

DIREITO E PODER EM KELSEN

Inês Pinheiro*
Giovanni Damele**

RESUMO

Neste artigo, procuramos conjugar as duas principais vertentes do trabalho de Hans Kelsen, a jurídica e a política, com o objetivo de reconstruir o papel que o conceito de poder desempenha no seu pensamento. Estas dimensões têm vindo a ser estudadas individualmente pela larga maioria da literatura, exceção feita a alguns trabalhos seminais como os de Bobbio (2013), Dyzenhaus (1997) e Vinx (2007). Contudo, consideramos que esta separação nos impede de identificar uma das preocupações centrais de Kelsen: a segurança dos cidadãos. Assim, na nossa interpretação, existe uma relação entre a teoria jurídica kelseniana, depurada da realidade social e empírica e de quaisquer obrigações morais, e a sua conceção política do primado da lei democrático, nomeadamente naquilo que concerne à aplicação da sua Teoria Pura do Direito na defesa da democracia liberal. Consideramos, portanto, que esta dinâmica passa por uma conceção do poder bem definida que justifica, primeiramente, a sua despersonalização do direito e a introdução da norma fundamental na sua Teoria Pura; e, por conseguinte, a sua defesa de um regime democrático. Argumentamos, ainda, que o posicionamento de Kelsen, tanto jurídica como politicamente, tem em vista a eliminação de qualquer espaço para o uso arbitrário do poder. Neste sentido, concluímos que a sua postura advém, não da concretização de determinados conteúdos ético-políticos, mas sim da opção em favor de garantias de segurança jurídica, política e individual dos cidadãos, através de automatismos jurídicos e políticos, que permitam que aqueles ajam prevendo as consequências jurídicas das suas ações.

Palavras-chave: Direito; Poder; Hans Kelsen; Positivismo Jurídico; Estado de direito.

Data de submissão: 10/04/2024

Data de aprovação: 10/04/2024

* Mestranda em Filosofia, na área de especialização em Filosofia Política, na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa.

** Ph.D. Università di Torino, Turim, 2006. Investigador e professor auxiliar na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa.

LAW AND POWER IN KELSEN

Inês Pinheiro
Giovanni Damele

ABSTRACT

In this article we seek to combine the two main aspects of Hans Kelsen's work, the juridical and the political, with the goal of reconstructing the role played by the concept of power in his thought. These dimensions have been studied individually by the vast majority of literature, with the exception of some seminal works like Bobbio's (2013), Dyzenhaus's (1997) and Vinx's (2007). However, we consider that this separation prevents us from identifying one of Kelsen's main concerns: the safety of the citizens. Thus, in our interpretation, there is a relation between the kelsenian jurisprudential theory, depurated from empirical social reality and from any moral obligations, and his political conception of the democratic rule of law, mainly in what concerns the application of his Pure Theory of Law in the defence of liberal democracy. We thus consider that this dynamic embodies a well-defined conception of power that justifies, primarily, Kelsen's depersonalization of law and the introduction of the basic norm in his Pure Theory; and, consequently, his defence of a democratic regime. We argue, as well, that Kelsen's positioning, both juridically and politically, strives for eliminating any room for the arbitrary use of power. In this sense, we conclude that his posture comes, not from concretizing certain ethical-political contents, but from the option in favour of guaranteeing the juridical, political, and individual safety of the citizens, through juridical and political automatisms, that allow the latter to act while predicting the consequences of their juridical actions.

Keywords: Law; Power; Hans Kelsen; Juridical Positivism; State of law.

Date of submission: 10/04/2024

Date of approval: 10/04/2024

INTRODUÇÃO

Qualquer discurso sobre a função de conceitos como “poder” ou “soberania”, na obra de Hans Kelsen, arrisca-se a ser desprovido de substância, uma vez que estas duas dimensões, estreitamente ligadas entre si, podem não parecer, com base numa análise superficial, ocupar qualquer papel no pensamento de um autor que dissolve o Estado na ordem jurídica, tal como Norberto Bobbio realçou (Bobbio, 2013). Assim sendo, parece ser aqui válida a clássica crítica de Carl Schmitt que, na Teologia Política, acusava Kelsen não de ter resolvido o problema da soberania, mas sim de o ter ignorado (ou, mais ilustrativamente, de o ter resolvido ignorando-o) (Schmitt, 2005).

Desenvolvendo uma ideia fundamental do seu pensamento, segundo a qual os conceitos jurídico-políticos são uma secularização de conceitos teológicos (Baume, 2009), Schmitt vê no normativismo kelseniano uma versão jurídica do deísmo iluminista, que confina o problema da transcendência, enquanto algo superior que ultrapassa o domínio da experiência, ao ato da criação, prescindindo dele na interpretação da realidade natural, para a qual é suficiente o conhecimento das leis naturais.

Do ponto de vista de Schmitt, contudo, e continuando no paralelismo, a transcendência pode surgir no mundo empírico, sendo o indício fundamental para a consolidação desta sua intuição a existência de um espaço reservado ao fenómeno do “milagre”, como manifestação do transcendente, que interrompe o decurso normal da natureza. Paralelo do milagre, em âmbito jurídico, seria, portanto, a intervenção do poder soberano no estado de exceção, que, por sua vez, suspende a aplicação normal (e, em certo sentido, “automática”) da ordem jurídica.

Segundo Kelsen, porém, este uso do conceito de milagre esconde, na realidade, uma “contradição lógico-sistemática”, cuja função prática é, em última instância, justificar o uso arbitrário do poder, em violação das normas da ordem jurídica. Desta perspectiva, a crítica de Kelsen àquele que poderíamos definir como o “transcendentalismo” de Schmitt – assim como à sua opção em favor de uma posição que, conseqüentemente, poderíamos apelidar de “immanentista”¹ – é uma manifestação do rigoroso monismo kelseniano, que visa expulsar elementos naturalísticos (nomeadamente, o “facto”, sociologicamente entendido, do poder) e morais (leia-se, as “leis naturais”) da teoria do direito.

Retomando o paralelismo de Schmitt, podemos considerar que, tal como o deísmo confina a intervenção direta de Deus ao ato original da criação – ato este que é, afinal, simultaneamente anterior e exterior ao “sistema” da natureza –, também o normativismo kelseniano restringe a intervenção direta do soberano ao ato de criação de um “usurpador originário” ou de um “certo tipo de assembleia” [*kind of assembly*] que dá origem à primeira constituição histórica (Kelsen, 1945, p. 115) e, a partir daí, à cadeia de autorização e validação da ordem jurídica.

Um único elemento transcendental, de cariz kantiano, permanece no centro da teoria de Kelsen: a norma fundamental [*Grundnorm*], interpretada, numa primeira fase do seu pensamento, enquanto condição lógico-transcendental do

¹ Sobre o “carácter de absoluta imanência” do “Estado kelseniano” ver Diogo Pires Aurélio (2015).

conhecimento jurídico, que reenvia à ideia kantiana da “filosofia da unidade”². Isto é, a unidade é entendida não como provindo dos objetos, mas sim como uma função do nosso intelecto, que traduz a multiplicidade das representações derivadas da percepção. Kelsen tenta traduzir esta ideia no âmbito jurídico, mantendo uma distinção rigorosa entre “ser” [*Sein*] e “dever ser” [*Sollen*], e fundamentando-a através de um paralelismo entre duas categorias transcendentais cruciais: ao mundo do “ser” corresponde a causalidade, e ao mundo do “dever ser” corresponde a imputação [*Zurechnung*]. Como Kelsen escreve na conhecida carta ao seu tradutor italiano, Renato Treves, “um ponto com particular significado é que tal como Cohen interpretou a Crítica da Razão Pura de Kant como uma teoria da experiência, também eu procuro aplicar o método transcendental como uma teoria do direito positivo” (Kelsen, 1999, p. 171).

Admitindo, então, esta interpretação, há dois aspetos que nos parecem relevantes. O primeiro, e desenvolvendo uma observação de Bobbio, prende-se com a ideia segundo a qual o ato de Kelsen de “fechar” o sistema com uma norma (ainda que de tipo peculiar), e não com um ato de poder, não representa uma mera preocupação de ordem teórica e formal, mas sim uma opção prático-política em favor do governo das leis, e contra o governo dos homens.

O segundo consiste em entender que o conceito de soberania, ele próprio relativo, não é simplesmente “ignorado” por Kelsen. Pelo contrário, utilizando as palavras de Stanley Paulson, consideramos que na perspectiva do jurista austríaco a soberania é

dispersa [...] sobre uma diversidade de normas legais, e as complexidades da perspectiva de Kelsen são sublinhadas pelo papel que este atribui à “constituição total” [*Gesamtverfassung*] [...], por um lado, e à revisão constitucional pelo outro (Paulson, 2016, p. 119).

Acresce que, na nossa leitura, esta difusão da soberania por múltiplos níveis normativos, mencionada por Paulson, é perfeitamente coerente com a opção prático-política em prol do governo das leis, à qual faz referência Bobbio. Para iluminar a ligação entre estes dois aspetos, é preciso, então, aprofundar o monismo de Kelsen, e perceber como a sua crítica paralela às duas interpretações dualistas do direito – a de cunho jusnaturalista, por Kaufmann, e a de cunho decisionista, por Schmitt – se reduz a uma única desmistificação do dualismo enquanto legitimação do uso arbitrário do poder, que constitui, portanto, tanto uma contradição em sentido lógico-sistemático como um abuso em sentido político-jurídico.

² Esta leitura da norma fundamental segue a formulação do “primeiro” Kelsen, anterior à sua mudança para os Estados Unidos. Prescindimos, neste contexto, de qualquer discussão sobre a periodização da obra kelseniana em geral bem como do conceito de “norma fundamental” que, como é sabido, conheceu uma evolução, em particular na segunda edição da Teoria Pura e na póstuma Teoria Geral. Para esta discussão, reenviamos a Paulson (1999).

1 CRÍTICA À INTERPRETAÇÃO DUALISTA DO DIREITO

Por “dualismo” Kelsen entende, por um lado, no âmbito da teoria do direito, o dualismo dos sistemas normativos, típico de todas as diferentes versões do jusnaturalismo. O monismo positivista é levado, por Kelsen, às suas consequências mais coerentes. Para um positivista *à la* Kelsen, a expressão “direito natural” é contraditória, enquanto a expressão “direito positivo” é pleonástica, uma vez que só é possível falar de “direito” em relação ao direito positivo, isto é, “artificial”.

Por outro lado, e no âmbito da teoria do Estado, Kelsen entende o dualismo tradicional, que distingue entre a ordem jurídica e o Estado, como duas realidades ontologicamente diferentes. Também neste caso, o monismo *kelseniano* é radical: não há nenhuma diferença real entre o Estado e a sua ordem jurídica: aliás, não é correto falar da “ordem jurídica do Estado”, uma vez que o Estado não “tem” uma ordem jurídica, mas “é” a ordem jurídica.

Num texto autobiográfico de 1927, enviado ao colega húngaro Julius Moor, Kelsen explicava como tinha chegado a esta última posição, partindo de uma análise crítica do dualismo metodológico da teoria do direito tradicional. A crítica inicialmente contida nos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911, com efeito, focava-se sobretudo no sincretismo metodológico que, segundo Kelsen, escondia-se atrás dos tradicionais dualismos entre direito objetivo e direito subjetivo e entre direito privado e direito público.

Foi estudando os escritos de Hermann Cohen que Kelsen terá percebido com maior clareza os “ofuscamentos altamente discutíveis que a teoria jurídica sofre por causa das conscientes ou inconscientes tendências políticas dos vários autores³” (Kelsen, 2007). Assim, refletindo sobre os “endereços políticos da teoria tradicional”, sobre a confusão entre “conhecimento do direito positivo” e “postulados políticos”, Kelsen foca a sua atenção sobre o terceiro dualismo “mais significativo do que os anteriores” e que “se encontra na base da doutrina dominante”, isto é, “o dualismo entre Estado e direito” (Kelsen, 2007).

O caráter, literalmente, fundacional deste terceiro dualismo é identificado por Kelsen como ponto de chegada de um processo de análise crítica que, começando como purificação metodológica, termina coerentemente como desmistificação ideológica. A solução *kelseniana* não se apresenta, portanto, como uma posição alternativa do ponto de vista prático-político, mas sim como um desmascaramento de erros teóricos e metodológicos baseados, consciente ou inconscientemente, sobre preconceitos ou pressupostos políticos.

A crítica ao dualismo foca-se, assim, sobre um problema dúplice: numa contradição em sentido lógico-sistemático e numa fonte de um abuso político-jurídico. Por um lado, o seu abuso do paralelismo entre “Deus” e o “Estado” é fruto de uma hipostatização do conceito de Estado, que, no máximo, pode ser considerado apenas como uma personificação útil de um ponto de vista heurístico. Alvo da polémica de Kelsen é aqui a ideia de “milagre jurídico” [*Rechtswunder*] – conceito chave da *Teologia Política* de Schmitt – como manifestação da soberania, em condições excepcionais, atrás do “véu” da ordem jurídica.

³ Tradução dos Autores.

Este conceito implica, necessariamente, um simulacro do Estado – representado, falsamente, como uma realidade diferente da ordem jurídica – cuja função política é: “facilitar a satisfação de desejos políticos, de interesses que a ordem jurídica positiva não tolera, e que estão em contradição com esta⁴” (Kelsen 1973, p. 77). Num texto publicado em 1931, e dedicado à evolução do conceito meta-jurídico de soberania, intitulado *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*, Kelsen recorre à imagem da “máscara”. A doutrina da soberania representa uma “máscara verdadeiramente trágica” [*eine wahrhaft tragische Maske*] atrás da qual se escondem as várias pretensões do poder (Kelsen, 1931).

Por outro lado, a crítica de Kelsen atinge o jusnaturalismo, interpretado tanto como disfarce de preferências políticas, como fonte de confusão metafísica. Se no primeiro caso o alvo polémico é Schmitt, no segundo é Kaufmann. Em ambos os casos, o tema das “pretensões do poder”, mascaradas de posições teóricas, é o *leitmotiv*.

1.1 O DEBATE ENTRE KELSEN E KAUFMANN

Aquando do encontro anual da Sociedade dos Professores Alemães de Direito Público, que decorreu em Münster, em março de 1926, Kelsen interveio no contexto do debate em torno do artigo 109º da Constituição de Weimar (Stolleis, 2008, p. 139-197, n. 3). Numa longa intervenção inicial, Erich Kaufmann defendera uma posição fundamentalmente jusnaturalista. Como Stanley Paulson evidenciou muito bem (Paulson, 2005, p. 275-276), esta defesa do jusnaturalismo constituiu uma novidade quando comparada com a sua anterior postura em favor de uma conceção do direito centrada na política e no poder:

A inclinação de Kaufmann para a política do poder, se não a sua defesa do direito enquanto poder (como vimos no contexto internacional), é expressa no que este diz sobre o direito e a política domésticos, refletindo, em particular, a sua atitude cínica em relação ao governo parlamentar e aos “partidos” políticos (Paulson, 2005, p. 274, n. 1)⁵.

Mudança esta a que o próprio Kelsen não deixou de fazer alusão na parte final da sua intervenção.

Depois de ter saudado favoravelmente o facto do positivismo, na teoria do direito, poder ser considerado como estando “liquidado” [*erledigt*] (Kaufmann, 1927, p. 3), Kaufmann, ao abordar o significado do princípio da igualdade perante a lei (contido no referido artigo 109º), defendeu uma posição que passa pelo cruzamento entre jusnaturalismo clássico (aristotélico-tomista) e hegelianismo jurídico.

De acordo com Kaufmann, o referido artigo implicaria um princípio jurídico que, segundo as suas palavras, aplicar-se-ia de modo superpositivo [*überpositiv*], dirigindo-se assim, em primeiro lugar, ao legislador. Este último seria, portanto,

⁴ Tradução dos Autores.

⁵ Tradução dos Autores.

chamado a criar direito positivo, sem violar este princípio jurídico (Kaufmann, 1927, p. 5-6). Kaufmann falava, aqui, em “princípios jurídicos supremos”, insistindo sobre a diferença entre “lei” [*Gesetz*] e autêntico “direito” [*Recht*]. Segundo este, tanto do ponto de vista do legislador como de quem aplica o direito, não se trata de “seguir determinadas regras e métodos”, mas sim de criar “uma determinada ordem material que é justa no seu conteúdo” (Kaufmann, 1927, p. 11)⁶. Esse critério de justiça, contudo, não pode ser definido, sendo o resultado de uma intuição imediata. Segundo Kaufmann:

temos um conhecimento imediato do bom e do mal, do belo e do feio, do justo e do injusto. Tudo isto é-nos dado na nossa consciência. Todavia, a consciência não é subjetividade e não deve ser psicologicamente resolvida e relativizada; é mais certeza imediata de uma ordem objetiva superior, na qual participamos, que temos de realizar, e ao serviço da qual nós estamos [...]. Uma decisão justa pode ser tomada, ou ajuizada, apenas por uma personalidade justa. Não há subjetivismo nisto, mas apenas o reconhecimento do facto de a justiça ser algo criativo e não a aplicação mecânica de normas rígidas e abstratas (Kaufmann, 1927, p. 11-12)⁷.

Na sua resposta a Kaufmann, Kelsen critica, portanto, uma posição jusnaturalista que peca, precisamente, por não perceber como atrás do véu do direito positivo não residem a justiça e as normas do direito natural, mas sim o facto do exercício do poder arbitrário. A metáfora da Górgona do poder com que Kelsen termina o seu discurso constitui, contudo, não apenas uma crítica ao jusnaturalismo, mas, de certo modo, ilustra como no seu pensamento há uma relação próxima entre teoria do direito e teoria política.

Neste sentido, Kelsen utiliza a sua crítica à posição de Kaufmann como uma forma de expor as incongruências inerentes às próprias concepções jusnaturalistas. Assim, ao encarar seriamente as premissas jusnaturalistas e toda a construção teórica que delas advém, Kelsen conclui que o jusnaturalismo acaba por justificar, ideologicamente, o exercício arbitrário do poder. Acresce que os jusnaturalistas consideram que o relativismo dos juspositivistas carece de fundamento, sustentando por isso qualquer ordem jurídica, independentemente do seu conteúdo.

Contudo, Kelsen demonstra como os jusnaturalistas, particularmente Kaufmann, caem no subjetivismo que os próprios criticam. Sendo assim, e apesar das oscilações nas suas posições, Kaufmann acaba por ter sempre em vista a justificação do poder. Uma intenção que não passou despercebida a Kelsen, em particular na referência final que este faz, na sua resposta, a uma evolução nos

⁶ Tradução dos Autores.

⁷ Tradução dos Autores.

círculos jurídicos – desde uma viragem juspositivista até uma aceitação acrítica do jusnaturalismo – evolução, sugere Kelsen, devida a preferências políticas⁸.

Ao demonstrar como Kaufmann é mais subjetivista do que ele próprio, Kelsen está a acomodar as duas críticas numa única. Por um lado, critica uma posição que se apresenta como tradicionalmente jusnaturalista, por outro, mais uma vez, critica uma teoria que acaba por fundamentar a ordem jurídica não sobre uma “ideia jurídica”, mas sim sobre o “princípio da força” (Kelsen, 1928, p. 198, n. 3).

Kelsen, por sua vez, que já tinha criticado Kaufmann no que dizia respeito a uma conceção do direito como estando baseado no poder (Kelsen, 1928, p. 265), *a fortiori* opôs-se à interpretação jusnaturalista que este último fez do artigo 109º da Constituição de Weimar. Com efeito, ambas as posições remetiam, segundo Kelsen, para o mesmo problema, isto é, para o problema da relação entre direito e poder. Com efeito, segundo Kelsen, o apelo ao direito natural apresentava-se como uma manifestação de “apelo à metafísica” mais geral, cujas implicações, contudo, ficavam por esclarecer.

Por um lado, Kelsen identificava na referência de Kaufmann a uma “profissão de fé” [*Bekennnis*]⁹ o traço de um “subjetivismo radical”, pois “a fé é a expressão de uma atitude pessoal”. Se for assim, então, esta “profissão” leva não a uma, mas “a várias metafísicas muito diferentes entre elas” e, conseqüentemente, “não ao direito natural, entendido como uma ordem objetiva e univocamente determinada, mas sim a muitos direitos naturais, assaz diferentes uns dos outros e, até, contrapostos”. A solução para este “caos de metafísicas subjetivas surge, portanto, no necessário apelo a uma religião positiva, que possa sustentar um direito natural objetivo através de um “sistema concreto de princípios éticos [*Wertprinzipien*]¹⁰”. Assim sendo, os defensores de um apelo ao direito natural acabam, necessariamente, por recorrer a um outro código normativo positivo, de natureza francamente confessional, pois uma religião positiva é um fenómeno histórico, tal como o direito positivo:

E assim, o recurso do direito positivo ao direito natural não significa, de todo, uma “superação do positivismo”, mas apenas a substituição de um positivismo por outro. Em lugar do direito positivo, é a religião positiva a ser reconhecida como autoridade suprema (Kelsen, 1927, p. 54).

Significativamente, ao identificar aqui uma contradição, para usar a sua fraseologia, “lógico-sistemática”, Kelsen passa imediatamente a discutir o seu

⁸ Neste sentido, a defesa que Kelsen e Kaufmann fazem da Constituição de Weimar difere, à partida, pela forma como cada um entende a relevância da mesma. Kelsen, fundamentalmente um liberal-democrata, defendia a Constituição de Weimar como solução, justamente e apesar de todos os seus limites, liberal-democrata. Por outro lado, Kaufmann, um nacional-monarquista, apoia-a apenas porque a considera como a única alternativa à *ditadura do proletariado* e à ameaça revolucionária, à falta de algo melhor.

⁹ Kelsen faz aqui referência a uma profissão de fé no direito natural tal como expressa na intervenção de Kaufmann.

¹⁰ Tradução dos Autores.

“significado político”, assente na “clara tendência”, em determinados círculos jurídicos, “para minorar o valor da autoridade do legislador positivo”. O afastamento do positivismo manifesta-se assim como uma defesa da discricionariedade dos juízes, justificada, em última análise, por razões políticas, isto é, por uma contraposição “entre a classe dos juristas, ou pelo menos algumas partes dela, e o parlamento”.

Esta defesa, contudo, acabaria por favorecer um uso arbitrário do poder – neste caso do poder discricionário de aplicação das normas jurídicas – que Kelsen, coerentemente, parece rejeitar não por razões teóricas, mas sim por razões político-práticas. O apelo à dimensão “transcendental” de um conjunto de princípios “superpositivos” traduzir-se-ia assim no apelo muito concreto a um recurso arbitrário do poder, sob o disfarce de uma “profissão de fé”.

Assim, o debate sobre o dualismo entre direito natural (e a sua, suposta, dimensão transcendente) transita para o debate (realmente crucial do ponto de vista de Kelsen) sobre o dualismo entre o direito, enquanto ordem jurídica, e a hipostatização do “Estado”, enquanto poder, que está atrás e acima da ordem jurídica. O interlocutor neste caso, como é sabido, é Schmitt.

1.2 O DEBATE ENTRE KELSEN E SCHMITT

Recuperar o conhecido debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt é, portanto, essencial quando se trata de pensar a relação entre poder e direito. À partida, é importante identificar a natureza deste mesmo poder, e tal passa por verificar em que moldes são tomadas as principais decisões jurídicas e políticas. Neste sentido, é relevante abordarmos o problema do “decisionismo”, que se espelha, em particular, na discussão em torno do guardião da Constituição.

O debate entre Kelsen e Schmitt pauta-se, desde logo, por uma divergência em relação à forma como cada um entende o poder, o que tem repercussões nas suas respetivas formulações do ordenamento jurídico, inclusive ao não haver uma conceção de Constituição partilhada por ambos. A principal diferença entre os dois juristas diz respeito a, precisamente, onde se encontra o poder, e quem detém a prerrogativa final, uma vez que para Kelsen o poder se encontrara disperso no ordenamento jurídico, ao passo que para Schmitt o poder está concentrado nas mãos de um órgão superior.

Segundo Kelsen, a Constituição, no seu sentido material, reúne o conjunto de normas jurídicas superiores que validam todas as outras, sendo que a primeira, por seu turno, é validada pela norma fundamental. Deste modo, a Constituição determina não só as regras de produção e elaboração das leis, como também a definição dos órgãos responsáveis por estas tarefas.

Em termos práticos e formais, a Constituição é um documento único e solene, sendo que, para Kelsen, a prerrogativa do controle constitucional está concentrada nas mãos de um Tribunal Constitucional. De notar que na *Teoria Pura do Direito*, Kelsen aborda a questão da decisão na interpretação jurídica referindo-se a órgãos legalmente autorizados para levarem a cabo uma “interpretação autêntica”. Assim, os tribunais são os órgãos jurídicos legalmente autorizados para levar a cabo esta tarefa, sendo que o Tribunal Constitucional é, por excelência, o órgão de interpretação jurídica de maior relevância.

Contrariamente, segundo Schmitt, a Constituição é uma noção abstrata que corresponde à decisão sobre o tipo e forma de unidade política, sendo que esta decisão é uma “constituição positiva”, uma “ordem social concreta” originada a partir de um ato de poder constituinte (Schmitt, 2008, p. 75). É a unidade política que alcança a Constituição, e não esta última que permite a unificação:

a Constituição, no sentido positivo, implica apenas a determinação consciente da forma particular completa, pela qual a unidade política decide. [...] Tal Constituição é uma decisão consciente, à qual a unidade política chega *por si própria* e providencia-se *a si* através do portador do poder constituinte¹¹ (Schmitt, 2008, p. 75-76).

Aliás, para Schmitt a Constituição nem sequer se estabelece a si própria, mas é “dada a uma unidade política concreta” pela vontade pré-existente. Logo, o que garante a validade constitucional é esta mesma vontade (Schmitt, 2008, p. 76). Esta trata-se, portanto, da tentativa de Schmitt fazer ruir a perspectiva kelseniana – segundo a qual a Constituição é um conjunto de leis especiais adotadas através de um procedimento único.

Schmitt defende ainda que a salvaguarda da Constituição passa, em grande parte, pela estabilidade, expressa na preservação da sua implementação e, portanto, na sua duração. Consequentemente, o que garante a validade das normas de Direito Constitucional é, em primeira instância, a Constituição. Acresce que, pelo que foi exposto acima, concluir-se-á, que a Constituição *schmittiana* é o resultado de um ato político da soberania popular. Sabendo também que para Schmitt: “considerado juridicamente, aquilo que existe enquanto poder *político* tem valor porque existe¹²” (Schmitt, 2008, p. 76), então o valor da Constituição reside na sua existência, pelo que assegurar a sua preservação ao longo do tempo é uma prioridade bem patente na quadra: “existência, integridade, segurança e constituição” (Schmitt, 2008, p. 76), sendo este um dos elementos que fundamenta o ceticismo de Schmitt em relação à revisão constitucional.

Daqui se depreende que as normas constitucionais apenas são vinculativas se contribuírem para a realização, ou seja, para a preservação da Constituição positiva, pois “tudo aquilo que diz respeito à legalidade e à ordem normativa, dentro do *Reich* alemão, é válido apenas no contexto destas decisões [as decisões que enformam a Constituição]¹³” (Schmitt, 2008, p. 78).

Contrariamente a Kelsen, para Schmitt, qualquer ordem jurídica é baseada, em última instância, numa decisão soberana e não numa norma, ideia que radica na sua tese do decisionismo [*Dezisionismus*], apresentada na *Teologia Política*, e na sua concetualização do estado de exceção [*Ausnahmezustand*]: dois elementos que se relacionam quando Schmitt defende que o poder se revela quando o soberano toma as decisões jurídico-políticas nas derradeiras situações de crise.

¹¹ Tradução dos Autores.

¹² Tradução dos Autores.

¹³ Tradução dos Autores.

Neste cenário, a decisão que é tomada é, de uma perspectiva normativa, algo que emerge do vácuo¹⁴ (Schmitt, 2005, p. 31).

Consequentemente, estamos aqui perante dois pensamentos muito diferentes. Para Kelsen, o que atribui um significado único ao conteúdo da Constituição é o procedimento especial que a cria e, eventualmente, modifica. Contrariamente, no entender de Schmitt, o conteúdo da Constituição tem um significado único em si mesmo, e é a importância deste que faz com que seja necessário um procedimento particular sempre que se lida com a Constituição.

Kelsen apresenta-nos uma noção puramente formal: a Constituição não tem um conteúdo específico; Schmitt, porém, introduz uma conceção material: a Constituição apenas existe enquanto tal, se corresponder a uma decisão soberana sobre a unidade política de um povo. Neste sentido, é perceptível como a teoria constitucional *schmittiana* acarreta muitas das premissas da “teologia política” do seu autor, ao passo que a versão *kelseniana* procurava afastar-se desta abordagem político-teológica através das premissas da *Teoria Pura do Direito*.

Portanto, a teoria constitucional de Kelsen e Schmitt apresenta-se também como o reflexo de posições políticas opostas. Kelsen critica todas as tentativas de obscurecer a diferença entre democracia e autocracia, principalmente aquelas que se baseiam na tendência para apresentar a democracia como um problema de liderança que deve ser eficiente e que resultam no conceito paradoxal de “democracia autoritária”.

Para Kelsen, Schmitt é um representante típico desta doutrina, pois na perspectiva do jurista alemão, a ditadura caracteriza-se pela competência do ditador não ser determinada por normas gerais, mas sim pela sua própria discricionariedade, levando Schmitt a concluir que a ditadura apenas poderá ser possível numa base democrática (Kelsen, 1955, p. 32, n. 49).

A divergência entre Kelsen e Schmitt também abrangeu o papel a desempenhar pelo Parlamento. De acordo com Schmitt, a diversidade e o pluralismo das sociedades contemporâneas impedia o Parlamento de cumprir a sua função, pois não conseguia representar o conjunto da população, e muito menos tomar decisões em seu nome. Acresce que, na ótica de Schmitt, o Estado se tornara “refém” das dinâmicas parlamentares, pois fora instrumentalizado pelos líderes partidários de forma a cumprir os seus interesses, resultando por isso num cenário de “paralisia política” (Vinx, 2015, p. 10).

A teoria constitucional de Schmitt assenta numa ficção segundo a qual o poder constituinte reside na vontade popular autêntica e intocada por qualquer divisão social. Logo, a verdadeira democracia apenas existe neste plano constitucional originário, uma vez que o pluralismo social a torna numa versão degenerada de si mesma (Schmitt, 2008, p. 79; p. 138-139). Consequentemente, estamos perante um cenário aparentemente paradoxal, no qual a força da Constituição parte do povo, mas é o seu órgão representativo por excelência, o Parlamento, que é concomitantemente encarado com maior desconfiança.

Sabemos que esta posição é defensável na perspectiva de Schmitt, pois para este o Parlamento não representa, na verdade, a vontade do povo, e é por

¹⁴ Tradução dos Autores.

isso mesmo que deve ver a sua ação política limitada. Kelsen, por outro lado, por mais que não possa aceitar o Parlamento como Guardião da Constituição, pois tal corresponderia a uma solução ideologicamente enviesada pelo princípio democrático, não deixa de o entender como um ator que desempenha um papel destacado, nomeadamente naquilo que concerne à aprovação da própria Constituição, sendo que neste alinhamento, os próprios juízes do Tribunal Constitucional kelseniano são apontados pelo Parlamento.

Um ponto de contacto interessante que nos parece existir entre os dois autores é o facto de ambos se socorrerem de Rousseau para edificarem as suas reflexões, embora, não deixando de o fazer à luz de diferentes prioridades. Deste modo, consideramos que a preocupação de Kelsen com a autonomia radical não só em Kant, mas também na noção rousseauiana de liberdade enquanto autodeterminação do indivíduo, que é alcançada através da sua participação na criação da ordem social.

Contrariamente, Schmitt recupera um elemento diferente da filosofia de Rousseau para construir a pedra basilar da sua teoria: a noção de vontade popular, que corresponde às decisões de um poder constituinte pré-legal. Não obstante, para Kelsen, a forma como Schmitt se inspira em Rousseau acarreta repercussões autoritárias. Não havendo, na realidade, uma vontade popular unificada e autêntica que possa levar à constituição (na sua dupla conotação jurídica e construtiva) de um Estado, então, afirmar que existe um órgão institucional que representa esta vontade ficcional, e que por essa mesma razão deve proteger um elemento tão basilar para uma ordem jurídica como a Constituição é um ato desonesto, manipulativo ou estratégico, mas que de qualquer forma se pauta pela sustentação de um princípio autoritário, dado que se trata da consolidação de um poder limitativo da liberdade dos indivíduos.

Kelsen é um dos principais alvos de Schmitt, pois personifica uma degenerescência burguesa do normativismo, que assenta nos conceitos de relativismo e pluralismo e visa alcançar consensos. Para Schmitt, estas ideias tornam impossível idealizar qualquer tipo de norma fundamental, ou mesmo um sistema coerente de normas, pelo que Kelsen seria internamente inconsistente deste ponto de vista. Adicionalmente, para Schmitt, o relativismo dos valores torna impossível a existência de uma Constituição, pois todos os valores possuiriam a mesma importância, e, portanto, nenhuns deveriam ser salvaguardados de uma forma diferente:

para Schmitt, isto sugere a incoerência autoevidente do positivismo jurídico: o positivismo não oferece nenhuma maneira de distinguir entre elementos essenciais e periféricos do sistema constitucional (Scheuerman, 1996, p. 304).

A crítica de Schmitt em relação à excessiva normatividade liberal não é, contudo, desprovida de fundamento, uma vez que lidar com o poder coercivo do Estado é um problema com que os liberais se batalham até aos dias de hoje. Todavia, consideramos que é uma observação que não se coaduna com a teoria constitucional de Kelsen. Neste âmbito, a lógica schmittiana continua a apresentar-se-nos como sendo incomensuravelmente mais utópica do que a kelseniana,

particularmente naquilo que diz respeito à sua conceção de vontade e soberania populares e à ideia abstrata que aquele tem de Constituição.

Portanto, na nossa interpretação, a democracia é a componente mais importante na distinção entre as posições de Schmitt e Kelsen. Não há dúvida de que solução kelseniana para a adjudicação constitucional é pensada tendo em vista a concretização de um Estado democrático de paz e de resolução dos conflitos. A solução schmittiana, contrariamente, partindo de condições de homogeneidade impossíveis e indesejáveis é, no fundo, um convite para a guerra civil (Vinx, 2021, p. 483).

2 KELSEN E O PROBLEMA DO PODER

Conforme assinalou Norberto Bobbio, a introdução da norma fundamental no sistema kelseniano desempenha “a função de transformar o poder em direito” (Bobbio, 2013, p. 146, p. 154)¹⁵. Noutros termos, o seu propósito fundamental é o de retirar da Teoria Pura do Direito o derradeiro elemento que não é essencialmente normativo: o fato do poder enquanto origem da ordem jurídica, ultrapassando assim o obstáculo com que o positivismo jurídico se depara: o de derivar as normas de factos.

O programa de purificação¹⁶ da teoria do direito, ainda segundo Bobbio, estaria assim, por um lado, aliado à utilização da norma fundamental na transformação do poder em direito, e por outro, ligado à justificação, de índole teórica, que diz respeito à constituição e à unidade do objeto da Teoria Pura do Direito. Contudo, Bobbio sublinha como a preocupação de Kelsen com a pureza parece também ser justificada de um ponto de vista político, partindo, em última instância, de uma opção em favor do direito das leis contra o direito dos homens.

Assim, apesar da assunção kelseniana de neutralidade científica, seria justamente esta opção a motivação última que levaria Kelsen a colocar no topo do seu sistema, não o facto do poder em si, mas sim uma norma, embora peculiar. Porém, sabemos que Kelsen não foi sempre coerente em relação à definição de norma fundamental que defendeu. De facto, teve uma fase mais caracteristicamente kantiana e neokantiana durante a qual definiu a norma fundamental como condição lógico-transcendental do conhecimento jurídico, mas depois atravessou um período de oscilações durante o qual definiu a norma fundamental como uma pressuposição que faz parte da atitude típica dos próprios juristas e juízes. Assim, mais do que uma condição lógico-transcendental, seria uma pressuposição que justifica a maneira de conhecer o direito dos operadores jurídicos.

A coerência entre as fontes kantiana e neokantiana é dada pelo facto de a Lógica do Conhecimento Puro de Hermann Cohen não só não recusar a dimensão transcendental da filosofia de Kant como, pelo contrário, ser passível de ser definida como uma radicalização da mesma. Mario García Berger segue esta tese e vê a radicalização em dois conceitos fundamentais de Cohen: a hipótese, que é tida

¹⁵ Tradução dos Autores.

¹⁶ Purificação esta que vai no sentido de uma dupla depuração de elementos naturalísticos, tanto de origem sociológica como jusnaturalista.

como a fundamentação última de qualquer ciência; e o método de cognição, que determina o seu objeto (Berger, 2020). Destes dois pontos, focar-nos-emos no primeiro, pois é aquele que vai mais de encontro ao cerne da nossa interpretação da norma fundamental.

Para Cohen, a hipótese é como um “juízo da origem”, sendo neste juízo, ao invés de nas categorias, onde reside a fonte da lógica do conhecimento, pois é este que permite encetar a unificação do pensamento, que por sua vez é produtora do objeto do conhecimento. O próprio Kelsen, na sua fase neokantiana, considera que é função da norma fundamental produzir um todo significativo [*Ein sinvolles Ganzes*] a partir dos dados dispersos que se apresentam à cognição do teórico do direito. Sabendo que, com base na tese neokantiana, a fundamentação da cognição só pode ser uma hipótese teórica, então a norma fundamental acaba por desempenhar esta mesma função de hipótese originária.

Aliás, como Ulisses Schmill aponta, Kelsen começou por utilizar o conceito de “norma de origem” [*Ursprungnorm*] para aquilo que depois passou a definir como norma fundamental [*Grundnorm*], o que parece demonstrar a existência de uma derivação direta a partir da arquitetura da Lógica do Conhecimento Puro de Cohen (Schmill, 2004). Encontramos ainda outro elemento de ligação quando nos lembramos de que para Kelsen a tarefa da ciência é a de transformar um material informe num conjunto racional e com significado:

Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. Esta “produção”, porém, tem um puro carácter teórico ou gnosiológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica (Kelsen, 2019, p. 84).

Aquilo que a norma fundamental permite alcançar é a sistematização de uma pluralidade de normas. É neste sentido que ocupa o topo de qualquer sistema jurídico, pois é a partir desta norma pressuposta que podem ter origem as relações de validade que existem entre as normas que constituem uma ordem jurídica. Deste ponto de vista, a norma fundamental de Kelsen pode ser interpretada como um princípio regulador, porque desenvolve o mesmo papel de sistematização, no contexto da Teoria Pura do Direito, que as ideias na teoria do conhecimento de Kant.

Em suma, a norma fundamental não deve ser interpretada como uma fundamentação ontológica da validade das normas jurídicas, mas sim como uma condição transcendental da possibilidade dessa validade (Invernizzi Accetti, 2015), que por sua vez deve ser interpretada no sentido de um princípio regulador (Berger, 2020). Ser considerada do ponto de vista transcendental significa que não deve ser considerada do ponto de vista histórico ou sociológico, porque se tivesse uma dimensão histórica ou sociológica, isso seria uma violação do princípio da

pureza da teoria de Kelsen, pois estaríamos a introduzir elementos factuais ao invés de normativos.

Ainda assim, na nossa interpretação, a norma fundamental desempenha, também, uma função política, pois é ela que fecha o sistema *kelseniano* de forma a garantir, teoricamente, o recuo do poder para as suas margens, enfrentando a Górgona petrificadora do poder cuja existência, por detrás do direito positivo, Kelsen não ignora. Bobbio sublinha como “para uma teoria normativa do direito que resolve o Estado [...] na ordem jurídica” o problema do poder é “secundário”. Mas este carácter “secundário” decorre, inevitavelmente, e apesar das próprias afirmações de Kelsen em sentido contrário, de uma premissa de ordem fundamentalmente política.

A “juridificação” do poder, subjacente ao desenvolvimento das ordens jurídicas “históricas”, é forçosamente vista por Kelsen como um processo de racionalização que se traduz, concretamente, numa limitação do exercício arbitrário do poder, isto é, numa racionalização do exercício do poder. Kelsen não ignora, assim, que, como diz Bobbio, a “norma das normas [...] reenvia ao poder dos poderes” e que é, portanto, preciso “reconhecer que aquilo que fecha o sistema não é a norma, mas o poder” (Bobbio, 2013, p. 145).

2.1 A DEFESA DO GOVERNO DAS LEIS

A acusação que pode ser feita a Kelsen, chegados a este ponto, é dúplice. É, por um lado, uma acusação, de cariz schmittiano, de ter ignorado o lugar do poder no fenómeno jurídico. Por outro, de ter escondido a sua conceção do poder político por detrás de uma teoria do direito supostamente neutral. Ambas as acusações abrangem, portanto, tanto a dissolução teórica do Estado no ordenamento jurídico, como a preferência prático-política por um modelo estadual de tipo liberal-democrático.

Logo, Kelsen seria, simultaneamente, um “liberal-democrático” que, ingênua ou hipocritamente (consoante as perspetivas), “aposta sobre as garantias formais oferecidas pelo direito burguês e pelos procedimentos parlamentares numa fase de crise do estado liberal” (Zolo, 1979, p. 387), e um teórico do direito que, ideologicamente, dissolve o fenómeno do poder num conjunto de relações jurídicas, interpretando assim o Estado como um “tutor neutral de interesses gerais”. Enquanto o Estado é “atravessado por [...] fraturas políticas”, a ordem jurídica é configurada, por Kelsen, como um sistema “unitário, completo e coerente” apagando assim o conflito político do horizonte teórico do jurista (Guastini, 1981, p. 17).

Longe de ser um teórico neutral empenhado em desmistificar as ideologias que se apresentam sob o disfarce de uma teoria do direito, o próprio Kelsen disfarçaria de teoria a legitimação de um *status quo* caracterizado por determinadas relações de poder (contribuindo, assim, para as perpetuar). O “formalismo” e o “procedimentalismo” kelsenianos e, em última instância, a própria dissolução do Estado na ordem jurídica seriam, assim, funcionais ao ocultamento das verdadeiras relações de poder e de domínio.

A ligação entre teoria e prática tornar-se-ia evidente quando, despindo as vestes do teórico neutral, Kelsen elabora a própria teoria política em torno do núcleo de um parlamentarismo liberal, considerado pelo próprio como instrumento de

negociação entre interesses em conflito e (pelos seus críticos) como instrumento de neutralização do conflito social, funcional à defesa de determinadas relações de poder. O Kelsen teórico do constitucionalismo liberal-democrático confundir-se-ia, aqui, com o Kelsen ideólogo do estado “burguês”. De resto, o próprio Schmitt qualificou Kelsen, polemicamente, na Teoria da Constituição de 1928, enquanto um “teórico liberal do *Rechtsstaat*” e um defensor da “democracia constitucional”, onde Schmitt vê na “doutrina normativa do Estado” de Kelsen a “casca vazia de uma espécie de liberalismo”, reconhecendo, contudo que:

já não se tratava da velha fé liberal na ‘soberania da razão’, mas de uma posição inteiramente contraditória: por um lado, a ‘constituição’ soberana, por outro, a sua relativização e a sua dissolução em normas legislativas constitucionais individuais, modificáveis por um determinado procedimento (Schmitt, 2008, p. 106)¹⁷.

Ambas estas críticas levam às suas consequências mais coerentes (mas a partir de um ponto de vista anti-liberal) a observação de Bobbio, segundo a qual a norma fundamental, longe de desempenhar uma função meramente teórica, “diz respeito a uma preferência prática”, pois:

por detrás da tese do primado do direito sobre o poder, primado que se manifesta na suposição da norma fundamental, existe, mesmo que inconsciente, e também expressamente negado, o ideal do Estado de direito, ou seja, do Estado no qual, para me exprimir com uma fórmula tradicional, usada durante séculos pelos juristas, “*lex facit regem*” e não “*rex facit legem*”» (Bobbio, 2013, pp. 146-147).

Contudo, Kelsen recusa uma visão da sociedade como sendo homogénea e internamente não conflitual, visão que ele imputa, inclusive, às teorias “anarquistas”, termo este que Kelsen usa com um significado mais abrangente do habitual, chegando a incluir nele a “teoria política do bolchevismo”, por contemplar, pelo menos no seu horizonte, a extinção do Estado, substituído pela administração de uma sociedade sem classes. Em Kelsen, à ideia, de cariz liberal, segundo a qual não há solução definitiva para o conflito entre interesses individuais e coletivos de uma sociedade complexa, junta-se o dado da experiência da impossibilidade histórica de uma sociedade sem Estado (Kelsen, 1945), justamente porque o Estado é sempre destinado a gerir aquele conflito irresolúvel.

A antropologia de Kelsen, e a sua interpretação da sociedade humana e do poder, levam-no assim a defender o governo das leis contra o governo dos homens. Isto é, a defender uma ideia do direito e da sua autoridade que valoriza os procedimentos formais de um sistema de poder cuja “força vinculativa emana não de um ser humano que comanda, mas sim do comando impessoal e anónimo, como tal”. Esses mesmos procedimentos formais podem ser traduzidos, de um ponto de vista liberal, em procedimentos de contenção e controle do poder.

¹⁷ Tradução dos Autores.

Para encarar esta questão é preciso considerar o ponto fulcral da identificação do Estado com a ordem jurídica. Por um lado, Kelsen interpreta o direito como uma técnica social específica, isto é, a técnica da coerção, de disciplinamento da força [*Macht*], e como tal neutra, do ponto de vista dos conteúdos (Kelsen, 1941). Por outro lado, qualifica qualquer concepção dualista que interprete o Estado como algo de diferente da ordem jurídica, como resíduo de uma personificação primitiva. O Estado é o ordenamento (e vice-versa) e este último é constituído por normas que são fruto de atos de vontade. Não há outros resíduos metafísicos, não existe o Estado, enquanto entidade com uma realidade ontológica própria, que possa agir independentemente da ordem jurídica.

O poder é a eficácia da ordem jurídica. Isto significa que os instrumentos deste poder se concretizam quando os seres humanos são levados a usá-los para uma dada finalidade apenas por comandos que estes consideram normas. Massimo Latorre tem realçado que se por um lado a identificação entre ordem normativa e coerção constitui um elemento realista do pensamento jurídico kelseniano, então há uma segunda dimensão que se configura como uma tendência em sentido oposto, o reconhecimento da função das representações ideológicas individuais como “motor” da “matéria bruta” do poder político.

Segundo Kelsen, a “mera força” não se pode constituir numa ordem política porque esta última seria, fundamentalmente, uma ideia: a representação de uma ordem. Faltando esta representação estaríamos perante uma situação de violência nua: o puro domínio do mais forte. O ponto de separação entre concepção realista e não realista estaria, portanto, na solução *kelseniana* para o problema clássico da quadrilha de ladrões, citada anteriormente. Não se trataria de uma questão de mera eficácia, mas implicaria um elemento de representação da ordem jurídico-política (La Torre, 2010, p. 24).

Ao falar do poder do Estado, normalmente pensa-se em prisões e cadeiras elétricas, metralhadoras e canhões. Mas não se deve esquecer que estas são todas coisas mortas, que se tornam instrumentos de poder apenas quando são usados por seres humanos, e que os seres humanos são, geralmente, levados a usá-los com um determinado propósito, apenas por comandos que encaram como normas. O fenómeno do poder político manifesta-se no facto de que as normas que regulam o uso destes instrumentos se tornam eficazes. O “poder” não está nas prisões ou nas cadeiras elétricas, nem nas metralhadoras ou nos canhões; o “poder” não é qualquer tipo de substância ou entidade escondida por detrás da ordem social. O poder político é a eficácia da ordem coerciva reconhecida enquanto lei. Descrever o Estado como sendo “o poder por detrás da lei” é incorreto, uma vez que sugere a existência de duas entidades separadas, onde há apenas uma: a ordem legal. O dualismo do direito e do Estado é um dobramento ou duplicação supérfluo do objeto da nossa cognição; um resultado da nossa tendência para personificar e então hipotetizar as nossas personificações. Encontrámos um exemplo típico desta tendência na interpretação animística da natureza [...] (Kelsen, 1945, p. 191).

Fica, portanto, ainda em aberto a questão sobre a necessidade de fechar o sistema com uma norma e não com um poder. O facto de, como argumenta Bobbio, a resposta poder estar numa “preferência prática”, não significa que não haja uma ligação entre a posição teórica e a preferência prática. Que esta ligação pode existir, reconhece-o o próprio Kelsen:

O dualismo do Estado e do direito apresenta não apenas uma contradição, no sentido lógico-sistemático; é também, em particular, a fonte de um abuso político-legal. Sob a aparência de um argumento em teoria legal e política, providencia uma maneira de permitir que postulados puramente políticos se imponham ao direito positivo. O dualismo do Estado e do direito torna-se um dualismo de dois sistemas de normas diferentes e mutuamente contraditórios, dos quais um, sob os nomes de “Estado”, razão ou interesse de Estado (também bem público, “direito” público), é então repetidamente trazido para suportar sempre que o outro, nomeadamente direito “positivo”, leva a uma consequência indesejada para os governantes, que são, na verdade, idênticos a este “Estado” (Kelsen, 1973, p. 76-77).

Logo, se encararmos seriamente a proposta de Kelsen, então tanto a sua opção dúplice (teórica e prática) em favor de uma norma que fecha o sistema, como a dimensão “não realista”, sugerida por Latorre, traduzida na necessidade de uma “representação” da ordem, sustentam uma interpretação kelseniana da “juridificação” do poder como processo de racionalização. Interpretação esta, aliás, confirmada pelo paralelismo kelseniano entre a evolução do direito nacional e a evolução do direito internacional. Conforme reconheceu Hauke Brunkhorst, a Teoria Pura do Direito esconde “a mensagem política para deixar o estádio ‘primitivo’ e pré-Estadual da evolução do direito, e para progredir para o estádio ‘civilizado’ de uma *civitas maxima* igualitária” (Brunkhorst, 2011, p. 501).

Esta evolução tem como ponto de chegada a democracia procedimental interpretada, kelsenianamente, como combinação do autogoverno por meio de representação parlamentar (a resposta ao “pesadelo da heteronomia”) com o governo das leis (a resposta ao pesadelo da sujeição ao uso arbitrário da força).

CONCLUSÃO

Ao concluir a sua resposta a Kaufmann, Kelsen fazia referência à “eterna questão sobre o que está por trás do direito positivo”, acrescentando que “quem procura uma resposta não encontrará, receio, a verdade absoluta de uma metafísica, nem a justiça absoluta de um direito natural”, e concluía: “quem levanta o véu e não fecha os olhos, encontrará a cabeça da Górgona do poder a olhar fixamente para ele”. Terminando este breve contributo, queríamos sugerir que, afinal, o próprio Kelsen nunca “fechou os olhos” (Losano, 2010, p. 121).

Tal como Perseu, Kelsen pule o seu escudo – no caso, a Teoria Pura do Direito – para poder encarar a Górgona do poder sem ser petrificado. A desmistificação, em sede teórica, dos dualismos funcionais à defesa de abusos políticos conjuga-se assim com a opção, de índole política, em favor do “governo das leis”, apontando

para uma concepção do direito como processo de racionalização, que a Teoria Pura é chamada a descrever a partir das suas características definitórias segundo um ideal científico isento de juízos de valor [*Wertfreiheit und Wissenschaftsideal*].

A dialética entre o Kelsen teórico do direito e o Kelsen filósofo político pode, assim, ser encarada a partir desta concepção: é verdade que, de um ponto de vista científico e, portanto, neutral, a ordem jurídica pode, segundo Kelsen, ter qualquer conteúdo. Mas é verdade também que a juridificação do poder constitui um processo cujo ponto de chegada (inevitável) é o *Rechtsstaat* como alternativa ao poder arbitrário, um processo que deve continuar, com uma dinâmica de inspiração kantiana¹⁸, também no âmbito do direito internacional.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, D. P. Espinosa, Kelsen e a natureza da norma jurídica. Discurso. *Revista do Departamento de Filosofia da USP*, v. 45, n. 2, p.147-185, 2015. DOI: 10.11606/issn.2318-8863.discurso.2015.112513. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8863.discurso.2015.112513>. Acesso em 31 jan. 2024.

BAUME, S. On political theology: A controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt. *History of European Ideas*, v. 35, n. 3, p. 369-381, 2009. DOI: 10.1016/j.histeuroideas.2009.01.001. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.histeuroideas.2009.01.001>. Acesso em 24 jan. 2024.

BERGER, M. G. A Kantian Interpretation of Kelsen's Basic Norm. *Ratio Juris*, v. 33, n. 1, p. 35-48, 2020. DOI: 10.1111/raju.12266. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/raju.12266>. Acesso em 24 jan. 2024.

BRUNKHORST, H. Critique of Dualism: Hans Kelsen and the Twentieth Century Revolution in International Law. *Constellations*, v. 18, n. 4, p. 496-512, 2011. DOI: 10.1111/j.1467-8675.2011.00655.x. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2011.00655.x>. Acesso em 24 jan. 2024.

BOBBIO, N. *Diritto e potere: Saggi su Kelsen*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013.

DYZENHAUS, D. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.

GUASTINI, R. Introduzione. In: KELSEN, H. *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Milão: Il Saggiatore, 1981. p. 7-36.

INVERNIZZI ACCETTI, C. The Temporality of Normativity: Hans Kelsen's Overcoming of the Problem of the Foundation for Legal Validity. *Philosophy & Social Criticism*, v. 42, n. 1, p. 25-43, 2015. DOI: 10.1177/0191453715580054. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0191453715580054>. Acesso em: 24 jan. 2024.

¹⁸ A referência é aqui, obviamente, o Kant da *Paz Perpétua*.

KAUFMANN E.; NAWIASKY, H.; HENSEL, A.; BÜHLER, O. Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. Der Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts. Berichte von Erich Kaufmann, Hans Nawiasky, Albert Hensel und Ottmar Bühler. *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Münster i.W.* am 29. und 30. März 1926. Mit einem Auszug aus der Aussprache. Berlin: Walter de Gruyter, 1927. DOI: 10.1515/9783112599945. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/9783112599945>. Acesso em: 9 nov. 2023.

KELSEN, H. Diskussionsrede. In: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. Der Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts. Berichte von Erich Kaufmann, Hans Nawiasky, Albert Hensel und Ottmar Bühler. *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Münster i.W.* am 29. und 30. März 1926. Mit einem Auszug aus der Aussprache. Berlin: Walter de Gruyter, 1927. p. 53-55. DOI: 10.1515/9783112599945. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/9783112599945>. Acesso em: 26 jan. 2024.

KELSEN, H. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübinga: Mohr Siebeck, 1928.

KELSEN, H. Der Wandel des Souveränitätsbegriffes. In: *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio*. Modena: Società Tipografica Modenese, 1931. t. II, p. 8-9.

KELSEN, H. International Peace - by Court or by Government? *American Journal of Sociology*, v. 46, n. 4, p. 571-581, 1941. DOI: 10.1086/218699. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/218699>. Acesso em: 12 nov. 2023.

KELSEN, H. The Law as a Specific Social Technique. *The University of Chicago Law Review*, v. 9, n. 1, p. 75-97, 1941. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1597151>. Acesso em: 26 jan. 2024.

KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1945.

KELSEN, H. Foundations of Democracy. *Ethics*, v. 66, n. 1, p. 1-101, 1955. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2378551>. Acesso em: 9 nov. 2023.

KELSEN, H. God and the State. In: WEINBERGER, O. (ed.). *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Dordrecht, Países Baixos: D. Reidel Publishing Company, 1973, p. 61-82.

KELSEN, H. The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves. In: PAULSON, S. L. (ed.). *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p.168-175.

KELSEN, H. Selbstdarstellung (1927). In: JESTAEDT, M. (org.). Hans Kelsen Werke. *Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, v. 1. Tubinga: Mohr Siebeck, 2007.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. Lisboa: Edições Almedina, 2019.

LA TORRE, M. *Law as Institution*. Dordrecht: Springer, 2010.

LOSANO, M. G. *Sistema e Estrutura no Direito*. O século XX, vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PAULSON, S. Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 19, n. 2, p. 351-364, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20468276>. Acesso em: 24 jan. 2024.

PAULSON, S. Some Issues in the Exchange between Hans Kelsen and Erich Kaufmann. *Scandinavian studies in law*, n. 48, p. 269-290, 2005. Disponível em: <https://lawpub.se/en/artikel/5572>. Acesso em: 9 nov. 2023.

PAULSON, S. Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the 'Guardian' Controversy of 1932. In: MEIERHENRICH, J.; SIMONS, O. (ed.). *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 510-546.

SCHEUERMAN, W. E. Carl Schmitt's Critique of Liberal Constitutionalism. *The Review of Politics*, v. 58, n. 2, p. 299-322, 1996. DOI: 10.1017/S0034670500019392. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0034670500019392>. Acesso em: 24 jan. 2024.

SCHMILL, U. La influencia de Hermann Cohen en Hans Kelsen. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, n. 21, p. 117-155, 2004. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/la-influencia-de-hermann-cohen-en-hans-kelsen-0/>

SCHMITT, C. *Political Theology*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Durham e Londres: Duke University Press, 2008.

STOLLEIS, M. *A History of Public Law in Germany (1914-1945)*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

VINX, L. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

VINX, L. *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

VINX, L. Hans Kelsen and the material constitution of democracy. *Jurisprudence*, v. 12, n. 4, p. 466-490, 2021. DOI: 10.1080/20403313.2021.1921493. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/20403313.2021.1921493>. Acesso em: 24 jan. 2024.

ZOLO, D. Recensione a H. Kelsen, Socialismo e Stato. *Quaderni Fiorentini*, n. 8, p. 382-388, 1979.