

POSITIVISMO, RELATIVISMO E PLURALISMO: A RELAÇÃO ENTRE EPISTEMOLOGIA E DEMOCRACIA EM HANS KELSEN

Henrique Smidt Simon¹

Resumo

Hans Kelsen foi dos principais autores do século XX. Contudo, por ser vinculado ao positivismo (modelo de pensamento tido por esgotado), suas ideias têm sido alvo de críticas indevidas ou tratadas como conteúdo apenas de valor histórico. A presente discussão pretende retomar a importância do pensamento de Kelsen e contestar a crítica de que sua teoria teria esvaziado o pensamento jurídico da capacidade de pensar o direito criticamente. Para tanto, é necessário mostrar como é falsa a noção de que Kelsen estaria apenas preocupado com questões metodológicas formais e como suas convicções políticas decorrem de suas bases positivistas. Pode-se dizer que a proposta de uma teoria pura levou Kelsen ao relativismo ético, mas este o levou ao pluralismo e à concepção de democracia como proteção de minoria. Essa conclusão decorre da análise aqui proposta em três etapas: a aproximação de Kelsen ao pensamento do Círculo de Viena, mostrando as razões de seu relativismo; a vinculação dessa concepção de ciência à sua defesa do relativismo e este como parte do conceito de democracia.

Palavras-chave: Hans Kelsen. Positivismo Relativismo Moral. Pluralismo. Democracia.

POSITIVISM, RELATIVISM, AND PLURALISM: THE RELATION BETWEEN EPISTEMOLOGY AND DEMOCRACY IN HANS KELSEN'S THOUGHT

Abstract

Hans Kelsen was one of the main authors of the twentieth century. However, because it is tied to positivism (a philosophical model considered exhausted), his ideas have been subjected to undue criticism or treated as content of historical value alone. The present discussion aims to revive the importance of Kelsen's thought and challenge the criticism that his theory would have emptied the legal thinking of the ability to think critically about law. To do so, it is necessary to undo the misconception that Kelsen would only be concerned with formal and methodological issues and how his political convictions stem from his positivist foundations. It can be said that the proposal of a pure theory led Kelsen to ethical relativism, but this led him to pluralism and the conception of democracy as

¹ Doutor em Direito, Estado e Constituição (FD/UnB); Professor do Programa de Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Violência; Professor da graduação em Direito da EDB/IDP; Professor da Graduação em Direito do UniCEUB; advogado. E-mail: henrique.s.simon@gmail.com

protection of minorities. This conclusion follows from the analysis proposed here in three stages: Kelsen's approach to the Vienna Circle thinking, showing the reasons for its relativism; the linkage of this conception of science to its defense of relativism and this as part of the concept of democracy.

Keywords: Hans Kelsen. Positivism. Moral Relativism. Pluralism. Democracy.

Introdução

Hans Kelsen está entre os autores que mais causaram impacto no pensamento jurídico do século XX. Sua maior fama advém da proposta de uma “teoria pura do direito”, na qual lança as bases para o positivismo jurídico de caráter epistemológico: objetivava o autor austríaco desenvolver estrutura teórica que permitisse identificar e descrever o direito como objeto específico de uma ciência normativa.

Seu modelo é bem conhecido. Pretendeu Kelsen retirar da análise da norma jurídica influências estranhas ao pensamento jurídico, como as relativas à sociologia, à psicologia e à política, para que a maneira de o teórico se voltar ao direito fosse “pura”, ou seja, isenta de preocupações que não pertencessem ao mundo normativo. Tal postura permitiria a verdadeira ciência do direito, pois adequada para a compreensão daquilo que é específico do fenômeno jurídico, sem influência de outras áreas ou da subjetividade daquele que pretende conhecê-lo.

Em seu esforço metodológico, Kelsen caracteriza o direito como sistema de normas, cuja estrutura básica seria “Se F é, então S deve ser”, o que significa: ocorrido um fato, havendo previsão normativa deve acontecer uma consequência jurídica (a qual ele chama genericamente de sanção). Para que tal seja possível, o direito prevê uma cadeia normativa que atribui deveres e a possibilidade de imposição da norma coercitivamente. Sempre possibilidade, porque as ações que interessam ao direito são aquelas previstas em normas aceitas como vinculantes, e a consequência do ilícito (comportamento não conforme ao que foi previsto) depende da ação do agente responsável pelo uso da força. Assim, o direito é conjunto de normas garantido pela coerção institucionalizada pela sociedade de forma a preservar o mínimo de estabilidade

nas relações entre as pessoas².

Com a tentativa de conceber formalmente o direito, buscando suas estruturas elementares e funções, Kelsen intenta criar as condições para o que ele entende ser a verdadeira ciência jurídica, de cunho apenas descritivo. Como os fatos só se tornam juridicamente relevantes quando previstos em norma, a ciência do direito não pode se basear em fatos empíricos, pois, separados os planos do ser e dever ser, de fatos não decorrem normas. Normas são sempre atos de vontade (ainda que identificados difusamente, como as normas costumeiras) que regulam condutas sociais³.

Além de identificar os problemas conceituais e estruturais do mundo normativo, Kelsen precisa buscar o critério definidor da norma como jurídica, ou seja, deve identificar o que faz com que uma norma seja compreendida como pertencente ao mundo do direito. Para ele, a norma é jurídica quando reconhecida como tal, ou seja, quando regula uma conduta de acordo com o conjunto de normas que dizem que ela está dentro do sistema e, portanto, tornam-na exigível, sob pena do uso institucionalizado da força para fazê-la cumprir. Como o uso da força acontece dentro de moldes normativos pré-estabelecidos, o direito deve ser visto como sistema de normas que regulam as condições de sua própria criação e aplicação.

Quer isso dizer que o direito precisa ser um sistema escalonado de normas, no qual o reconhecimento da validade de uma norma depende das condições dadas por outra que lhe é superior (pois regula suas condições de criação, modificação e aplicação). Tal proposta leva ao problema da regressão ao infinito do critério de validade, pois uma norma sempre precisará de outra superior que lhe dê as condições de validade. Kelsen colocará (em definição arbitrária, porque tem como objetivo parar a regressão ao infinito) a constituição como o ponto culminante do ordenamento⁴.

Contudo, não é possível eliminar de imediato a pergunta sobre a validade da constituição. O que faz com que a constituição seja válida, quer dizer, exigível

² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 2. ed São Paulo: Martins Fontes, 1992.

³ KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. 6. ed São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

⁴ KELSEN, 1998a.

juridicamente?⁵ A teoria tradicional da constituição fundamenta sua validade no poder constituinte originário. Mas, como referido, visto fora do âmbito normativo o ato constituinte é fato do mundo social, e de fatos não surgem normas. Dito de outro modo, não há porque obedecer ao poder constituinte se não se assumir que existe norma anterior que diga que ele deve ser obedecido. Frise-se: é preciso pressupor a existência de norma que diga algo como: “o ato de vontade do poder constituinte originário deve ser obedecido”.

Todavia, dessa constatação surgem algumas indagações. Qualquer poder de ruptura institucional pode ser considerado poder constituinte originário? Tal poder precisa ser justo? Como ficam as constituições que não advêm de um poder inicial? Há um direito natural à revolução (à ruptura institucional)? O que fazer quando essa ruptura é injusta? É possível estabelecer critério de justiça que fundamente e dê início ao ordenamento jurídico?

Ora, independentemente da resposta a essas perguntas ou a outras que se possam formular a respeito da justiça ou legitimidade sobre o modelo inicial da ordem jurídica, sempre é possível: identificar quais são as normas que funcionam no sistema; o que é reconhecido como válido (ou seja, como fruto de criação normativa de valor jurídico); e como a ordem jurídica tende a funcionar no caso de violação (seu grau de eficácia). Quer dizer: as condições de existência e funcionamento de um ordenamento jurídico independem das respostas possíveis às perguntas acima formuladas.

Essa constatação leva Kelsen à sua teoria da norma fundamental⁶. O

⁵ Kelsen reconhece que a questão da validade da constituição pode levar a dois problemas. Primeiramente, a regressão da validade de uma constituição pode levar à constituição historicamente anterior, até que se chegue à primeira constituição histórica, aquela que rompe com o sistema institucional anterior (KELSEN, 1998a). O segundo problema diz respeito à relação entre direito interno (que tem na constituição seu fundamento) e o direito internacional. Recusando a posição dualista (Kelsen não admite que existam duas ordens normativas distintas e independentes), o fundador da Escola de Viena entende que a relação entre os dois sistemas pode ser sustentada tanto na perspectiva de supremacia da constituição (o direito internacional só vale se incorporado em conformidade com o direito interno) quanto na da supremacia do direito internacional (preferida por Kelsen porque entendia que, no seu tempo, seria melhor para a garantia da paz). Segundo ele, a escolha entre as duas visões era subjetiva, não uma condição lógica ou cognoscitiva (KELSEN, 1992).

⁶ Para os fins da exposição resumida e introdutória aqui apresentada, usa-se a última versão de Kelsen sobre o tema, presente em sua obra “teoria geral das normas”, em que a norma fundamental é concebida como mera hipótese de raciocínio (KELSEN, Hans. **General theory of norms**. New York: Oxford University Press, 1991).

autor da Escola de Viena pressupõe a existência de uma norma de onde deriva a primeira norma jurídica positiva do sistema do direito e, como tal, é o seu fundamento último de validade. Como norma pressuposta, não pertence ao ordenamento e, portanto, não é norma jurídica, mas hipótese racional para o fim do problema da regressão da validade. É, assim, norma para o cientista do direito poder pensar normativamente o sistema jurídico, não para agir ou derivar qualquer conteúdo^{7 8 9}.

Pode-se dizer que a norma fundamental é o ponto de corte epistemológico de Kelsen. Ela permite pensar o direito em sua estrutura normativa formal, sem precisar recorrer a outras ferramentas teóricas, mas não permite pensar as condições políticas e de valor (morais) de certo ordenamento jurídico. Surge, então, uma das maiores polêmicas com relação à teoria de Kelsen: a retirada do pensamento jurídico das condições de dizer o justo e o legítimo.

Ainda hoje Kelsen é acusado de ter retirado a capacidade e a responsabilidade de a teoria do direito pensar a justiça, esvaziando sua ciência jurídica de ferramentas críticas sobre o conteúdo das normas e do ordenamento como um todo. Apontam-no como culpado de ter deixado o direito de mãos atadas na possível luta contra arbitrariedades e abusos sistemáticos, como os ocorridos no nazismo e os que ocorrem hoje como violação dos direitos humanos; de fazer o jurista (ou, mesmo que apenas o cientista do direito) se ver obrigado a aceitar a norma pela norma, em postura de impossível e falsa neutralidade científica. Mesmo um autor como Luis Alberto Warat, que de modo algum recai em críticas infundadas e rasas sobre a filosofia de Kelsen, acusa o positivismo (jurídico e filosófico) de ser incapaz de compreender a realidade porque não busca as condições de produção e reprodução da vida social, apenas reproduz o dado. Assim, o positivismo não permitiria uma ciência social, pois impede a atitude crítica necessária para o entendimento das causas e razões de certas formas políticas, morais e jurídicas, frutos do poder e da reprodução de sua ideologia¹⁰.

⁷ Kelsen, 1998a.

⁸ Kelsen, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

⁹ Kelsen, 1991.

¹⁰ Warat, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

Desconstruir essa percepção e a ideia que dela decorre, de que haveria “dois Kelsens”: um ligado à teoria pura do direito e outro preocupado com questões políticas, é o intento deste trabalho. Primeiro pretende-se afastar a ideia de que Kelsen preocupa-se apenas com o problema metodológico, sem dar atenção para questões profundas ligadas à teoria política ou da moral. Em segundo lugar, busca-se demonstrar como as concepções kelsenianas sobre a política, principalmente sobre a democracia, estão estritamente vinculadas às convicções filosóficas e metodológicas que o levaram a conceber a teoria pura do direito. Seria possível sustentar que os problemas filosóficos e metodológicos de fundo na teoria de Kelsen são os mesmos que o levam à sua noção de democracia.

Tal aporte é relevante por recuperar a potencialidade atual do corpo teórico produzido por Kelsen, que tem sido tratado como autor importante, mas de mero valor histórico. A presente abordagem permite dar aplicabilidade à teoria pura do direito de Kelsen, bem como ao restante de sua obra, como ferramenta analítica de desconstrução de discursos de justiça com pretensões totalizantes, bem como para identificar produções de discursos jurídicos cujas estruturas servem apenas para mascarar o abuso de autoridade e a subjetividade arbitrária de seus produtores. E, tão ou mais importe, permite a aproximação teórica, em viés pragmático, ao problema do pluralismo e da tolerância.

Para afirmar essa atualidade do modelo teórico kelseniano, apresenta-se o contexto filosófico que leva à pureza metodológica na teoria pura do direito, no intuito de esclarecer o que significa e o motivo dessa postura. A seguir, o texto desenvolve a implicação direta que tais concepções filosóficas têm para o problema da justiça. Por fim, é feita a recuperação de seus textos políticos, a fim de esclarecer a correlação entre o relativismo moral a que chega Kelsen e suas profundas implicações para o pensamento político. A hipótese geral que perpassa o presente trabalho é a de que o relativismo moral típico da filosofia analítica, incorporado pela teoria pura do direito de Kelsen, é condição essencial e necessária para pensar o pluralismo e a democracia hoje.

1. A pureza do método e o problema do conhecimento da moral

É algo corriqueiro nas discussões sobre Kelsen a sua vinculação ao neokantismo do final do século XIX. Sem querer negar tal influência e a incorporação pelo autor em seu modo de pensar – o próprio Kelsen assume tal dívida teórica¹¹ –, é importante indicar como seu aproveitamento de questões trazidas pelo neokantismo está dentro do contexto de transformação da filosofia austríaca no início do século XX. Sua tendência foi o direcionamento das indagações filosóficas para o empirismo e logicismo¹², cujo auge foi o chamado Círculo de Viena¹³.

No manifesto de apresentação do movimento, seus autores sustentam que a descrição científica do mundo é embasada na redução do conhecimento ao empírico e a sua organização lógica, de forma que a atribuição de sentido é se dá pela verificabilidade factual da experiência proposta e pela análise lógica das sentenças descritivas, que devem ser decompostas nos seus elementos mais simples de referência à realidade. O conhecimento deve ser reduzido às estruturas do objeto, não às suas essências. A ciência lida com o que pode ser compartilhado pela experiência humana, não com a vivência particular do sujeito.

Assim, interessa ao conhecimento não a vivência de uma visão, mas o que pode ser reduzido a uma experiência empírica com a possibilidade de ser compartilhada por quem enxerga e por quem é cego. Os participantes do Círculo de Viena entendiam que a clarificação lógica da linguagem livraria o conhecimento de preconceitos inibidores do desenvolvimento da ciência¹⁴.

¹¹ KELSEN, Hans, “Foreword” to the second printing of *Main Problems in the Theory of Public Law*. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litchewski (eds.). **Normativity and norms – critical perspectives on Kelsenian themes**. Oxford: Clarendon Press, 1998c.

¹² KELSEN, Hans, *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política*. In: KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

¹³ O Círculo de Viena foi um movimento de filósofos, matemáticos, físicos e teóricos da ciência que reuniu, em torno da figura de Moritz Schlick, pensadores de várias áreas (desde as citadas até a sociologia, economia e até mesmo o direito) em busca de critérios rigorosos para a produção do conhecimento científico. Dentre as figuras mais famosas do movimento estão o próprio Schlick, Rudolf Carnap, Friedrich Waismann, Hans Hahn e Otto Neurath. As características gerais de suas preocupações intelectuais serão indicadas em seguida. Importa salientar que Friedrich Stadler (STADLER, Friedrich, **El Círculo de Viena**. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2010), ao fazer a história do Círculo de Viena, indica Hans Kelsen como intelectual pertencente ao entorno do movimento e um de seus alunos, Felix Kaufmann, participava ativamente das reuniões do grupo.

¹⁴ HAHN, Hans; NEURATH, Otto; CARNAP, Rudolf. *La concepción científica del mundo: el Círculo de Viena*. **REDES: Revista de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología**, vol. 9, n. 18, Buenos Aires, 2002.

Tal postura epistemológica leva à total recusa da metafísica. Segundo os autores do movimento neoempirista, qualquer proposição que buscasse afirmar algo que não pudesse ser empiricamente verificado seria metafísica, pois não estaria no mundo. Assim, sentenças sobre essências, valores transcendentais e conteúdos necessários do mundo não teriam conteúdo científico e seriam pseudoproposições, ou seja, teriam algum significado gramatical, poderiam expressar um estado mental, mas seriam um sem-sentido lógico ou científico. Isso porque teriam a pretensão de dizer algo sobre o mundo, mas seriam vazias, impossíveis de serem verificadas como verdadeiras ou falsas¹⁵. É bem verdade que expressões sem conteúdo empírico poderiam indicar o que se passa na mente de alguém ou causar algum efeito (que Carnap chama de “representação”) psicológico. Mas ambos os fenômenos deveriam ser descritos empiricamente e seriam efeitos empíricos sobre o sujeito. Tais fenômenos estariam apartados do significado da sentença. Esta, como proposição que lhes deu origem, como pretenderia dizer algo sobre o que acontece no mundo, seria carente de sentido científico¹⁶.

Portanto, só teria sentido científico a proposição que pudesse ser verificada como verdadeira ou falsa. Proposições que não pudessem ser demonstradas empiricamente como verdadeiras ou falsas seriam metafísicas (e deveriam ser eliminadas do corpo do conhecimento sobre o mundo) ou deveriam ser expressões meramente sintáticas, quer dizer, relacionadas com a estrutura formal de formação da linguagem científica (regras de derivação e inferência), sem pretensão de se referir à realidade.

Aqueles que se vinculam à postura filosófica derivada do Círculo de Viena partem do que Quine¹⁷ chamou de “dois dogmas do empirismo”: a divisão kantiana em verdades analíticas – de caráter lógico-formal, sem dependência de conteúdo empírico – e verdades sintéticas – proposições de conteúdo empírico sujeitas à verificação da verdade. Rejeitam, contudo, a existência de verdades

¹⁵ CARNAP, Rudolf. **Philosophy and logical syntax**. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd., 1935.

¹⁶ CARNAP, Rudolf, **Pseudoproblemas na filosofia**. Moritz Schlick; Rudolf Carnap; Karl Popper. 1. ed São Paulo: Abril Cultural (Coleção “Os Pensadores”), 1975.

¹⁷ QUINE, Willard van Orman. Main trends in recent philosophy: two dogmas of empiricism. **The Philosophical Review**, vol. 60, n. 1, 1951.

sintéticas *a priori* – afirmações verdadeiras não meramente formais que permitem acrescentar conteúdo novo ao conhecimento, mas anterior ao contato com o mundo empírico. Assim, haveria apenas proposições formais (lógicas) e proposições sobre a realidade (verdadeiras ou falsas). A ciência deveria estar limitada a esses dois tipos.

Como dito, Kelsen^{18 19} assume sua influência neokantiana, ainda que o faça apenas de passagem. No entanto, o faz apenas na medida em que conceitos do Filósofo de Königsberg permitem produção conhecimento não metafísico, ou seja, rigor na produção da ciência (que Kelsen quer transportar para a ciência do direito), em moldes equivalentes àqueles propugnados pelos empiristas lógicos. O que Kelsen pretende é uma ciência do direito rigorosamente descritiva, que aborde aquilo que é comum ao fenômeno jurídico onde quer que ele ocorra: a norma. Quando se fala em direito fala-se em norma jurídica. Os demais fatores, como composição social, condições históricas, valores éticos compartilhados, estrutura política, entre outros, são elementos variáveis na criação, aplicação e imposição de normas. Por mais que estejam sempre presentes na formação do direito, não o determinam, o que pode ser percebido pela pluralidade de ordenamentos jurídicos²⁰.

O papel da ciência do direito seria apenas descrever as normas válidas de um ordenamento jurídico concreto, que Kelsen denomina de positivo. Assim, sistema jurídico positivo seria o conjunto de normas reconhecidas como obrigatórias com previsão de sanção que possa ser aplicada por órgão institucionalizado da sociedade, dotado do poder de coerção. A avaliação sobre a legitimidade ou a correção valorativa de tal sistema não seria papel da ciência jurídica. Como valores e critérios de legitimidade são percepções subjetivas sobre o como agir, a escolha sobre um deles é decisão que não pode ser controlada racionalmente (não pode ser fruto de uma inferência necessária). Se o papel da ciência é descrever o seu objeto conforme ele se apresenta no

¹⁸ Kelsen, Hans, The pure theory of law, 'Labandism', and neo-Kantism. A letter to Renato Treves. In: Paulson, Stanley L.; Paulson, Bonnie Litchewski (eds.). **Normativity and norms – critical perspectives on Kelsenian themes**. Oxford: Clarendon Press, 1998d.

¹⁹ Kelsen, Hans, Autobiografia. In: Kelsen, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2011.

²⁰ Kelsen, 1998a.

mundo, o cientista do direito não pode tomar essa decisão, que tem caráter criador e prescritivo – é um *dever ser* –, mas deve descrever a estrutura e o conteúdo dados de certa ordem normativa que ele identifica como reguladora das condutas sociais mediante a possibilidade de aplicação de sanção institucionalizada. Colocado de modo mais direto: cabe à ciência do direito a descrição de um ordenamento jurídico válido – sua linguagem, portanto, refere-se ao mundo do ser, porque descreve um dado empírico e suas proposições podem ser verificadas, são verdadeiras ou falsas²¹.

Por mais que essas concepções (que, como visto, se aproximam das preocupações do âmbito de discussões do Círculo de Viena) estejam presentes na Teoria Pura do Direito²², elas também surgem em outros momentos, mesmo naqueles anteriores à teoria pura e nos quais Kelsen se vê às voltas com o neokantismo. Uma das situações em que ele reconhece sua influência kantiana e indica o uso de desenvolvimentos de autores neokantianos está no prefácio à segunda edição de *Problemas capitais da teoria do Estado*, publicado em 1923. Mas explicita que seu objetivo é desenvolver as condições de uma teoria puramente normativa do direito, sem influxos sociológicos ou do direito natural (e Kant era um jusnaturalista). Isso implicaria o reconhecimento da autonomia do sistema do direito, independentemente de percepções ou aceite subjetivo por parte dos sujeitos. Kelsen pretende, assim, eliminar elementos políticos e morais da compreensão do direito. Um dos objetivos da teoria pura do direito como projeto de pesquisa era incluir o direito como ramo respeitado de uma verdadeira pesquisa científica²³.

O Jurista de Viena aceita, por exemplo, a posição de Kant sobre o conhecimento *a priori* (mesmo, inicialmente, a ideia de categorias), mas recusa a proposta neokantiana de que o dever ver moral tenha correspondência com o

²¹ Vernengo (VERNENGO, Roberto José. *Alrededor del problema de la verdad en Kelsen. Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996 p. 85-101) discute em que medida Kelsen assumiu essa concepção de verdade, mostrando como ele trata a complexidade da dogmática sobre o conjunto do conhecimento jurídico. Vernengo também sustenta que Kelsen faz a equivalência da validade como critério de verdade indireta, o que o leva a concluir que a noção final de Kelsen é de verdade por convenção. WARAT, Luis Alberto, *O direito e sua linguagem* (com a colaboração de Leonel Severo Rocha). 2ª versão/2. ed. aumentada, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

²² KELSEN, 1998a.

²³ KELSEN, 1998c.

ser da aceitação da norma na consciência do sujeito. Para ele, a validade da norma independe da sua aceitação na consciência do sujeito²⁴. Não é o valor da norma que forma o direito, mas a sua validade no ordenamento. Kelsen nega a proposta de designar para a moral conteúdos *a priori*, entendendo que isso mostra a fraqueza da teoria moral de Kant. Assim, não haveria conteúdos morais condicionantes do direito. Ele é fruto de decisões sobre como regular condutas. Uma conduta humana pode ser descrita como fato natural ou histórico, ou como o conteúdo previsto em abstrato em uma norma. Como a separação entre ser e dever ser implica que de fatos não surgem normas, a relação entre conduta e valor normativo pode ser estabelecida apenas na comparação do substrato comum entre a linguagem descritiva e a normativa, quando o que está contido na norma é o mesmo que se pode descrever como acontecido^{25 26}.

Fica claro, portanto, que *ser* e *dever ser* são formas do pensamento que permitem atribuir sentidos distintos a fatos e normas, mas que não se confundem. Se não se misturam e a separação é absoluta, não há que se falar em conteúdos éticos presentes no mundo como necessidades a serem buscadas e que condicionam as valorações positivas ou negativas dos fatos²⁷. Kelsen rejeita completamente tanto a tentativa kantiana quanto a neokantiana de relacionar valores como condições *a priori* do conteúdo das condutas humanas. Ele está muito mais próximo da ideia de Wittgenstein²⁸ de que a ética não está no mundo, e aceita completamente o posicionamento neoempirista de que os valores são percepções subjetivas, enquanto condutas são fatos objetivos. Essa postura faz com que o modelo da teoria pura do direito sofra sérias restrições no meio jurídico, acusada de ser uma “teoria logicista do direito positivo”, alheia a questões de valores²⁹.

²⁴ Entendimento que se aproxima da ideia de Carnap (1975) segundo a qual um valor é um fato psicológico que ocorre na mente do sujeito cognoscente, mas não pertence ao objeto do mundo ao qual ele o vincula.

²⁵ A relação entre norma e fato como comparação de um substrato linguístico comum será recuperada por Kelsen na sua obra póstuma: Teoria Geral das Normas (1991), que ele chamará de substrato modalmente indiferente. LACLAU, Martín. El influjo neokantiano en el pensamiento de Kelsen. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

²⁶ É importante notar que Laclau assume Kelsen como autor dependente dos conceitos da filosofia kantiana.

²⁷ LACLAU, 1996.

²⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. 2. ed. São Paulo, Edusp, 1994.

²⁹ KELSEN, 1998d.

Em carta endereçada a Renato Treves, datada de 3 de agosto de 1933, Kelsen³⁰ também reconhece o recurso à filosofia transcendental de Kant, mas critica Herman Cohen (conhecido neokantiano) por não ter se desvencilhado de conteúdos materialmente determinados *a priori* no campo da moral. O remetente buscava um modelo de categorias puramente formais de validade *a priori*. Kelsen diz que isso levaria ao relativismo ético, algo que Cohen, bem como Kant, não admitiriam. Assim, assume a superação da metafísica proposta por Kant no que tange ao problema do conhecimento da natureza, mas afirma que o Filósofo de Königsberg permanece metafísico no campo das teorias da moral, do estado e do direito. Kelsen indica um programa de superação da metafísica. Também afirma que sua concepção de dever ser como vontade jurídica e não psicológica segue a ideia de distinguir logicismo de psicologismo, como defendido por Husserl nas suas “Investigações lógicas”.

Reconhecendo essa recusa dos aspectos morais provenientes das teorias apoiadas em Kant, principalmente a de Hermann Cohen, Ulises Schmill³¹ indica como a preocupação da pureza metodológica de Kelsen se volta para as condições lógicas do conhecimento, não para condições materiais. Segundo Schmill, para Cohen a filosofia kantiana não permitiria a relativização da ética, enquanto Kelsen não aceita o uso da filosofia moral no campo do direito, reduzindo a ciência do direito às condições formais do estudo do direito positivo. A consequência é que Kelsen aceita a relatividade da ética. De acordo com Schmill, o autor da Escola de Viena rechaça a possibilidade de fundamentar universalmente a condição ética do ser humano e não aceita a existência de tendências universais que possam ser identificadas para o conceito filosófico de “homem”. A radicalidade da separação entre ser e dever ser assumida por Kelsen impede que se encontre um dever ser universal para o conceito ético universal de ser humano³².

Schmill entende que, para Kelsen, a ciência (incluída a filosofia) só pode ser explicativa e descritiva, nunca normativa. Não é dado derivar do ser qualquer

³⁰ Kelsen, 1998d.

³¹ Schmill, Ulises. Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen. **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**, n. 26, 2003.

³² Com relação a isso, no diálogo simulado por Schmill entre Kelsen e Cohen a referência à separação radical é a Hume, não a Kant.

dever ser como conduta humana necessária, e os juízos sobre o dever ser humano, que seria objeto da ética, são puramente subjetivos, sem qualquer condição de validade normativa. Isso leva à recusa de Kelsen de que haja qualquer conhecimento ou ciência sobre o que pode ser bom ou justo objetivamente. O autor confirma que para Kelsen os valores são irracionais e que seu resultado relativista tem caráter democrático, porque o reconhecimento da diversidade leva ao reconhecimento da tolerância e à proteção de minorias. O uso que Kelsen faz de Kant refere-se à ideia de razão pura, a partir da qual a função da filosofia seria criar os conceitos necessários para a totalidade de uma ciência, a qual, por sua vez, tratará do seu objeto próprio. Assim, a teoria pura do direito seria a condição filosófica de elaboração da ciência jurídica, que, de sua parte, descreve o direito positivo. Para Schmill, Kelsen recusaria a possibilidade de um sistema para todas as ciências, numa síntese geradora de unidade com base em um único modelo filosófico, de modo que, segundo ele, o jurista vienense assumiria a filosofia transcendental de Kant como empirismo radical.

Tal posicionamento de Kelsen com relação às propostas kantianas e neokantianas leva Stanley Paulson³³ a classificar os escritos de Kelsen do período de 1920 a 1960 como “neokantiano com aportes analíticos”³⁴. Segundo esse autor, nessa fase, a mais longa, Kelsen tenta fundamentar a ciência do direito a partir de uma filosofia transcendental, dependente de Kant e de autores neokantianos. Paulson entende que a filosofia jurídica de Kelsen traz uma tese semântica não reducionista, pois não reduz o direito a fatos empíricos, mas parte da separação entre mundo empírico e normativo, caracterizando o direito como pertencente a este último. Normas seriam razões para seres humanos agirem e identificarem suas condutas como apropriadas ou inapropriadas. A tese da normatividade é uma tese sobre as obrigações dos sujeitos. Contudo, Paulson aponta que a tese da normatividade do direito em Kelsen é mais fraca, no sentido

³³ PAULSON, Stanley L. La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido immanente. Hans Kelsen como neokantiano. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, 2003.

³⁴ Stanley Paulson (2003) divide a evolução do pensamento de Kelsen em 3 fases: construtivismo (1911-1920); neokantismo com aportes analíticos (1920-1960); ceticismo (1960 até sua morte, em 1973).

de que a norma é um esquema de pensamento que é um “conteúdo objetivo de sentido”³⁵. Para Paulson, o ponto principal da tese normativa de Kelsen não está na diferença entre ser e dever ser no sentido separar o direito positivo (o direito que é) do direito ideal (o direito que deve ser – objeto da tese que vincula direito e moral), mas na separação entre ser e dever ser no que tange à diferença entre fato e valor.

Pode-se dizer, portanto, que não há que contestar a dívida que Kelsen tem com Kant e os neokantianos. Porém, não é correto afirmar que o jurista vienense seria um neokantiano estritamente falando, no sentido de apenas ter tentado desenvolver os conceitos da filosofia transcendental para o direito. Kelsen buscou no neokantismo conceitos e modelos que pudessem auxiliá-lo a desenvolver uma teoria pura, livre de preconceções e de elementos que influenciassem o conhecimento daquilo que ele considerava as características básicas do direito: inter-relação de normas válidas dotadas de coercitividade institucional.

Como identificado com precisão por Stanley Paulson, a separação radical entre ser e dever ser no positivismo jurídico de Kelsen não diz com a diferença entre o direito que existe e o direito ideal. Ela é tratada como condição epistemológica: fatos e valores pertencem a universos de conhecimento distintos e a ciência lida tão-somente com os primeiros. Duas coisas precisam ser bem compreendidas, então: a função da ciência de apenas descrever como as coisas são e a relatividade dos valores, meras avaliações subjetivas sobre os fatos.

2. A ciência do direito e a impossibilidade de conhecer a justiça

A separação epistemológica radical entre *ser* e *dever ser*, ao mesmo tempo em que leva Kelsen a negar o jusnaturalismo de matiz kantiana, permite-lhe diferenciar as ciências causais das ciências normativas³⁶. O jurista da Escola de Viena assume a postura cientificista de sua época e sustenta que o mundo do ser é formado por relações de causa e efeito que, uma vez existentes, são

³⁵ PAULSON, 2003, p. 550.

³⁶ KELSEN, 1998a.

necessárias. Portanto, independem da vontade humana. Àquele que pretende conhecer como as coisas são no mundo cabe apenas identificar e descrever as relações de causa e efeito que determinam os fatos, em cadeias que ocorrem ao infinito³⁷. Essas descrições causais recebem o nome, nas ciências ditas naturais, de “leis”³⁸, mas são apenas estruturas descritivas de causas e consequências necessárias, independentes da vontade humana.

O jurista vienense estende esse conceito descritivista de ciência a todas as esferas do conhecimento. Para ele, todos os que pretendem conhecer a realidade devem apenas descrevê-la e traçar relações de causa e efeito, buscando quais fatos levaram a certas consequências. Tal caracterização da função do conhecimento é aplicada inclusive às ciências sociais, que deveriam descrever fatos sociais.

A restrição do processo de conhecimento à descrição decorre da ideia de que descrever implica não atribuir valor (ao menos não voluntariamente) aos fatos que são elencados como objetos de uma ciência particular. A descrição permitiria ao cientista aproximar-se do mundo como ele é, sem confundi-lo com o que o cientista gostaria que fosse.

A função da ciência, então, passa a ser a de apenas dizer como as coisas se dão no mundo, e a da filosofia identificar as condições de aproximação do mundo. Enquanto ciência é identificação de relações de causa e efeito por meio de proposições que possam ser identificadas como verdadeiras ou falsas, a filosofia reduz-se à epistemologia e à lógica do uso correto da linguagem para não gerar má-compreensões na atividade científica.

Carnap³⁹ dá o exemplo simples de como o uso do signo “rosa” pode causar confusões filosóficas derivadas da má compreensão do uso adequado da linguagem na ciência. Se alguém diz “a rosa é uma coisa”, dá a impressão de querer dizer algo profundo sobre o ser da rosa, abrindo margem a indagações em torno da “essência” da rosa, ou sobre o que é ser rosa. No entanto, “a rosa

³⁷ Kelsen recusa a ideia de que seja necessário um princípio primeiro que fundamente o início das relações causais do universo.

³⁸ Tal designação seria, segundo Kelsen (1992), resquício da visão pré-científica do mundo em que, pela falta da separação nítida entre o mundo do *ser* e do *dever ser*, atribuíam-se certa “vontade” à natureza de regular o mundo.

³⁹ CARNAP, 1935.

é uma coisa” não é uma expressão que possa ser verdadeira ou falsa, que descreve alguma realidade do mundo, mas sim expressão com função sintática, ou seja, a respeito da função do signo “rosa” na sentença. No caso, a afirmação apenas diz que “rosa” é um signo que se usa para designar um objeto, que “rosa” tem função sintática de substantivo. O que está em jogo não é a essência da rosa, mas seu uso na linguagem.

Segundo Carnap, existiriam usos da linguagem que teriam caráter meramente lógico-sintático (cujos conteúdos seriam analíticos, na terminologia kantiana) e usos com função semântica, designativos de fatos ocorridos empiricamente, independentes da vontade humana (as proposições teriam de ter seus valores de verdade – afirmação de seus conteúdos como verdadeiros ou falsos – verificados, tendo, portanto, conteúdo sintético⁴⁰).

O conhecimento se daria pela apreensão⁴¹ e descrição dos conteúdos empíricos, que deveriam ser posteriormente verificados. Assim, proposições simples descreveriam fatos simples e o sistema científico se formaria pela composição desses fatos simples em correlações linguísticas complexas, formando fatos complexos, que nada mais seriam que relações de fatos simples⁴². A descrição dos fatos, apreendidos imediatamente pelos sentidos, seria conjugada com outros fatos, formando a descrição da complexidade do mundo. Sempre que uma descrição se mostrasse falsa, deveria ser eliminada do

⁴⁰ Os empiristas lógicos negavam a possibilidade de conhecimento sintético *a priori*.

⁴¹ Inicialmente a discussão sobre o conhecimento no âmbito do Círculo de Viena se deu com base na questão dos “protocolos”, proposições simples que deveriam ser expressões da apreensão imediata da realidade pelo cientista, e, como tais, seriam sempre verdadeiras (SCHLICK, Moritz, O fundamento do conhecimento. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schilick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção os Pensadores), 1988a). Sabendo da dificuldade de tal assertiva, Schlick (SCHLICK, Moritz. Sentido e verificação. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schilick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção os Pensadores), 1988b.) assume que haveria diferença entre a apreensão imediata e a transmissão do conteúdo para a linguagem expressa como sujeito cognoscente, sujeita a falhas e, portanto, carente de verificação. Neurath (NEURATH, Otto. Propositiones protocolares. In: **AYER, A. J. El positivismo lógico**. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1965) busca demonstrar como não são possíveis a aproximação e a apreensão do mundo sem a mediação da linguagem, defendendo a existência de expressões irreduzíveis da linguagem comum que não podem ser corrigidas para descrever o mundo, de modo que tal apreensão imediata e verdadeira é impossível. Carnap (1988) assume a crítica de Neurath e passa a tratar os protocolos como proposições de base da ciência, mas com caráter de hipóteses.

⁴² Wittgenstein (1994) foi dos primeiros a fazer essa relação entre proposição e fato simples, tratando a descrição dos fatos complexos como conjunções de proposições simples possibilitadas pela lógica da linguagem.

sistema.

Assim, ao lidar apenas com descrição de fatos, a linguagem científica, a única capaz de dar conhecimento da realidade, só poderia lidar com relações de causa e efeito. Todo o resto estaria fora do âmbito do conhecimento e, nesse contexto, seria nonsense a ser evitado. Nessa linha, qualquer expressão que pretendesse falar sobre algo no mundo sem que pudesse passar pelo teste de verificabilidade seria um “sem-sentido teórico”^{43 44}. Tal teste é fundamental porque permite o controle do conhecimento. Se uma proposição é empiricamente verificável, deve existir a possibilidade lógica de colocá-la a teste para saber se o que se diz é verdadeiro ou falso. O que não tem a possibilidade de ser testado não serve como descrição do mundo (não pode ser caracterizado como verdadeiro ou falso). São afirmações que não podem ser controladas empiricamente, portanto não se referem ao mundo.

Assim é que Carnap⁴⁵ diferencia os conteúdos fatuais dos enunciados e o que ele designa como “representações acompanhantes”. Conteúdo fatural está presente em afirmações que podem ser verdadeiras ou falsas, porque podem ser testadas. As representações são os demais conteúdos que não têm conteúdo fatural, mas acabam, na linguagem comum, surgindo como se fossem componentes dos objetos designados. Adaptando-se um exemplo dado pelo autor, dizer “o banco é pequeno” é um enunciado fatural sobre um objeto, que pode ser verificado. Mas dizer “esse banco pequeno me causa felicidade” já não é um enunciado teórico a respeito do banco, é apenas a vinculação de uma representação mental do sujeito cognoscente que acompanha sua apreensão do objeto. Assim, com relação ao banco, a vinculação da “felicidade” como uma de suas características, é um sem sentido teórico. A representação da felicidade não é um fato do mundo que se pretendeu descrever, mas representação psicológica do sujeito, que poderia ser analisada pela psicologia, mas não como conteúdo empírico da parte da realidade descrita.

Por esse caminho é fácil ver o porquê de valores não fazerem parte da

⁴³ CARNAP, 1935.

⁴⁴ CARNAP, Rudolf, Testabilidade e significado. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schilick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção os Pensadores), 1988.

⁴⁵ CARNAP, 1975.

epistemologia do neopositivismo lógico. Eles pertencem ao sujeito e não influenciam em como as coisas são, mas na percepção dos sujeitos sobre as coisas. As relações de causa e efeito são produtos da natureza e não dependem da avaliação ou da subjetividade dos sujeitos. Aparece com força a ideia de que a ética não está no mundo⁴⁶. Segundo Wittgenstein⁴⁷, um sujeito que conseguisse sair do mundo e observá-lo de fora veria apenas fatos e relações de objetos. Os valores, por mais que sejam importantes para os sujeitos, não têm conteúdo fatural, não como parte da relação entre objetos do mundo.

O problema da ética é que ela seria vista como necessária, condição do mundo e, portanto, sempre verdadeira. Mas, segundo Wittgenstein (na sua primeira fase), a linguagem só pode abarcar, como ferramenta de conhecimento, aquilo que é factual, que pode ser enunciado como verdadeiro ou falso. Os únicos tipos de expressões totalizantes ou completamente vazias possíveis para representar o conhecimento são de caráter meramente formal, ou seja, lógico: tautologia (sempre verdadeira) ou contradição (sempre falsa).

A afirmação de valores no mundo é problemática porque ou os valores estão lá como conteúdo necessário (ontologia) ou estão num plano superior a condicionar a realidade (metafísica). Nos dois casos, ou os valores existem e regem a realidade, ou não fazem sentido teórico. Afirmar sobre valores éticos são afirmações sobre conteúdos necessários no mundo, não descrições que possam ser verdadeiras ou falsas. Não é possível demonstrar valores necessários na realidade. Logo, eles pertencem ao sujeito e, por isso, são subjetivos. O bem e o mal pertencem à percepção daquele que os atribui aos fatos. Não podendo ser testados, não têm sentido teórico que ajude na apreensão da realidade. Por isso é que a ética, como filosofia de conteúdos valorativos necessários, não tem sentido teórico e não acrescenta conhecimento sobre a realidade.

Seguindo exatamente essas preocupações filosóficas, Kelsen precisa superar a dificuldade da determinação do universo normativo como objeto

⁴⁶ WITTGENSTEIN, 1994.

⁴⁷ WITTGENSTEIN, 1994.

possível de uma ciência própria e rigorosa⁴⁸. Como visto, Carnap⁴⁹ entende normas como fatos psicológicos que se passam na mente de um sujeito concreto a respeito da sua vontade no que concerne a certas condutas. Nesse sentido, seriam objeto da psicologia. Mas essa redução do fenômeno normativo não explica a produção de normas coletivas, nem o comportamento segundo normas e nem mesmo sua existência independente e desvinculada do momento de sua expressão subjetiva.

Na medida em que os positivistas assumem a separação radical entre ser e dever ser, o modelo da filosofia logicista do Círculo de Viena só poderia levar a dois caminhos distintos. O primeiro deles seria tratar as normas como expressões psicológicas de desejo sobre como as pessoas querem que outras se comportem e que podem ou não influenciar tais comportamentos, numa relação de causa e efeito. O segundo seria reduzir a análise ao processo de decisão, transformando este no único fato concreto que pode ser analisado como o conteúdo normativo existente, podendo ser descrito como verdadeiro ou falso⁵⁰.

Kelsen⁵¹ percebe que esse posicionamento restrito com relação à norma como fato psicológico impede a sua compreensão como uma estrutura linguística com significado próprio⁵². Uma norma não expressa apenas a vontade (fato psicológico) do sujeito que a enuncia, ela expressa uma conduta a ser seguida, muitas vezes até de forma independente da vontade fática de seu criador. Entender a norma como ordem derivada de uma vontade individual não

⁴⁸ Em Simon (SIMON, Henrique Smidt, *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006) a relação entre o conceito de ciência do Círculo de Viena com a noção de teoria pura do direito em Kelsen está mais desenvolvida. Já em Simon (SIMON, Henrique Smidt, **Epistemologia e limites da racionalidade jurídica**: um estudo da teoria da proporcionalidade. Curitiba: CRV, 2013) é feita a relação entre os modelos epistemológicos do neopositivismo, do falsificacionismo e da teoria dos paradigmas e o positivismo jurídico.

⁴⁹ CARNAP, 1935.

⁵⁰ Esse foi o caminho adotado em Alf Ross (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2000). Ver a discussão feita em Simon (2013).

⁵¹ KELSEN, 1998^a.

⁵² Em “sobre o sentido e a referência”, Frege (FREGE, Gotlob, *Sobre o sentido e a referência*. In: FREGE, Gotlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. São Paulo: Cultrix/Edusp, 1978), tratando da relação entre a proposição e o mundo, indica que um signo pode ter sentido (seu significado, o que o torna compreensível) e referência (aquilo a que ele corresponde, seu conteúdo). Enquanto para a ciência uma proposição tem como referência um fato, diz Frege, um comando tem como referência a ordem (o valor deôntico) a ser realizada.

explica porque elas são recebidas como obrigatórias em diversas circunstâncias, mesmo na impossibilidade de identificação da vontade do seu enunciador ou mesmo na impossibilidade de identificar o próprio criador da norma.

Segundo Kelsen, a norma tem existência própria, independente do ato de vontade que a cria. Toda vida social é regida por normas e é possível identificar o conjunto de normas que rege as relações entre indivíduos numa sociedade, ou seja, a sua ordem jurídica. Esse conjunto normativo que regula de fato a vida em sociedade é o seu direito positivo. Positivo porque pode ser reconhecido como obrigatório e aplicado. Portanto, é possível descrever as normas de um contexto social e, nesse sentido, é possível uma ciência do direito, um conhecimento descritivo de normas que regem comportamentos sociais e são encaradas como obrigatórias, porque socialmente e institucionalmente exigíveis. Nessa linha, seria viável uma ciência que descreva normas como objeto do conhecimento e não os fatos em decorrência das normas (objeto da sociologia) ou a vontade de quem cria ou impõe a norma (objeto da psicologia).

A diferença estaria em que, como fato psicológico, o comando da norma é reconhecido como devido apenas por quem o enuncia (sentido subjetivo da norma). O comando só pode ser norma jurídica quando o seu destinatário o recebe não como sendo forçado pela subjetividade de quem ordena, mas como submetido a certa situação em que quem comanda está em posição de fazê-lo, em razão de outras circunstâncias que o autorizam a isso⁵³. Kelsen, então, precisa indicar um critério de existência objetiva da norma, que ele encontrará no conceito de validade.

Para o jurista de Viena, uma norma é válida se ela se torna exigível e tem um mínimo de eficácia. O mínimo de eficácia é importante, pois a norma que nunca é aplicada não regula condutas, função para a qual existe. No entanto, a eficácia sozinha não permite diferenciar um comando subjetivo do reconhecimento de uma obrigação que independe da vontade subjetiva e que é anterior à ameaça do uso da força. Uma norma é válida, segundo Kelsen, se está de acordo com outra norma que permita a sua existência e exigibilidade.

⁵³ KELSEN, Hans Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. In: KELSEN, Hans; COSSIO, Carlos. **Problemas escogidos de la teoría pura del derecho**. Teoría egológica e teoría pura. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda, 1952.

Dessa forma, o critério de validade só pode ser o reconhecimento de que o ordenamento jurídico é estrutura escalonada de normas organizadas hierarquicamente. Uma norma concreta é válida se está de acordo com uma norma anterior que condiciona sua elaboração e o reconhecimento de sua existência. Se ela condiciona a primeira norma, então tem que ser considerada superior. Essa norma autorizativa, contudo, deve estar de acordo com outra norma que exerça a mesma função.

Aqui Kelsen se vê diante do problema da redução ao infinito da validade da norma. Um comando, para ser exigível, precisa ser suportado por uma norma superior, de forma que a cadeia de validade não poderia ser reduzida. O jurista de Viena reconhece que diante de um ordenamento jurídico positivo sempre deve haver algum conjunto de normas aceito como aquele que condiciona todos os demais. Tal conjunto normativo seria a noção de constituição, por isso ela funciona como a norma fundamental (que dá fundamento) do sistema jurídico.

Kelsen ainda se vê diante de uma questão de caráter epistemológico: o que dá o aspecto normativo dessa norma, base de todo o ordenamento? Sabendo que a redução ao infinito seria um vício no raciocínio, ele explica que, pragmaticamente, todo conjunto normativo precisa da pressuposição de que ele é válido. Assim, os cristãos precisam pressupor que devem obedecer ao Evangelho de Jesus Cristo. Ora, como os ordenamentos são múltiplos em tipos e em conteúdos, é possível pressupor uma norma de fundamento universal que diga algo como: “a coação de um indivíduo por outro deve ser praticada pela forma e sob os pressupostos fixados pela primeira Constituição histórica”⁵⁴. Vê-se que é enunciado vazio de conteúdo, porque se aplica a qualquer sistema normativo que tenha mínimo grau de eficácia. Pressuposto tal enunciado normativo, que não pertence ao mundo jurídico, mas é condição racional para compreender normativamente qualquer ordenamento⁵⁵, é possível estabelecer a diferença entre normas válidas e simples atos de comando que se expressam

⁵⁴ Kelsen, 1998a, p. 56.

⁵⁵ Na “Teoria pura do direito”, Kelsen (1998a) entende que a norma fundamental é condição lógico-transcendental do conhecimento jurídico numa forma meramente normativa – Kelsen repete tal compreensão em “O problema da justiça” (1998b). Já na “Teoria geral das normas” Kelsen (1991) admite que a norma fundamental é mera hipótese arbitrária para raciocinar normativamente.

como sentidos normativos de caráter apenas subjetivo.

Estabelecido o critério de validade, fica determinada a condição de existência da norma. A norma válida é aquela que existe no ordenamento e, portanto, pode ser exigida. Se pode ser exigida, pode ser identificada e, assim, pode ser descrita por quem a reconheça, independentemente de pretender a sua aplicação ou de com ela concordar. Podendo ser descrita como válida e no seu conteúdo regulador, a norma jurídica pode ser o objeto próprio de uma ciência que se propõe a descrevê-la no conjunto com outras normas válidas que com ela se relacionam e estabelecem as possibilidades de condutas institucionalmente reguladas. É possível, portanto, uma ciência jurídica estritamente normativa, desvinculada: a) dos fatos que influenciam a criação das normas e seus conteúdos (objetos da sociologia ou da antropologia); b) da subjetividade de quem as enuncia (objeto da psicologia); c) ou das condições de poder na tomada de decisão e imposição das normas e seus conteúdos (objetos da ciência política). Daí a pureza metodológica: Kelsen quer uma teoria pura do direito e não uma teoria do direito puro. Esses elementos estão presentes e fazem parte da norma, mas a ciência do direito precisa de critérios próprios para a sua abordagem.

Por conseguinte, a tarefa da ciência do direito em sentido estrito é identificar e descrever estruturas de comando em suas relações com outras estruturas de comando reconhecidas como coordenadoras das diversas ações sociais (ou seja, outras normas válidas)⁵⁶. Ora, uma estrutura de comando é um ato de vontade (concreto ou presumido, como no caso dos costumes) reconhecido pelo destinatário como obrigação que pode ser imposta por alguma força social institucionalizada. Em outras palavras, o objeto da ciência do direito é uma estrutura linguística de dever ser que regula um valor deôntico (obrigação, proibição ou permissão). Assim, a norma é tipo de enunciado que relaciona um

⁵⁶ A norma válida seria aquela que regula condutas com algum grau de eficácia e está em relação com outras normas dentro dos critérios de produção e aplicação institucionalizados na vida social. Não precisa ser norma escrita e não se reduz à norma dada pelo estado. Toda sociedade tem direito positivo, porque tem um sistema de normas válidas. O estado é uma possibilidade de organização política de uma sociedade e, como tal, tem que se exprimir por meio do direito. Assim é que se pode dizer que não há estado sem direito, mas pode haver direito sem estado (KELSEN, 1992).

fato a uma consequência determinada para regular uma conduta, que será proibida, obrigatória ou permitida⁵⁷. Nessa lógica, toda norma jurídica tem a seguinte estrutura: Se A é, então B deve ser, e esse *dever ser* pode ser proibição, obrigação ou permissão de fazer (agir ou se omitir). O que a ciência do direito deve fazer é identificar e relacionar as formas de expressão do *dever ser* com as condutas previstas em abstrato determinando as funções deônticas que exercem.

Estabelecida a norma como objeto próprio da ciência do direito e sua condição de existência independente de qualquer outro critério que não seja normativo (a validade), é possível ao observador descrever as normas e as relações que elas estabelecem na vida social que pretendem regular, formando o ordenamento jurídico positivo de determinada sociedade. Essa observação será a descrição de tal estrutura normativa e de combinações de normas e, dessa forma, poderá ser verdadeira ou falsa. Como a descrição daquilo que existe independe da subjetividade do cientista, é função do cientista do direito não imprimir, na análise das normas, sua percepção sobre se seu conteúdo é bom ou ruim, justo ou injusto. A norma, como objeto independente de sua vontade, não pode ficar condicionada à subjetividade do agente cognoscente. Até porque, caso o jurista pretenda atribuir conteúdo valorativo que não esteja presente no seu objeto de descrição, sua proposição será falsa.

Kelsen consegue, portanto, criar uma estrutura de pensamento voltada

⁵⁷ Essas funções deônticas são intercambiáveis, porque sempre que o sujeito está numa posição há algum tipo de obrigação estabelecida. Assim é que, por exemplo, se alguém tem uma permissão, os demais são obrigados a não impedi-lo. Ou se alguém é proibido de fazer algo, isso significa que está obrigado a não praticar a ação. É por essa razão que Bobbio (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. revista, Bauru: EDIPRO, 2005) faz sua análise das possibilidades de regulação de conduta com base no conceito de obrigação. Essa descrição das possibilidades e relações formais das funções normativas é essencial para a compreensão do direito, porque o raciocínio e a decisão jurídicos sempre pretendem identificar, para um caso concreto, qual a função deôntica envolvida: se a conduta é permitida, proibida ou obrigatória. A atual teoria do direito, para incrementar a capacidade de raciocínio jurídico no processo de decisão, tem admitido o sistema do direito como sistema aberto ou cujas normas não estão todas expostas ou que, apesar de expostas, direcionam um conteúdo, sem especificar condutas em abstrato. Nessa linha, a teoria do direito tem admitido os chamados princípios jurídicos: normas exigíveis que não regulam condutas em abstrato (característica das regras), mas permitem estabelecer, no caso concreto, qual função deôntica regula a ação, permitindo que o aplicador sempre possa recorrer à racionalidade normativa de decisão que condiciona sua atividade cognitiva. Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) desenvolve toda a sua teoria dos direitos fundamentais a partir dessas bases formais da estrutura e função da norma jurídica.

para descrição de normas válidas que cumpre todos os requisitos do que é considerado como ciência rigorosa para os empiristas lógicos: conteúdo proposicional verificável, redução do conhecimento à descrição da realidade independente do sujeito, controle formal das possibilidades de inferência. A definição de ciência de Kelsen está vinculada às concepções da filosofia analítica baseadas na lógica da linguagem⁵⁸.

Vê-se, todavia, que, ao transformar o papel da ciência do direito em atividade de descrição de normas, Kelsen retira do jurista a possibilidade de pensar conteúdos jurídicos e, conseqüentemente, a justiça. No entanto, isso é absolutamente coerente com a perspectiva do neopositivismo lógico. Assumindo a separação radical entre ser e dever ser, o jurista de Viena sabe que de fatos não surgem normas e, dessarte, não é porque algo se repete que se torna algum tipo de obrigação.

Um ato de vontade só se converte em norma porque já há um conjunto normativo em funcionamento que permite a tal ato ser interpretado como regulador de condutas. Assim, Kelsen vai além dos neopositivistas e demonstra que é possível uma ciência puramente normativa. Já foi visto que os conteúdos valorativos não estão no mundo, são atribuições de valor que o sujeito aplica para avaliar os fatos conforme suas percepções. Ora, uma norma pode conter o conteúdo de vontade expresso pelo sujeito criador ou aplicador, mas a obrigatoriedade decorre da validade formal, não do conteúdo escolhido. Isso porque não é da vontade que deriva a obrigação, mas do seu reconhecimento no contexto normativo.

A relação do dever com a conduta, não com os fatos ou com o valor, é bem identificada em conversa reportada de Wittgenstein⁵⁹ sobre o assunto. Segundo ele, um dever não se refere ao mundo, mas a uma conduta que se espera seja seguida. A maneira de tentar garanti-la é estabelecendo uma consequência, porque o valor moral não gera qualquer adesão por si só ou garante a conduta. Não é possível fundamentar a moral de forma a transformá-la em algo compulsório ou necessário.

⁵⁸ SIMON, 2006; 2013.

⁵⁹ WAISMANN, Friedrich. **Ludwig Wittgenstein y el Círculo de Viena**. Ed. B. F. McGuinness. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

Tal compreensão da moral tem as mesmas consequências que aquelas tiradas pelos autores do Círculo de Viena. Para Carnap⁶⁰, as afirmações da ética são pseudoproposições que, na verdade, indicam a vontade de determinar uma conduta. Assim, dizer que “matar é mal”, não mais é do que dizer “não se deve matar”, ou “dar esmolas é bom” significa, na verdade, “deve-se dar esmolas”. Em casos como esses, o que se vê é a pretensão de determinar condutas, e a forma gramatical baseada na cópula “é” torna-se enganosa, porque parece indicar característica que pode ser verificada ou relação de definição, mas é apenas a manifestação de ato de vontade⁶¹.

Kelsen⁶² entende a atitude de dar normas (legislação em sentido amplo) como função do querer, não do conhecer. A função cognoscitiva do ser humano (a razão) seria a apreensão da realidade, que para ele está no mundo do ser. As normas pertencem ao querer porque pretendem estabelecer o que deve ser. Vê-se como Kelsen está claramente atrelado ao conceito de razão e ciência do neopositivismo, pois nega qualquer conhecimento *a priori* e estabelece como função da ciência a descrição de como as coisas são e como se dão relações de causalidade entre fenômenos ou entre objetos que podem ser descritos⁶³.

⁶⁰ CARNAP, 1935.

⁶¹ É importante notar que os neopositivistas insistem na diferença entre a estrutura gramatical – que pode ser enganadora do sentido – e estrutura lógico-sintática, ou seja, a função que cada signo exerce na linguagem, lição essa que Kelsen segue à risca. Por exemplo, fazendo a diferença entre ciência e política, Kelsen (KELSEN, Hans, *Ciência e política*. In: KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001c) assume que fazem parte da ciência proposições que relacionem meio e fim, pois indicam relação de causalidade (a proposição descreve como o meio ocasiona o fim). Porém, não pode ser função da ciência determinar o fim, pois ele é um valor. Ainda que a proposição esteja na estrutura descritiva (“o objetivo ou o fim do ser humano é tal e qual”), a proposição, na verdade, nada mais faz que travestir de fato a pressuposição de uma norma (“deve-se atingir tal e qual fim”), o que não é descrição, mas prescrição na forma gramatical descritiva.

⁶² KELSEN, 1998b.

⁶³ Até mesmo o critério de verificabilidade surge como essencial no conceito de ciência de Kelsen. Para ele, a validade é a existência da norma (uma norma inválida é nula, portanto, inexigível e inexistente por consequência). Assim, as normas válidas são os objetos a serem descritos pela linguagem científica do direito, de modo que as normas existem por razões próprias, independentes das vontades ou perspectivas do cientista do direito. Assim, se o cientista descreve relações deonticas que não estão presentes no ordenamento a que se refere, suas afirmações são falsas, o que pode ser controlado por seus colegas. Kelsen mantém, para o mundo normativo, a relação entre enunciado descritivo e fato ou realidade empírica como definição de “verdade”, típico dos positivistas lógicos (KELSEN, 1998a). Essa discussão já havia aparecido em outro texto, em que o jurista de Viena discute a diferença entre ciência e política (KELSEN, 2001c). Lá ele afirma que a ciência não deve interferir nos valores ou nas condições de determinação da ordem social. Essas são decisões sobre valores (de caráter subjetivo, preferências sobre o bom e o mau), enquanto a ciência lida com a descrição dos fatos, suas

No modelo kelseniano, esse ato de vontade ganha caráter de obrigação se outra norma que funcione no sistema o regule. Para que haja um dever, é necessário que haja alguma autoridade reconhecida que o imponha (a norma que diz que tal autoridade seja obedecida deve poder ser identificada por quem esteja na situação de observador). A imposição só fará sentido caso haja a possibilidade de coação (a norma só regula condutas que podem ser realizadas em sentido oposto ao que pretende, não há sentido em regular conduta necessária ou impossível – essa conduta não poderia ser avaliada como boa ou má). Autoridades distintas estabelecerão conteúdos distintos. Para que os valores fossem os mesmos seria necessária a existência de autoridade transcendental que regulasse igualmente toda a humanidade. Mas os fatos mostram o contrário, com cada sociedade tendo seus deuses, culturas ou valores distintos, todos com pretensão de validade e verdade e nenhuma podendo provar que é superior à outra⁶⁴.

As considerações acima deixam claro o porquê de a ética não poder fazer parte da tarefa do cientista do direito. Primeiro, ela é subjetiva. Segundo, não é uniforme na sua manifestação social. Terceiro, não é possível demonstrar uma autoridade transcendental que venha uniformizar os valores morais. Quarto, tais valores não podem ser fundamentados transcendentemente por meio da razão. Quinto, eles não são necessários e são mutáveis. Sexto, aparecem nas normas válidas como advindos da vontade subjetiva do criador ou aplicador, podendo até mesmo ganhar independência com relação a eles.

O cientista do direito não tem como mudar esse quadro. A ele cabe apenas descrever o direito vigente de determinada sociedade em certo local e tempo. Dizer se esse direito é bom ou mau, justo ou injusto, é apreciação subjetiva que não lhe cabe, pois, como dito, avaliar algo como bom é pretendê-lo como obrigatório. O cientista não tem autoridade para determinar condutas. E não existe capacidade cognitiva para desvelar valores universais e necessários.

condições de verdade, o que nada tem a ver com preferências sobre como as coisas devem ser. É assim que a ciência se torna independente da política. Segundo o jurista de Viena, o uso do discurso científico para fins políticos macula a ciência e se transforma em suporte de ideologias (KELSEN, 2003a).

⁶⁴ KELSEN, 1998b.

3. A impossibilidade da justiça, o pluralismo e a afirmação da democracia.

Se a ética é subjetiva, a determinação de conteúdos normativos que vinculam condutas socialmente é ato de decisão. Ou seja, pertence ao mundo da política, não ao da necessidade moral. Como as possibilidades de conteúdo moral e compreensão do certo e errado variam no tempo, no espaço e de sujeito para sujeito, a moral só pode ser relativa, a significar que o conteúdo ético necessário (transcendental ou ontológico) não é objeto da cognição racional⁶⁵.

Da mesma forma, não é possível estabelecer como agir corretamente com relação ao outro de forma puramente racional e necessária. A maneira de tratar os demais, de como julgar suas condutas, depende da aceitação de valores convertidos em normas obrigatórias que regulam a ação dos homens. Quer dizer: se a moral é relativa, a justiça também o é. Não é possível qualquer padrão universal de julgamento valorativo. Sendo impossíveis valores universais e a justiça universal, também é impossível o direito natural.

A recusa do direito natural e da justiça derivam, então, da relatividade dos valores. Se eles não estão na natureza, não podem ser apreendidos como fatos. Assim, não podem ser identificados como verdadeiros ou falsos. Portanto, proposições que os descrevam não podem ser verdadeiras ou falsas. Devem, dessarte, derivar necessariamente de normas presumidas que pretendem determinar condutas. Mas, como normas, têm sua existência na vontade expressa ou presumida de alguma subjetividade (um legislador, uma autoridade moral ou os costumes assumidos como corretos). Logo, não podem ser naturais.

Não podendo ser derivado da natureza (cujas relações causais pertencem ao mundo do ser), todo dever moral deriva do reconhecimento de normas e de autoridades que as criam e impõem (estruturado linguisticamente pela cópula do “dever ser”, que imputa uma consequência a um fato previsto em um enunciado – o pressuposto de fato de aplicabilidade da norma). Reconhecido que há várias possibilidades de tais normas e autoridades, os valores são relativos. Sendo os

⁶⁵ WITTGENSTEIN (1994) já havia afirmado que a ética não está no mundo, entendido como conjunto de possibilidades fenomênicas.

valores relativos, a forma correta de tratar o outro, que depende do reconhecimento de valores para estabelecer a conduta certa e errada, também é relativa. A justiça nada mais é que um caso especial do problema da relatividade da moral.

Kelsen⁶⁶ demonstra como as doutrinas do direito natural falham em suplantiar o problema da sua primazia sobre o direito positivo. Primeiro, mostra como o direito natural só se sustenta com a suposição de uma finalidade da natureza, como dotada de vontade, seja na versão do animismo da Antiguidade, seja na forma da teologia medieval. Mesmo no racionalismo moderno os autores pressupõem a existência de Deus. Quando não é esse o caso, assumem que a natureza tem uma finalidade necessária que tudo direciona. Tentam extrair das suas compreensões dos fatos valores necessários (a falácia da derivação do dever ser a partir do ser). Contudo, ao encararem a diversidade de comportamentos e de possibilidades, assumem as condutas designadas por injustas ou imorais como desviantes do natural, sem considerarem que o que têm por naturalmente justo é a pressuposição injustificável de que seus pontos de vista morais são normas naturais a serem seguidas. São os valores morais dos teóricos dos jusnaturalismos que acabam por ser transformados em normas universais anunciadas como naturais.

Ademais, se existe o direito natural, para que serviria um direito positivo? Os jusnaturalistas não negam a necessidade do direito positivo. Ao contrário, em geral suas teorias são conservadoras e mantêm a autoridade da ordem política estabelecida. No conflito entre o direito natural e o direito positivo, em vez de os jusnaturalistas fazerem prevalecer o direito natural, acabam por naturalizar a obediência à autoridade, negando ou minimizando o conflito entre normas. Assim, o direito positivo é visto, em regra, como elemento de realização do direito natural. Mesmo em Locke, que advogava o direito de resistência, não é tão fácil violar o direito positivo, sendo, na maior parte das oportunidades, um magistrado o responsável por verificar a violação do direito. Apenas em casos extremos seria dado ao povo desobedecer e retirar do poder aqueles eleitos para realizar a sua

⁶⁶ Kelsen, Hans, A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência. In: Kelsen, Hans. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001b.

vontade⁶⁷. As doutrinas do direito natural são, portanto, justificações para a manutenção de modelos jurídicos estabelecidos, sem que eles sejam contestados⁶⁸.

Apesar das falácias das doutrinas do direito natural, ele sempre encontra um terreno fértil porque aparenta dar justificação racional aos valores que certos autores querem impor ou defender, assimilando suas percepções subjetivas à verdade científica, afinal, se algo é natural, então é verdadeiro e, portanto, necessário. Segundo Kelsen, o direito natural é uma mentira, mas uma mentira útil a quem tem o poder político, porque pretende impor valores dando impressão de verdades universais⁶⁹.

Entendido que os valores não podem ser universais, pois não há verdade transcendental que os sustente⁷⁰, os conteúdos entendidos como éticos ou justos são produções culturais humanas que dependem de decisões sobre suas criações ou para sua continuidade como válidos. Assim, dizer que algum conteúdo é natural ou mesmo que existe um direito natural é tentar eternizar tais valores, impedir que eles mudem ou que se decida de forma diversa deles. Mesmo que se assumisse a busca da justiça absoluta como necessidade humana constante, daí não derivaria a possibilidade de fundamentá-la racionalmente, ou seja, com base em proposições fáticas verificáveis. Entende o jurista da Escola de Viena que o direito precisa aprender com a ciência, ao ensinar que o problema do conhecimento está em formular as perguntas que

⁶⁷ KELSEN, 2001b.

⁶⁸ KELSEN, 1998b.

⁶⁹ KELSEN, 2001b.

⁷⁰ Lembrando que verdade é concebida como a correlação entre proposições descritivas e os fatos que têm como referência.

podem ser feitas com sentido^{71 72}.

O efeito dessas considerações é a impossibilidade da ética como conhecimento necessário e a identificação da decisão política como determinadora de valores vinculantes. Kelsen⁷³ sustenta que o relativismo não nos deixa em apuros, mas obriga à tomada de consciência de que a decisão sobre o como agir nos pertence, não é obra da natureza. Portanto, a decisão é política e somos nós os responsáveis pelo seu conteúdo e por suas consequências. A busca de Deus ou de alguma causa natural para a justiça e para os valores tem apenas o efeito de libertar a consciência da responsabilidade pela escolha da ação, bem como por suas consequências, pois dá a impressão de inevitabilidade aos resultados e mascara a responsabilidade pela escolha, já que a decisão, não sendo mera inferência (derivação) de conteúdos superiores verdadeiros, poderia ter sido outra, com outros resultados.

Ora, se essa decisão vincula a todos que estão submetidos à autoridade de quem decide, então ela é de caráter político, e as filosofias da moral e da justiça (as de caráter substantivo) não podem servir como funções do conhecimento, mas apenas como escolhas políticas travestidas de necessidades teológicas ou naturais. A decisão jurídica (judicial ou legislativa) não pode mais ser encarada como derivação ou inferência de valores universais ou inquestionáveis, deve ser compreendida dentro do campo das disputas políticas de poder.

O reconhecimento da decisão como pertencente ao campo da política traz, agora, o problema da decisão que vincula coletivamente. Quando a política tem pretensão de tomar decisões pautadas na natureza ou em Deus ou na

⁷¹ O direcionamento do esforço intelectual para as perguntas que podem ser feitas é mais um elemento derivado da concepção de ciência do positivismo lógico. Questões não empíricas só podem referir à sintaxe lógica da linguagem (ou seja, de caráter formal, único conteúdo *a priori* admitido tanto por Kelsen como pelos neopositivistas) e questões com sentido são as que se referem à realidade, podendo ser descritas por proposições cujos valores de verdade devem ser verificados. Para Carnap (1935), muitas confusões sobre o conhecimento derivam de perguntas mal formuladas, com uso inadequado da sintaxe lógica da linguagem, o que dá margem a sem-sentidos teóricos e científicos. Wittgenstein (1994), por seu turno, já havia dito, no estilo elíptico de seus aforismos, que uma pergunta só pode ser feita onde há uma resposta, referindo-se às possibilidades de combinações lógicas que figuram um objeto do mundo (lembrando que um objeto, para Wittgenstein, é uma possibilidade da realidade que, caso exista, faz com que a proposição que o descreve seja verdadeira).

⁷² KELSEN, 1998b.

⁷³ KELSEN, 1998b.

ciência, ela não apenas traveste de universal uma escolha ideológica, ela recebe o direito de se impor a todos pela força, com o uso do aparelho de coerção social que define o direito. Tal decisão, portanto, afasta, pela força, outras reivindicações de formas de vida, visões de mundo e opções políticas.

Dessa percepção de que a decisão sobre valores é relativa surge a questão dos sistemas políticos, pois um sistema que pretenda realizar a verdade ou a justiça ou o bem universal tem caráter autoritário, típico de regimes autocráticos. Isso porque quer encontrar o absoluto, o imutável, o que é sempre verdadeiro, a gerar a pretensão de eliminar opiniões contrárias. A atitude filosófica que assume a parcialidade do conhecimento, a verdade derivada só dos fatos, o reconhecimento da limitação desse saber e a impossibilidade de verdades absolutas precisa de uma posição cognoscitiva de tolerância das diferenças, atitude que Kelsen entende como democrática, pois leva à obrigação de considerar a opinião e os valores de todos, sem distinção. Em resumo, a posição metafísico-absolutista é autocrática, arbitrária, enquanto a crítico-relativista é democrática, tolerante^{74 75}.

Mas Kelsen não se dá por satisfeito com a conclusão de que a democracia é a resposta relativista às pretensões de conhecimento (principalmente morais) totalizantes. Se os valores são oriundos de decisões (explícitas ou tácitas), é necessário um critério de tomada de decisão. Nas democracias, o principal critério é o majoritário. Contudo, se valores são relativos, o acordo majoritário sobre eles é efêmero, casuístico e dependente de tempo e local. O critério majoritário como único na tomada de decisões é tão autoritário quanto aqueles baseados em pretensões de verdades éticas universais, porque é a imposição da vontade da maioria sobre a minoria, que não tem como defender e manter suas percepções de mundo.

Fica claro que modelos puramente majoritários ou regimes autocráticos

⁷⁴ KELSEN, Hans, Essência e valor da democracia. In: KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

⁷⁵ Kelsen (2000b) correlaciona absolutismo filosófico e político e relativismo filosófico e político. O filósofo absolutista pretende um conhecimento universal transcendental. Logo, aquele que atinge a verdade única deve decidir o que é correto para os demais, que, se discordam, estão em erro. O relativista parte do saber individual e da condição igual da capacidade de conhecer, o que leva ao compromisso sobre a decisão política, já que reconhece que pode estar em erro e precisa considerar a opinião dos demais.

eliminam a liberdade. A questão que Kelsen traz à tona refere-se à ideia de que a liberdade é princípio antissocial, pois implica a possibilidade de agir fora do esperado. Alguém só pode ser realmente livre se puder seguir apenas as normas que dá a si mesmo. Sendo isso impossível em sociedade, é de se entender a liberdade como possibilidade de manter algum grau de escolha. Assumindo que há algum acordo sobre a vida em sociedade (necessidade ou contrato dos interessados), tal deve se dar com relação a todos. Mas esperar unanimidade é arbitrário, pois permite que qualquer um impeça mudanças nas regras da vida social. O acordo majoritário seria razoável para autorizar as mudanças⁷⁶. Todavia, a maioria pode ser opressiva e se impor sobre minorias, eliminando-as até tornar-se unanimidade.

Aceitar a legitimidade da maioria para as decisões que a todos vinculam é, simplesmente, aceitar regra do tipo “devemos obedecer à maioria”. Como toda norma, e da mesma forma que os valores, tal regra carece de fundamentação transcendental ou de verdade (o dever de obedecer à maioria não decorre dos fatos). Não há motivo para a maioria se sobrepor às minorias, impedindo-as de existirem, manterem seus pontos de vista e suas crenças. As posições da maioria são apenas preferências, escolhas. Não há fundamento racional para elas serem consideradas boas ou justas.

Kelsen⁷⁷ também rejeita, por conseguinte, as teorias de caráter sociologista (que pretendem ser capazes de encontrar o que determina a vida social ou uma sociedade) ou historicista (pretensões de caracterizar a identidade de certa sociedade a partir de uma evolução histórico-cultural comum). Segundo ele, mesmo que tais características de unidade e identidade existissem, daí não decorreria a norma absoluta de que devem ser mantidas a todo custo e de que os “diferentes” devem ser eliminados como inimigos, ou que o estado seja algum tipo de ente com essência própria que conjuga a unidade social e mantém sua integridade contra aqueles que querem desfazer a comunidade⁷⁸.

É imperioso reconhecer, desse modo, que a democracia para Kelsen não

⁷⁶ KELSEN, 1998b.

⁷⁷ As discussões mais simbólicas são com Carl Schmitt (KELSEN, 2003a) e Rudolf Smend (KELSEN, 2003b).

⁷⁸ KELSEN, Hans, O estado como integração. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

se reduz à regra da maioria, nem à unanimidade. A primeira é opressão da maior parte sobre a menor parte e a segunda é a possibilidade de qualquer minoria impedir mudanças sociais para todo o resto. E a justiça, para Kelsen⁷⁹, é a garantia da paz, liberdade, democracia e tolerância⁸⁰. Tal critério relativo de justiça e a ideia de proteção das minorias só pode conduzir ao conceito de democracia como preservação de minorias, ponto central dos textos de Kelsen que lidam com o problema da política^{81 82}.

Portanto, a democracia, como sistema político, será a democracia liberal⁸³, aquela dotada de instituições e normas que regulam não só condutas, valores e competências, mas que limita poderes que pretendem impor visões unilaterais de mundo. Seguindo essa linha, Kelsen sustenta a necessidade de representação de diversos grupos no parlamento, pois, por mais que o resultado seja a decisão que impõe os valores da maioria representativa sobre a minoria, esse resultado passou pela discussão de interesses opostos, e é o acordo sobre a execução da lei, quando os interesses confluem. A legalidade é essencial para a democracia, mas deve ser fruto da representatividade de visões distintas⁸⁴.

Além disso, como o estado é o centro da organização do poder e imposição da coerção, a distribuição de poderes por meio das normas deve fazer com que o exercício de decidir esteja limitado pela ordem jurídica, de modo que a liberdade não sofra intervenções indevidas, fruto de visões e vontades parciais que pretendem se impor. O estado deve ter suas competências reduzidas ao mínimo. A justiça da democracia liberal garante liberdade econômica, de crença

⁷⁹ Ele deixa claro que essa é a **sua opinião**, não um conceito teórico com pretensão de universalidade (KELSEN, Hans, O que é justiça?. In: KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001a

⁸⁰ KELSEN, 2001a.

⁸¹ KELSEN, 1998b; 2000; 2003b.

⁸² KELSEN, Hans, Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

⁸³ Democracia liberal é aquela em que as instituições públicas garantem liberdades individuais, políticas e limites ao poder. Morlino (MORLINO, Leonardo, Cómo analizar las calidades democráticas?. In: XAVIER, Lúdia; AVILA, Carlos F. Dominguez (orgs.). **A qualidade da democracia no Brasil**: questões teóricas e metodológicas da pesquisa Curitiba: CRV, 2016), por exemplo, usa os seguintes critérios para a análise da qualidade da democracia: *rule of law*; *accountability*; participação dos cidadãos na atividade política (mesmo contra as instituições); concorrência política, principalmente entre partidos; respeito aos direitos que garantem liberdades; progressiva ampliação de maior igualdade política, social e econômica.

⁸⁴ KELSEN, 2000.

e da ciência⁸⁵.

É aqui que entra a compreensão kelseniana da jurisdição constitucional e da constituição como norma básica de um ordenamento jurídico positivo. O fundador da Escola de Viena defende que a função política de uma constituição é limitar o poder⁸⁶. Para ele, é fundamental seguir o princípio de que ninguém poder ser juiz em causa própria. Assim, não é dado ao executivo ou ao legislativo dar a última palavra sobre a constituição, porque são diretamente interessados no resultado. Esse poder deve caber à jurisdição, pois é terceiro não interessado na resolução da contenda⁸⁷.

Ciente da complexidade da proposta, Kelsen não retira o caráter político do controle de constitucionalidade. O autor, que foi juiz da Corte Constitucional austríaca, tem plena ciência de que dizer que uma decisão do poder legislativo é nula significa ter certa capacidade de legislar, pois tem competência para dizer o que não pode ser lei. Por consequência, Kelsen⁸⁸ admite que a corte constitucional é espécie de legislador negativo.

Kelsen vai além. Coerente com o entendimento da impossibilidade de afirmação científica dos valores, com a diferença entre a escolha da decisão e a descrição de normas válidas, ele reconhece a margem de liberdade que tem o judiciário na aplicação do direito. Tal ocorre, basicamente, por dois motivos. Primeiro, as normas são criadas em linguagem natural, o que leva à necessidade de interpretação e à divergência sobre os sentidos possíveis. Desse modo, é dado ao juiz escolher o sentido que lhe parece mais adequado para fazer o seu julgamento⁸⁹. Segundo, como a última palavra sobre o significado de uma norma, ou sobre a resolução de um conflito, cabe ao juiz, transitada em julgado a decisão, ela não pode ser modificada. Isso quer dizer que, se um juiz decide de forma distinta do que se esperava pela ordem jurídica, transitada em julgado, a

⁸⁵ Interessante notar que, na sua discussão sobre a insustentabilidade de critérios materiais de justiça, a democracia liberal é o único modelo que Kelsen não desconstrói, exatamente por não ser a afirmação de um critério substantivo transcendental (KELSEN, 1998b).

⁸⁶ Kelsen critica as teorias da monarquia constitucional que colocavam o rei como o responsável pelo controle da constituição nos conflitos entre governo e parlamento.

⁸⁷ KELSEN, 2003a.

⁸⁸ KELSEN, 2003a.

⁸⁹ Kelsen (1998a) entende que o intérprete legítimo das normas jurídicas não é o legislador, mas o juiz, pois é a ele que o sistema incumbe de dar a última decisão sobre o direito a ser aplicado.

decisão é nova norma jurídica válida, pois é o próprio direito que, pela regra do trânsito em julgado, permite que isso aconteça⁹⁰.

Nessa linha, Kelsen⁹¹ afirma que, caso se entenda a política como a função de exercer o poder por meio da decisão, a jurisdição é, em essência, tão política quanto a legislação, apenas mais restrita na amplitude da escolha. Isso porque o legislador possui, em regra, maior liberdade de ação para decidir que o juiz. Contudo, este sempre possui margem de liberdade para a escolha, deixada pela norma dada pelo legislador, propositadamente ou não. Assim, a diferença entre política e jurisdição, sob o aspecto da decisão, seria apenas quantitativa, não qualitativa.

No entanto, a jurisdição constitucional exerce o efeito contramajoritário esperado por Kelsen numa democracia liberal, pois ela põe freio às decisões majoritárias que contrariam a constituição, impedindo que maiorias ocasionais venham a suprimir minorias. A corte constitucional seria o último elemento institucional de contenção do poder, ampliando as liberdades individuais (escolhas pessoais como religião e forma de vida) e políticas (manutenção das formações políticas divergentes para que não sejam eliminadas)⁹². É claro que são possíveis constituições cujos textos rejeitem tais liberdades ou que não têm mecanismos de sua proteção, mas tais tipos constitucionais são autoritários.

Como já visto Kelsen⁹³ acusa de ficção a crença na unidade da vontade do Estado (ou do interesse comum), forma retórica de escamotear as divergências sociais que reclamam a validade de suas compreensões da constituição (cuja existência e presença devem ser garantidos pelo processo judicial de modelo litigioso, em que as divergências são levantadas e consideradas pelo órgão decisor). A realidade social é, para Kelsen, plural, e a jurisdição constitucional deve levar em consideração tal pluralidade por meio da aceitação polarizada de posições sobre a constitucionalidade ou não das normas eventualmente contestadas. Fingir que o Estado, o povo ou que os interesses possam ser unitários é apenas um modo de justificar o autoritarismo.

⁹⁰ Por isso Kelsen (1998a) entende o ordenamento jurídico como substantivamente aberto e formalmente fechado.

⁹¹ Kelsen, 2003a.

⁹² Kelsen, 2000a.

⁹³ Kelsen, 2003a.

O positivismo de Kelsen coloca a democracia liberal como condição pragmática da convivência política plural, vendo o equilíbrio institucional, a representatividade da diversidade social, a disputa pela interpretação constitucional e as liberdades que a viabilizam, proteções contramajoritárias e a função da constituição como elementos de convívio comum em sociedade⁹⁴. E o faz desde o momento em que as teorias políticas e jurídicas da Europa tendiam para formas autoritárias de governo, de caráter populista e não plural.

Conclusão

Com a volta do populismo ou desenvolvimento de democracias iliberais, as liberdades civis e políticas básicas estão em risco. Também estão em risco, como consequência, o pluralismo e as estruturas de contenção de poderes institucionais, o que fragiliza, quando não impede, o funcionamento de mecanismos contramajoritários. Torna-se importante recuperar meios de fundamentar esses direitos e essas estruturas institucionais.

De um ponto de vista epistemológico, sustentar qualquer modelo político como único correto ou bom em si mesmo torna-se tarefa impossível. Tal tentativa incorre em problema semelhante às que negam o pluralismo: afasta de início as discussões sobre alternativas ou divergências sobre o modelo proposto como correto. A sustentação com base em resultados (de caráter utilitário) também não resolve o problema: às vezes a existência de liberdades fundamentais e resultados socioeconômicos são independentes. É preciso, então, buscar fundamento ou razões que se vinculem ao jogo do equilíbrio político, ou então o uso da força para impor decisões será sempre arbitrário e sempre dependente de supremacia armada contra os rivais (interna e externamente falando).

Assim, fundamentar a democracia em bases pragmáticas é a melhor estratégia teórica, pois parte de condições existentes que buscam permitir e

⁹⁴ Posição muito similar à de Kelsen quanto ao resultado, porém divergente quanto ao método e condições teóricas foi atingida por John Rawls (RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000) na obra “O liberalismo político”, em que pressupõe o pluralismo social, coloca a razão prática na linha do equilíbrio de poderes e oportunidades e usa exatamente a constituição como forma de institucionalizar o pluralismo e o equilíbrio sociais.

proteger todas as propostas, desde que não sejam destrutivas das demais ou das próprias condições de participação. E a discussão de Kelsen sobre a democracia a partir do relativismo típico da filosofia analítica vai exatamente nessa linha, daí a importância de retomar sua obra.

Primeiramente, deve-se superar a ideia de que Kelsen estava apenas preocupado com uma ciência formal do direito. Seus textos sobre ética, política e direito positivo mostram a completude e a abrangência de seu pensamento. Ademais, é falsa a identificação de “dois Kelsens” em razão das preocupações metodológicas contrapostas à sua defesa incessante e contundente da democracia. Por mais que ele não tenha sistematizado todos os elementos de sua obra, eles estão claramente interconectados, de forma que um leva ao outro.

Quando Kelsen recusa um modelo filosófico metafísico, assume a ideia de que o conhecimento só pode provir dos fatos e que qualquer saber que não tenha origem empírica só pode ter caráter formal, advindo da lógica (posicionamento teórico condizente com o início da filosofia analítica, com origem em Viena). Ao aplicar esse entendimento ao direito, Kelsen se vê às voltas com o problema de delimitar o objeto específico do mundo jurídico. Como este ramo do conhecimento trata de normas, o cientista do direito não pode lidar com fatos naturais, porque de fatos não derivam normas.

Aparece a separação radical entre ser e dever ser, o primeiro regido pela causalidade – relações de causa e efeito, necessárias e independentes da vontade humana. O segundo a conexão entre uma vontade e uma ação, baseada na possibilidade de certas consequências pelo eventual descumprimento. O dever ser, portanto, depende da subjetividade e, para além dela, de algo que faça o destinatário da vontade reconhecer o dever de agir em conformidade com o comando. Kelsen caracteriza o reconhecimento da obrigação como validade, o que significa que o comando se torna norma intersubjetivamente reconhecida, porque socialmente exigível. Se essa exigibilidade for reconhecida no uso das instituições que organizam a vida social com a capacidade de fazê-las valer pelo uso da força, então a norma é jurídica, e o ordenamento jurídico é o conjunto dessas normas.

Todavia, reconhecido que o direito é composto de normas que não

provêm da natureza nem de algum fundamento transcendental, ele só pode ser fruto da vontade expressa ou presumida de alguma subjetividade. Por conseguinte, também o são os valores que pretendem realizar. Não existem valores únicos, universais ou exigíveis em qualquer situação. A ética é relativa e, com ela, a justiça, que depende de valores assumidos como obrigação para regular a relação com os outros.

Afastada qualquer objetividade dos valores, fica derrubado o direito natural. Normas de conduta não vêm da natureza, mas da vontade. Logo, são frutos de decisões. Fica claro, desse modo, o problema da política. A decisão sobre valores é a escolha de alguém ou um grupo sobre como o corpo social, vinculado por essa decisão, deve se comportar e quais são os limites da sua escolha. Não há como fugir da responsabilidade da escolha.

A escolha, contudo, precisa de critério de reconhecimento. As teorias da justiça (de conteúdo material) ou jusnaturalistas pretendem mascarar a arbitrariedade de tais escolhas sob o manto da necessidade ou da verdade revelada. Afastadas a necessidade e a verdade dos valores, essas teorias mostram-se arbitrárias e sustentam modelos políticos autocráticos. A não ser que se esteja satisfeito em apenas obedecer, independente do que decide quem detém o poder de criar e dizer o direito, não há alternativa à democracia.

Mas mesmo a democracia pode se apresentar como problemática. Entendida como a participação de todos no processo seletivo, é imperativo que se tenha algum critério de decisão. A unanimidade, além de praticamente impossível, distorce a capacidade de decisão, porque permite que um indivíduo, ou uma minoria mínima, possa impedir qualquer mudança que seja necessária e do interesse de todos ou da maioria, transformando o sistema em espécie de oligarquia. O critério precisa ser o da maioria formada para decisões concretas, com as pessoas podendo tomar as posições que defendem e assumindo os resultados do processo.

Todavia, o critério puramente majoritário gera outras distorções identificadas por Hans Kelsen. Maiorias ocasionais podem abusar da capacidade de decidir e transformar as condições institucionais para permanecerem no poder, inclusive forçando decisões que tendem a alijar as minorias de sua

capacidade de bloquear tais movimentos ou mesmo de participarem da formação da vontade política comum. A democracia tende a se tornar, assim, a ditadura da maioria, outra forma de autocracia, tendência que Kelsen bem identifica às vésperas da afirmação de movimentos totalitários como o fascismo e o nazismo.

A proposta de Kelsen é estabelecer condições jurídicas e institucionais de contenção de abusos das maiorias que se formam na vida política de um estado. O legislativo deve ter meios de manifestação das minorias representativas, sem que elas possam ser excluídas da participação institucional e com capacidade de denúncia e limitação dos movimentos das maiorias. No plano eleitoral, o sistema de eleição deve permitir que as minorias se transformem em maiorias, beneficiando a possibilidade de alternância do poder. No âmbito do executivo, esse poder deve estar adstrito à legalidade. E, para que a estabilidade institucional não dependa da interpretação e da capacidade de ação desses dois ramos políticos do estado, o Judiciário deve agir como árbitro entre eles, na condição de terceiro desinteressado.

Tal engenharia só é viável, contudo, se a constituição garantir juridicamente essa estrutura (a constituição é norma jurídica, não expressão política do povo) e se o judiciário for o órgão de controle de sua interpretação e aplicação. Assim, o sistema político, para manter sua harmonia, depende da jurisdição constitucional, que surge em Kelsen como técnica de controle institucional contramajoritário. É o judiciário, como desinteressado nas posições políticas concretas (essas dependentes de forças políticas e sociais), que deve garantir a legalidade e a manutenção dos limites de organização da ordem política institucional.

Essa tarefa do Judiciário, como derradeiro responsável pelo equilíbrio institucional, não pode depender da busca da justiça ou de respostas a anseios ou pretensas identidades sociais. Caso isso ocorra, o Judiciário será instrumento de desequilíbrio político e condicionamento de posições unilaterais com pretensões de verdade ou legitimidade, apenas mais um elemento de arbitrariedade e eliminação de divergências, mesmo que sob o manto da verdade, da justiça ou do bem comum. Enfim, partir do relativismo moral e do

papel da legalidade, como feito por Kelsen ao longo da sua vida intelectual, permite pensar condições concretas e pragmáticas para a manutenção e revisão dos elementos institucionais do que hoje se convencionou chamar de democracia liberal, afastando as tentativas de questionar suas bases a partir de propostas metafísicas ou pelo simples apelo ao povo.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. revista, Bauru: EDIPRO, 2005.

CARNAP, Rudolf. **Philosophy and logical syntax**. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd., 1935.

CARNAP, Rudolf, **Pseudoproblemas na filosofia**. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural (Coleção “Os Pensadores”), 1975.

CARNAP, Rudolf, Testabilidade e significado. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schilick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção os Pensadores), 1988.

FREGE, Gotlob, Sobre o sentido e a referência. In: FREGE, Gotlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. São Paulo: Cultrix/Edusp, 1978, p. 59-86.

HAHN, Hans; NEURATH, Otto; CARNAP, Rudolf. La concepción científica del mundo: el Círculo de Viena. **REDES: Revista de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología**, vol. 9, n. 18, Buenos Aires, 2002, p. 103-149.

KELSEN, Hans Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. In: KELSEN, Hans; COSSIO, Carlos. **Problemas escogidos de la teoría pura del derecho**. Teoría egológica e teoría pura. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda, 1952.

KELSEN, Hans. **General theory of norms**. New York: Oxford University Press, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

KELSEN, Hans, "Foreword" to the second printing of *Main Problems in the Theory of Public Law*. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litchewski (eds.). **Normativity and norms – critical perspectives on Kelsenian themes**. Oxford: Clarendon Press, 1998c, p. 03-22.

KELSEN, Hans, The pure theory of law, 'Labandism', and neo-Kantism. A letter to Renato Treves. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litchewski (eds.). **Normativity and norms – critical perspectives on Kelsenian themes**. Oxford: Clarendon Press, 1998d, p; 169-175.

KELSEN, Hans, Essência e valor da democracia. In: KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

KELSEN, Hans, Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

KELSEN, Hans, O que é justiça?. In: KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001a.

KELSEN, Hans, A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência. In: KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001b.

KELSEN, Hans, Ciência e política. In: KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001c.

KELSEN, Hans, **Quem deve ser o guardião da Constituição?**. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

KELSEN, Hans, **O estado como integração**. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

KELSEN, Hans, Autobiografia. In: KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2011.

LACLAU, Martín. **El influjo neokantiano en el pensamiento de Kelsen**. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 9-31.

MORLINO, Leonardo, Cómo analizar las calidades democráticas?. In: XAVIER, Lúcia; AVILA, Carlos F. Dominguez (orgs.). **A qualidade da democracia no Brasil: questões teóricas e metodológicas da pesquisa** Curitiba: CRV, 2016.

NEURATH, Otto. Propositiones protocolares. In: **AYER, A. J. El positivismo lógico**. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1965.

PAULSON, Stanley L. La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido immanente. Hans Kelsen como neokantiano. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, 2003, p. 547-582.

QUINE, Willard van Orman. Main trends in recent philosophy: two dogmas of empiricism. **The Philosophical Review**, vol. 60, n. 1, 1951, p. 20-43.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2000.

SCHLICK, Moritz, O fundamento do conhecimento. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schilick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção os Pensadores), 1988a.

SCHLICK, Moritz. Sentido e verificação. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schilick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção os Pensadores), 1988b.

SCHMILL, Ulises. Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen. **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**, n. 26, 2003, p. 583-608.

SIMON, Henrique Smidt, **Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart**. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006.

SIMON, Henrique Smidt, **Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: um estudo da teoria da proporcionalidade**. Curitiba: CRV, 2013.

STADLER, Friedrich, **El Círculo de Viena**. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2010.

VERNENGO, Roberto José, Alrededor del problema de la verdad en Kelsen. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996 p. 85-101.

WAISMANN, Friedrich. **Ludwig Wittgenstein y el Círculo de Viena**. Ed. B. F. McGuinness. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

WARAT, Luis Alberto, **O direito e sua linguagem** (com a colaboração de Leonel Severo Rocha). 2ª versão/ 2. ed. aumentada, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. 2. ed. São Paulo, Edusp, 1994.