoridade que a põe.

Constituição. Podemos inferir, então, que o preâmbulo funcionaria como um meio para se introduzir a forma da organização do poder no Direito, levando-se em conta que o preâmbulo é fruto da elaboração do poder constituinte originário.

Kelsen (2003f, p. 372) afirma que, conforme a Constituição assumia teor mais democrático ou autocrático, ela é apresentada em seu preâmbulo como vontade do povo ou como vontade de um governante instalado pela graça de Deus.

Seria também o preâmbulo uma introdução das idéias e princípios que vão constar da constituição, os quais nortearam a decisão criadora do Direito consubstanciada no poder constituinte originário, que confere um caráter de unidade ao sistema jurídico constitucional.

Na perspectiva kelseniana, a Constituição conteria em seu preâmbulo o tegumento democrático outorgado pela norma fundamental pressuposta que lhe dá origem.¹²

Paulo Dourado de Gusmão (1957), com base na doutrina kelseniana, afirma:

O 'preâmbulo' encerra, assim, os pressupostos ideológicos da constituição. O 'preâmbulo', ou parte essencialmente política da constituição, pode ser considerado como a premissa fundamental da ordem jurídico-política do Estado. Essa parte consta de normas programáticas, de diretrizes, que deverão inspirar o legislador ordinário. É, assim, um programa a ser realizado pelas novas normas, ou pelas normas vigentes, através da interpretação.

No caso da Constituição brasileira, consta de seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o

¹² Analisamos, neste trabalho, o preâmbulo da Constituição na perspectiva da teoria jurídica e política de Kelsen. Hoje, discute-se o significado do preâmbulo como norma jurídica com eficácia plena, conforme se vê no artigo de Luciano Nascimento Silva, intitulado *O poder normativo do preâmbulo da Constituição* (Ensaio acerca da natureza jurídica dos preâmbulos constitucionais), disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>.

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Entendemos que ideologia aqui tem um significado de um sistema organizado e unificado de idéias políticas visando à criação de uma ordem jurídica ordenadora da comunidade.

García Amado ressalta que, para Kelsen (1996 p. 150), o Direito possui caráter ideológico, uma vez que consiste em fator aglutinador da ordem social.

Assim, temos, pois, a norma fundamental como um elo entre o regime político como um fator organizador da ordem social e o processo de criação e aplicação do sistema jurídico de determinada comunidade. Kelsen ressalta uma dimensão de democracia como concepção de vida ou, mesmo, como traço definidor de uma personalidade, querendo ressaltar com isso que a democracia e a forma de Estado que dela resultam nascem e se fortalecem com a ação dos seres humanos; é um produto exclusivamente humano.

Por isso, afirma Kelsen (2000, p. 193):

[...] o Estado, não é uma misteriosa substância diferente de seus membros, isto é os seres humanos que os seres humanos que constituem o Estado, não sendo, portanto, uma realidade transcendente para além do conhecimento racional e empírico, mas uma ordem normativa específica que regula o comportamento mútuo dos homens [...].

Kelsen (2000, p. 180) define e, então, estabelece o aspecto psicológico da democracia quando afirma:

De um ponto de vista psicológico, a síntese da liberdade e igualdade, característica essencial da democracia, significa que o indivíduo, o ego,

deseja liberdade não apenas para si mesmo, mas também para os outros, para o tu. [...]
A personalidade cujo desejo de liberdade é modificado por seu sentimento de igualdade reconhece a si mesma no outro.

Numa comparação com a democracia, Kelsen (2000, p. 182) define, sob o prisma psicológico, o absolutismo político da seguinte forma:

Psicologicamente o absolutismo político corresponde a um tipo exagerado da consciência do ego. A incapacidade ou falta de disposição do indivíduo em reconhecer e respeitar seu semelhante como outro ego, como uma entidade do mesmo tipo de seu próprio ego, originalmente vivenciado, impede que esse tipo de homem aceite a igualdade como um ideal social.

Assim, a democracia como produto humano que é, sem qualquer dimensão transcendental (no sentido jusnaturalista), é gestada na razão humana, na ordem social, culminando na formação da dimensão do Estado, a ordem social politicamente organizada.

Essa inter-relação entre o político e o jurídico é bem ressaltada por Salgado (1998 p. 39), que afirma:

É na constituição que se dá o encontro do político (poder) e do jurídico (norma) e é na constituição democrática contemporânea que se dá a superação da oposição entre poder e liberdade, E isso, na forma de uma organização do poder e de uma ordenação da liberdade a qual se mostra como ordem jurídica ou liberdade objetivada.

Assim, vemos que o regime político pode fazer parte do “conteúdo” da norma fundamental quando determinada comunidade pode optar por obedecer somente a uma Constituição democrática, ou seja, o poder só pode ser exercido de forma democrática.

Essa relação entre o regime político e a norma fundamental fica mais clara quando ocorre uma mudança da constituição por um processo revolucionário. Nesse

caso, a existência e a eficácia da nova constituição revolucionária provocam uma mudança na norma fundamental da ordem jurídica, eis que o fato fundamental criador da ordem jurídica é outro.

Kelsen (2003f p. 173) exemplifica:

O fenômeno da revolução demonstra de forma clara a significação da norma fundamental. Suponha-se que um grupo de indivíduos tente conquistar o poder pela força, a fim de depor o governo legítimo de um Estado até então monárquico e introduzir uma forma republicana de governo. Se forem bem sucedidos, se a velha ordem terminar e a nova ordem começar a ser eficaz, porque os indivíduos cuja conduta a nova ordem regula eficazmente se conduzem – de um modo geral – em conformidade com a nova ordem, então essa ordem é considerada como uma ordem válida. Agora, é de acordo com essa nova ordem que a conduta dos indivíduos é interpretada como sendo lícita ou ilícita. Mas isso significa que se pressupõe uma nova norma fundamental.

Assim, com a mudança da forma de governo no exemplo acima a autoridade que produz a ordem jurídica é outra, ou seja, a norma fundamental pressuposta como válida não reconhece o monarca como autoridade competente para a produção da ordem jurídica estatal.

Veremos mais claramente esse processo de mudança da norma fundamental quando tratarmos especificamente da Democracia e norma fundamental no item 4.3 deste trabalho.

4.3 DEMOCRACIA E NORMA FUNDAMENTAL

Kelsen (2003f, p. 364-365) afirma que “o poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica de cuja unidade

resultam a unidade do território e do povo”, sendo a soberania, segundo Kelsen, a qualidade desse poder.

Assim, como dito, para Kelsen (2003f, p. 263), Estado e Direito são a mesma coisa; “a comunidade que chamamos de Estado é sua ordem jurídica”.¹³

Segundo Travessoni Gomes (2000, p. 151), “se direito e Estado são a mesma coisa, nada mais natural que o fundamento daquele seja, também, o deste”.

Essa concepção kelseniana do Estado como ordem jurídica decorre do fato de que, para Kelsen, o problema do Estado consiste em um problema da ordem jurídica nacional (em contraposição à ordem jurídica internacional), ou seja, no estudo do direito positivo e sua relação com o Estado, Kelsen concebe o Direito positivo como uma ordem jurídica nacional. Assim, temos várias ordens jurídicas nacionais relacionadas entre si por uma ordem jurídica internacional. (Cf. KELSEN, 2003f p. 261-262)

A visão kelseniana de democracia como técnica social específica de criação do direito é coerente com o relativismo filosófico, base da concepção kelseniana do Direito e, bem assim, com a necessidade do conceito de norma fundamental.

Temos então que, nesse sentido, a norma fundamental é o fundamento de validade da Democracia como forma de Estado e como forma de governo.

Isso pode ficar mais claro quando Kelsen (2003f, p. 234) discorre sobre a mudança da Constituição e da norma fundamental mediante um processo revolucionário:

O imediato fundamento de validade das normas jurídicas recebidas sob a nova Constituição revolucionariamente estabelecida, já não pode ser a antiga Constituição, que foi anulada, mas apenas o pode ser a nova. O

¹³ Importante ressaltar que estamos tratando exclusivamente da concepção kelseniana de Estado. Na prática, podemos ter ordens jurídicas democráticas e não estatais.

conteúdo destas normas permanece na verdade o mesmo, mas o seu fundamento de validade, e não apenas este, mas também o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, mudou. Com o tornar-se eficaz, da nova Constituição, modificou-se a norma fundamental, quer dizer, o pressuposto sob o qual o fato constituinte e os fatos em harmonia com a Constituição podem ser pensados como fatos de produção e de aplicação de normas jurídicas. Se porventura a antiga Constituição tinha o caráter de uma monarquia absoluta e a nova tem o caráter de uma república parlamentar, então a proposição jurídica que descreve a norma fundamental já não diz: os atos coercivos devem ser estabelecidos sob os pressupostos e pela forma da antiga Constituição, que já não é eficaz, determina e que, portanto, estão previstos nas normas gerais e individuais que são criadas e aplicadas pelo monarca absoluto agindo em conformidade com a Constituição e pelos órgãos em quem ele delega, mas: os atos coercivos devem ser estabelecidos sob os pressupostos e pela forma que determina a nova Constituição e, portanto, de harmonia com as normas gerais e individuais que são criadas e aplicadas pelo parlamento, eleito de acordo com a Constituição, e pelos órgãos em que estas normas delegam. A nova Constituição, não permite – como a antiga – considerar um determinado indivíduo como monarca absoluto, pois só permite considerar como autoridade jurídica um parlamento eleito pelo povo. De acordo com a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual o governo efetivo, que, com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes, é o governo legítimo do Estado.

Mais adiante, Kelsen (2003f, p. 234) complementa: “A modificação da norma fundamental segue-se à modificação dos fatos a serem interpretados como criação e aplicação de normas jurídicas válidas”.

Infere-se daí ser a norma fundamental o resultado do embate das forças do poder político bem como, de certa forma, um elo entre o poder político e o jurídico, ou seja, a norma fundamental congrega a visão do político e do jurídico para a validade da ordem jurídica.

Norberto Bobbio (2003, p. 169) retrata bem essa relação entre o Direito e o poder na ordem jurídica, no sentido de que, conforme o ângulo que se observe o ordenamento jurídico, veremos a atuação do poder e do Direito:

Olhando um ordenamento jurídico de baixo para cima (e é este o ponto de vista mais genuinamente jurídico, isto é, próprio do jurista), vemos um poder coercitivo voltado a fazer com que um conjunto de regras seja obedecido; olhando de cima para baixo (e este é o ponto de vista mais propriamente político) vemos um conjunto de regras destinadas a fazer com que um poder possa exercitar-se.

Essa é a visão adequada para enxergarmos a inter-relação entre o regime político e a norma fundamental que, como já se disse, é a base sob a qual se apóia um ordenamento jurídico válido. Assim, a partir da norma fundamental, o regime político se valida no ordenamento jurídico, juridicizando o poder político.

Temos, então, que o regime político democracia se insere na ordem jurídica quando adotado pela norma fundamental como forma de criação e aplicação dessa ordem jurídica desde que ela seja eficaz.

4.4 DEMOCRACIA COMO FORMA DE PRODUÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS INDIVIDUAIS

Kelsen (2003g, p. 309-310) concebe as forma de governo como processos de criação da ordem jurídica no sentido de que a forma de estado como é apenas um caso especial da forma de direito, no sentido de que num estado democrático a ordem jurídica e todas as normas que compõem essa ordem são criadas com a participação daqueles que são a ela submetidos.

Vimos anteriormente neste trabalho que a Democracia, para Kelsen, consiste em um processo dialético e contraditório de elaboração normativa. Vimos também que o direito positivo, para Kelsen, é um sistema escalonado e hierarquizado de normas que pode ser “observado” na forma de uma pirâmide em cujo ápice está a Constituição e no vértice as normas individuais. Kelsen mostrou também que se analisarmos o direito positivo do ápice ao vértice, perceberemos que as normas jurídicas passam por um processo de concretização crescente, culminando com a

elaboração e execução da norma individual, cujo conteúdo pode ser obtido também, segundo Kelsen, por meio do procedimento judicial democrático de criação do Direito privado, no qual, na perspectiva dinâmica do direito, assim como ocorre também no caso dos direitos políticos, as partes participam ativamente da criação e da aplicação do direito individual.

Nas palavras de Kelsen (2003f, p. 125): Se, a partir de uma perspectiva dinâmica, a natureza de um direito é a capacidade de participar da criação do Direito, então, a diferença entre os direitos do 'Direito privado' – os chamados 'direitos privados' – e os do Direito público – os chamados 'direitos políticos' não pode ser tão fundamental quanto geralmente se supõe. Por direitos políticos entendemos as possibilidades abertas ao cidadão de participar da criação da ordem jurídica. Com isso tem-se em mente, sobretudo, a criação de normas gerais ou legislação no sentido mais geral do termo.

Mais adiante, Kelsen explicita (2003f, p. 126):

Aqui, tentarei apenas demonstrar como é possível classificar o chamado direito 'político' juntamente com o direito 'privado', sob o mesmo termo geral de 'direito', e o que o queixoso tem em comum com o votante o que há de comum entre mover uma ação judicial e votar.

Demonstrando sua afirmação, Kelsen argumenta que a diferença entre o votante e o queixoso é que o votante participa indiretamente da criação do Direito, eis que só elege o órgão que vai criá-lo. Já o sujeito de direito privado, segundo Kelsen, ao impetrar uma ação judicial, participa diretamente da criação da norma individual presente na decisão judicial. Segundo Kelsen (2003f, p. 127), “o exercício de um direito privado também significa participação do sujeito na criação da ‘vontade

do Estado', pois a vontade do Estado se manifesta também na decisão judicial, o tribunal também é órgão do Estado".

Isso posto e conforme estudamos a teoria jurídica integrada com a teoria política de Kelsen, vemos que a norma fundamental do Estado Democrático de Direito fornece o paradigma para a criação e a aplicação da norma por meio da participação do povo. O poder conferido ao juiz para criar a norma individual mediante um procedimento participativo dos interessados é típico da democracia que, por meio dos procedimentos contraditórios apontados por Kelsen, reconstrói a situação de criação e de aplicação da norma, como afirma Cattoni de Oliveira, citado no item 2.2.2.2 do Capítulo 2 deste trabalho, desde a Constituição até a decisão individual.

Como já vimos, para o autor, de fato há várias interpretações possíveis para uma norma jurídica, mas devemos ter um critério racional para que se possa dizer qual a interpretação é a correta para reger a situação de aplicação da norma. Esse critério, segundo Cattoni de Oliveira (2001, p. 59), "deve levar em conta o caso concreto – 'e isso justamente Kelsen não faz - e deve ser operacionalizado através de uma reconstrução do caso concreto, argumentativamente realizada através dos limites do processo jurisdicional".

Como já afirmamos, Cattoni de Oliveira (2001, p. 59) justifica essa sua argumentação afirmando: "Afinal, o processo jurisdicional implica uma série de atos que, realizados em contraditório entre as partes, prepara a prestação jurisdicional".

Hoje em dia, a atualidade e a importância do pensamento kelseniano se faz presente nas recentes teorias de Direito Processual Civil, que advogam a tese segundo a qual, num processo democrático, a sentença do julgador é feita com a participação das partes. Essas teorias sugerem, pois, uma participação mais efetiva

das partes também na aplicação do Direito. Por essas teorias, o processo civil seria um canal de participação democrática.¹⁴

O professor Marcelo Cattoni de Oliveira, baseando-se na idéia de processo como procedimento criada por Fazzalari e, entre nós, difundida por Aroldo Plínio Gonçalves, em uma arguta análise do processo constitucional no Estado Democrático de Direito, caracteriza o termo processo como “uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados, juntamente como autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional, ou dos seus representantes, como no caso do processo legislativo. Os interessados são aqueles em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos. Mas essa participação se dá de forma específica, dá-se em contraditório. Contraditório, mais que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade.

Portanto, haverá processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados. A essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.

Nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 115), “há processo sempre onde houver o procedimento entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles

¹⁴ Cf. SANTIAGO, Marcus Firmo. *A constitucionalização do processo civil*. Disponível em: <http://www.Tex.pro.br> – Páginas de direito.

que nele serão interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos”¹⁵.

Mais adiante, Cattoni de Oliveira (2001, p.198) conclui que “processo, portanto, é procedimento discursivo, participativo, que garante a geração de decisão participada”.

Também Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 102 *et seq.*) entende que uma decisão judicial justa, que realiza a dignidade humana por intermédio da liberdade, é aquela que é construída democraticamente.

Por isso que Aroldo Plínio (1992, p. 118) entende que a concepção de processo de Fazzalari sublinha a importância da estrutura do processo, na democracia, como um instrumento para a garantia da liberdade.

Assim, se o processo de concretização crescente da norma jurídica, partindo do ápice da ordem normativa hierarquicamente escalonada, que é a Constituição, e chegando até o vértice, que é a norma individual presente na decisão judicial, tiver como base a participação dos interessados no sentido jurídico do termo, como é característico do Estado Democrático de Direito, podemos dizer que nesse caso a democracia é fonte de produção de normas individuais.

¹⁵ Os processualistas diferenciam processo de procedimento tendo em vista que existem procedimentos administrativos e judiciais sem o contraditório. O termo consiste na essência do processo, só se podendo falar em processo quando existe o contraditório.

4.5 LEGALIDADE E JUSTIÇA

Vimos que Kelsen não nos apresenta um conceito objetivo de justiça. Contudo, inferimos de sua teoria da Justiça que esta só se realiza no âmbito do ordenamento jurídico. Podemos valorar se o Direito é justo ou injusto ao cotejá-lo com princípios morais chamados por Kelsen de normas de justiça. Esses preceitos morais podem ou não ser incorporados ao ordenamento jurídico como conteúdo de leis válidas e eficazes.

Vimos também que apesar de haver esse intercâmbio entre a moral e o ordenamento jurídico positivo por meio das normas de justiça, ele é relativo e eventual, no sentido de que a relação entre Direito positivo e as normas de justiça é de total independência, de forma que o Direito não é válido porque é justo, mas é justo porque é válido, ou seja, a validade do direito independe de sua correspondência ou não com uma norma de justiça.

Podemos dizer que, de certa forma, a justiça para Kelsen é uma justiça legal que, como já dissemos, se realiza no âmbito da ordem jurídica.

Contudo, conforme ensina Norberto Bobbio (2003, p. 49 a 51), a justiça é independente da validade e da eficácia da ordem jurídica no sentido de que podemos ter normas válidas e eficazes sem que sejam valoradas como justas, bem como podemos ter normas justas que não sejam eficazes.

Ainda segundo Bobbio (1999, p.137), essa independência se dá porque os juízos de legalidade ou validade do direito e justiça ou injustiça do direito são emitidos com base em critérios diferentes e reciprocamente independentes.

Por isso que o valor justiça não se realiza na ordem jurídica de forma absoluta, ou seja, não tem, obrigatoriamente, de realizar-se na ordem jurídica, mas pode realizar-se ou não nela. Podemos ter no âmbito do ordenamento jurídico algumas normas válidas e eficazes que podem ser consideradas pela moral como justas e outras às quais a moral reputa injustas.

Conforme já afirmado anteriormente, quando tratamos da legalidade na democracia kelseniana, no Estado Democrático de Direito o conceito de justiça legal se mostra, teoricamente, mais forte, pois que representa o pressuposto de que o legal é o justo porque foi obtido discursivamente mediante o compromisso resultante do embate entre a maioria e a minoria, eis que a Democracia enfeixa todas as propriedades citadas como constantes da justiça kelseniana, quais sejam, relativismo, liberdade e tolerância.

4.6 DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL E LEGALIDADE

Como vimos, Kelsen caracteriza tanto o direito quanto a democracia como técnicas sociais, no sentido de procedimentos e a democracia como procedimento produtor de normas e o direito como um procedimento técnico de controle social.

Essa caracterização é coerente com o relativismo filosófico e político, que não permite uma valoração absoluta, pois esta requer a existência de um ser transcendente que impõe os valores sendo a valoração absoluta incompatível com o racionalismo e com o positivismo. Isso porque a relação entre o objeto de conhecimento e o sujeito de conhecimento é muito semelhante àquela que existe

entre o governo e os que a ele estão sujeitos. Do mesmo modo que no relativismo filosófico o sujeito participa do objeto de conhecimento, a democracia procedimental permite que o sujeito participe da criação da ordem jurídica.

Assim, entendemos que essa visão procedimental da democracia e do Direito seria, de certa forma, uma defesa de Kelsen contra o jusnaturalismo, que prega uma valorização absoluta e, conseqüentemente, um regime político material fundado em um valor absoluto e hierarquicamente superior e uma ordem jurídica cujo fundamento é também material, baseado no conteúdo valorativo das normas, eis que a visão procedimental retira o conteúdo emocional do ato de criação da ordem jurídica tornando-o racional.

Como afirma Travessoni Gomes (2004, p. 276), “é o relativismo filosófico que governa todas as concepções kelsenianas”.

Assim, a democracia só pode ser avaliativa se for vista como um procedimento, uma técnica. Fora dessa visão, a democracia torna-se algo absoluto, podendo, inclusive, transformar-se em algo metafísico.

É essa visão procedimental da democracia de Kelsen que levou Paulson (1994, p. 122) a afirmar que a visão política de Kelsen deve ser pensada em termos de meios, ou seja, Kelsen estuda o problema da democracia no sentido de se perguntar qual o meio político que consagre a liberdade.

Também o Direito visto como técnica social de regulação das condutas humanas e organização da sanção é inteiramente compatível com a concepção de democracia como um procedimento técnico para a produção de normas jurídicas com base na consagração da liberdade, no sentido de ela significar a autonomia de fazer suas próprias leis, ou seja, de se subordinar por vontade livre e própria a uma ordem jurídica de cuja criação participa. Segundo Kelsen, o meio mais adequado

para que se possa dar a si mesmo sua própria lei é por meio de uma democracia procedimental.

Nesse ponto, a democracia se encontra com a legalidade, ou seja, a democracia se insere na ordem jurídica por meio da criação dela, mas também influenciando de certa forma o conteúdo dessa ordem. No momento em que temos uma norma fundamental que manda obedecer a uma Constituição feita e promulgada pelo procedimento democrático, a legitimidade da democracia passa a realizar-se, na Constituição, no âmbito do ordenamento a ser obedecido.

Kelsen mostra essa influência dos regimes políticos na elaboração legislativa quando trata da jurisdição constitucional. Isso se dá, segundo Kelsen (2003b, p. 49), porque, na jurisdição constitucional, a prática constitucional é drasticamente influenciada pelas concepções políticas resultantes da teoria do Estado.

Segundo Kelsen, a noção de ordem estatal que se infere da noção de Constituição conserva uma idéia de comunidade política constituída na ordem estatal, sendo a Constituição o resultado do equilíbrio das forças políticas nessa ordem estatal que se exprimem juridicamente na Constituição.

Por isso, Kelsen (2003b, p. 130-131) afirma:

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica, que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma de Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis das normas gerais.

Mais adiante, ao discorrer sobre a reforma constitucional, Kelsen (2003b, p. 213, grifos nossos) detalha como se dá essa influência das forças políticas na Constituição afirmando:

Se não é possível aceitar o extremismo paradoxal da célebre tese de Lassalle segundo a qual a Constituição de um Estado é, em última análise, o exército e os canhões dos quais o governo dispõe – já que ela subestima a força das idéias jurídicas – forçoso é conceber que *a Constituição expressa as forças políticas de determinado povo*, é um documento que atesta a situação de equilíbrio relativo na qual os grupos em luta pelo poder permanecem até nova ordem. Se a exigência de modificação da Constituição cresce a tal ponto que não pode ser mais contida, é decerto um sinal de que *houve um deslocamento de forças* que procura se exprimir no plano constitucional.

Podemos também sentir a inter-relação entre a teoria política de Kelsen e a sua teoria jurídica numa passagem lapidar citada por Carrè de Malberg (*in*: KELSEN, 2003b, p. 197), na qual Kelsen afirma que o princípio da hierarquização das leis, base de sua teoria jurídica, é incompatível com a monarquia absoluta:

No dizer de Kelsen, 'Na monarquia absoluta, a distinção entre o grau da Constituição e o grau das leis [...] não desempenha na prática nenhum papel [...]; o problema da constitucionalidade das leis não tem sentido algum nela.

Como afirmam Boaventura Souza Santos e Leonardo Arvitzter (2003), no procedimentalismo democrático kelseniano ocorre uma redução do problema da legitimidade ao problema da legalidade.

Importante ressaltar que, apesar de os autores criticarem a democracia procedimental kelseniana como elitista, em comparação com o modelo democrático de Habermas, o qual, segundo se infere do texto, seria mais abrangente porque o modelo discursivo kelseniano se restringiria ao parlamento e o modelo discursivo de habermasiano seria extensivo a todo o povo, o caráter procedimental e dialético-

discursivo da democracia é apontado pelos autores como importante para melhorar a participação democrática.

Importa observar que Kelsen ressalta, na obra *A Democracia*, a importância da opinião pública e dos meios de comunicação na discussão democrática e, conseqüentemente, na produção do Direito.

Aduzem também os autores que a democracia não pode se tornar um valor universal, eis que, segundo eles, tendo em vista a diversidade cultural e o pluralismo das sociedades modernas, há vários tipos de democracias.

Como se vê, o modelo kelseniano com base no relativismo filosófico continua intocado. Isso porque, como já demonstrado anteriormente, a visão procedimental da democracia tanto em Kelsen quanto em Habermas tem o objetivo de conferir ao procedimento democrático uma neutralidade reconhecida por ambos como necessária à existência de uma sociedade pluralista e democrática.

Assim, o procedimento democrático realizado na ordem jurídica passa a ser um procedimento legal, expresso na Constituição por meio de um princípio de legalidade que norteia toda a elaboração, execução e aplicação da lei. Como afirma Kelsen (2003b, p. 239), o princípio específico do estado de direito é o da máxima legalidade estatal.

Nesse sentido, observa Salgado (1998, p. 52):

O ato de autoridade vale segundo a legalidade, a sua conformação com a lei, o que liga toda a execução da lei à origem, isto é, à legitimidade. O exercício do poder se dá face a criação e execução de normas jurídicas. Só a autoridade competente é autorizada por norma superior a criar norma ou executá-la, dentro de um quadro de competência e segundo um processo regular; [...].

5 CONCLUSÃO

A democracia kelseniana não possui quaisquer conotações morais ou valorativas, absolutas, sendo tão-somente um princípio ou, mesmo, um método de organização social. Quando esse princípio é adotado como critério de criação e organização da ordem jurídica, temos o chamado Estado Democrático de Direito. (KELSEN, 2000, p. 13)

Talvez possamos inferir que esse caráter objetivo e dialético da democracia, ressaltado pela teoria política kelseniana, lhe dá a força que o princípio democrático tem em nossos dias. Isso permite que uma ordem democrática abarque em seu interior o princípio da tolerância e do pluralismo, profundamente comprometido com a discussão e a crítica, como demonstrou Kelsen, permitindo, assim, a convivência harmônica na comunidade de várias facções políticas, morais e religiosas, propiciando um fortalecimento das instituições sociais e jurídicas que ganham além de força, uma flexibilidade inexistente nas autocracias, o que pode garantir-lhe longevidade.

A democracia é obra da cultura humana, não podendo, por isso, ser “elaborada, ou fabricada”, no sentido técnico-científico desses termos, mas apenas ser vivida. Pode ser estudada por critérios científicos, mas não pode ser valorada como boa ou má, não comportando valores absolutos. Como ensina Kelsen (2000, p. 254), o sentido do valor da democracia é de adequabilidade à realização da liberdade, o que só pode ser atestado pela história.

Não se pode dizer que a história referendou a teoria política de Kelsen, mas a importância e a atualidade das questões levantadas em sua teoria política pode ser

atestada nas palavras de Domenico Losurdo (2004, p. 219) que, analisando o desenvolvimento do sufrágio universal e da democracia através dos tempos afirma: “Talvez seja Kelsen o mais significativo teórico deste desenvolvimento da democracia (da democracia de partidos organizados baseada no sufrágio universal e na representação proporcional) verificado em alguns importantes países do Ocidente”.

Ainda segundo Losurdo (2004, p. 220), Kelsen mostra em sua teoria política que a democracia baseada no sufrágio universal só é possível por meio do sistema de representação proporcional.

Da análise do sufrágio universal, nos dias de hoje, efetuada por Losurdo em sua obra citada, podemos perceber que a democracia kelseniana ainda não foi realizada, daí a atualidade de sua teoria política, porque a participação efetiva do povo nas democracias mais importantes de hoje, sobretudo a democracia americana, é bastante mitigada pela presença de valores absolutos que servem de base para que o poder seja concentrado nas mãos do governante, ou de certo grupo ou classe que governa. Para isso, os valores absolutos são usados como base para a criação de um estado de exceção temporário para a realização de interesses de certos grupos. Losurdo (2004, p. 13) exemplifica que, com base no valor de que a América foi destinada por Deus para levar a verdade dos valores americanos, principalmente a democracia, ao mundo para salvá-lo, instaura-se a guerra contra o Iraque.

Kelsen mostra que tanto do ponto de vista do Direito como da política não há valores absolutos que possam embasar o regime político e a ordem jurídica. Isso pode ser verificado em nossa sociedade atual, na qual a mudança é a palavra de ordem.

A grandiosidade das teorias política e jurídica de Kelsen, contudo, não se revela apenas na metodologia apurada, no rigorismo intelectual, na coerência e na complexidade, mas no fato de que ambas nos oferecem, nelas mesmas, muitos dos meios e conceitos para sua superação.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1984.

AMADO Juan Antonio García. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

ARVITZER Leonardo. *A democracia participativa*. Projeto de pesquisa do Departamento de Ciência Política da UFMG.

ATKINSON, Rita; ATKINSON, C. Richard; SMITH, Eduard; BEM J. Deryl; NOLEM-HOLKSEMA, Susan. *Introdução à psicologia de Hilgard*. Tradução de Daniel Bueno. 13. ed. Porto Alegre: Artemed, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliese. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2 ed. rev. São Paulo: Edipro, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 8 ed. Brasília: Editora UnB, 1996.

BONAVIDES Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros 1997.

BOSON Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito: interpretação antropológica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. *A concepção de justiça de Hans Kelsen em face do positivismo relativista e do jusnaturalismo absolutista*. 2004. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

CRETELLA JÚNIOR. *Filosofia do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio de. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio de. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais de direito como complemento da lei omissa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

GALUPPO Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos 2002.

GAVAZZI Giacomo. Introdução. In: KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito em Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito em Kant e Kelsen*. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução: do alemão de Alexandre Klug; do Italiano, Eduardo Brandão; do francês, Maria Ermantina Galvão. Revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

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

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003d.

KELSEN, Hans. *O que é justiça*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*. Tradução de Wescslao Roces, México: Porrúa, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. São Paulo: Martins Fontes, 2003e.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003f.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003g.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Kelsen hoy. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, p. 233-252, 1972.

LOSANO, Mário G. Introdução. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/Editora Unesp, 2004.

MAGALHÃES, Luiz Quadros de. Poder constituinte e norma fundamental em Hans Kelsen. *Revista de Informação Legislativa*, n. 105, jan./mar. 1990.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1986.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos/ Port Livros, 1999.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Os fundamentos da democracia: análise crítica da justificação funcional da democracia por Hans Kelsen. *Revista Videtur*, n. 27, 2005. Disponível em: <http://www.hottopos.com>.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PAULSON, Stanley L. Kelsen teórico delle política. *Diritto e Cultura*, anno IV, n. 1, gen./ giug. 1994. (Estatto).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Curso de direito civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva 2000.

SALGADO Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Kant e seu fundamento da igualdade e na liberdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 37-68, ab./jun. 1998.

SANTIAGO, Marcus Firmo. *A constitucionalização do processo civil*. Disponível em: <http://www.Text.pro.br> – Páginas de direito.

SANTOS, Boaventura Souza; ARVITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 11 nov. 2003. Disponível em: www.eurozine.com.

SILVA, Luciano Nascimento. *O poder normativo do preâmbulo da Constituição* (Ensaio acerca da natureza jurídica dos preâmbulos constitucionais). Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Ética: do mundo da célula ao mundo da cultura*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Princípios de direito: princípio jurídico. Direito do trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.