



# A CONTRADIÇÃO FUNCIONAL DO PRINCÍPIO DE RELATIVISMO NA OBRA POLÍTICA E JURÍDICA DE HANS KELSEN

*Mateus Di Palma Back\**  
*Sandra Regina Martini\*\**

## Resumo

O presente artigo se dedica a recuperar e criticar, partindo-se do contexto das obras do autor, um princípio teórico fundante do método descritivo de Hans Kelsen. Apontamos, num primeiro momento, como esse mesmo princípio de relativismo desenvolve funções contraditórias ao informar ora a teoria jurídica, ora a teoria política de Kelsen. O problema deriva especificamente do modo como este princípio informa uma descrição científica da interpretação jurídica e uma descrição igualmente científica da democracia. Após, especulamos sobre como Kelsen constrói esse posicionamento teórico, dividido então em relativismo teórico e ético, a partir de uma posição científica centrada na posição fundamental do idealismo transcendental kantiano. Posteriormente, descrevemos como esse princípio se relaciona com a concepção de democracia e também com a teoria da interpretação jurídica as quais Kelsen constrói em diferentes momentos. Por fim, reafirmamos a conclusão acerca da contradição funcional do princípio de relativismo na obra de Kelsen: simultaneamente como disposição democrática e instrumento de impotência teórica frente à uma autocracia jurisdicional.

## Palavras chave

Relativismo. Democracia. Interpretação.

---

\* Possui graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2013). Mestrado em Direito na linha Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, no Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio Sinos (2016). Professor temporário de Direito Tributário na UNESC.

\*\* Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983), mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997), doutorado em *Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti* pela Università Degli Studi di Lecce (2001), Pós-doutorado em Direito (Roma Tre, 2006) e Pós-doutorado em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Professora do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter). Professora-visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFRGS (PPGD).

**Abstract**

The present article is dedicated to recovering and criticizing, starting from the context of the works of the author, a theoretical principle based on the descriptive method of Hans Kelsen. We point out, at first, how this same principle of relativism develops contradictory functions in informing both Kelsen's legal theory and political theory. The problem stems specifically from the manner this principle informs a scientific description of legal interpretation and an equally scientific description of democracy. Afterwards, we speculate about how Kelsen constructs this theoretical positioning, now divided in theoretical and ethical relativism, from a scientific position centered on the fundamental position of Kantian transcendental idealism. Subsequently, we describe how this principle relates to the concept of democracy and also to the theory of legal interpretation which Kelsen constructs at different times. Finally, we reaffirm the conclusion about the functional contradiction of the principle of relativism in Kelsen's work: simultaneously as a democratic disposition and an instrument of theoretical impotence in the face of a jurisdictional autocracy.

**Keywords**

Relativism. Democracy. Interpretation.

## 1. INTRODUÇÃO

Hans Kelsen, que por toda parte é reconhecido como um dos juristas e politólogos mais importantes do século passado, é também um que não falhou em um suscitar admiradores e seguidores, alguns dentre os quais levariam seu legado adiante de forma primorosa, além de, principalmente, críticos, dentre os quais se reconhece aqueles que fazem uma má construção da sua teoria e também aqueles plenamente justificados. Senão cumprir seu propósito principal, esse artigo ainda deverá servir para ilustrar como essas resistências não foram sem razão. Dentre os objetos de polêmica da sua teoria normativista do direito, condensada praticamente em sua integralidade na segunda edição da sua obra magna, a Teoria Pura do Direito (1960), um tema que não falhou em provocar o desconforto dos juristas foi o seu oitavo e último capítulo, onde Kelsen tratou sobre o ato de interpretação dos estudiosos do direito e também das autoridades jurídicas.

Tais considerações do oitavo capítulo não surgem descoladas do arsenal lógico-teórico que é construído ao longo de toda a obra, e principalmente do terceiro capítulo nos quais Kelsen funda seu método científico normativo, e também do seu capítulo quinto onde ele desenvolve as suas considerações sobre um segmento teórico de sua teoria pura: a teoria dinâmica do direito. Trata-se, no caso do terceiro capítulo, da diferenciação entre proposição jurídica e norma jurídica, e, no caso do quinto, do estudo sobre o sentido de validade da norma jurídica e, portanto, no que concerne ao aplicador do direito, o sentido de validade da norma jurídica individual.

No entanto, existe uma série de pressupostos lógico-filosóficos que embasam a Teoria Pura do Direito, no tocante ao caráter 'científico' da produção, que contribuem logicamente para as proposições teóricas expressadas na referida polêmica. Parte-se aqui da proposição de que alguns desses pressupostos não foram (ou, ao menos, não com total transparência) evidenciados no bojo da obra, ao passo que outros, ao contrário, o foram.

No caso dos pressupostos menos evidentes, nos interessamos sobremaneira pelo relativismo – como diria Kelsen – filosófico, ou, talvez, relativismo teórico, que é aquela postura de relativo ceticismo com relação à crença, à potência dos empreendimentos científicos e, de maneira geral, às proposições de verdade com as quais se pode atinar com. Já quanto aos pressupostos explícitos, dentre aqueles que se encontram na própria Teoria Pura do Direito, nos interessamos aqui pelo relativismo axiológico, ou relativismo ético, postura análoga e logicamente consequente da anterior, na qual o proponente se opõe, dessa vez, às concepções absolutistas não de verdades, mas de valores. Inclusive, entendendo-se essa última categoria de modo bastante abrangente. Para Kelsen, a postura de negação da verdade absoluta, assim como a de negação do valor absoluto, significam a mesma coisa: a negação lógica do metafísico e do transcendente.

## 2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

Antes de prosseguir com a apresentação das posturas filosóficas ora problematizadas, é necessário advertir que o presente capítulo serve para a construção de uma estrutura argumentativa de onde serão resgatados argumentos para uma fundamentação posterior.

A primeira postura – a de relativismo filosófico geral – contribui somente tangencialmente para a construção da Teoria Pura do Direito, de maneira que, caso não fosse de importância para esse artigo, poderíamos até desprezar a sua incidência na mesma e nos focarmos somente na consequência do relativismo axiológico. O seu sentido é evocado somente no que tange ao posicionamento construtivista de Kelsen em admitir-se que a verdade acerca de um determinado objeto, como bem o próprio objeto, são sempre relativos aos modos ou métodos de concepção; métodos esses que podem ser falíveis, como muitas vezes se demonstram especialmente nos exemplos acarretados pelos fracassos explicativos das assim chamadas ciências naturais. Dizemos que poderíamos até desprezar essa postura porque ela não contribui em nada com relação a própria construção do método normativo senão como uma espécie de cláusula de cautela, de possibilidade de erro. De fato, o normativismo deve a sua construção muito mais ao pressuposto de dualismo metodológico (distinção lógica entre os princípios de imputação e causalidade) que é posterior à discussão do posicionamento do próprio cientista.

A segunda postura – a de relativismo axiológico – é muito mais relevante para a construção interna do método normativo jurídico de se observar o próprio direito. Trata-se da impossibilidade, defendida por Kelsen, de se constatar valores morais absolutos. Precisamente a impossibilidade que motiva a separação conceitual entre direito e moral, mas também entre direito e justiça. E, aqui, com ênfase no ‘conceitual’, pois mesmo Kelsen não poderia admitir que não haja uma conexão necessária entre direito e moral, mas tão somente que eles se mantêm conceitualmente distintos. O que isso significa para Kelsen é que, uma vez que não há uma concepção absoluta e universalmente válida de moralidade, não se pode logicamente fazer confundir os valores de moral e imoral com os valores objetivamente verificáveis de jurídico e antijurídico e muito menos fazer depender um juízo de valor de outro.

Aliás, essa diferença conceitual se sustentaria mesmo se fosse demonstrável a existência de valores morais não somente objetivos (caso específico da moral positiva), mas mesmo absolutos. Se essa diferenciação já não fosse possível, em um primeiro cenário, teríamos um caos conceitual onde a imputação do jurídico já não serviria de nada, senão como um conceito de equívoco frente a moral necessária; alternativamente, num segundo cenário, poderíamos ter uma defesa ideológica do valor do direito, um positivismo ético, ou seja, a reclamação de que o que é jurídico é, também, moral. No fim, é a própria separação conceitual entre direito e moral que permite ao ator político posicionar-se por um direito que ele considere ‘bom’, no particular, ou ‘justo’, no geral. Em Kelsen, essa distinção conceitual decorre justamente das posturas relativistas antes assinaladas.

Agora, a razão para a consideração de tais posturas ser importante para esse trabalho é justamente em virtude do lugar que elas ocupam dentro das produções de Kelsen acerca do fenômeno da democracia. Especificamente aqui, no discurso que relaciona forma de estado e visão de mundo. Quer dizer, Kelsen não somente defende uma visão explicitamente dicotômica de formas de estado, na qual ele opõe diretamente democracia e autocracia, mas também argumenta existir, neste mesmo esquema descritivo, uma disposição ou preferência geral entre os relativistas pela forma democracia, ao passo que os absolutistas manifestariam uma disposição muito mais evidentemente autocrática. Tal se manifestaria, inclusive, evidenciado nos regimes ditatoriais observados ao largo do século passado. A distinção geral que se faz entre relativistas e absolutistas abrange tanto a maneira de tratamento da verdade (absolutistas e relativistas filosóficos *stricto sensu*) quanto a de tratamento dos valores (absolutistas e relativistas axiológicos).

Da maneira, aliás, como Kelsen expõe, surge a impressão de que essas duas tendências acompanham-se, mas é preciso relevar que isso não é necessariamente verdade. O próprio Immanuel Kant, como também será abordado, talvez seja um exemplo que carregue tendências absolutistas (com relação ao

campo axiológico) e tendências relativistas (com relação ao campo gnosiológico). Além disso, mesmo Kelsen admitia essa correlação somente de maneira geral, mas observa que haveriam fatores que poderiam frustrar as expectativas de correspondência funcional entre essas preferências designadas, como veremos mais adiante. O que importa é que Kelsen argumenta existir essa correlação entre a forma de estado democracia com o que passa-se a chamar, desde já, princípio de relativismo.

No entanto, tal correlação acaba não manifestada no desenvolvimento da construção da sua teoria jurídica quando, no anteriormente aludido capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito, Kelsen acaba contornando o problema da discricionariedade do julgador. O julgador, que é aplicador do direito, para Kelsen, inevitavelmente cria o direito em todo e qualquer ato de interpretação. É claro que ele se encontra numa situação na qual ele tende a se conformar nos limites de uma certa moldura interpretativa (conceito que será revisitado no seu próprio momento), mas ocorre que nada impede que ele viole os limites semântico-interpretativos dessa moldura e ponha um direito inédito, desvinculado totalmente do conteúdo das normas precedentes, e, no entanto, perfeitamente de acordo com o sentido normativo de produção da norma jurídica individual sendo, portanto, uma decisão jurídica.

Então a teoria normativa do direito elaborada por Kelsen, a mesma teoria que foi concebida mediante o princípio de relativismo, termina sem defesa perante a ocorrência de um ato inegavelmente político que não referenda a vontade democrática e nem se conforma perante as orientações que esta teria deixado. Na verdade, graças ao relativismo axiológico de Kelsen, a sua própria teoria do direito não pode recorrer à um discurso axiológico para, sob qualquer pretexto (de correção, de princípio, de ponderação, entre outros), prevenir que a decisão discricionária seja considerada pelo julgador. Em última instância, a orientação relativista da teoria kelseniana não tem defesa contra a instalação da autocracia na jurisdição; não tem defesa perante a discricionariedade de um absolutista – seja filosófico ou axiológico. E isso porque não pode recorrer ao constrangimento que o desrespeito à moral impõe àqueles que ajam contra suas determinações, ou melhor, às determinações de um discurso moralmente valorativo.

De todo modo, apresentou-se até aqui uma contextualização do argumento que é o fio condutor da exposição que segue. Tal exercício é necessário pois existe um risco de estranhamento entre os pontos de contato que relacionam 1) pressupostos epistemológicos, 2) formas de estado e 3) a temática da interpretação na Teoria Pura do Direito.

Essa contextualização serve simultaneamente para postular essa contradição decorrente do princípio de relativismo, e também para apresentar e justificar uma estrutura argumentativa. Portanto, eis como procederá essa exposição: primeiramente, introduzir-se-á o princípio de relativismo e como esse

adentra a obra de Hans Kelsen, e isso requer, no caso do relativismo filosófico, que nos lembremos da origem teórica de Kelsen no agora longínquo kantismo; em um segundo momento, deverá ser sintetizada a oposição que Kelsen faz entre democracia e autocracia, bem como a correlação que estas sustentam com as mundividências relativistas e absolutistas; seguindo a lógica dessa exposição precedente, há que se demonstrar, ao final do trabalho, como Kelsen chega à questão da interpretação e como ela se resume na impossibilidade de contornar a discricionariedade manifesta politicamente como forma de autocracia jurisdicional ou juízo autocrático.

### 3. O PRINCÍPIO DE RELATIVISMO

O princípio de relativismo é um pressuposto teórico fundamental da teoria pura do Direito, mas também da teoria da democracia em Kelsen. Ao princípio de relativismo corresponde uma atitude filosófica geral que preconiza que as assertivas (de verdade) científicas são produtos de uma observação subjetiva, ainda que metodologicamente controlada. Melhor dizendo, a verdade é um produto humano e, desse modo: plural, contingente e falível. O relativismo filosófico se apresenta como uma cláusula de cautela, ou seja, a nota de roda pé implícita em todo o trabalho acadêmico onde se lê: 'Atenção! Todo este trabalho pode estar errado'. É a exigência de que a observação contém a sua própria negação. Desse posicionamento – e, portanto, nos domínios conceituais do princípio de relativismo – surge um outro que lhe é acessório, o qual determina que, igualmente, nenhum juízo ético possui caráter absoluto. E a lógica é a mesma, o sujeito precisa estar disposto a admitir que todas as normas morais de conduta que ele observa, respeita e promove, podem estar equivocadas; uma atitude, segundo Kelsen, eminentemente democrática. O que buscaremos neste item é encontrar o tratamento teórico dado ao princípio de relativismo (filosófico *stricto sensu* e ético) que informa a teoria pura do Direito.

No caso do relativismo ético, sabemos que poderíamos rastreá-los em virtude de suas heranças teóricas, ora a neokantiana, ora a neopositivista<sup>1</sup>. No entanto, Kelsen faz um bom trabalho em desenvolver os seus argumentos com um rigor lógico de tamanha clareza que ele pouco precisa referenciar, a título de esclarecimento, as origens de sua concepção. Por essa razão, dada nossa proposta, pouco nos beneficiaríamos fazendo esse resgate nós mesmos.

No caso específico do relativismo filosófico, contudo, pouco pode ser colhido diretamente de seus escritos aos quais tivemos acesso. Mas como é um valor relativista que é vinculado simultaneamente ao método normativo –

---

<sup>1</sup> “E, no que toca ao seu relativismo ético, tema aqui abordado, Kelsen efetivamente o fundamenta, em distintas ocasiões, ora com argumentos neokantianos, ora com argumentos neopositivistas.” (VENERIO, 2010, p.82)

principalmente por guardar relação com o relativismo axiológico – e à predisposição democrática, é certo que ele precisa ser referido neste trabalho. Daí nos valem da sua forte conexão com idealismo transcendental<sup>2</sup> de Kant<sup>3</sup> para formularmos o ponto do seu relativismo, até porque este surge como um pressuposto lógico da teoria construída por Kelsen e também de todo o seu desenvolvimento teórico – como por exemplo, na fundação de seu construtivismo normativista<sup>4</sup>.

### 3.1. Origens kantianas do relativismo teórico incorporado por Kelsen

É importante mencionar, de início, que as acusações de relativismo decorrem muito mais acertadamente como consequência das características de teoria idealista, como era a kantiana, do que das exigências teóricas que Kant impunha para a possibilidade de uma razão pura.

Enquanto uma doutrina idealista, e não materialista (nem agnóstica)<sup>5</sup>, do conhecimento, na Crítica da Razão Pura estava implícita a ideia de que a realidade observada não era uma realidade **real**, senão meramente uma realidade **representada**<sup>6</sup>. É da própria conotação do idealismo que se implica que o que se concebe e compreende parte necessariamente de um ‘conjunto de ideias’, embora essa construção apareça nas diversas teorias idealistas em denotações distintas, como, por exemplo, ‘complexo de sensações’, ‘imagens’ ou simplesmente fenômenos (por isso: fenomenologia). Isso era um traço comum mesmo às correntes idealistas das quais Kant buscava se afastar, como o que ele chamava de idealismo dogmático ou o idealismo empírico (KANT, 2012, p.

---

<sup>2</sup> “Por idealismo transcendental de todos os fenômenos, contudo, entendo a doutrina segundo a qual nós os consideramos, em seu conjunto, como meras representações, não como coisas em si mesmas, e o tempo e o espaço, de acordo com isso, são apenas formas sensíveis de nossa intuição, e não determinações ou condições, dadas por si mesmas, dos objetos como coisas em si mesmas. A esse idealismo se opõe um realismo transcendental que considera o tempo e o espaço como algo dado em si (independentemente de nossa sensibilidade).” (KANT, 2012, p.331, parênteses no original)

<sup>3</sup> “É necessário lembrar que Kelsen é um neokantista, formado e informado no criticismo transcendental que ele aplica com grande rigor no campo da Ciência jurídica.” (REALE, 2002, p.458)

<sup>4</sup> Sobre isso, ver: “Como neokantiano, Hans Kelsen concebera, inicialmente, as normas como *esquemas de interpretação* da experiência social possível, a experiência que só é propriamente jurídica enquanto referida a normas de Direito, cuja validade não resulta de sua correspondência aos fatos, nem do conteúdo que possam ter, mas tão somente da sua situação no interior do sistema, ligando-se à uma norma superior, por nexos puramente lógicos, e assim sucessivamente, até alcançar a *norma fundamental* recebida como pressuposto da ordem jurídica positiva [...]” (REALE, 2002, p.466, *italico* no original)

<sup>5</sup> “Para o materialista, é o mundo exterior de que as nossas sensações são imagens, que é ‘dado de facto’. Para o idealista, é a sensação que é ‘dada de facto’, e o mundo exterior é declarado ‘complexo de sensações’. Para o agnóstico a sensação é igualmente ‘dada imediatamente’, mas não vai mais além, nem na direção da teoria materialista [...] nem na direção da teoria idealista” (LÉNINE, 1975, p.97, *grifos* no original)

<sup>6</sup> Vide nota 2.

231-238) representados respectivamente por George Berkeley e Renée Descartes.

A estratégia propriamente kantiana foi a de transpor o acento da relação sujeito-objeto desde o objeto cognoscível (a representação, o fenômeno, a ideia) até o sujeito cognoscente, fazendo, então, o primeiro passar a depender logicamente do segundo enquanto condição de existência. O sujeito, desta perspectiva, deixa de desempenhar uma relação passiva perante seu objeto na relação de conhecimento, e ocupa o lugar do legislador do mundo, construtor do objeto de conhecimento. Nesse sentido, o famoso giro copernicano<sup>7</sup> de Kant não passou da reafirmação da exigência teórica de que “o eu penso tem de poder acompanhar todas as minhas representações” (KANT, 2012, p.129). Se o que se tem no fenômeno são representações, é lícito dizer que são representações-para-o-sujeito. Qualquer pretensão de objetividade não pode se dar fora desse esquema conceitual. Nos parece que a relação de conhecimento que Kant realmente inaugura é a de sujeito-subjetividade, que, dito de outra forma, é: o *subjectum* e a sua própria atividade.

Se a realidade apreensível se dá no nível fenomênico (da representação), a realidade real (inapreensível) se dá no mundo noumênico<sup>8</sup>, o qual, se existe, é inacessível. O conhecimento do real seria impossível e nós somente teríamos acesso às nossas representações falíveis e superáveis que podem corresponder (em maior ou menor grau) ou não à essa realidade.

Eis aí a origem das acusações de relativismo – ao menos do relativismo kantiano – que, embora alguns, mais cuidados diferem das modalidades do

---

<sup>7</sup> “Era isso que Kant chamava significativamente de *revolução copernicana*. Assim como Copérnico supera o sistema ptolomeico, colocando não mais a Terra, mas sim o Sol no centro de nosso sistema planetário, afirmava o filósofo germânico ser necessário romper com a atitude gnoseológica [sic] tradicional. Em lugar de se conceber o sujeito cognoscente como planeta a girar em torno do objeto, pretende Kant serem os objetos dependentes da posição central e primordial do sujeito cognoscente. Esta referencia ao criticismo de Kant visa a mostrar a correlação essencial que existe entre o problema do objeto e o do método, até ao ponto de subordinar-se um problema ao outro: – uma ciência viria a ser o seu método, porque o sujeito que conhece, ao seguir um método, criaria de certa maneira, o objeto, como momento de seu pensar.” (REALE, 2002, p.77, itálico no original) Isso justificaria a concepção que Reale expõe na nota 4. Sobre a maneira de como a ciência do direito, enquanto método, cria o seu próprio objeto, veremos adiante na breve exposição sobre o método normativo no item IV.

<sup>8</sup> Na verdade, o que ocorre é que “Kant admite [...] a existência da ‘coisa em si’, mas declara-a ‘incognoscível’, [...] da competência de um domínio completamente diferente, do domínio do ‘além’ (*Jenseits*), inacessível ao saber, mas revelado pela fé.” (LÉNINE, 1975, p.89, grifo e parênteses no original)

subjetivismo ou do ceticismo<sup>9</sup>, outros não fazem ressalvas e associam ao solipsismo e ao ceticismo absoluto<sup>10</sup>.

Do que foi dito, não é realmente improvável que Kelsen daqui tenha importado uma certa postura de relativismo teórico, dada a sua própria concepção de relativismo filosófico:

O relativismo filosófico [...] advoga a doutrina empírica de que a realidade só existe no interior do conhecimento humano, e que, enquanto objeto de conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscente. O absoluto, a coisa em si, está além da experiência humana; é inacessível ao conhecimento humano e, portanto, incognoscível. (KELSEN, 2000, p.347-348)

Tal postura cobraria do indivíduo, segundo Kelsen, uma atitude de humildade e reconhecimento da própria falibilidade que, segundo seu argumento, que logo será exposto, são disposições filosóficas de quem se identifica com a democracia enquanto forma de estado. Embora talvez – e **certamente** na concepção do próprio Kelsen – essa postura não chegue a desenvolver num ponto de um ceticismo absoluto ou num solipsismo<sup>11</sup>, basta que se observe, através do discurso teórico kantiano, que foi trazido à baila, a grade de pressupostos lógicos que viriam a orientar o pensamento construtivista do jurista austríaco.

---

<sup>9</sup> “[...] o relativismo baliza o conhecimento humano, excluindo de suas possibilidades a esfera do absoluto, mas daí não resulta que o relativismo possa ser considerado cético. Os relativistas declaram que se conhece parcialmente, mas sustentam a certeza objetiva do pouco que se conhece, até que não se prove a sua invalidade.” (REALE, 2002, p.162)

<sup>10</sup> “[...] basear a teoria do conhecimento no relativismo, é ficar infalivelmente condenado ao ceticismo absoluto, ao agnosticismo e ao sofisticado, ou então ao subjetivismo. Como teoria do conhecimento, o relativismo não é apenas a confissão da relatividade dos nossos conhecimentos; é também a negação de qualquer medida, de qualquer modelo objectivo, existindo independentemente da humanidade e do qual se aproxima cada vez mais o nosso conhecimento relativo. Pode-se partindo do relativismo puro, justificar qualquer espécie de sofística, admitir, por exemplo, 'relativamente' que Napoleão morreu ou não morreu a 5 de Maio de 1821; pode-se declarar, como simples 'comodidade' para o homem ou a humanidade, admitir, ao lado da ideologia científica ('cómoda' de um certo ponto de vista), a ideologia religiosa (muito 'cómoda' doutro ponto de vista), etc.” (LÉNINE, 1975, p.120-121, grifo e parênteses no original)

<sup>11</sup> “O caráter subjetivo da teoria relativista do conhecimento acarreta dois perigos. O primeiro é um solipsismo paradoxal, isto é, a suposição de que o *ego*, enquanto sujeito do conhecimento, seja a única realidade existente. Essa visão envolveria uma epistemologia relativista numa incoerência. Pois, se for a única realidade existente, o *ego* deve ser uma realidade absoluta. O segundo perigo é um pluralismo não menos paradoxal. Como, segundo esse parecer, o mundo existe apenas no conhecimento do sujeito, o *ego*, por assim dizer, é o centro do seu próprio mundo. Contudo, caso se deva admitir a existência de muitos *egos*, a consequência inevitável parece ser a de que há tantos mundos quanto sujeitos de conhecimento. O relativismo filosófico evita deliberadamente tanto o solipsismo quanto o pluralismo.” (KELSEN, 2000, p.349, itálico no original)

### 3.2. O papel do relativismo axiológico para a ciência normativa do direito

Outro problema é o relativo ao relativismo axiológico, que – tal como o exemplo do relativismo filosófico que não significa ceticismo absoluto com relação a possibilidade de conhecer mas tão somente fazer depender o conhecimento de uma certa referência – também não significa ceticismo ou absoluta descrença na existência de quaisquer valores, mas tão somente na existência de valores absolutos.

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

Essa é uma postura que já não é tão evidente na proposição construtivista do método normativista, mas que se encontra ali, logo no que tange a independência conceitual entre os conceitos de direito e moral, no particular, e também entre direito e justiça, no geral. O relativismo axiológico afasta o estudo do direito de ambas essas categorias valorativas, mas isso não quer dizer que elas não se correspondem em certa medida. Atente-se, todavia, que a separação conceitual entre direito e moral é uma que é formal e não substantiva<sup>12</sup>.

Para Kelsen, ambas as normas de justiça e as normas morais são normas sociais – como aliás, são também as normas jurídicas – e a diferença consistiria no fato de que enquanto todas as normas de justiça são, de fato, normas morais, nem todas as normas morais são, de fato, normas de justiça. É claro que, enquanto normas sociais, ambas se destinam a prescrever as condutas de outros que não necessariamente os seus enunciadores (ou, proponentes), no entanto enquanto as normas morais *stricto sensu* se dedicam somente ao comportamento singular da pessoa, as normas de justiça (que também são normas morais *latu sensu*) somente são aquelas que “prescreva[m] um determinado tratamento de um indivíduo por um outro indivíduo” (KELSEN, 1998, p.4, itálico no original). E assim, eventualmente podemos dizer que dada norma jurídica, seja uma norma jurídica geral (uma lei ordinária, por ex.) ou uma norma jurídica individual (uma sentença, um ato administrativo, por ex.) são justos ou injustos, ou que a predileção de uma mãe por um filho sobre o outro é justa

---

<sup>12</sup> “Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta. Então, neste sentido relativo, todo Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo).” (KELSEN, 2006, p.74, parênteses no original)

ou injusta, ou até mesmo as expectativas morais que um indivíduo tem sobre o comportamento de outra são justas ou injustas; todos esses exemplos constituem uma prescrição de tratamento de um indivíduo por outro. O exemplo de Kelsen é ainda mais ilustrativo:

A norma: 'não devemos suicidar-nos' pode ser considerada uma norma moral que proíbe tal conduta em razão dos seus maus efeitos sobre a comunidade. Mas essa norma não pode ser uma norma de justiça, pois não descreve um determinado tratamento de um homem por parte de outro homem. Quer dizer: o suicídio pode ser julgado imoral, mas não injusto. No entanto, o fato de se inumarem os suicidas, não num cemitério comum, mas em separado, ou de se punir a tentativa de suicídio por ser considerado como justo ou injusto, isto é, ser apreciado segundo uma norma que prescreve um determinado tratamento aos homens, o impões ou proíbe – e, assim, constitui o valor justiça, tem o caráter de uma norma de justiça. (KELSEN, 1998, p.4, grifos no original)

Dito isso, saibamos que quando nos referimos à norma moral, nos referimos à norma moral *latu sensu* e que o relativismo axiológico ou ético se refere à mesma categorização abrangente de normas. Porque a diferença fundamental que nos interessa aqui não é a que se põe entre normas de justiça e normas morais em sentido estrito, mas entre normas morais e normas jurídicas.

Nesse sentido, “[o] Direito e a Moral não se podem distinguir essencialmente com referência à produção ou aplicação das suas normas” (KELSEN, 2006, p.70), visto que ambos podem ser produzidos consuetudinariamente ou via autoridades positivamente constituídas (sem contar que Kelsen não distingue realmente produção e aplicação de normas, como veremos mais tarde). Uma solução seria recorrer-se à referência aos valores moral/imoral ou *Recht/Unrecht* atribuídos respectivamente pela Moral e pelo Direito; tal esforço depende de se poder fazer referência à ao menos um dos sistemas normativos postos e de, respeitando o método normativo kelseniano, realizar o exercício de rastrear o sentido de validade da atribuição até a pressuposição de uma norma fundamental jurídica ou de justiça (que envolve todo um outro problema). Essa seria a maneira normativista de resolver esse problema.

Entretanto, a solução para esse problema de diferenciação poderia é claro se dar por muitas vias – como a do funcionalismo ou a do convencionalismo, por exemplo – e, surpreendentemente, Kelsen recorre imediatamente à uma que não envolve o emprego de seu método normativo, mas recorre à um tipo de estruturalismo ou formalismo. Formalismo porque trata-se de uma diferença relativa não ao conteúdo do que se prescreve mas à forma como são prescritas as diferentes normas; no caso da norma jurídica, esta se dá “ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado” (KELSEN, 2006, p.71). E estruturalismo porque se trata da definição da norma jurídica em face

da norma moral (que já definimos aqui: é desprovida de caráter coercitivo<sup>13</sup>) através de um dos elementos estruturantes da norma jurídica, a sanção<sup>14</sup>, que é melhor estudada nos estudos kelsenianos sobre a teoria estática do direito, na qual não nos deteremos nesse trabalho. O fato é que Kelsen, traido momentaneamente seu método normativo, vincula o direito, mais do que à uma ordem normativa objetivamente válida, conceitualmente à possibilidade de violência.

Ao que tudo indica, essa evasão pouco satisfatória do seu próprio normativismo<sup>15</sup> teria servido somente para desvincular-se conceitualmente o Direito da Moral, para que o estudo do primeiro – realizado pela Jurisprudência – não se possa confundir com o estudo da segunda – realizado pela ética (KELSEN, 2006, p.67). Ocorre que o relativismo axiológico desempenha o mesmo papel de desvinculação conceitual sem que se precise recorrer ao exame (aliás, bastante sociológico) de coerção social assentada na possibilidade de emprego da força. É o próprio Kelsen que levanta o argumento que, aliás, já demonstra sua relação com o criticismo transcendental kantiano:

Rejeitando, do ponto de vista do conhecimento científico, o pressuposto de uma essência transcendente, existente para além de toda a experiência humana, isto é, a existência de um absoluto em geral e valores absolutos em particular, e apenas reconhecendo a validade de valores relativos, a validade do direito positivo não pode, do ponto de vista de uma teoria científica do direito, ser

---

<sup>13</sup> “Há um modo de definir as normas morais que se refere precisamente à sanção. Afirma-se que são morais aquelas normas cuja sanção é puramente interior. Por sanção, entende-se sempre uma consequência desagradável da violação, cujo fim é prevenir a violação ou, no caso em que a violação seja verificada, eliminar as consequências nocivas. A única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, um estado de incômodo, de perturbação, às vezes de angústia, que se diz, na linguagem da ética, ‘remorso’ ou ‘arrependimento’.” (BOBBIO, 2014, p.154-155, grifos no original)

<sup>14</sup> “Conforme tive ocasião de dizer alhures, Kelsen nunca teve dúvidas sobre o fato de que a técnica do controle social própria do Direito consistisse na ameaça e na aplicação de sanções negativas, isto é, daquelas sanções que infligem um mal àqueles que executam ações socialmente indesejáveis. Toda vez que repete sua definição do Direito como ordenamento coercitivo, ele faz questão de precisar que o Direito é assim porque está em condições de provocar o mal, mesmo que seja sob a forma de privação de bens, ao violador das normas. Ordenamento coercitivo e ordenamento baseado em sanções negativas são sinônimos em sua linguagem.” (BOBBIO, 2006, p.118)

<sup>15</sup> “Verificou-se que o normativismo kelseniano caracteriza a sanção como a privação devida de certos bens: vida, saúde, liberdade, etc., feita por um órgão da comunidade; assim, a sanção é vista como um ato de coerção devido. Mas, a definição de coerção que Kelsen oferece é extranormativa. É fruto de um estudo comparativo de todos os ordenamentos jurídicos existentes ou que tenham existido. Assim, o conceito de coerção devida surge de um estudo empírico e não estrutural; surge a partir de uma análise por meio da qual se define a estrutura lógica das normas e proposições jurídicas e se indica um dos elementos materiais das ordens jurídicas. Como se pode, portanto, construir uma teoria pretensamente rigorosa a partir de um elemento tão pouco delimitado? Por certo, a definição de sanção, em Kelsen, é circular.” (WARAT, 1983, p.95)

posta na dependência de sua relação com a justiça. (KELSEN, 1998, p.69)

Ou seja, vem da própria concepção científica kantiana da qual Kelsen dispõe que se rejeite trabalhar a questão da moral de maneira inclusiva ou dogmática. Situação, aliás, em que difere do próprio filósofo alemão<sup>16</sup>. O pressuposto de que rejeitar qualquer ‘essência transcendente’ não é outra coisa que a rejeição de aceitar a apreensibilidade do mundo noumênico. Qualquer construção que transcenda o sujeito como instancia epistemológica é rejeitada de imediato como a-lógica, como metafísica. Desta razão, a impossibilidade de um valor – como um de justiça – absoluto é exigência lógica; o absoluto se torna não somente a marca do dogmatismo, mas impensável de toda forma. Para a jurisprudência, a conclusão que se tira disso é:

É de per si evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função, que consciente ou inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. Uma tal medida também não pode ser encontrada pela via do conhecimento científico. (KELSEN, 2006, p.76)

Em última medida, se não se pode validar o direito a partir de nenhuma estrutura de valor que não seja a sua própria (jurídico/antijurídico), o sentido de validade de qualquer norma jurídica – e inclui-se aí aquelas normas jurídicas individuais – passa a ser exclusivamente uma norma jurídica hierarquicamente superior (ou, no caso de outras teorias, uma norma jurídica de reconhecimento), que por sua vez recorre à outra norma jurídica que lhe preceda e assim sucessivamente. Todos conhecemos a resposta (nem tão) final que Kelsen fornece para esse enigma: a norma fundamental gnosiológica. Mas esta não nos interessa de imediato, teremos a oportunidade de aludi-la mais adiante.

As bases dos relativismos, que na verdade não passam de um único princípio de relativismo, estão postas. Cumpre agora saber o local que elas ocupam no quadro democrático de forma de estado ou, ao menos, como esses estão relacionados. Como Kelsen os relaciona.

---

<sup>16</sup> “O mesmo poder-se-ia dizer de Kant, que é relativista no plano da razão pura, declarando a impossibilidade do conhecimento absoluto, mas se revela dogmático no plano da Ética, sustentando que o homem, na vida prática, deve obedecer imperativos categóricos, que não se revelam à razão teórica, mas à *vontade* pura, descortinando-lhe o mundo noumenal” (REALE, 2002, p.160, itálico no original). Há também a crítica do próprio Kelsen: “Kant, seguindo os passos de Hume, demonstrou em sua filosofia da natureza a futilidade de toda especulação metafísica, mas reintroduziu em sua ética o conceito de absoluto, o qual tão sistematicamente excluía de sua filosofia teórica” (KELSEN, 2000, p.354).

## 4. DEMOCRACIA E RELATIVISMO

Para que se reconheça a lógica por traz de tal relação, é preciso que remetamos à certas ideias que se vinculam à concepção kelseniana de democracia de maneira muito mais imediata: o princípio de liberdade e o princípio de tolerância; descolada dessas categorias, mal se pode compreender a relação que Kelsen acusa existir entre democracia e o princípio de relativismo.

Como o princípio de tolerância não é senão uma consequência da transformação sofrida pelo princípio de liberdade desde a liberdade natural até a liberdade política, a lógica do discurso nos impele a começar por este segundo.

### 4.1. O princípio de liberdade

Concebamos inicialmente o princípio majoritário – o qual Kelsen também trabalha nos seus escritos –, que é aquele que determina, numa democracia moderna, que a vontade da maioria deve prevalecer sobre a vontade de uma minoria política. Não se pode supor, como muito comumente se o faz, que tal princípio seja derivado do princípio de igualdade<sup>17</sup> – tido aqui simplesmente como aquela postura qual determina que todas as pessoas estão em condição natural de igual valor – pois ele simplesmente “pressupõe que as vontades dos indivíduos sejam iguais” (KELSEN, 2000, p.31); a partir daí, como se justificaria que a vontade da maioria prevaleça sobre a da minoria, se é que ambas são iguais e a diferença que se observa não é no valor das ideias mas na sua regularidade numérica em um dado espaço amostral de indivíduos? Não se pode aceitar que a **força da maioria** seja o critério para superar a validade legal – o direito – da igualdade da minoria.

O princípio majoritário só pode ser justificado pelo princípio da liberdade e somente sob a concepção de que, se não se pode manter todos livres (assegurar o livre arbítrio, o ‘faço-o-que-eu-quiser’ de todos), pode-se ao menos manter a maioria livre<sup>18</sup>, quer dizer, é possível manter a vontade da maioria como coletivamente vinculante, como vontade geral. Como se pode obser-

---

<sup>17</sup> “Seria impossível justificar o princípio majoritário com a opinião de que uma quantidade maior de votos tem mais poder do que poucos votos. Da pressuposição puramente negativa de que um indivíduo não vale mais do que o outro não se pode deduzir, positivamente, que a vontade da maioria é a que deve prevalecer. Se procurarmos deduzir o princípio de maioria exclusivamente da ideia de igualdade, esse princípio terá o caráter puramente mecânico, aliás, absurdo, criticado pelos adversários da democracia. Afirmar que os mais numerosos são os mais fortes seria transformar em máxima defeituosa um dado da experiência, e a fórmula “a força supera o direito” só seria superada se fosse elevada ao estado de regra de direito.” (KELSEN, 2000, p.31-32, grifos no original)

<sup>18</sup> “Há apenas uma ideia que leva, por um caminho racional, ao princípio majoritário: a ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidades de uma ordem social que contrarie o menor número deles.” (KELSEN, 2000, p.32)

var, esse princípio de liberdade já não é aquele mais instintivamente imaginado como ausência de coerção, mas um remodelado para possibilitar o convívio social.

Para se tornar uma categoria social, o símbolo da liberdade deve passar por uma mudança fundamental de significado. Não mais deve denotar a negação de qualquer ordem social, um Estado da natureza caracterizado pela ausência de qualquer tipo de governo, e deve assumir o significado de um método específico de instituir a ordem social, de um tipo específico de governo. (KELSEN, 2000, p.168)

A sociedade já é inescapavelmente uma ordem coercitiva, quer dizer, o convívio social presume o inevitável choque de vontades individuais e, portanto, prescinde de procedimentos para a superação desse atrito político; procedimentos que inevitavelmente culminam numa ordem social de coerção – aliás, uma redundância. A solução procedimental da democracia foi a de fazer depender a vontade política da organização social de um princípio majoritário, que por sua vez depende dessa remodelagem da ideia de liberdade (liberdade natural → liberdade social; liberdade anárquica → liberdade democrática). Uma autocracia, que é a forma de estado qual Kelsen opõe à democracia, teria seus próprios procedimentos de conformação da vontade política de organização social; talvez uma investidura jusnaturalista supostamente racional ou divina de poderes em uma autoridade magnânima, numa sabedoria superior.

#### 4.2. O princípio de tolerância

Todavia, o princípio de liberdade não implica no abandono do princípio da igualdade. A existência factual da democracia depende, na verdade, da composição de ambos os princípios numa síntese.

Como observamos anteriormente, o exercício do princípio majoritário presume a imposição da vontade de uma maioria sobre ela própria e sobre uma minoria que não desejaria, se possível, tal imposição. Pois bem, numa democracia é mister a preservação de tal minoria política para que a prática dialética da discussão, tão própria da democracia<sup>19</sup>, permaneça ocorrendo.

De um ponto de vista psicológico, a síntese de liberdade e igualdade, característica essencial da democracia, significa que o indivíduo, o ego, deseja liberdade não apenas para si mesmo, mas também para os outros, para o *tu*. (KELSEN, 2000, p.180, grifos no original)

---

<sup>19</sup> “Tendo em vista que a permanente tensão entre maioria e minoria, governo e oposição, resulta no processo dialético tão característico da formação democrática da vontade do Estado, pode-se afirmar com razão: democracia é discussão.” (KELSEN, 2000, p.183)

Essa é a origem do princípio de tolerância, que só pode haver num regime democrático. É o que difere uma democracia factual de mera 'ditadura da maioria', onde se preconiza a destruição de uma minoria divergente e, portanto, a neutralização da diferença. Aliás, um problema que Kelsen coloca na raiz da diferenciação entre democracia e autocracia:

Neste ponto destaca-se uma nítida diferença entre o tipo real da democracia e o da autocracia, já que, no regime autocrático, não há possibilidade de meio-termo entre direções políticas opostas na formação da vontade do Estado ou, pelo menos, essa possibilidade é bastante rara, visto serem praticamente impossíveis uma corrente e uma contracorrente políticas. (KELSEN, 2000, p.75)

A conservação da minoria – que aliás depende de certo mantimento da antiga concepção de liberdade natural, como 'ausência de coerção', na medida em que preconiza limites à potência do governo de atuar sobre as liberdades individuais das minorias (KELSEN, 2000, p.183) – implica que haja uma disposição geral de tolerância não somente da minoria pela maioria, mas uma tolerância geral entre os indivíduos tidos como iguais, pois ao mesmo tempo que um indivíduo se situa, num campo da discussão política (como, por exemplo, desarmamento da população civil), na condição de maioria, em outro campo particular (como, por exemplo, a finalidade extrafiscal do imposto sobre o fumo), ele poderá acabar se situando enquanto minoria. Afinal, a vida política permite toda espécie de suposta contradição.

Nesse sentido, democracia implica ambas: liberdade significando coexistência coercitiva (co-coerção) e igualdade significando tolerância perante a diferença.

### 4.3. Princípio de relativismo e democracia

A relação existente entre relativismo filosófico e democracia decorre da conexão interior que se verifica entre política e filosofia, entre o posicionamento perante a realidade assumido pelo sujeito simultaneamente politizante e filosofante. Esse é um pressuposto no qual Kelsen foi particularmente insistente<sup>20</sup>.

Para Kelsen, tanto a política quanto a filosofia se resumem à forma de relacionar-se sujeito e objeto. Na filosofia, a relação sujeito-objeto refere-se a um sujeito cognoscente e um objeto cognoscível; **trata-se, portanto, de uma**

---

<sup>20</sup> Trata-se de um argumento que apareceu relativamente não-modificado em *Forma de estado y visión del mundo* (KELSEN, 2003, p.243), *Essência e valor da democracia* (KELSEN, 2000, p.105), *Fundamentos da democracia* (KELSEN, 2000, p.161) e *Absolutismo e Relativismo na filosofia política* (KELSEN, 2000, p.348).

**relação de conhecimento.** Ao passo que na política a relação sujeito-objeto refere-se ao sujeito dominador e o objeto dominado; **trata-se, portanto, de uma relação de dominação.**

Para evitar os mal-entendidos com relação ao significado dessa analogia, algumas observações preliminares se fazem necessárias. Uma vez que, como aqui apontado, o centro da política e das teorias do conhecimento e do valor é a relação entre sujeito e objeto, a natureza do sujeito politizante e filosofante, a disposição original deste deve exercer uma influência decisiva sobre a formação das concepções a respeito de sua relação com o objeto de dominação, bem como o de conhecimento e avaliação. A raiz comum do credo político e do filósofo, a natureza de seu ego, ou seja, o modo como esse ego experimenta a si mesmo em sua relação com o outro, que também reivindica sua condição de ego, e com a coisa que não faz tal tipo de reivindicação. (KELSEN, 2000, p.162)

Nunca é demais lembrar aqui daquelas reflexões acerca da epistemologia kantiana que realizamos anteriormente, temos que ela pode ser considerada evidentemente relativista. Associamos aqui o relativismo filosófico kelseniano, portanto, ao criticismo transcendental kantiano. Nesse, a posição do sujeito perante a verdade absoluta é a posição do sujeito cognoscente perante o mundo noumênico, da coisa em si, ou seja: a verdade absoluta é uma impossibilidade, não se aprende essa realidade mesmo que de maneira parcial – a coisa em si é inapreensível. A consequência dessa noção para o sujeito politizante que se põe perante o objeto de dominação é que as concepções valorativas que ele concebe são falíveis, substituíveis e, de um ponto de vista exterior, de igual valor às concepções diferentes. Tal como o sujeito que concebe a realidade somente como uma realidade fenomênica, é evidente que ele não tem maneira de posicionar-se diferentemente diante do que representa, mas isso não o isenta de erro. Assim também o é o indivíduo axiologicamente relativista perante seu semelhante, ele não tem como evitar subscrever seus próprios valores, mas reconhece não somente que seus valores podem substituídos por outros, mas que os valores de seu semelhante, quanto à pretensão de universalidade, são tão válidos quanto os seus próprios. Essa, ao menos, parece ser a ideia de Kelsen.

Si nos preguntamos cuál es el tipo de carácter que corresponde a una tal actitud política [democrática], en la que el deseo de libertad está modificado por el sentido de igualdad, la respuesta es, evidentemente, aquella persona en quién la experiencia de sí mismo no es tan fundamental ni tan rotundamente diferente de las demás experiencias, las experiencias de los demás, las experiencias del no-sí mismo, que su mismo sea incapaz en quienes sienten con él que el tú quiera ser un sí mismo, y reconocido como tal. (KELSEN, 2003, p.248, observação entre chaves não presente no original)

Já ao absolutismo filosófico, podemos corresponder, segundo às expectativas kelsenianas, talvez, à um materialismo dogmático<sup>21</sup>. Mesmo materialistas, em geral, que acreditam que aquilo que conhecem é mesmo a realidade real, podem admitir que não conhecem a realidade toda – portanto, admitindo também a falibilidade de suas concepções –, por isso estamos relevando o absolutismo a título de materialismo dogmático, que crê que aquilo que se conhece é a verdade definitiva do mundo. Para Kelsen, tal atitude filosófica desenrola – na atitude política – numa indisposição, numa intolerância para se lidar com a opinião divergente sobre a verdade dos valores. A consequência final dessa intolerância é a prática de dominação:

Cuanto más fuerte es la voluntad de dominar, más pequeño es el valor que se da a libertad. La negación absoluta de este valor, la superlativización de la dominación, es la idea de autocracia. En ella, la orden gubernamental procede de un sola persona, a la que todas las demás están subordinadas – y no participan bajo ningún concepto en la formación de la voluntad – y que se alza por encima de ellas, y contra ellas, como ente que, por ser único, es completamente distinto, como su señor y dirigente. La radical desigualdad entre quien dirige y los que son dirigidos, es el supuesto apriorístico de esta forma de Estado, que corresponde, en el sentido caracterológico, al tipo de persona que posee una muy acentuada conciencia de sí misma. (KELSEN, 2003, p.249)

O próprio Kelsen não viria a conceber essa correlação entre visão de mundo e forma de estado senão como uma determinação genérica, como sói dizer. Kelsen mesmo advertiu sobre fatores externos que poderiam desequilibrar essas tendências, sobre a possibilidade de uma forma de estado ser exaltada no imaginário popular como uma espécie de moda passageira, e até mesmo de que existem aqueles que, independentemente da forma de estado que se manifeste, em virtude da sua insatisfação generalizada, sempre advogarão por aquilo que não existe, pela forma de estado contrária àquela manifesta no contexto da sua revolta particular. Mas, também, para Kelsen, “estos son espíritus inferiores, cuya, ausencia no haría cambiar mucho el panorama” (KELSEN, 2003, p.247). No fim, os eventuais percalços não alteram a convicção kelseniana na validade de suas conclusões.

Apesar da suposta predisposição natural para a democracia, às consequências do relativismo axiológico para uma teoria do direito – à de Kelsen – foram a impossibilidade de essa se posicionar perante a discricionariedade dos agentes públicos em geral, e dos juízes em particular, como veremos adiante.

---

<sup>21</sup> “O absolutismo filosófico é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, i.e., uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano.” (KELSEN, 2000, p.347)

## 5. CIÊNCIA JURÍDICA E RELATIVISMO

Para entender melhor como Kelsen se aproxima da temática da interpretação, precisaremos rapidamente recuperar certos pressupostos da construção de seu método normativo. Trataremos primeiramente de apresentar a sua distinção entre proposição jurídica e norma jurídica de maneira breve e pragmática, de forma à associar tais categorias aos cientistas jurídicos e às autoridades do direito. Depois, iremos apresentar, também de modo célere, como uma norma jurídica – mesmo uma norma individual – retira seu fundamento de validade de outra norma jurídica (e da sua inserção no ordenamento jurídico). Por fim, as consequências dessas construções para o tratamento da interpretação em Kelsen.

### 5.1. Proposições jurídicas e normas jurídicas

Trata-se de categorias fundamentais para a teoria normativa do direito de Hans Kelsen. Lembremos aqui que o fato da proposta de Kelsen consistir em uma ciência normativa não implica que essa seja uma ciência prescritiva (como o termo parece sugerir), mas que seja uma **ciência descritiva de uma realidade normativa**<sup>22</sup>. A norma jurídica funciona como um esquema de interpretação – um esquema valorativo de interpretação – através do qual se concebe uma dada realidade fenomênica. Dessa maneira, uma ciência normativa do direito tem por pressuposto que uma dada subtração não é um furto nem um arresto antes que essa situação não seja confrontada com uma ordem normativa; da mesma maneira uma folha de papel contendo certas prescrições só passa a ser uma sentença quando satisfaz certas condições normativas que permitam essa concepção – mesmo um juiz de direito pode fundamentar e ordenar a reclusão de um réu num processo corrente que essas determinações não configurarão uma sentença caso essa não esteja de acordo com certos pressupostos normativos (esteja ela publicada e anexada ao processo judicial adequado, por exemplo).

Para isso, uma ciência jurídica tem que saber, ao menos, distinguir entre as normas jurídicas, das quais prescindem para observar (constituir um objeto) a realidade jurídica, e as prescrições jurídicas, através das quais constroem<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> “Dado que as duplas ‘normativo-explicativo’ e ‘prescritivo-descritivo’ não se sobrepõem, não há nada de contraditório em afirmar, como faz Kelsen, que a ciência jurídica é ao mesmo tempo descritiva e normativa: descritiva no sentido de que não prescreve; normativa no sentido de que aquilo que descreve não são fatos, mas normas, é descritiva não do que existe, mas do que deve ser. Enquanto *Sollsätze*, as proposições que caracterizam a ciência jurídica distinguem-se por um lado dos *Seinsätze* próprios das ciências sociais (causais), e, por outro, das *Sollnormen* de qualquer sistema normativo.” (BOBBIO, 2006, p.58, grifos e parênteses no original)

<sup>23</sup> “Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, ‘produz’ o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido.” (KELSEN, 2006, p.82, grifos no original)

efetivamente o que é observado. A possibilidade de confundi-las se resume no fato das duas poderem apresentarem-se em enunciações idênticas, e, não obstante, a segunda (proposição) é um juízo hipotético sobre a dada realidade jurídica enquanto a primeira (norma) é a própria manifestação mandamental. As duas desempenham funções evidentemente distintas:

Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica. (KELSEN, 2006, p.81)

A distinção funcional que diferencia norma jurídica de proposição jurídica reflete no exercício daqueles que se deslançam ou a descrever as normas jurídicas ou a prescrevê-las. Aos primeiros correspondem os juristas, cientistas do direito; ou, melhor dizendo, corresponde a própria ciência jurídica. Seu papel é descrever o Direito de maneira a esclarecer sua orientação imputativa, ou seja, descrever o direito no seu sentido de norma, de dever ser e não de ser, mas descrevê-lo somente. O cientista do direito descreve-o mesmo quando não possui autoridade para prescrevê-lo, e de seu ofício decorre que ele esteja certo ou errado. Aos segundo correspondem as autoridades jurídicas – juízes, cartorários, escrivães, policiais, administradores públicos, legisladores e qualquer espécie de funcionário público, realmente, no tanto de autoridade que lhe for juridicamente atribuído –, essas detêm a função não de explicar o Direito, mas de produzi-lo, prescrevê-lo. E, de fato, prescrevem-no, independentemente da circunstancia de conhecê-lo bem ou mal.

Kelsen determina que, ao passo que prescrições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas, como qualquer juízo hipotético, as normas jurídicas só podem ser válidas ou inválidas. Vale, contudo, a reflexão: as normas jurídicas, na verdade, só podem ser válidas. Na ocorrência de que um juízo hipotético se frustrate, nada faz com que ele tenha deixado de ser um juízo (nem hipotético) de nenhuma maneira. Quanto às normas jurídicas, essas só são de fato jurídicas quando são objetivamente válidas. Quando inválidas, nada são. Uma norma inválida é um não-evento, um que não é constituível pela ciência normativa. Kelsen sabia que, mesmo a norma declarada inválida (mesmo com efeitos ditos *ex tunc*) deve ter, para tanto, sido válida em algum momento. Portanto, não podemos falar em normas inválidas (pois são não-normas) mas podemos falar em normas invalidáveis.

O que torna uma norma **válida** então?

## 5.2. Teoria dinâmica e sentido normativo de validade da norma

A resposta para essa pergunta, para Kelsen, seria: **uma outra norma válida; ou seja, uma outra norma jurídica**. Essa conclusão é uma premissa da

teoria dinâmica do direito, que é um segmento da Teoria Pura do Direito que se dedica a estudar a norma jurídica no seu sentido de produção e aplicação (KELSEN, 2006, p.80) – aplicação que, para Kelsen, não passa também de produção do direito. Somente uma tal exigência constitui que o juízo de validade deva depender de confrontar o fato com o seu esquema de interpretação normativo. Ou seja, assim como as normas jurídicas são condição para que se observe qualquer outro fato como sendo jurídico, também a validade da própria norma depende desse mesmo método de observação.

Sendo assim, o sentido de validade de uma norma jurídica é concedido (mesmo que essa seja efetivamente produzida por um ato de vontade, como é) objetivamente por outra norma jurídica hierarquicamente superior cuja validade depende da constatação de outra norma jurídica ainda que conceda a essa o seu próprio sentido de validade. O relacionar-se entre normas jurídicas superiores mais gerais com normas cada vez mais inferiores (ou logicamente posteriores, pois dependem de normas logicamente – não necessariamente também cronologicamente – anteriores que lhe concedam juridicidade), compartimentalizadas e até individuais constitui um sistema, ou ordenamento escalonado no qual todas essas normas encontram-se relacionadas numa cadeia imputativa perfeitamente rastreável.

Um dos aspectos mais significativos da descrição desse acusado sistema, ordenamento ou cadeia de produção normativa é justamente a circunstância de cada norma jurídica, enquanto fator simbólico de produção normativa, estar disponível para a observação corriqueira. Melhor dizendo: a norma jurídica é empiricamente verificável, está dada, posta. A ciência do Direito se ocupa somente de normas positivas. Isso não diz respeito aos atos de vontade dos quais resultam normas jurídicas objetivas, mas ao enquadramento normativo disponível. O processo de observação de normas postas acompanha um processo silogístico que prescinde, além do ato de vontade de uma autoridade enquanto uma premissa menor, de outra norma jurídica posta enquanto uma premissa maior – uma norma de competência, portanto. Essa nova norma posta é reconhecível enquanto jurídica em virtude de um novo exercício silogístico que alcance uma norma jurídica superior e assim segue. A regressão silogística que descreve o sentido de produção de uma norma jurídica segue, desse modo, no sentido contrário da distribuição de competência normativa, e no sentido contrário da distribuição do poder.

No entanto, essa regressão silogística que acompanha o sentido de validade da ordem jurídica não pode encerrar-se num *ad infinitum* (como se isso fosse possível) por pelo menos duas boas razões. A primeira é que fica-se sem critério de reconhecimento da norma jurídica, já que o método de reconhecimento é impraticável. A segunda é que muito rapidamente fica-se sem fontes de observação empírica (normas postas hierarquicamente superiores infinitas) para se perscrutar o fundamento de validade da norma estudada que motivou

a verificação. A solução para o reconhecimento de validade da norma é bem o que permite o conhecimento puro do direito: a norma fundamental gnosiológica.

A norma fundamental não é posta, mas pressuposta. A norma fundamental é um pressuposto hipotético de validade da própria ordem jurídica. De toda ela<sup>24</sup>. A norma fundamental garante assim o conhecimento puro do direito da mesma maneira que as categorias lógico-transcendentais (KELSEN, 2006, p.225) e as intuições puras garantem o conhecimento puro em Kant. Puro, portanto, é perfeitamente entendido como: **anterior à ou independente de tudo o que é empírico**<sup>25</sup>. Naturalmente esta construção teórica carrega os seus próprios problemas, mas para o que interessa neste momento – identificar o sentido de validade das normas jurídicas –, o tanto que foi apresentado já basta.

Temos o que queríamos, como Kelsen fundamenta normativamente a validade da norma jurídica individual. Resta conhecer os problemas vinculados à sua concepção.

### 5.3. A interpretação da norma e a possibilidade de discricionariedade

Quanto à interpretação, eis que temos que diferenciar entre uma interpretação autêntica e outra interpretação inautêntica. A interpretação autêntica é aquela que cria o direito (KELSEN, 2006, p.394), é aquela realizada pelas autoridades do direito enquanto no uso de suas atribuições. São interpretes autênticos os legisladores quando interpretam a constituição, por exemplo, para propor norma gerais e também interpretes autênticos os juízes quando aplicam qualquer norma geral – na verdade, aplicar uma norma geral significa, antes de qualquer coisa, criar uma norma individual. A interpretação inautêntica, por outro lado, é aquela que se destina ao conhecimento do direito e uma ou todas as suas possibilidades de realização. A interpretação inautêntica é a interpretação da ciência do direito. Interpretes inautênticos são todos aqueles que se valem da norma jurídica enquanto esquema interpretativo. Até mesmo

---

<sup>24</sup> “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.” (KELSEN, 2006, p.217)

<sup>25</sup> Stanley Paulson (2000, p.33) nos lembra que essa também é uma lição da Crítica da Razão Pura (B3).

legisladores, autoridades administrativas e juízes podem ser interpretes inautênticos, enquanto realizam a interpretação de uma norma qualquer fora do uso de suas atribuições.

Ilustrando: um juiz que interpreta a constituição ao escrever uma sentença (aliás, o que virá a ser uma sentença) realiza uma interpretação autêntica na medida em que essa interpretação inaugurarà uma nova norma jurídica. Uma objeção possível é a de que o juiz de direito aplica efetivamente o direito na medida que o conhece. Nessa situação, poderia se dizer que a norma transforma uma interpretação inautêntica em autêntica. Mas não nos esqueçamos do problema central aqui: ao juiz, não há nenhuma necessidade factual de conhecer o direito para aplicá-lo; enquanto juiz, ele tem autoridade para aplicá-lo, seja a aplicação moralmente desejável ou não. Agora, certo mesmo é que o mesmo juiz, se interpreta a mesma norma geral que se apresentaria num processo, mas o faz, por exemplo, como exercício intelectual em um debate, realiza uma interpretação inautêntica, isso porque nenhuma norma individual resulta do seu ato de interpretação.

Em resumo: da interpretação autêntica sempre resulta uma norma jurídica, e da interpretação inautêntica sempre resulta uma proposição jurídica. Por isso tais conceitos são importantes.

Ao interpretar, o intérprete enfrenta sempre uma relativa indeterminação (KELSEN, 2006, p.388-390) quanto ao possível sentido da norma interpretanda, o problema de 'qual é a interpretação correta/adequada'. Essa indeterminação – que afinal é relativa – pode ser de ordem proposital, quer dizer, pode haver um espaço interpretativo propositalmente produzido pelo ato de vontade que colocou aquela norma geral na ordem jurídica; e, também, essa indeterminação pode ser de ordem involuntária, ou seja, pode (e necessariamente vai) haver um espaço semântico involuntariamente produzido pela maneira que a norma mais geral se apresenta enunciativamente. Ambas as ordens de indeterminação compõem o que Kelsen veio a denominar moldura interpretativa, um espaço interpretativo de possíveis significações no qual o aplicador do direito pode e supostamente vai conformar a nova norma jurídica geral ou individual.

O problema surge quando não somente se ignora o potencial significativo dos símbolos construídos pela ordem jurídica enquanto um discurso coerente, mas – e principalmente aqui – quando mesmo Kelsen é obrigado a admitir que o desrespeito à moldura semântica é uma possibilidade. Que a propositura da norma, para Kelsen, seja um ato de vontade e não de conhecimento, e assim não tem nada que a ciência do normativa do direito, que se destina a conhecer o direito, pode fazer com os atos de vontade das autoridades do direito. O problema da adequação da interpretação, para Kelsen, é um problema da razão prática, que consiste justamente naquela parte da filosofia

kantiana que ele abandonou como dogmática, absolutista ou metafísica. A chamada discricionariedade, assim, se torna um problema insolúvel para a Teoria Pura do Direito; e, na verdade aqui, um não-problema já que esse não seria uma problema para a ciência jurídica.

É possível que se afirme que tal orientação é a posição característica do positivismo jurídico, do qual Hans Kelsen é subscrevente:

O positivismo sequer se preocupa em responder tal questão. Para ele, a discricionariedade judicial era uma *fatalidade*. A razão prática – que o positivismo chama de discricionariedade – não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas epistemologia (ou, quando esta não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – *eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade*). (STRECK, 2013, p.102, itálico e parênteses no original)

A discricionariedade, no entanto, sustenta uma despercebida relação com a autocracia. Uma relação que põe o princípio do relativismo, do modo como é trabalhado por Kelsen à perder seus supostos vínculos gerais com a democracia.

## 6. CONCLUSÃO

Mas por que – e isso precisa ser esclarecido – a possibilidade de discricionariedade judicial teria uma predisposição autocrática ao passo que a discricionariedade legislativa e administrativa não? Na verdade, não estamos afirmando isto.

Quanto às autoridades administrativas e legislativas, que também são autoridades jurídicas e por isso também criam normas – mediante, inclusive, a possibilidade de discricionariedade – através de atos de vontade, tememos que a discussão exija reflexões valorativas posteriores. Especialmente em países nos quais muitas dessas autoridades podem ser constituídas com o recurso ao princípio majoritário, o que implica em aludir-se estruturas e procedimentos que deve(ria)m garantir a legitimidade de certas decisões gerais e particulares. Ora, dizer que ‘uma autoridade eleita democraticamente é autocrática’ talvez seja possível, mas exige um esforço conceitual que não poderá ser esboçado nos momentos finais desse trabalho. Agora, relacionar discricionariedade judicial à uma disposição autocrática é evidentemente mais incontroverso.

A ciência normativa do direito não teria padrões pré-estabelecidos de maneira a poder exigir dessas autoridades qualquer *accountability* justamente em respeito ao seu relativismo axiológico e, portanto, somente o que pode ser feito é o reconhecimento da validade jurídica da decisão discricionária em decorrência da sua vinculação dinâmica e finalística à norma fundamental. Se

instala, assim, na instância judicial, uma autocracia sustentada pela impossibilidade de correção valorativa (através de uma censura crítica) democrática: uma autocracia jurisdicional.

Por um lado, o relativismo axiológico é apontado por Kelsen como disposição para a democracia; mas diante da impossibilidade de se referenciar um discurso valorativo, ele impede o enfrentamento racional do juízo autocrático. E por outro, uma teoria do direito que pudesse fazer referência à valores, e **mesmo valores constituídos pelo discurso estático e coerente do direito positivo**, é a única que poderia garantir (ou ao menos argumentar) a manutenção democrática da jurisdição.

O princípio de relatividade não pode garantir a manutenção democrática da atividade jurisdicional. Eis a sentença. Se é que isso se trata de um problema para a teoria do Direito, (especialmente para Hans Kelsen) este é um outro problema.

## REFERÊNCIAS

- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.
- KELSEN, Hans. **Society and nature: a Sociological Inquiry**. Chicago: University of Chicago Press, 1943.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- \_\_\_\_\_. **O problema da justiça**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A democracia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. Forma de Estado y visión del mundo. Tradução: Gertrudis Payás. In CORREAS, Óscar. **El otro Kelsen**. México: UNAM, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. Epílogo. In FEBBRAJO, Alberto. **Verso un concetto sociológico di diritto**. Tradução: Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- \_\_\_\_\_. Replica. In FEBBRAJO, Alberto. **Verso un concetto sociológico di diritto**. Tradução: Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

\_\_\_\_\_. Una "fondazione" della sociologia del diritto. In FEBBRAJO, Alberto. **Verso un concetto sociológico di diritto**. Tradução: Alberto Frebbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

LÉNINE, V.I. **Materialismo e Empiriocriticismo**. Lisboa: Estampa, 1975.

PAULSON, Stanley. **Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen**. Tradução: Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

VENERIO, Carlos Magno Spricigo. **A concepção de Democracia de Hans Kelsen**. Criciúma: Editora UNESC, 2010.

\* **Submetido em: 30 maio 2017. Aceito em: 4 dez. 2017.**