

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Rubin Assis da Silveira Souza

**O ANTIPLATONISMO KELSENIANO COMO NÚCLEO  
ARGUMENTATIVO DA SUA TEORIA JURÍDICA**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Filosofia.

Orientador: Doutor Professor Delamar José Volpato Dutra.

Florianópolis  
2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Souza, Rubin Assis da Silveira  
O ANTIPLATONISMO KELSENIANO COMO NÚCLEO  
ARGUMENTATIVO DA SUA TEORIA JURÍDICA / Rubin Assis  
da Silveira Souza ; orientador, Delamar José  
Volpato Dutra, 2019.  
194 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas,  
Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis,  
2019.

Inclui referências.

1. Filosofia. 2. Filosofia. 3. Filosofia do  
direito. 4. Hans Kelsen. 5. Platão. I. Volpato  
Dutra, Delamar José. II. Universidade Federal de  
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em  
Filosofia. III. Título.

Rubin Assis da Silveira Souza

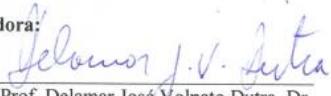
**“O ANTIPLATONISMO KELSENIANO COMO NÚCLEO  
ARGUMENTATIVO DA SUA TEORIA JURÍDICA”**

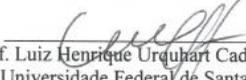
Esta tese foi julgada adequada para obtenção do Título de “Doutor em Filosofia”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia.

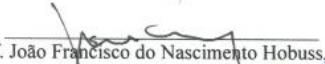
Florianópolis, 27 de fevereiro de 2019.

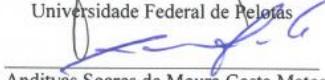
  
Prof. Roberto Wu, Dr.  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

  
Prof. Delamar José Volpato Dutra, Dr.  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina

  
Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina

  
Prof. João Francisco do Nascimento Hobuss, Dr.  
Universidade Federal de Pelotas

  
Prof. Andityas Soares de Moura Costa Matos, Dr.  
(com participação por videoconferência)  
Universidade Federal de Minas Gerais

**Prof. Dr. Roberto Wu**  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação  
em Filosofia/CFH-UFSC  
Portaria nº 1344/2016/GR



## AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina pela excelência em todos os aspectos, desde a organização do curso, aos professores e a extraordinária atenção dos funcionários. Esta tese foi desenvolvida durante anos politicamente conturbados, com a ascensão de fundamentalismos e ataques constantes à UFSC. Apesar disso, o PPGFil, seus professores, coordenação e servidores, foram exemplo de respeito à instituição e postura profissional, democrática e republicana.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo apoio financeiro.

À minha família, pelo apoio constante.

Ao meu orientador, Professor Doutor Delamar José Volpato Dutra, pelos valiosos encontros de orientação, disposição e apoio.

Ao Professor Doutor Frederick Rauscher, pela oportunidade de desenvolvimento de parte da tese no exterior. A minha estada na Michigan State University (MSU) possibilitou o aprofundamento do trabalho através das discussões com o Professor Rauscher, da participação em seminários, aulas e eventos. Também ao Professor Todd Hedrick e aos demais professores e colegas pela excelente recepção.

Aos meus queridos *Roommates*, Yatma Diop e Keerati Thamapan, assim como a todos os amigos que tive o prazer de conhecer no curto período de tempo na MSU.

Aos colegas presentes nesses quatro anos durante o desenvolvimento da tese, em especial aos orientandos do Professor Delamar, pela contribuição com leituras e críticas ao texto.

Às políticas governamentais desenvolvidas e aprofundadas nos últimos anos, responsáveis pelo crescimento e aperfeiçoamentos das universidades públicas federais e do ensino público, gratuito e de qualidade reconhecida internacionalmente.



A tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e de pensamento, componentes tão característicos de uma democracia, não têm lugar em um sistema político baseado na crença em valores absolutos. Tal crença leva irresistivelmente – e sempre tem levado – a uma situação na qual aquele que pretende possuir o segredo do bem absoluto reivindica o direito de impor sua opinião e sua vontade aos outros, que estarão incorrendo em erro se com ele não concordarem.

KELSEN, H. Democracia e Filosofia.



À minha mãe, Nina, à minha avó,  
Clélia, e à memória do meu pai,  
Protásio.



## RESUMO

A tese defende o antiplatonismo presente na obra do jusfilósofo Hans Kelsen como núcleo argumentativo da sua teoria do direito. Sustenta que a melhor definição da sua filosofia não é como neokantiana, mas como antiplatônica. Isso porque há significativas inconsistências na sua interpretação de Kant, o que a impossibilita de ser classificada como tal. Além, encontra-se na sua leitura sobre Platão referências mais sólidas e conceitos mais claros. Nesse sentido, advoga a hipótese de que a obra de Kelsen tem como constante e como chave de entendimento a sua objeção e contestação às teses de Platão, sobretudo a questão da separação entre alma e corpo, isto é, forma e matéria.

O primeiro e segundo capítulos defendem a hipótese da inconsistência das teses de Kelsen sobre Kant. Entende que a sua pressuposição de contradição entre a razão pura e a razão prática, assim como a ideia de uma contradição entre *ser* e *dever-ser*, não se sustenta considerando as próprias obras de Kant e a literatura especializada sobre o autor.

No segundo capítulo apresenta a sua leitura sobre Platão, concentrada na obra *A Ilusão da justiça (Der Illusion der Gerechtigkeit)*.

O quarto capítulo expõe, sopesando seu antiplatonismo, as duas principais referências teóricas para Kelsen a par de Kant, isto é, as teorias de David Hume e Sigmund Freud.

O quinto capítulo demonstra como o antiplatonismo de Kelsen articula com os principais conceitos de suas teses, isto é, mostra que mesmo refutando a classificação do autor como neokantiano, conceitos como norma fundamental, liberdade, o monismo entre direito e Estado, monismo entre direito internacional e nacional e o problema da decisão judicial possuem justificativa e base filosófica coerente.

Finalmente, conclui com a possibilidade da ideia de uma teoria kelseniana do direito desvinculada do neokantismo e fundada sobre os pressupostos céticos humeanos e freudianos, tanto moral, quanto teórico, ou seja, reconhece a unidade das obras do autor, desde que condicionada a sua interpretação como antiplatônica.

Palavras-chaves: Antiplatonismo; Ceticismo moral; Filosofia do direito; Kelsen; Neokantismo.



## ABSTRACT

The dissertation defends the anti-Platonism found in the philosophical work of Hans Kelsen as being the central argument of his Theory of Law; arguing that the better understanding of his philosophy is not as neo-Kantian, but as anti-Platonic philosophy. This is because there are significant mistakes in his reading of Kant, making it illogical for Kelsen's Theory of Law to be considered neo-Kantian. In addition, his anti-Platonic reading is more consistent and coherent. Based on this understanding, the dissertation presents the hypothesis that Kelsen's work consistently disproves Plato's theses, specifically concerning the matter of separation between Soul and Body - also known as Form and Matter.

The first and second chapters demonstrate the hypothesis of the inconsistency of Kelsen's theses on Kant: it understands that his assumption of the contradiction between pure reason and practical reason - as well as the idea of a contradiction between *is* and *ought* - is not sustained by considering Kant's own works and the contemporary literature on the author.

The third chapter presents Kelsen's reading on Plato, concentrating especially on the book - *The Illusion of Justice (Die Illusion der Gerechtigkeit)*.

The fourth chapter exposes the two main theoretical references to Kelsen without Kant; in other words, the theories of David Hume and Sigmund Freud.

The fifth chapter demonstrates how the Reading of Kelsen from an anti-Platonic perspective is interconnected with the main concepts of his theses; i.e., the chapter proves that - even refutes the author's classification as neo-Kantian - concepts such as basic norm, freedom, monism between Law and State, monism between international Law and national Law and the problem of judicial decision do have a strong justification and philosophical basis.

Keywords: Anti-Platonism; Kelsen; Moral skepticism; neo-Kantianism; Philosophy of Law.



## LISTA DE ABREVIATURAS

CRPr – Crítica da Razão Prática

CRPu –Crítica da Razão Pura

FMC - Fundamentação da Metafísica dos Costumes

IC – Imperativo categórico

IJ – A Ilusão da Justiça

MC - Metafísica dos Costumes

NF – Norma fundamental

NHF – Norma hipotética fundamental

TGDE – Teoria Geral do Direito e do Estado

TGN – Teoria Geral das Normas

TPD – Teoria Pura do Direito



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	21
2. KELSEN NEOKANTIANO?.....	27
2.1 <i>Ser (Sein) e Dever-ser (Sollen) em Kelsen.....</i>	31
2.2 A negação do dualismo entre <i>ser e dever-ser</i> na filosofia prática de Kant segundo Kelsen .....	37
2.3 As divergências das leituras sobre Kelsen como formalista, realista e normativista-realista – o neokantismo como fonte dessas divergências.....	42
2.3.1 A leitura formalista-normativista .....	43
2.3.2 A leitura realista e o abandono de Kelsen do neokantismo .....	46
2.3.3 A fundamentação normativista-realista da interpretação em Kelsen – a tese de Chiassoni .....	50
2.4 Conclusão sobre as transições e o neokantismo keseniano	
53	
3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A FILOSOFIA PRÁTICA DE KANT E DO NEOKANTISMO COMO CONTRAPONTO À LEITURA DE KELSEN .....	59
3.1 A origem da moralidade em Kant – sua presença na moral popular e posterior fundamentação filosófica .....	59
3.1.1 A fundamentação <i>a priori do direito</i> .....	62
3.1.2 O arbítrio, a coerção e a formação do Estado.....	67
3.1.2.1 O arbítrio e a coerção .....	68
3.1.2.2 A <i>aprioricidade</i> na formação do Estado .....	70
3.1.3 Conclusão sobre a fundamentação da moralidade e da teoria do direito de Kant.....	73
3.2 O que é o neokantismo? .....	75
3.2.1 A origem do neokantismo e seu desenvolvimento segundo Porta .....	75
3.2.2 O neokantismo como tese de superação entre o debate: idealismo hegeliano <i>versus</i> materialismo .....	79
3.3 Considerações finais do capítulo: afinal, Kelsen era, de fato, um neokantiano?.....	82
4 A LEITURA DE KELSEN SOBRE PLATÃO.....	85

4.1 O dualismo platônico – da contradição e da contrariedade entre alma e corpo.....	86
4.1.1 A contradição entre alma e corpo pré-socrática.....	86
4.1.2 Da contradição para a contrariedade entre alma e corpo em Platão .....	90
4.1.3 A relativização do <i>chorismos</i> .....	95
4.1.4 O bem como verdade e <i>ser</i> e o mal como ignorância e <i>ser do não-ser</i> .....	98
4.2 O <i>Eros</i> e <i>Kratos</i> platônico como causa determinante do dualismo entre alma e corpo.....	101
4.2.1 O <i>Eros</i> platônico.....	102
4.2.1.1 A volta ao mundo e o otimismo platônico.....	112
4.2.2 O <i>Kratos</i> e o nascimento do direito natural platônico .....	116
4.3 A verdade platônica condicionada ao ideal ético.....	121
4.4 Conclusões sobre o capítulo .....	124
5. PARA ALÉM DE KANT: AS DUAS REFERÊNCIA PRINCIPAIS DE KELSEN A PARTIR DO SEU ANTIPLATONISMO – HUME E FREUD.....	129
5.1 Kelsen e Hume.....	129
5.1.1 A separação entre <i>ser</i> e <i>dever-ser</i> em Hume na leitura de Kelsen .....	129
5.1.2 Retribuição e imputação – da refutação da teoria da retribuição platônica (jusnaturalista) para uma teoria cética da imputação da pena a partir de Hume.....	133
5.2 Kelsen e Freud.....	138
6. KELSEN SEM KANT: A TEORIA DO DIREITO DE KELSEN A PARTIR DA SUA LEITURA ANTIPLATÔNICA E DA SUA REFERÊNCIA FILOSÓFICA NÃO KANTIANA, HUMEANA E FREUDIANA: a aplicação dos axiomas .....	145
6.1 A norma fundamental como proposição do axioma 1 - há unidade entre alma e corpo; ou, forma e matéria; ou ainda, norma pressuposta e norma posta .....	145
6.1.1 A NHF a partir do neokantismo.....	145
6.1.2 A NF a partir do axioma 1 – há unidade entre norma pressuposta e norma positivada .....	148

6.1.2.1 Breve observação sobre a crítica de Mario Losano a Kelsen na obra “Os grandes sistemas Jurídicos” e a questão da NF <i>a posteriori</i> .....	151
6.2 Liberdade com proposição do axioma 2: Não há a metaxy.....	153
6.2.1 A liberdade enquanto conteúdo material (não formal ou ideal) do sistema normativo .....	153
6.3 Monismo entre Estado e direito a partir da Ilusão da justiça - Axioma 3. Não há vinculação entre Bem e Verdade. ....	157
6.4 O nacionalismo como solipsismo e pluralismo - Axioma 4: Pressupõe-se a igualdade.....	162
6.4.1 A refutação do dualismo.....	164
6.4.1.1 O solipsismo do primado do direito nacional.....	167
6.4.1.2 O primado do direito internacional como superação do solipsismo.....	170
6.5 A decisão judicial – Axiomas 1 e 5: Toda a determinação da decisão moral ou judicial parte das emoções do sujeito que a julga. Não há, portanto, decisão racional .....	171
6.5.1 A decisão judicial em Kelsen a partir de seu suposto neokantismo e de sua periodização .....	171
6.5.2 A origem emotiva/empírica/social, não racional, de toda decisão judicial e sua relação com a nova proposta de NF .....	173
CONCLUSÃO .....	177
REFERÊNCIAS .....	181



## INTRODUÇÃO

A obra do jusfilósofo Hans Kelsen (1881-1973) mantém-se influente e imprescindível atualmente. Em nível global, no momento da escrita desta tese, avolumam-se significativas contribuições sobre suas ideias.<sup>1</sup> Isso porque conceitos fundamentais defendidos pelo autor continuam caros tanto para a academia quanto para a atividade jurídica como um todo.

Especificamente no direito brasileiro, as referências ao autor crescem na medida da complexificação do sistema político-jurídico e da necessidade do enfrentamento de problemas antevistos pelo jurista no decorrer do desenvolvimento de sua obra, tal como a separação entre direito e moral, o monismo entre Estado e direito, o monismo entre direito internacional e nacional, a teoria da imputação, entre outros.

Efetivamente, suas teses estão presentes na jurisprudência nacional, na academia e em outras disciplinas correlatas que não apenas na filosofia e no direito. Conforme o ministro e atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli (2012, p. XVI), o pensamento de Kelsen não se restringe apenas aos filósofos ou juristas, mas está presente na pesquisa de sociólogos, comunicadores, historiadores, cientistas políticos. E no caso do Brasil é nítida a força das teses do autor em muitos centros de excelência. Isso tudo se comprova pela fecundidade bibliográfica em torno dos seus escritos. Em levantamento feito entre os anos de 1991 a 2011, o ministro encontrou o número significativo de 30 livros publicados e de 92 artigos jurídicos relevantes. Da mesma forma, destaca a expressiva quantidade de vezes em que Kelsen foi citado na jurisprudência do STF entre os anos de 1977 a 2011 – 59 julgamentos colegiados usaram de fundamento as hipóteses kelsenianas. E desses 59 julgamentos, 44 acórdãos foram publicados no período entre 2001 a 2011, isto é, as citações tornam-se crescentes nos últimos anos. O ministro destaca, ainda, que mesmo quando não expressamente citado, Kelsen se faz presente através do uso de expressões como: tribunal constitucional,

---

<sup>1</sup> Por exemplo, a exposição, agora permanente, permanente no sação do Tribunal Superior Eleitoral, em Brasília. *In:* <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Outubro/tse-inaugura-exposicao-hans-kelsen-nesta-terca-feira-10>. Também o IVR German Section's Conference 2018 em Freiburg. *In:* <https://www.jura.uni-freiburg.de/en/institute/rphil/ivr-german-section-conference-2018>.

pirâmide, hierarquia ou escalonamento de normas e monismo jurídico. Por fim, afirma (TOFFOLI; RODRIGUES, 2012. p. XVII):

Na composição da Corte, os ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau declaravam-se adeptos das teorias de Hans Kelsen, posição que atualmente um dos autores deste estudo introdutório, na qualidade de ministro do STF, tem a honra de conservar na tradição do pensamento kelseniano.

Destaca-se, além disso, o aprofundamento nos últimos anos da filosofia de Kelsen acerca do problema da discricionariedade judicial. Ocorre que a partir de uma metaética não-cognitivista, o autor refuta a razão prática kantiana, separa de forma absoluta direito e moral e viabiliza a decisão discricionária da autoridade, visto não estar submetida a qualquer princípio metajurídico na sua justificação. Nesse ínterim, o seu pensamento se contrapõe a kantianos e teóricos morais cognitivistas contemporâneos, como Rawls, Habermas e Dworkin, os quais aderem a uma espécie de imperativo categórico mitigado como princípio moral de estabilidade e limitação do poder estatal.

Longe de todas essas referências constituírem uma falácia de autoridade, argumento implacavelmente combatido por Kelsen, tudo isso demonstra a presença do autor não apenas na academia, mas culturalmente em seu aspecto mais amplo. A obra de Kelsen se faz atual e, nesse sentido, precisa ser estudada.

Dada essa importância jurídica, filosófica e cultural do pensamento do autor, a tese busca esclarecer conceitos fundamentais e superar as leituras e dissensões que surgem sobre as suas hipóteses. Acontece que há muitas divergências sobre suas obras. As mais significativas e frequentes partem da ideia da existência de fases e rupturas no desenvolvimento de suas ideias. Em especial, a definição de Kelsen como neokantiano e sua suposta superação em direção ao ceticismo, tanto epistemológico quanto moral.

Assim, a tese trata, considerando sua relevância e essas leituras conflituosas e contraditórias, da concepção antijusnaturalista de Kelsen com foco na sua leitura do platonismo a partir do texto *A Ilusão da justiça (Dei Illusion der Gerechtheit)*, precisamente a partir da primeira, segunda e terceira parte: o dualismo, o amor platônico e a verdade platônica. Busca unificar, assim, o entendimento sobre autor acerca do seu conceito de direito e dos problemas relativos às transições teóricas no decorrer dos seus escritos através da leitura da obra em questão. De tal modo, associa

os seus pressupostos teóricos com a sua concepção do positivismo exclusivo a partir da crítica ao jusnaturalismo, isto é, defende que a sua proposta antiplatônica, tanto epistemológica quanto moral, serve de constante de leitura para todos os períodos nos quais suas principais teses foram apresentadas.

Com tal procedimento, questiona o processo de periodização da obra de Kelsen no sentido de confrontar a hipótese defendida por Paulson, Heidmann, Dias, Dimoulis, Losano, entre outros, acerca das mudanças de fundo teórico nas suas principais obras, os quais insistem na centralidade do neokantismo como base filosófica da ideia de uma teoria pura do direito. Igualmente, via entendimento dos conceitos a partir da sua leitura de Platão, prova-se que tal periodização não ocorre conforme a proposta defendida pelos autores citados.

Analisando-se, então, o antiplatonismo que acompanha Kelsen em todas as suas obras, sobretudo na *A Ilusão da justiça*, prova-se uma constante no pensamento do autor, permitindo, ao final, uma unidade interpretativa das suas ideias. Nesse sentido, mesmo concordando com a reformulação das suas concepções epistemológicas, como a norma fundamental e a questão do debate entre formalismo e realismo da interpretação, a presente tese sustenta que a compreensão cética kelseniana acerca da possibilidade do conhecimento de uma moral absoluta permanece inalterada, assim como sua recusa entre a cisão tradicional filosófica sobre a forma/matéria, ou alma/corpo. Em suma, há mudanças em aspectos pontuais na Teoria pura do direito, mas não no seu núcleo antiplatônico; portanto, esse deve ser a constante de análise da sua filosofia do direito, e não o oposto, como o faz Paulson e outros autores já citados.

O trabalho consiste, portanto, na análise da obra de Kelsen e uma crítica filosófica à mesma. Assim, inicia-se contestando a própria ideia de Kelsen acerca da sua defesa de uma reinterpretação de Kant, especificamente, a sua concepção de neokantismo. Logo, o método de abordagem é dedutivo e comparativo, tendo como fonte de pesquisa tanto as obras do autor, quanto de seus comentadores e, principalmente, como crítica e comparação, uma leitura sobre Kant e o neokantismo.

Assim, a tese está dividida em cinco capítulos, sendo:

### **Capítulo 2:**

O primeiro capítulo abre a tese com a apresentação de dois pontos cruciais para filosofia kelseniana – a absoluta separação entre ser e dever-ser e a sua suposta negação na filosofia prática kantiana. Assim, analisa

primeiramente como Kelsen entende Kant e o neokantismo em seu aspecto mais geral e como aproxima-se e afasta-se do filósofo mormente à questão da fundamentação *a priori* do Estado, do direito e da moral.

Ainda no primeiro capítulo, apresenta as transições nas obras de Kelsen a partir dos seus principais comentadores e como essa ideia de transição está concentrada na hipótese de Kelsen como neokantiano. Expõe, assim, as periodizações ao qual estaria inserido o autor, focando sobretudo na fase formalista/normativista *versus* fase realista. Resumindo tais fases, a primeira considera Kelsen como herdeiro da filosofia teórica de Kant, a qual o forneceria fundamentos para conceituar o direito apenas de forma lógica-transcendental, nos termos do transcendentalismo kantiano. A segunda, realista, também parte da ideia de que Kelsen teria, em um primeiro momento, adotado o neokantismo como base filosófica da TPD, porém afirma que esse embasamento teórico teria sido abandonado nas suas últimas obras em função da adoção de um realismo, especialmente no que concerne à decisão judicial. Ainda sobre essas transições, apresenta a leitura de Chiassoni, a qual teoriza uma espécie de posição compatibilista entre as duas teses antagônicas. Observa-se na seção como os comentadores justificam uma suposta periodização na obra de Kelsen justamente focando na sua determinação como neokantiano, sobretudo na questão da distinção entre *ser* e *dever-ser*.

Como resultado da análise dessas transições, conclui-se, ao final do capítulo, com a hipótese da insuficiência e incoerência das leituras tanto formalista, quanto realista ou mesmo a leitura de Chiassoni. Questiona, ainda, a própria ideia de Kelsen como neokantiano. Ou seja, considerando-se a impossibilidade de obra de Kelsen merecer, de fato, o rótulo de neokantiana, demonstrado todos os problemas de interpretação do autor sobre Kant, e também se abandona a ideia de transição entre as suas obras, justamente pela impossibilidade de qualificá-la como neokantiana em qualquer fase que seja.

### **Capítulo 3:**

O segundo capítulo foca na filosofia prática de Kant. Busca provar, nesse aspecto, que Kelsen possui uma concepção acerca de Kant e do neokantismo significativamente problemática, avaliando-se especialmente a suposta ruptura kantiana entre a CRPu e a sua metafísica da moral. Demonstra, nesse ponto, como deve ser refutada a ideia de Kelsen como neokantiano, justamente em função do autor partir de uma interpretação equivocada sobre Kant. O que se demonstra, nesse ínterim, é a implausibilidade da tese de Kelsen de contradição entre as obras

críticas do filósofo prussiano, assim como a sua leitura errônea no condizente ao conceito de direito, moral e metafísica em Kant. Especificamente sobre a essa leitura, refuta-se também a sua tese de erro categorial entre *ser* e *dever-ser*. Prova que, sendo a moral completamente *a priori* no autor, e o princípio do direito uma autorização dessa moral, não há confusão entre *ser* e *dever-ser*, como acusa Kelsen. Assim como demonstra que a filosofia prática kantiana, mesmo no neokantismo decorrente, não contradiz a ideia da primeira crítica, mas a reafirma justamente por ser *a priori* em todos os seus aspectos, porém anti-ideológica e contrária ao seu desdobramento romântico e idealista.

#### **Capítulo 4:**

Após exposta a hipótese da impossibilidade de considerar Kelsen como neokantiano, o terceiro capítulo, então, concentra-se sobre os seus textos de Platão, com o objetivo de reinterpretar sua obra como um todo através do seu antiplatonismo. Especificamente, apresenta as concepções de Kelsen sobre Platão nas três primeiras partes do livro – O dualismo platônico, o amor platônico e a verdade platônica. Ao final do capítulo, propõe axiomas a partir do antiplatonismo kelseniano, os quais servirão para a constituição das proposições da última parte do trabalho.

#### **Capítulo 5:**

O quarto capítulo, como resultado do abandono da leitura de Kelsen como neokantiano e a sua leitura como antiplatônico, propõe a associação de Kelsen a outras duas referências – a filosofia de David Hume e a psicanálise de Sigmund Freud. Demonstra, de tal forma, as novas fontes bibliográficas essenciais de Kelsen independentemente de Kant e como essas fontes são substitutivas do neokantismo para compreender os conceitos fundamentais no autor, tais como a separação entre *ser* e *dever-ser*, a distinção entre os princípios de causalidade e imputação e a questão da formação psicanalítica do indivíduo e seu conceito de pessoa. Com esse capítulo, assume a impossibilidade de classificação negativa da obra de Kelsen, associando-lhe não o antiplatonismo como determinante da obra, mas como fonte interpretativa de seus textos, isto é, defende as obras de Hume e Freud como determinantes do pensamento do autor e o antiplatonismo como fonte de entendimento e de padronização de suas ideias.

#### **Capítulo 6:**

Finalmente, no último capítulo, aplicam-se os axiomas deduzidos a partir da leitura do antiplatonismo de Kelsen e de suas referências humanas e freudianas. São apresentados e discutidos os conceitos de

norma fundamental, liberdade, monismo entre Estado e direito, primado do direito internacional e, por fim, a questão da decisão judicial.

A norma fundamental, a partir das premissas defendidas na tese, abandona o transcendentalismo neokantiano e fundamenta-se como empírica e psicológica, tanto a partir da negação do platonismo enquanto sublimador da matéria à forma, quanto da sua classificação como humeano e freudiano.

Nesse mesmo sentido, também são reestruturados os conceitos de liberdade, Estado, direito e decisão. A liberdade, em específico, deixa de ser considerada uma norma incidental no ordenamento, mas se constitui como possibilidade da existência da NF e de todo o entendimento da ideia de uma teoria pura do direito enquanto uma teoria fundamentadora de uma ciência autônoma do direito (ou seja, não mais transcendental).

Com tal, procura, finalmente, defender uma teoria realista da interpretação em Kelsen que se compõe não pelo realismo americano ou escandinavo, como defendem alguns de seus intérpretes, mas um realismo *sui generis* que reconhece a discricionariedade judicial, porém a limita conforme as novas demarcações da NF.

Com tudo isso, atinge-se o objetivo geral da tese, que consiste em reestruturar a filosofia do direito de Kelsen, considerando inviável sua classificação como neokantiana. Entende, assim, que apesar de haver significativos problemas em sua base filosófica, a teoria jurídica do autor ainda possui originalidade e necessidade, tendo em vista que enfrenta e expõe problemas complexos acerca do direito, do Estado e das normas, além de fornecer um conceito original de direito. Nesse aspecto, a tese não tem uma importância tão somente historiográfica, mas também filosófica no sentido de que propõe um conceito de direito original e necessário tanto para academia, quanto para fora dela.

## 2. KELSEN NEOKANTIANO?

O pensamento de Kelsen é descrito como neokantiano.<sup>2</sup> Segundo o próprio autor (KELSEN, 2009b, p. 225):

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar per analogiam um conceito da teoria do conhecimento de Kant –, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> HAMMER, 2007, p. 177; LUF, 2007, p. 221; RAZ, 2007, p. 237. GOYARD-FABRE, 2006, p. 226. GOYARD-FABRE, 2007, p. 340. COSTA MATOS, 2006, p. 13-111. WILSON, 1986, p. 37; BERGER, 2016, seção III, Capítulo 1, Edição Kindle; BAUME, 2012, Capítulo 1, Edição Kindle. PAULSON, 2018, p. 282. PAULSON, 2003, p. 547. PAULSON, 1991.

<sup>3</sup> No original: KELSEN, 1960, p. 204 e 205: “Sofern nur durch die Voraussetzung der Grundnorm ermöglicht wird, den subjektiven Sinn des verfassunggebenden Tatbestandes und der der Verfassung gemäß gesetzten Tatbestände als deren objektiven Sinn, das heißt: als objektiv gültige Rechtsnormen zu deuten, kann die Grundnorm in ihrer Darstellung durch die Rechtswissenschaft — wenn ein Begriff der Kant’schen Erkenntnistheorie per analogiam angewendet werden darf — als die transzendental-logische Bedingung dieser Deutung bezeichnet werden. So wie Kant fragt: wie ist eine von alter Metaphysik freie Deutung der unseren Sinnen gegebenen Tatsachen in den von der Naturwissenschaft formulierten Naturgesetzen möglich, so fragt die Reine Rechtslehre: wie ist eine nicht auf meta-rechtliche Autoritäten wie Gott oder Natur zurückgreifende Deutung des

Haveria, ainda, o realce bem característico desse neokantismo, sistematizado pela escola de Marburgo, sob a égide de Hermann Cohen, e Banden, conectado a interpretação de Windelband e Simmel. (EDEL, 2007, p. 195; PAULSON, 2013, p. 60; PAULSON, 2003, p. 560; COSTA MATOS, 2011, p. 54). Isso significa que Kelsen valida apenas uma parte da obra de Kant enquanto fundamento teórico-científico da Teoria pura do direito (TPD). Resumidamente, como parte de sua fundamentação teórica, subtrai toda a metafísica kantiana, considerada contraditória à sua primeira crítica, através de uma suposta ruptura entre as obras (KELSEN, 2005, p. 635)<sup>4</sup>:

A luta que este gênio, apoiado pela ciência, moveu contra a metafísica, que lhe valeu o título de “destruidor de tudo”, não foi efetivamente levada por ele até a conclusão final. Em caráter, ele provavelmente não era um lutador, mas, antes, alguém disposto a conciliar conflitos. (...). Isso se torna mais evidente na sua filosofia prática. É exatamente aqui, onde repousa a ênfase da doutrina cristã, que o dualismo metafísico desta invadiu completamente o seu sistema, o mesmo dualismo que Kant combateu com tanta persistência na sua filosofia teórica. Neste ponto, Kant abandonou o seu método de lógica transcendental. Esta contradição dentro do sistema do idealismo crítico já foi observada com frequência suficiente.<sup>5</sup>

---

subjektiven Sinns gewisser Tatbestände als ein System in Rechtssätzen beschreibbarer objektiv gültiger Rechtsnormen möglich?

<sup>4</sup> Observa-se, ainda, que o neokantismo kelseniano não se restringe apenas ao seu abandono da filosofia prática de Kant, mas a outros elementos, especialmente o caráter transcendental da NHF. Entretanto, é justamente na acusação de Kelsen sobre a contradição entre a razão pura e prática que reside a principal crítica do autor a Kant e a base de sua teoria pura como teoria antimetafísica do direito. Diz Hammer: “By contrast, Kelsen appears to think that it is precisely the hypothetical character of the basic norm – in so far as it is not demonstrable but can only be assumed – that serves to express its epistemológico-transcendent character in contradiction to a metaphysico-transcendent character.”. (HAMMER, 2007, p. 185).

<sup>5</sup> No original: KELSEN, 1961, p. 444 e 445: “The last of the types we have here developed, which in contrast to the metaphysical, has been described as critical dualism, evidently bears the features of Kant’s philosophy of critical idealism. Yet it will be immediately observed that Kant’s philosophical system differs

Nesse caso, postula uma teoria jurídica inspirada estritamente na Crítica da razão pura (CRPu), sem o reconhecimento da Fundamentação da metafísica dos costumes (FMC), da Metafísica dos costumes (MC) e da Crítica da razão prática (CRPr), à revelia do próprio Kant. Conforme a melhor interpretação, Kant fundamenta o princípio do direito originado na CRPr, a qual autoriza a sua existência.<sup>6</sup> Logo, para o filósofo prussiano, há uma relação intrínseca entre direito e moral. Isso, entretanto, é enfaticamente rechaçado pelo positivismo exclusivo de Kelsen. (DUTRA, 2008, p. 41; DUTRA; OLIVEIRA, 2017, p. 533).

Para Kelsen, é impossível a determinação de normas morais absolutas, racionais, objetivas, categóricas. Toda a tentativa kantiana de fundamentar o imperativo categórico resultou, afirma, em regras vazias de sentido, as quais acolheriam qualquer máxima como válida. Portanto, não cumpririam o papel de objetivação dos juízos morais, constituir-se-iam em antinomias e legitimariam, ao final, a expressão autocrática e conservadora de um governo moralista. (KELSEN, 2009a, p 56 e 122).

Por conseguinte, se no aspecto teórico Kelsen utiliza-se declaradamente da CRPu, no aspecto prático adere a uma série diversificada de referências marcantes de sua época: ao neopositivismo do círculo de Viena (DIAS, 2010, p. 141); à escola de Viena (BAPTISTA,

---

somewhat from our ideal picture. This is already the case in his natural philosophy. The struggle which this philosophical genius supported by Science, waged against metaphysics, which earned him to the ultimate conclusion. In character, he was probably no real fighter but rather disposed to compromise conflicts. The role which the “thing-in-itself” plays in his system reveals a good deal of metaphysical transcendence. For this reason, we do not find in him a frank and uncompromising confession of relativism, which is the inescapable consequence of any real elimination of metaphysics. A complete emancipation from metaphysics was probably impossible for a personality still as deeply rooted in Christianity as Kant’s. This is most evidente in his practical philosophy. Just here, where the emphasis of the Christian doctrine rests, its metaphysical dualismo has completely invaded his system, the same dualismo which Kant fought so persistently in his theoretical philosophy.”

<sup>6</sup> Conforme Beckenkamp, “Reconstruindo a linha de fundamentação do direito como uma sequência de autorizações da razão prática pura, obtém-se o direito como espécie da moral, ou seja, a doutrina do direito natural como uma das duas partes da filosofia prática ou moral de Kant” *In* KANT, 2014, Introdução, p. XXXV. Ver também: BECKENKAMP, 2003. BECKENKAMP, 2009. GUYER, 2006, p. 263.

2004, p. 205)<sup>7</sup>, a Moore<sup>8</sup> e a Freud<sup>9</sup>. Com tal, afasta-se do kantismo em sentido estrito quando da explicação do surgimento do Estado e do direito, da possibilidade do conhecimento objetivo dos juízos morais e, acima de tudo, afasta-se da tradição jusnaturalista atribuída a Kant, a qual também acusa de confundir as esferas do *ser* e do *dever-ser*.

Sob esse aspecto, a sua doutrina do direito se constitui principalmente na ideia da construção de uma teoria pura amparada na suposição de uma ruptura nas obras de Kant. Na sequência dessa ruptura, então, surge a leitura de Kelsen como neokantiano e, principalmente, como formalista/normativista e cético moral. Ou seja, interpreta-se o autor como um legítimo continuador da teoria do conhecimento kantiana aplicada ao direito, porém sem razão prática ou metafísica dos costumes.

Contudo, justamente sobre esse aspecto formalista/normativista, considerável parcela dos comentadores defendem uma transição e o abandono de Kelsen do neokantismo nas suas últimas obras e o classificam, conseqüentemente, no extremo oposto, ou seja, como realista.

Outra posição, bastante significativa, também surge como alternativa à polarização apresentada. Trata-se da interpretação de Chiassoni, a qual será analisada no decorrer deste capítulo.

Nada obstante, antes de iniciarmos o debate especificamente sobre as divergências sobre a obra de Kelsen como resultado da sua adesão ou

---

<sup>7</sup> Sobre a comparação entre as obras de Wittgenstein e Kelsen, ver BAPTISTA, Fernando Pavan. **O *Tractatus* e a Teoria Pura do Direito** – Uma análise semiótica comparativa entre o Círculo e a Escola de Viena. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 205. Segundo o autor, há um aparente paralelismo entre Kelsen e Wittgenstein, precisamente na busca de uma fundamentação antimetafísica da linguagem.

<sup>8</sup> A adesão a Moore, porém, não se dá integralmente, tendo em vista que Kelsen desconsidera o intuícionismo. Os dois conceitos aceitos e amplamente utilizados, sobretudo contra a doutrina jusnaturalista, são o argumento da falácia naturalista e da indefinibilidade do conceito de bem. Afirma: “Do conceito de dever-ser vale o mesmo que George Edward Moore diz, no *Principia Ethica*”. In: KELSEN, 2009, p. 399.

<sup>9</sup> Sobre a relação com as teses de Freud, Kelsen adota uma concepção psicanalítica acerca do cognitivismo moral, mais especificamente sobre o dualismo platônico e sua fundamentação de um realismo e naturalismo moral absoluto. Ver: BERLANGA, 2002, p. 11-54; KELSEN, 2000, p. 63. LOSANO, 1997. Ver também o terceiro capítulo desta tese, sobre Kelsen e Freud.

abando do neokantismo, insta analisar o entendimento do autor sobre os conceitos de *ser* e *dever-ser* como primeira variável do seu entendimento do kantismo e os quais serão o centro da fundamentação da NHF.

## 2.1 *Ser (Sein) e Dever-ser (Sollen) em Kelsen*

O *ser* e o *dever-ser* são categorias fundamentais na obra de Kelsen (WRIGHT, 2007, p 365), considerando que a pureza metódica da sua tese tem sua primeira variável exposta pela distinção entre ato e o significado deste ato, ou seja, a distinção entre um fenômeno natural, um *ser (Sein)*, e um sentido deste fenômeno, um *dever-ser (Sollen)*, termos e conceitos supostamente retirados tanto da filosofia humeana quanto da filosofia kantiana. Conceitos posteriores, tais como, a norma hipotética fundamental, escalonamento normativo e a distinção entre normas jurídicas e morais - são vinculados fundamentalmente a tal concepção, sob a qual os princípios da Teoria pura são sustentados e a definição de direito e moral necessita radicalmente. Tudo isso, portanto, ligado estritamente à leitura kelseniana de Kant.<sup>10</sup>

Sobre essa interpretação da CRPu especificamente (isto é, sem a metafísica da moral), acerca de Kant e o problema do *ser* e *dever-ser*, a CRPu, teve dois objetivos bem definidos: solucionar o problema de Hume e propor a delimitação do conhecimento, criticando, assim, os limites da razão; ou ainda, justificar a possibilidade do conhecimento, especialmente acerca do problema da causalidade. No que tange ao segundo aspecto, o filósofo distinguiu o conhecimento teórico-científico da metafísica. Com isso, superaria o problema da impossibilidade do princípio da causalidade como resultado da filosofia humeana. (PORTA, 2011, p. 77).

Nesse sentido, a teoria, enquanto *ser* transcendental, para Kant, diz respeito à construção dos juízos sintéticos *a priori*, os quais possibilitam acrescentar um predicado ao sujeito através das categorias do entendimento, deduzidas das duas pressuposições lógico-transcendentais

---

<sup>10</sup> Também segundo Alexy, 2013, p. 91, o *dever-ser* em Kelsen se constitui por uma complexidade tão grande, que a melhor forma de o interpretar seria através dos conceitos de norma, imputação, atribuição de poderes e obrigação. Ainda segundo Alexy, a distinção feita por Kelsen se relaciona fortemente com a distinção entre causalidade (*ser*) e imputação (*dever-ser*). Esse conceito será retomado no terceiro capítulo dessa tese, sobre a relação entre Kelsen e Hume e o problema da imputação. Ver também: SOUZA, 2013.

(espaço-tempo) sem, conseqüentemente, recair no problema da causalidade proposto Hume, evitando a indução das premissas básicas, assim como superando as antinomias da razão pura dos juízos exclusivamente analíticos. E Kant atinge a sua pretensão sustentando que o conhecimento é constituído pela síntese dos dados ordenados pela intuição sensível espaço-temporal, mediante as categorias apriorísticas do entendimento. Ou seja, apesar de todo conhecimento originar-se da experiência, como é sustentado pelo empirismo humeano, há a faculdade da razão para ordenar esse conhecimento (por exemplo, a causalidade), sem a qual os dados empíricos não passariam de uma amontoada coleção de sensações. E essa faculdade é ativa, pois constrói os conceitos a partir do sujeito e não da coisa, além de não deduzir juízos sintéticos a partir da experiência.

Portanto, compreende-se que, para o filósofo prussiano, todo conhecimento começa com a experiência, mas nem por isso limita-se à experiência enquanto coisa-em-si (KANT, 2005, p. 53). Nisso, também se compreende que essa experiência não se dá pela simples recepção estética dos objetos, mas os objetos relacionam-se com a faculdade de entendimento antes de serem suscitados pelas impressões sensíveis. Daí a razão de se isolar um conhecimento dado pelos sentidos daquilo que a razão fornece de si mesma, e também daí a fundamentação da epistemologia construtivista kantiana. Por meio dessa fundamentação, distingue-se o conhecimento puro do empírico, ou a separação clássica entre a forma e a matéria. Embora todo o conhecimento origine-se da matéria, apenas é possível captá-lo através das formas, e essas são criadas pela faculdade da razão e passíveis de reformulação quando não atendem à manifestação dessa mesma matéria. (KANT, 2005, p. 53-54).

Daí a tentativa de fundamentação de Kelsen da separação entre *ser* e *dever-ser*. Nesse caso, para o jurista, o *ser* apresenta-se sempre em um tempo e um espaço, sensorialmente perceptível; uma manifestação externa de conduta humana, cognoscível apenas enquanto fenômeno específico do mundo do *ser*. O sentido jurídico, no entanto, é cognitivamente percebido diversamente, sendo uma distinção familiar aos juristas. Por exemplo: numa sala encontram-se vários indivíduos, uns levantam suas mãos, outros não – este é um fato, externo e perceptível pelos sentidos; o significado de tal ato pode ser um significado jurídico, isto é, foi votada uma lei. A distinção, para o autor, parece ser evidente em si, não podendo ser confundido o ato do significado deste ato. (KELSEN, 2009b, p. 3). As normas jurídicas não são atos, mas o sentido

deste ato, cognitivamente determinado e percebido, tal como a causalidade na filosofia transcendental de Kant.

De extrema importância para a Teoria pura, ainda, é compreender as peculiaridades desse ato de vontade interpretado como comando. Nota-se que esse ato de vontade não é propriamente jurídico, mas um ato do mundo do *ser*, objeto das ciências que estudam tal ato. O jurídico destina-se a interpretar a esfera do *dever-ser*. A necessidade de Kelsen em demonstrar a origem empírica do fenômeno jurídico não impede a clareza e a insistência em demonstrar o sentido especificidade do *dever-ser*. A origem do direito, *prima facie*, não está contraposta na distinção entre o natural, portanto do mundo do *ser*, mas é interpretado transcendentalmente como sentido desse ato. Ou ainda, tal como a filosofia da ciência de Kant, o ato enquanto *ser* não é considerado como coisa-em-si, mas reinterpretado como fenômeno que também possibilita a sua interpretação como *dever-ser* específico.

Observa-se, dessa forma, que por certo também as normas em Kelsen têm, primariamente, uma existência factual, porém não causal – são, na sua origem, atos de vontade, que se realizam no tempo e no espaço, sensorialmente perceptíveis e constituídas por uma série de manifestações externas de condutas humanas e organizadas como conhecimento apenas transcendentalmente. A norma enquanto ato, então, é oriunda de uma expressão de uma vontade. Diz Kelsen, na TGDE, em função da sua oposição a Austin (2005, p. 49), que a sua natureza se estabelece através de uma vontade de que alguém se conduza de certa maneira. Uma expressão de vontade de um indivíduo designa-se como comando, isto é, leis ou regras. Se eu quero que alguém se conduza conforme a minha vontade, ordeno, isto é, comando a este que se dirija de acordo com as minhas pretensões. A forma deste comando é imperativa, isto é, difere-se na forma de um pedido ou um mero apelo, mas uma ordem que *dever-ser* cumprida por outros indivíduos.

Enfim, o conceito de norma está presente também numa esfera factual, perceptível e inserta no espaço e no tempo, porém não se confunde com essa esfera (tal como ocorreria em Austin, de acordo com a crítica de Kelsen), mas é intelectualmente admitida como o sentido de *dever-ser* desse *ser*, pois todo o conhecimento, tal como ensinado na obra de Kant, começa pela experiência (logo, sempre *ser*).

Nas palavras do autor, considerando o conceito de *dever-ser* como categoria original, isto é, não derivada de um conceito de *ser*, na TGN (1986, p. 2 e 3)<sup>11</sup>:

“Norma” dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra “norma” indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão linguística é um imperativo ou uma posição de *dever-ser*.

O ato, cujo sentido é que alguma coisa está ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade. Aquilo que se torna ordenado, prescrito, representa, *prima facie*, uma conduta humana definida. Quem ordena algo, prescreve, quer que algo deva acontecer.

O *dever-ser* – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo).

[...]

O *dever-ser* [...] do mesmo modo que o *ser* é uma “categoria original”, e como não se pode descrever o que seja o *ser*, tão pouco há uma definição de *dever-ser*.

O ato de vontade, cujo sentido é a norma, constitui o ato do qual se diz figurativamente: que a norma através dele se torna “fabricada”; quer dizer, o ato com que a norma é posta, o ato de fixação das normas.

Fica expresso em Kelsen que a norma também é um ato de vontade, um *ser*, presente na experiência, mas que, no entanto, não é derivada deste

---

<sup>11</sup> KELSEN, 1991, p. 2: “When it refers to a prescription or command, the word ‘norm’ means that something is to be or is to happen. Its linguistic expression. Is an imperative or a *sollen*-sentence. The act whose meaning is that something is commanded or prescribed is primarily particular human behaviour. When someone commands or prescribes, he wills that something *ought* to happen. The Ought – the norm – is the meaning of a willing or act of will, and – if the norm is a prescription or command – it is the meaning of an act directed to the behaviour of another person, an act whose meaning is that another person (or persons) is to behave in a certain way.”.

*ser*, mas composta pelo sentido objetivo dessa manifestação humana, caracterizada como objetivamente válida a partir da pressuposição da norma fundamental. Ou seja, não se pode de um *ser* abstrair um *dever-ser*, mas se concebe a origem das normas a partir do sentido dado pelo ato de vontade, tudo isso fundamentado através do que entende pela filosofia transcendental kantiana. (KELSEN, 2009b, p. 225).

Segundo Wright (2007, p. 380), essa distinção entre *ser* e *dever-ser* em Kelsen constitui-se na distinção clássica do positivismo jurídico oriundo da filosofia empirista humeana e da crítica da razão pura de Kant. Também tem como consequência o não-cognitivism moral. Isso porque a distinção entre *ser* e *dever-ser* deriva de um antinaturalismo dos juízos morais, o qual reconhece a existência da norma (do *dever-ser*, portanto) em uma esfera fática e natural, porém não à deriva dessa esfera. Isto é, a característica, portanto, da distinção entre essa duas esferas é sobretudo para evitar qualquer cognitivism moral naturalista.<sup>12</sup>

Para Alexy (2013, p. 87), o conceito de *dever-ser* em Kelsen e sua separação do conceito de *ser* é de enorme complexidade, pois envolve não apenas o aspecto epistemológico da sua teoria, mas abrange os conceitos de imputação e, sobretudo, a separação e atribuição de poderes. Mais significativo ainda é que essa separação para Kelsen, segundo Alexy, concebe tanto a moral quanto o direito como modalidades deonticas, isto é, tanto um quanto o outro encontram-se na esfera do *dever-ser* e a partir daí serão diferenciados. Para o autor, essa distinção fundamental em Kelsen parte principalmente da sua concepção antinaturalista tanto do direito quanto da moral. (ALEXY, 2013, p. 101).

Muito mais poderia ser dito sobre o conceito kelseniano de “dever-ser”. Poder-se-ia indagar, por exemplo, como as modalidades da atribuição de poderes e obrigação, do modo como contidas na estrutura da imputação, estão relacionadas à ideia kelseniana de uma norma fundamental (Grundnorm), e, por sua vez, como essa ideia está relacionada à classificação kelseniana do “dever ser” como “uma categoria relativa a priori. Mas

---

<sup>12</sup> Sustenta Wright (2007, p. 380): “The impossible of deriving na Ought from na Is is a consequence of the non-cognitivist view of norms. There is also another view with I mentioned and called non-naturalist cognitivism (in §5 above) Ont this view, too, there is no derivation of norms from facts. HB ut norms may be, in their own right so to say, true or false. We must still say somethis about this.”.

nenhuma dessas questões deverá ser considerada aqui. Aqui deve ser suficiente dizer que o “dever ser” de Kelsen seria incompleto se ele não compreendesse a obrigação como uma modalidade que é pelo menos tão fundamental quanto a atribuição de poderes.

Para Paulson (2003, p. 547), a distinção entre fato e valor, essencial para a compreensão da teoria jurídica de Kelsen, resulta diretamente do neokantismo. É desse neokantismo, especialmente o derivado da escola de Baden, que a distinção entre os dois mundos (fato e valor) se solidifica na teoria pura do direito. Diz Paulson (2003, p. 559):

Entre las doctrinas de los neokantianos del Baden que Kelsen adoptó, se destaca sobre todo la propia doctrina de los dos mundos, o dicho con mayor precisión, la investigación de Wilhelm Windelband sobre los puntos de vista explicativo y normativo, y la investigación correlativa, desarrollada por Heinrich Rickert, sobre los “reinos” o mundos. Es por esto que la diferencia entre el punto de vista explicativo y normativo, que Kelsen tomó de los “Preludios” de Windelband, cimienta la tesis de los dos mundos que aparece en algunos pasajes de su obra. Esta doctrina del neokantismo de la escuela de Baden es si duda fundamental para la filosofía del derecho de Kelsen. Esta doctrina subyace a la tesis débil de la normatividad, que sin ella es inimaginable.

Por último, destaca-se a posição de Losano (2010, p. 120). Após traçar um detalhado histórico sobre o desenvolvimento da separação entre *Ser* e *dever-ser* em Kelsen, afirma:

Todavía, esses problemas dizem respeito mais à exposição do que à natureza do *Sollen*. Pode-ser, portanto, concluir, resumidamente as três características do *Sollen* segundo Kelsen: 1. a indefinibilidade; 2. a total separação do Sein; 3. a indivisibilidade.

Essa concepção do *Sollen* pode suscitar dúvidas, cujo exame, porém, é de natureza estritamente filosófica, porque se resolve numa exegese do pensamento neokantiano. Para uma correta determinação do sistema interno ao direito proposto por Kelsen; é por ora suficiente ter

documentado a ambiguidade do elemento sobre o qual se funda toda a construção kelseniana. É tempo, a essa altura, de reconsiderá-la integralmente, à luz dessa visão mais detalhada do dever ser.

Nota-se, portanto, que a partir nessa abstração entre direito e natureza, entre *dever-ser* e *ser*, resultaria, conforme a leitura de Kelsen sobre Kant, na necessária separação entre direito e aquilo que é considerado natural do homem. Ou seja, deve-se apontar para o erro categorial da tese que sustenta a concepção jusnaturalista da possibilidade de um conhecimento da ‘natureza humana’, da qual se derivaria o ‘verdadeiro’ direito, ou o direito justo. Contudo, a natureza do homem, segundo Kelsen, não pode estar imanente nenhum dever; aos fatos não pode ser imanente nenhuma norma, isto é, nenhum valor pode ser imanente à realidade empírica. (KELSEN, 2003, p. 71). E é precisamente a partir daí a contestação de Kelsen à filosofia moral, política e metafísica de Kant. Nesse ponto, então, Kant, segundo Kelsen, teria se contrariado em relação à CRPu.

## **2.2 A negação do dualismo entre *ser* e *dever-ser* na filosofia prática de Kant segundo Kelsen**

Conforme Kelsen, apesar da disparidade entre *ser* e *dever-ser* estar presente como base da filosofia teórica kantiana, haveria a tentativas de Kant, na sua filosofia prática, de conexão e aplicação dos princípios resultantes de tal erro categorial. Supõe-se que o *ser* esteja implicado no *dever-ser* ou o *dever-ser* no *ser* não em sua filosofia teórica, mas apenas em sua filosofia prática. Nesse aspecto, para Kelsen, Kant teria abandonado sua CRPu e, a parir de então, confundido as esferas do *ser* e *dever-ser*. Também nesse aspecto, Hume, para Kelsen, seria mais consequente do que Kant. (KELSEN, 1986, p. 108; 2005, p. 635).

Ocorre que, para Kelsen, a par da indubitabilidade da abstração entre ato e sentido, a tentativa de conexão entre ambos foi exaustivamente postulada por uma questão política e religiosa, não lógica, em Kant. A negação do dualismo em Kant, segundo Kelsen, dá-se pela suposição irracional da implicação de um em relação ao outro – um *dever-ser* resultado de um *ser*, ou vice-versa. Igualmente a hipótese da fundamentação do *dever-ser* em um *ser*, ou aquele subordinado a este,

seja de forma coordenada ou paralelizado, ou mesmo traduzido um no outro. (KELSEN, 2005, p. 635).

Para Kelsen (2000b, p. 63), esse tipo de fundamento supostamente absolutista da filosofia prática kantiana não seria resolvido pela ciência do direito, que tem em si outro objeto como constante de estudo, a norma jurídica, mas tal tarefa requerida por Kelsen seria de responsabilidade da psicologia, com profundas raízes filosófico-ocidentais oriundas já dos gregos Sócrates e Platão e ramificadas pela cultura cristã. (KELSEN, 2000b, p. 63). Logo, a asserção de valores subjetivos como valores objetivos presentes em Kant, isto é, a indiscriminalidade entre o *ser* e o *dever-ser* na sua metafísica, seria uma necessidade peculiar do humano deste Sócrates – uma vontade profunda de justificar seu comportamento, suas expressões de emoções, desejos e anseios, através da função de seu intelecto, pensamento e cognição. Portanto, em nada se justifica tal ideia de razão prática considerando a própria CRPu.

Nesse mesmo sentido, para Kelsen (2005, p. 635), a teoria prática de Kant não passou de uma defesa do cristianismo protestante e puritano, permeado frequentemente por termos tais quais – comportamento natural, normal etc. – os quais são referentes ao considerado moral para o autor. Assim, conforme Kelsen, a filosofia política de kantiana não se sustentaria tendo em vistas as críticas de Hume e a própria concepção da CRPu. O que Kant fez, ainda segundo Kelsen, foi abstrair da sociedade e cultura em que estava inserido regras de comportamento nada universalizáveis, isto é, de um *ser*, Kant teria obtido um *dever-ser*, considerando, então, o conceito de ‘natural’ devido à cognoscibilidade da razão prática na derivação de um *dever-ser* moral através da possibilidade de uma moralidade *a priori*. Dessa abstração, contudo, Kant não poderia formar uma ética e uma filosofia do direito. Ocorre que o faz, garantindo, assim, um posicionamento falacioso, na visão de Kelsen. Ou seja, Kelsen interpreta a teoria dos imperativos de Kant como uma forma do autor de salvar seus dogmas religiosos. Assim, propõe um dualismo entre *ser* e *dever-ser* em relação à moral, direito e natureza, a qual seria oposta à fundamentação da moral Kantiana. A moral kantiana, nesse sentido, seria, além de falaciosa, arbitrária.

Mais especificamente em relação à fundamentação moral de Kant, Kelsen afirma que a fórmula do imperativo moral prescreve senão que o indivíduo deve, na sua conduta, reprimir suas inclinações, não realizar seus interesses egoísticos, mas agir por outros motivos, tidos como universalmente corretos. (KELSEN, 2009b, p. 69). O imperativo

categórico, portanto, seria a resposta de saber como o sujeito deve agir para atuar moralmente bem, a ação reta. A norma moral enuncia, conforme Kelsen: ages moralmente bem quando atuas segundo uma máxima da qual possas querer que ela se transforme numa lei universal. Trata-se de saber se nós podemos querer que aquilo que nos propomos a nós mesmos como regra do nosso agir se transforme numa lei para todos. Segundo Kelsen, Kant crê poder demonstrar que não podemos querer que certas máximas se transformem em leis universais, procurando provar que a vontade de elevar a uma lei universal a uma máxima imoral (uma máxima que Kant pressupõe como imoral) se contradiria. Em outros termos, o comportamento humano é bom ou justo se determinado por normas que são obrigatórias para todos, contrárias às inclinações.

Contudo, afirma Kelsen, o imperativo categórico, analisado a partir da sua aplicação, leva à constatação de que se trata de regulamentos da moral tradicional e do direito positivo da época de Kant. Em nada, portanto, seriam coesos com a CRPu.

Não são, de forma alguma – como alega a teoria do imperativo categórico -, deduzidos do imperativo categórico, pois nada se pode deduzir dessa fórmula vazia. (KELSEN, 1997, p. 19).<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Ver também o original *in*: KELSEN, 1953, P. 27. “Wenn man die konkreten Beispiele untersucht, mit denen Kant die Anwendung seines kategorischen Imperativs zu illustrieren versucht, muss man feststellen, dass es durchwegs Vorschriften der traditionellen Moral und des positiven Rechts seiner Zeit sind. Sie sind keineswegs – wie die Theorie des kategorischen Imperativs vorgibt – aus dem kategorischen Imperativ abgeleitet, denn nichts kann aus dieser leeren Formel abgeleitet werden. Sie erweisen sich nur als mit dem kategorischen Imperativ vereinbar. Aber jede Vorschrift jeder beliebigen Gesellschaftsordnung ist mit diesem Prinzip vereinbar, da dieses nichts anderes sagt, als dass der Mensch in Einklang mit generellen Normen handeln soll. Daher kann der kategorische Imperativ, ganz ebenso wie der Grundsatz »Jedem das Seine« oder die Goldene Regel, als Rechtfertigung jeder beliebigen Gesellschaftsordnung im Allgemeinen und jeder beliebigen generellen Vorschrift im Besonderen dienen und ist auch so verwendet worden. Diese Möglichkeit erklärt, warum diese Formeln, trotz ihrer – ja gerade wegen ihrer – völligen Leerheit, noch immer als befriedigende Antworten auf die Frage der Gerechtigkeit hingenommen werden, und wohl auch in Zukunft werden hingenommen werden.”

Ainda, para Kelsen, todo e qualquer regulamento é compatível com o imperativo categórico apresentado por Kant, prova da sua completa falta de significado e sua completa incapacidade de constituir um critério para o julgamento moral. (KELSEN, 2005, p. 14).

Kelsen parte, daí, para a análise da casuísta de Kant, caracterizada nos seguintes tipos (KELSEN, 2003, p. 21): a) o dever perfeito para consigo mesmo, b) dever perfeito para com os outros, e c) deveres imperfeitos. O dever perfeito para consigo mesmo é o de não pôr termo à própria vida, ou seja, o não suicídio. Este não poderia, para Kant, de forma alguma ser considerado como uma máxima universalizável, porque uma tal máxima seria contraditória por destruir a própria vida e nunca poderia ser oriunda de uma fórmula desejada a todos como lei universal. Seria, portanto, a causa do aniquilamento da humanidade. Sobre isso, Kelsen afirma:

Não se pode seriamente pôr em dúvida que um homem possa de fato querer que a máxima que manda pôr termo à própria vida quando ela é insuportável se torne uma lei universal. Se uma tal lei é válida, então a validade da lei segundo a qual a vida deve ser conservada é restringida por aquela. De forma alguma existe aqui necessariamente uma contradição. Há contradição apenas entre aquela máxima e uma lei moral pressuposta por Kant segundo a qual o suicídio é proibido em todas e quaisquer circunstâncias e por força da qual não se deve querer – se bem que se possa querer – da máxima em questão que ela se transforme numa lei universal. (KELSEN, 2003, p. 22-23).

Outra máxima diz respeito ao dever perfeito para com os outros, isto é, o dever de cumprir as promessas, falar a verdade. Segundo Kelsen (2003, p. 23), Kant afirma que necessariamente fazer uma promessa sem a intenção de cumpri-la seria incompatível com o imperativo categórico, pois do contrário não existiriam mais promessas. A essa pressuposição, Kelsen responde:

De forma alguma a sua máxima, tornada uma lei universal, tem de, como Kant diz, “destruir-se a si própria”, na medida em que com “destruir-se a si própria” se signifique contradizer-se a si própria. Com efeito, prometer a outrem uma determinada conduta significa declarar que queremos, no futuro, conduzir-nos daquela forma. Uma norma universal

como a de que não devemos cumprir as nossas promessas apenas se contradiz a si própria se prometer uma determinada conduta não significa apenas que queremos, no futuro, conduzir-nos daquela forma, mas também que devemos, no futuro, conduzir-nos daquela forma – quer dizer, se se pressupõe como válida a norma segundo a qual devemos cumprir as nossas promessas. Kant pressupõe esta norma como evidente quando afirma que não podemos querer da máxima que nos leva a não cumprir uma promessa que ela se torne uma lei universal. (KELSEN, 2003, p. 23).

Em seu último exemplo, Kelsen trata dos deveres imperfeitos. Para Kant, não seria possível que alguém desejasse uma máxima que prescreve ao sujeito antes correr atrás do prazer a esforçar-se no aperfeiçoamento das suas disposições naturais. Da mesma forma, é contraditória, segundo Kelsen, a máxima que propõe o egoísmo em prejuízo do bem-estar dos outros. Assim, o autor responde primeiramente quanto à máxima do aperfeiçoamento das disposições naturais:

É muito provável que um homem que dá preferência à busca do prazer sobre o desenvolvimento das suas capacidades possa querer que a sua máxima se torne uma lei universal. (...)

Nem a máxima que conduz à busca do prazer nem uma lei a que essa máxima seja elevada são autocontraditórias. (...) Kant, porém, pressupõe a lei moral como de per si evidente (KELSEN, 2003, p. 24-25).

E quanto à máxima do egoísmo (Kelsen, 2003, p. 25):

É patente que um egoísta pode querer uma lei universal do egoísmo e, simultânea e conseqüentemente, renunciar à ajuda dos outros, podendo, portanto, querer sem contradição que a sua máxima se torne uma lei universal. A contradição que aqui surge é a contradição entre a máxima e uma lei moral pressuposta por Kant, por força da qual devemos contribuir para o bem-estar dos outros. Só desta pressuposição, e não do imperativo categórico, se segue que o homem não “pode” querer, ou seja, afinal, não deve querer, que o princípio do egoísmo se torne uma lei universal.

Portanto, a teoria jurídica de Kelsen parte do pressuposto da existência de uma separação radical entre *ser* e *dever-ser*, com raiz na filosofia teórica kantiana, humeana, neopositivista, antinaturalista e não-cognitivistista em termos morais. Em relação a Kant, contudo, segundo Kelsen, essa separação não teria sido levada até suas últimas consequências no que concerne à moral e ao direito. Assim, Kelsen utiliza-se apenas da primeira crítica kantiana como fundamento filosófico da ideia de uma teoria pura. E é especificamente sobre a sua leitura da primeira crítica e da sua recusa da filosofia prática kantiana o surgimento das divergências entre os comentadores da obra de Kelsen.

### **2.3 As divergências das leituras sobre Kelsen como formalista, realista e normativista-realista – o neokantismo como fonte dessas divergências**

Conforme a seção anterior do presente capítulo, Kelsen é descrito pela literatura especializada como neokantiano. Sob esse aspecto do neokantismo como determinante na teoria kelseniana, entretanto, originam-se as divergências na sua obra. Como partidários de uma leitura a qual o autor teria se mantido rigorosamente sob a égide do neokantismo (ou o que se entende pelo neokantismo kelseniano), há a leitura normativista/formalista, isto é, Kelsen teria mantido o transcendentalismo e a separação entre *ser* e *dever-ser* tal como Kant na CRPu; por oposto, quando então Kelsen teria abandonado o neokantismo, considerável parcela dos comentadores reinterpreta o autor como realista. E, finalmente, há a leitura normativista-realista de Chiassoni.<sup>14</sup>

Segundo Paulson, haveria, de fato, uma periodização na obra de Kelsen. Nesse sentido, citando a monografia de Heidemann, Paulson expõe a transição dos conceitos kelseniano divididos em quatro fases: 1) fase construtivista, 2) transcendental, 3) realista e 4) analítico-linguística. A primeira fase consiste na publicação da sua tese de habilitação, *Main*

---

<sup>14</sup> Essa distinção também foi trabalhada por mim em minha dissertação de mestrado em direito. Na ocasião, considerei como mais coerente a posição de Chiassoni. Entretanto, em função das críticas da banca, especialmente do professor Denilson Werle, abandono tal posição por considerá-la, como se verá no decorrer da tese, como uma teoria mista, frágil e sem acrescentar ao debate, apenas como ideia de compatibilização entre duas posições antagônicas. Ver: SOUZA, 2015.

*Problems in the Theory of Public Law*, que data de 1911, na qual os conceitos como pessoa, Estado e vontade são construídos em decorrência do conceito de norma jurídica. A fase transcendental desenvolve-se entre os anos de 1916 e 1922 e precede a publicação da primeira edição da Teoria pura do direito e a obra *Introduction to the Problems of Legal Theory* (KELSEN, 2002) – esse seria o momento de maior compromisso entre Kelsen e as teses neokantianas na formulação da norma hipotética fundamental. A terceira fase é nomeada de realista, iniciada em 1935 até 1962 – segundo Paulson, a segunda edição da TPD e a TGDE pertencem a essa fase – aqui, Kelsen mantém o transcendentalismo da NHF, porém introduz objetivos realistas (*realist desiderata*), exemplificados como a função descritiva da ciência do direito (não mais construtivista) e, principalmente, a objetividade do conceito de norma justificada pela verificabilidade. Por fim, a última fase evidencia a virada pragmática a partir de 1962 até o final da sua vida – Kelsen, nessa fase, desenvolve a semântica e a pragmática das normas, além de fortalecer o voluntarismo da decisão judicial. (PAULSON, 2013, p. 9).

Ainda, Paulson (2013, p. 24)<sup>15</sup>, após a crítica a periodização de Heidemann, sustenta uma divisão nas obras de Kelsen em três fases: construtivista, clássica e cética. Assim, Paulson concorda com o trilhado de Heidemann, porém enfatiza o caráter cético na última fase de Kelsen.

Obtém-se, a partir dessa periodização proposta por Paulson e Heidemann, a ideia da transição nas obras de Kelsen, a qual parte da tese da passagem do neokantismo em sua primeira fase, para um realismo ou ceticismo de normas em sua última fase.

### **2.3.1 A leitura formalista-normativista**

Significativa parcela dos comentadores de Kelsen define a sua teoria como fundada nos pressupostos do neokantismo. Assim, a primeira leitura, a formalista-normativista, sustenta-se sobretudo nas obras iniciais de Kelsen e concentra-se nas fases construtivista/transcendental e, portanto, supostamente neokantiana. Um dos principais representantes dessa leitura é Warat. (1983, p. 50):

O princípio da pureza metodológica como condição de sentido, não admite que os fatores extra-normativos possam funcionar como condição

---

<sup>15</sup> Ver também PAULSON, 2018.

de significação. A noção de pureza, em termos semiológicos descansa no mito da conceituação pura, extraído de associações textuais (“in presencia” e “in ausência”, no caso das normas pensadas como campo denotativo de metalinguagem da Ciência Jurídica). A tendência manifestada pelo princípio da pureza importa em negar valor ao trabalho de significação politicamente determinado. Assim, a ciência trabalharia com sentidos construídos em um lugar fora do poder.

Portanto, há, na interpretação do jurista argentino, um reducionismo semiológico na proposta kelseniana. Kelsen teria, mediante seu sistema formalista e neokantiano, limitado os sentidos das normas à sua purificação lógica estrutural. Contrariamente, Warat propõe o “Princípio da heteronomia significativa”. (WARAT, 1993, p. 118). Assim, a significação normativa ou a determinação do sentido das normas, conforme esse princípio de heteronomia, estaria além do quadro restrito de interpretações e reivindicaria a incorporação de contextos linguísticos alheios ao direito positivo.<sup>16</sup>

Um segundo autor a defender o formalismo da concepção kelseniana é Vasconcelos (2010, p. 124). Após o autor traçar uma extensa lista de comentadores acerca da diferença entre o positivismo empirista clássico, comtiano, e o neopositivismo formalista de Schlick, chega à conclusão que Kelsen teria abandonado definitivamente o primeiro em favor do segundo. Assim, o autor lê a obra de Kelsen a partir dos seus predecessores neopositivista e conclui sua crítica afirmando que a Teoria pura se manteve eminentemente formal. Afirma Vasconcelos:

Ora, o Direito, para Kelsen, é norma, quer dizer, pura forma sem qualquer conteúdo, situado não se sabe onde, mas, com certeza, fora do mundo fenomenal das relações humanas. Vale a pena lembrar uma das passagens de sua obra principal em que Kelsen afirma a total indiferença de sua teoria para com a questão do conteúdo normativo. São palavras suas, colhidas do texto da primeira edição da Teoria pura do direito: “Diversamente

---

<sup>16</sup> Outros autores que seguem essa linha argumentativa de Warat na interpretação do formalismo de Kelsen são: SIMON, 2006, p. 119 e LUZ, 2003, p. 11-31.

acontece com as normas de Direito. A sua validade não é questão de conteúdo. Qualquer conteúdo pode ser Direito; não há conduta humana que não possa caber numa norma Jurídica” (1939:61). Tal Direito só existe no contexto da teoria pura. (VASCONCELOS, 2010, p. 132).

Nessa mesma linha, Costa Matos (2006, p. 100; 2011, p. 51) sustenta a necessidade da interpretação lógico-transcendental da TPD e em todas as fases de Kelsen. Nesse caso, temos um autor mais consciente dos problemas acerca da evolução da concepção de interpretação no autor, porém que insiste na não ruptura dos conceitos kelseniano. Logo, Costa Matos fixa-se na expressão máxima do normativismo através ideia de norma fundamental como condição lógico-transcendental da ciência jurídica. Explica Costa Matos (2006, p. 96), que mesmo a aplicação do direito efetuada pela autoridade é apenas uma criação do direito autorizada formalmente a partir da legislação superior, e, como tal, a TPD considera a discricionariedade sempre como um processo dinâmico já previsto formalmente pela lógica-transcendental, a qual fundamenta toda a obra de Kelsen, mesmo na reformulação da norma fundamental como norma ficcional fundamental. (COSTA MATOS, 2006, p. 97).

Afirma Costa Matos (2011, p. 51):

Apesar da formulação da Grundnorm enquanto ficção estar presente na “Teoria Geral das Normas” – em tese a última obra de Kelsen –, considerá-la como definitiva ou como signo da pretensa mudança de posição de Kelsen – da hipótese lógico-transcendental à ficção – parece-nos errôneo. A “Teoria Geral das Normas” foi editada pelo Instituto Hans Kelsen em 1979 e reúne vários textos de Kelsen, alguns deles não destinados à publicação, conforme se pode ler na introdução preparada por Ringhofer e Walter. Muitos dos textos que compõem a obra têm datação incerta e não se sabe exatamente quando Kelsen pensou a Grundnorm enquanto ficção jurídica. Devido ao fato de a “Teoria Geral das Normas” ser a derradeira obra de Kelsen, passou-se a acreditar acriticamente que ele havia mudado a opinião exposta na última edição da “Teoria Pura do

Direito”, na qual a norma fundamental é tratada enquanto hipótese lógico-transcendental.

Finalmente, Berger argumenta, em resposta a Eugenio Bulygin, que não há o abandono de Kelsen dos seus pressupostos neokantianos em nenhuma de suas fases. (BERGER, 2018, 329). Segundo o autor, a base da filosofia kelseniana consiste na distinção entre os enfoques metodológicos descritivos e normativos (*ser e dever-ser*). Da mesma forma, Kelsen, conforme Berger, não abandona a ideia construtivista de criação epistemológica do objeto de estudo das ciências jurídica. Nesse sentido, não há contradição entre as obras de Kelsen, pois essa base construtivista neokantiana é mantida, mesmo considerando o seu caráter positivista e as mudanças pontuais nas últimas obras. (BERGER, 2018, p. 352).

### 2.3.2 A leitura realista<sup>17</sup> e o abandono de Kelsen do neokantismo

A leitura realista, por oposto, sustenta-se nas últimas obras de Kelsen como suposição de uma mudança radical no autor. Para os realistas, então, Kelsen teria superado o reducionismo lógico-semântico das suas primeiras obras e adotado um irracionalismo do direito, ou seja, uma ruptura entre as obras e o conseqüente abandono do neokantismo.

Segundo Dimoulis (2006, p. 216), a indeterminação semântica das normas em Kelsen resulta no realismo jurídico como método em que recai sua obra. Nas palavras do autor:

Kelsen nega-se a estabelecer regras sobre as formas de interpretação. Essa opção inutiliza aquilo que ele mesmo denomina “teoria da interpretação”. A

---

<sup>17</sup> Por realismo, em termos gerais e focado no realismo norte americano, entende-se a decisão judicial fundada não na norma ou em sua fórmula lógica predeterminada, mas nos conjuntos de fatores psicossociais que influenciam a autoridade na decisão. Conforme Godoy (2013): “O realismo jurídico é movimento prioritariamente intelectual que ganhou dimensão nos Estados Unidos, nas décadas de 1920 e de 1930. Certo olhar cético problematizava como os juízes decidem os casos e o que as cortes de justiça verdadeiramente fazem. Para o realismo, magistrados decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares. Assim, juízes responderiam muito mais aos fatos (*fact-responsives*) do que às leis (*rules-responsives*). Vários são os fatores que marcam a atuação dos juízes; e são fatores de fundo consciente e inconsciente.”.

metáfora da moldura perde seu sentido se afirmarmos que pode ser traçada livremente (auto-referencialmente) pela autoridade competente. Resumindo, as referências à moldura indicam que, segundo Kelsen, o aplicador realiza a interpretação das normas adotando uma postura cognitivista. Mas, quando não são indicados os métodos que permitem essa cognição, a atividade interpretativa se transforma em puro ato de vontade. Isso se torna claro quando Kelsen afirma que “da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar (...) se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”, e conclui que, se a autoridade possui a competência de decidir de forma definitiva, sua decisão vale independentemente do respeito às normas vigentes, isto é, independentemente do respeito à “moldura”.

Constatamos aqui a indevida identificação da decisão realmente tomada com o problema deontológico da atuação do legislador.

O aplicador pode desrespeitar a moldura que delimita sua competência, tal como qualquer pessoa pode cometer um crime violando normas de proibição. Kelsen equipara a aplicação correta e incorreta das normas, já que não indica como e porque pode ser censurado quem desrespeita a moldura. Isso significa que a moldura existe, mas não vincula efetivamente o aplicador. Estamos aqui diante de uma confusão entre *ser* e *dever ser* na aplicação do direito que revela um Kelsen partidário do realismo jurídico, apesar das críticas que ele endereça a essa corrente de pensamento.

O estudo da teoria da interpretação de Kelsen desmente a difundida opinião que o apresenta como adepto da aplicação automática das leis e como crítico da subjetividade do juiz. A abordagem kelseniana “desafia” quem acredita no caráter cognitivo da interpretação (conhecer objetivamente o sentido da norma no intuito de aplicá-la). Mas esse desafio pessimista não é específico de Kelsen. Caracteriza todo realismo

jurídico que adota o ceticismo em relação às normas. (DIMOULIS, 2006, p. 2015 - 216).

Sendo assim, o que restaria para o pensamento kelseniano maduro seria o puro irracionalismo das decisões. Acontece que Dimoulis (2006, p. 216) nega inclusive a possibilidade de construção de regras interpretativas por parte de Kelsen em decorrência da sua adoção do realismo jurídico e superação do normativismo neokantiano.

Nesse mesmo sentido, outra importante obra consciente das alterações do texto de Kelsen é de Streck (2013, p. 198), com destaque ainda para a concepção cética acerca das regras no autor. Para o jurista (STRECK, 2013, p. 198), o problema de Kelsen não é o formalismo e o neokantismo, aos quais ele supostamente teria abandonado em suas obras maduras, mas a interpretação como ato de vontade. Assim, Streck qualifica o autor também como irracionalista e voluntarista. Para Streck temos aí um problema da teoria do direito na qual o sistema normativo, no que concerne à decisão judicial, é imprevisível e incognoscível, tendo em vista a discricionariedade dos magistrados. Essa é a causa, afirma, do protagonismo judicial em que cada um defende sua tese em um debate interminável e antidemocrático. Diz Streck (2013, p. 198):

Nessa algaravia conceitual, alguns manuais chegam a apresentar a tese kelseniana de separação entre direito e moral na ciência do direito como o desligamento da moral como o direito, o que torna “aplicar a lei” uma atitude positivista. Kelsen, desse modo, segundo uma equivocada interpretação, teria sido um positivista que pregava uma interpretação pura do direito. Diz-se, assim, que, para ele, a lei deveria ser aplicada de forma literal (sic). De fato, não é rara ver esse tipo de confusão. Não é raro ver também juristas autodenominados crítico (e pó-positivistas ou não positivistas) pregando a máxima kelseniana de que a “interpretação da lei é um ato de vontade”. Já neste caso, sem saber, tais juristas assumem o “outro lado” kelseniano, isto é, do lado em que Kelsen diz que a interpretação é um ato de vontade, mas assim o diz porque, para o juiz não faz ciência, e sim política jurídica.

Conforme Tavares e Osmo (TAVARES; OSMO, 2008, p. 129), a posição de Kelsen contra o realismo, em especial o norte-americano, constitui-se em uma verdadeira contradição na obra do autor quando

analisada a questão da decisão judicial e a interpretação. Afirmam que a flexibilidade moldura e a possibilidade de decisões não vinculadas a normas gerais, ou mesmo contrárias a elas e ainda assim válidas, colocam a teoria de Kelsen em posição de contradição com o normativismo e mesmo com suas próprias críticas ao realismo. Afirmam:

Tanto Hart como Kelsen apresentam argumentos consistentes para afastar o ceticismo conceitual, comprovando com base em suas próprias teorias que não há sentido em se falar em um conceito de Direito que abarque somente decisões judiciais e a sua predição. Mas quando se trata de enfrentar mais a fundo o chamado processo decisório, que envolve a interpretação das normas (supostamente) pré-existentes, com o objetivo de se estabelecer uma regulamentação para o caso concreto, ambos deixam em aberto em que medida as normas gerais podem oferecer qualquer vinculação para o órgão incumbido de decidir (para os funcionários em geral e para o cidadão).

Não é realizada uma análise de métodos e raciocínios aptos a auxiliar o aplicador do Direito na exclusão de sentidos inadmissíveis, ou para que se definam parâmetros a partir dos quais se possa aceitar/criticar a decisão judicial. Em última análise, está autorizada a decisão *contra legem*, fundada exclusivamente na competência do órgão que a proferiu – o que, em realidade, significa que nunca haverá decisão *contra legem*, mas decisão do sistema e, assim, válida (embora criticada doutrinariamente). Em outras palavras, a interpretação se apresenta essencialmente como um ato de vontade, tendo as regras do Direito um papel tímido na circunscrição dessas decisões. A aproximação com o realismo, no sentido apresentado neste texto, torna-se, assim, evidente. (TAVARES; OSMO, 2008, p. 155)

Matta<sup>18</sup> (1994, p. 157), por outro lado, quanto ao problema da adequação ao realismo jurídico da norma hipotética fundamental, destaca a reformulação, na TGN, da norma hipotética para norma ficcional

---

<sup>18</sup> O mesmo argumento é encontrado em: BINDREITER, 2013 e 2001.

fundamental, como momento significativo do abandono de Kelsen aos seus pressupostos transcendentais. Como ficção, a função, para o jurista prático, considerando essa nova norma pressuposta, é a de realizar o direito como o significado de um ato de vontade dirigido à conduta de alguém. Assim, a norma ficcional fundamental também é uma ficção volitiva, isto é, um produto de um ato de vontade, o qual por isso, é declaradamente autocontraditória. Portanto, não fica prejudicada a leitura realista da obra de Kelsen em função da reformulação conceitual acerca da norma fundamental, mantendo-se, inclusive uma hierarquia normativa, só que fundamentada não logicamente (ou lógico-transcendentalmente), mas voluntariamente.

Portanto, o que os autores aqui apresentado defendem é a ideia de uma ruptura nas teses de Kelsen, especialmente no que diz respeito à decisão judicial. Tal ruptura teria ocorrido entre suas primeiras obras e resultado de seu abandono de um formalismo neokantiano para a adoção do ceticismo e do realismo jurídico.

### **2.3.3 A fundamentação normativista-realista da interpretação em Kelsen – a tese de Chiassoni**

Uma terceira posição entre formalismo e realismo também surge justamente sobre o aspecto de Kelsen como neokantiano e seu suposto abandono do neokantismo. Assim, Chiassoni (2013, p. 131) defende que a obra de Kelsen, como um todo, não adere estritamente nem ao realismo, muito menos mantém o formalismo das primeiras obras, isto é, sem qualquer revisão nas suas obras maduras.

Ocorre que, segundo Chiassoni (2013, p. 160), o realismo inverteria o esquema da pirâmide normativa, acarretando na completa irracionalidade e imprevisibilidade do direito, além da completa refutação do núcleo argumentativo kelseniano; ao mesmo tempo em que o formalismo neokantiano de regras também não atende à complexidade da semântica proposta por Kelsen, especialmente nas suas últimas obras. Nesse ínterim, necessitar-se-ia de uma reformulação das concepções formalistas e realistas, a qual teria que atender ao espaço específico em que a teoria kelseniana se enquadra.

Para o autor (CHIASSONI, 2013, p. 131), supera-se tanto o formalismo de regras, para o qual a estrutura lógica dos enunciados normativos seria inflexível, assim como o irracionalismo do realismo de

regras e sua incompatibilidade com o expresso construtivismo e neokantismo da TPD, possibilitando, conclusivamente, a formação de uma teoria da interpretação em Kelsen e a dedução de regras de interpretação através da obra do autor.

Para Chiassoni (2013, p. 131-133), de fato Kelsen expressamente, desde seus primeiros escritos, frequentemente descreve a TPD como uma radical teoria realista do direito.<sup>19</sup> Essa posição do autor foi, entretanto, inconsequente no que concerne ao entendimento da expressão ‘realismo’ determinada por outras escolas jurídicas (de cunho sociológico). Com isso, acabou-se confundido a passagem em que Kelsen afirma-se como realista com outras teorias realistas tais como – o realismo jurídico americano, o realismo jurídico escandinavo e o realismo jurídico italiano.

Chiassoni (2013, p. 161), nesse sentido, sustenta que o significado do realismo em Kelsen diferencia-se dos conceitos de realismo jurídico tradicionais e, portanto, não tem suporte imediato à concepção cética

---

<sup>19</sup> Na segunda edição da TPD essa passagem encontra-se em KELSEN, 2009b, p. 118. Diz o autor: “Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico.” (KELSEN, 2009b, p. 118). Também *in* KELSEN, 1960, In diesem Sinne hat die Reine Rechtslehre eine ausgesprochen antiideologische Tendenz. Sie bewährt diese Tendenz darin, daß sie in ihrer Darstellung des positiven Rechts dieses von jeder Vermengung mit einem „idealen“ oder „richtigen“ Recht freihält. Sie will das Recht darstellen, so wie es ist, nicht so, wie es sein soll: sie fragt nach dem wirklichen und möglichen, nicht nach dem „idealen“, „richtigen“ Recht. Sie ist in diesem Sinne eine radikale realistische Rechtslehre, das heißt eine Theorie des Rechtspositivismus. Sie lehnt es ab, das positive Recht zu bewerten. Sie betrachtet sich als Wissenschaft zu nichts anderem verpflichtet, als das positive Recht seinem Wesen nach zu begreifen und durch eine Analyse seiner Struktur zu verstehen. Sie lehnt es insbesondere ab, irgendwelchen politischen Interessen dadurch zu dienen, daß sie ihnen die „Ideologien“ liefert, mittels deren die bestehende gesellschaftliche Ordnung legitimiert oder disqualifiziert wird. So verhindert sie, daß im Namen der Rechtswissenschaft dem positiven Recht, indem man es mit einem idealen, richtigen Recht identifiziert, ein höherer Wert beigelegt wird, als dieses Recht tatsächlich hat; oder ihm, weil es im Widerspruch zu einem idealen, richtigen Recht steht, jeder Wert und sohin die Geltung überhaupt abgesprochen wird.”

acerca da sua teoria do direito. Entretanto, de forma mais complexa do que apenas designar Kelsen como formalista ou como não tendo abandonado o neokantismo, Chiassoni, racionalizando todas as fases, qualifica a teoria jurídica de kelseniana como normativista-realista – isso porque Kelsen mantém aspectos do realismo jurídico, tal como o reconhecimento das normas como sentido de atos de vontade, porém exclui o realismo no sentido sociológico; mantém, ainda, elementos normativistas, os quais incluem a possibilidade do conhecimento do sentido objetivo das normas (ou seja, uma teoria das normas) além de manter aspectos do neokantismo (embora de forma mais restrita), por exemplo, a ideia de condições de possibilidade do conhecimento jurídico, mesmo que ficcional e reformulado a partir da filosofia do *como se* de Vaihinger. Isto é, Kelsen não teria adotado integralmente o realismo das escolas tradicionais, mesmo nas suas últimas obras e, portanto, não poderia ser tipificado como realista jurídico estrito *sensu*, porém em partes adapta-se para uma teoria complexa que engloba elementos tanto do realismo quanto do normativismo, o qual também não aceita a exclusividade da lógica na determinação de sentido das normas.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Nas palavras de Chiassoni: “The Pure Theory of Law also embodies a highly sophisticated attempt to apply an empiricist epistemology to the study of law. Kelsen strove to establish the autonomy of empirical doctrinal inquiries into law, as a different enterprise from, on the one hand, both legal sociology and general jurisprudence (which he regarded as worthwhile kinds of inquiry in their own right), and, on the other hand, traditional ‘legal science’ (which he viewed as not into the least scientific, but rather as legal politics in disguise). In so doing, Kelsen opposed mainstream a legal ‘realists’ who tended to reduce the scientific knowledge of law to legal sociology and thus to conceive the doctrinal study of law as irredeemably value-laden, practical and unscientific.

As for its anti-normativist attitude, the Pure Theory rejects the ‘law as fact vs law as norm’ shibboleth and suggests the we abandon both naïf realism and naïf normativism in favor of a sounder middle-way represented by (what we might call) *realism normativism*. By ‘naïf realist’ I mean that sort of purely behaviorist jurisprudence which dismisses all norm-talk as pretence, and seeks to wipe off legal rights and legal duties on the back of purely ‘predictivist’ theories. By ‘naïf normativism’ I mean the notion that to know the law is to know its norms *in some objective sense*, ie the notion that norms are somehow objects ‘out there’ waiting to be discovered by jurist. Kelsen opposes both these routes, each of which unwarrantedly assumes that there is only one theoretically acceptable standpoint, and both of which fail to realise that the matter ultimately depends on an epistemological option. (Naïf normativism moreover espouses a view of norms which Kelsen deems false.)

## 2.4 Conclusão sobre as transições e o neokantismo kelseniano

As transições apresentadas têm como elemento central a hipótese de Kelsen como herdeiro da ideia de uma teoria pura do direito fundada sob os conceitos e pressupostos da CRPu kantiana. Ou seja, seria a partir de Kelsen como neokantiano (ou o que se entende por neokantismo kelseniano) e de seu posterior abandono de Kant, a fonte das divergências entre suas obras. Esse neokantismo se daria em função tanto da separação entre direito e moral, mas sobretudo do problema do dualismo entre *ser* e *dever-ser*, sendo que a fase neokantiana estaria vinculada impreterivelmente ao dualismo neokantiano e a fase realista teria rompido tal dualismo.

Ocorre que todas as transições analisadas se mostram insuficientes no sentido de que não abarcam toda a complexidade da obra de Kelsen e, sobretudo, não têm como base seus fundamentos políticos e históricos, além de muitas vezes reivindicarem interpretações analógicas e implícitas, portanto, sem referências textuais expressas.

A leitura normativista/formalista não atende às mudanças efetivamente realizadas pelo autor nas suas últimas obras. A leitura realista também falha em ignorar toda a complexidade das suas teses, especialmente porque ainda há elementos inalterados mesmo na TGN. A leitura de Chiassoni, de Kelsen como normativista-realista, não convence

---

Kelsen's realistic normativism, by contrast, while it does assume that the law is made of norms, does so on the grounds of an explicitly acknowledged epistemological option; and it views legal norms simply as either norms *in actu* (ie as they have in fact been produced and applied at the moment at which the description takes place), which are the object of (what I proposed to call) 'static' description; or as norms *in potentia* (ie as 'frame'-norms), which are the object of (what I proposed to call) dynamic description." (CHIASSONI, 2013, p. 161 e 162). Ver também Chiassoni: "No queda, entonces, sino adoptar el normativismo realista. Esta también assume que el derecho está compuesto de normas pero se da, sin embargo, sobre la base de uno opción metodológica clara y cándidamente puesta sobre la mesa, sin adelantar ninguna pretension de exclusividad. Adopta, además, una teoría de las normas jurídicas corroborada por la experiencia, considerándolas, o bien como normas-mónadas *in actu*, fijadas en cada momento por la eternidad en cuando resultados de juegos de producción-aplicación ya acabados, y susceptibles, en tanto que fijadas en juegos acabados, de una descripción estática; o bien como normas-marco *in potential*, susceptibles de una descripción dinámica al servicio de futuras aplicaciones." (CHIASSONI, 2017, p. 494).

por se tratar, principalmente, de uma teoria mista e, portanto, uma solução fraca e fácil. Mas sobretudo, o mais implausível se trata da tese kelseniana sobre a filosofia tanto teórica, quanto prática de Kant.

Assim, é preciso considerar também que a própria de tese de Kelsen sobre as obras de Kant, da ruptura entre a CRPu e a CRPr, mostra-se implausível diante nas novas pesquisas sobre o autor. Portanto, é radicalmente prejudicada a ideia de transição entre neokantismo formalista e realismo, justamente porque Kelsen não pode nem mesmo ser considerado neokantiano em nenhuma das suas fases, embora se considere como tal.

Especificamente sobre essa suposta ruptura entre razão pura e prática, há o estudo intenso dos kantianos contemporâneos, destacando-se o exame metaético sobre Kant feito por Rauscher, que acaba por confrontar de modo original e específico as teses kelsenianas.<sup>21</sup> Tais posições de Rauscher surgem através do debate acerca do (anti)realismo e (anti)naturalismo de Kant com Dall’Agnol (2013, p. 142; RAUSCHER, 2012, p. 31-44), da publicação do artigo *Pure Reason and the Moral Law: a source of Kant’s critical Philosophy* (RAUSCHER, 1996, p. 267)<sup>22</sup>, e do seu mais recente trabalho publicado, *Naturalism and Realism in Kant’s Ethics*, no qual faz um estudo detalhado sobre o que entende ser as diferenças entre a razão pura e a razão prática, as suas implicações sobre a teoria moral e metafísica de Kant e, especialmente, uma análise profunda sobre o aspecto metaético kantiano. (RAUSCHER, 2015, p. 50).

Segundo Rauscher (1996, p. 267), todo o projeto crítico kantiano, o que inclui também toda a fundamentação metafísica da moralidade, tem como característica principal sua necessidade e universalidade, ou seja, é essencial a todo o projeto a sua natureza *a priori*. Ou ainda, também a CRPu é fundamentada *a priori*, da mesma forma que a CRPr e a

---

<sup>21</sup> No próximo da capítulo desta tese será analisado apropriadamente o que é o neokantismo e como tal escola não ratifica essa implausível hipótese kelseniana.

<sup>22</sup> Afirma o autor (RAUSCHER, 1996, p. 267) no texto sobre a relação entre a razão pura e a lei moral: “Kant’s critical Project, then, partly grew of his concern with the necessity and universality – the *a priori* nature – of the moral law. The analysis here helps us to see the Critique of Pure Reason as an outcome not only of theoretical but also of practical considerations. More importante, it helps to see the links between practical and theoretical Philosophy in Kant, for the practical problem of finding a ground for the *a priori* valid moral law was partly responsible for leading Kant to work out the theoretical issues of the status of the faculties of reason and understanding, which supply *a priori* principles.”

metafísica dos costumes. Soma-se a isso, que a razão prática auxilia a compreender as características da razão pura, considerando que a mesma também busca sua fundamentação, da mesma forma que a razão prática, completamente racional e não empírica. Ou seja, não há tal hipótese de contradição entre as obras, como afirma Kelsen.

O estudo de Rauscher, portanto, torna-se extremamente relevante, considerando que tais proposições afetam o núcleo argumentativo da Teoria pura: provando-se que há correlação entre a razão pura, a razão prática e a doutrina do direito ou se não há sustentação na Crítica da razão pura para fundamentar a TPD, o seu núcleo entra em colapso. Nesse caso, há a necessidade de repensar a fundamentação kelseniana do direito ao ponto de refutar o seu próprio neokantismo. Logo, a própria ideia de Kelsen em fundar a TPD sob os conceitos kantianos não tem suporte em Kant. Assim como a própria ideia de periodização das obras fica comprometida.

E também o trabalho de Wilson (1986, p. 64) é fundamental para refutar a ideia de Kelsen como neokantiano mesmo em seus primeiros escritos. Dentre as críticas, Wilson (1986, p. 64) destaca o não empiricismo da teoria kantiana na CRPu e na CRPr. Ou seja, sendo Kelsen manifestamente um positivista (sobretudo no que diz respeito à questão da causalidade e imputação), ainda que lógico, é altamente improvável qualquer relação entre a tese kelseniana e a filosofia teórica de Kant.<sup>23</sup> A relação entre as obras, defende a autora, é mais uma construção dos seus comentadores do que propriamente uma teoria conscientemente desenvolvida por Kelsen.

---

<sup>23</sup> E mesmo a resposta a Wilson, feita por Steiner (1986, p. 65) é pouco convincente no sentido de que apenas associa temas entre Kant e Kelsen, mas não enfrenta o problema da experiência enquanto critério epistemológico em Kelsen e não em Kant, apontado por Wilson. Nesse mesmo sentido, Luf (2007, p. 227) afirma: “Kelsen’s objection – that Kant abandoned in his practical philosophy the standpoint of the critical method – cannot be maintained, for it is itself in the end the expression. Of a bad misunderstanding of the foundations as well as the tasks of Kant’s practical philosophy. Kelsen to the contrary notwithstanding, there are very substantial indices that Kant also developed his critical programme of transcendental philosophy in the sphere of ethics generally and of legal philosophy in practical reason. What emerges is different theoretical and practical perspectives on the transcendental – perspectives that must also be taken into account in reflecting of the foundations of law.”

Nessa mesma linha de contestação da leitura de Kelsen sobre Kant, importante também citar o recente e importantíssimo trabalho de Kletzer (2019, *Introduction*, Edição Kindle, sem paginação) – *The Idea of Pure theory of law*. De acordo com Kletzer, a ideia de uma teoria pura do direito fundada sob os pressupostos da CRPu nem sequer surge primeiramente em Kelsen. Na verdade, já se encontra no próprio Kant a hipótese de uma teoria do direito independente da moralidade, tal como uma ciência antropro-jurídica. Ainda, o próprio desenvolvimento de uma teoria pura do direito, com ênfase em sua pureza metódica e não prática, é primeiramente sistematizada pela filosofia idealista de Johann Gottlieb Fichte. Segundo Kletzer, foi Fichte quem cunhou primeiro a expressão *Pure theory of law* (*Reine Rechtslehre*), assim como foi Fichte quem a aprofunda e sistematiza. Portanto, mesmo considerando a própria ideia de uma teoria pura do direito desvinculada da razão prática, não há, efetivamente, contradição entre as principais obras kantianas, mas razões diversas (teórica e prática) sobre objetos distintos (conhecimento e direito).<sup>24</sup> Ou ainda, fundamentar uma teoria pura do direito em uma suposta ruptura na obra de Kant é incorreto porque não há tal ruptura.

E mesmo Bobbio (2000, p. 49), um dos principais seguidores da filosofia de Kelsen, não reconhece tais críticas a Kant. Vemos no autor a mesma afirmação da não contradição entre CRPu e CRPr. Ocorre que Bobbio entende as normas do direito e do Estado em Kant como uma

---

<sup>24</sup> KLETZER, 2019, *Introduction*, § 8º. “According to the extra-wide reading on which I ground my elaborations, the Pure Theory started with the author who first used the term ‘Reine Rechtslehre’ or ‘Pure Theory of Law’, namely, Johann Gottlieb Fichte. Whilst allusions to some themes of the Pure Theory can already be found in Kant’s separation of legality and morality, it was Fichte who radicalised and tidied up these Kantian arguments and tried to explicitly develop a theory of law as law, ie a theory of law separate from and independent of both moral philosophy and empirical knowledge, or a ‘pure theory of law’. Fichte’s theory was, understandably, couched in the language of Kantian natural law theory rather than in modern positivist lingo. Still, it laid out important claims familiar to a more contemporary rendering of the Pure Theory: Fichte argued that, despite not being reducible or dependent on moral argument, the law is nevertheless normative (semantic anti-reductionism), and he believed that knowledge of the law constituted a separate and distinctive field of human knowledge (purity). On top of that, he was the first to combine these theses with the fundamental insight, worked out in this book, that the law is an order of force or violence, and that permission plays a crucial role in understanding the distinctive normativity of the law.”

forma de imperativo hipotético técnico, por sua exterioridade e a forma da obrigação heterônoma, não autônoma. Assim, haveria uma teoria do direito em Kant a partir da heteronomia da vontade, a qual não seria contraditória à CRPu. Portanto, sob esse aspecto, nem mesmo Bobbio defende a leitura kelseniana acerca da contradição entre as obras críticas de Kant.

Ou seja, o que se conclui até o momento consiste sobretudo na implausibilidade da classificação de Kelsen como neokantiano ou mesmo como sendo desenvolvedor jurídico das teses de Kant exclusivamente através da CRPu. Por consequência, mesmo a discussão acerca das transições nas obras, ou a hipótese de uma periodização dos seus textos, são sem sentido, simplesmente porque não há qualquer fase neokantiana em sua obra como um todo, ainda que assim o próprio autor pretenda fundamentar a sua teoria como tal.

A próxima seção dessa tese, como contraposto a leitura de Kelsen sobre Kant (portanto também da ideia de Kelsen como neokantiano), demonstra como a sua própria leitura sobre Kant, fundada na ideia de uma contradição entre razão pura e prática, não possui aporte textual e se constitui apenas em uma concepção equivocada dos textos do filósofo. Da mesma forma analisa-se a escola neokantiana com o mesmo intuito.



### 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A FILOSOFIA PRÁTICA DE KANT E DO NEOKANTISMO COMO CONTRAPONTO À LEITURA DE KELSEN

Analisa-se, a partir desse capítulo, a filosofia do próprio Kant com o objetivo de compará-la às teses de Kelsen. Como método, apresenta diretamente os textos kantianos e de seus comentadores, especialmente em relação à formação *apriorística* tanto do Estado quanto do direito, isto é, concentra-se na refutação da tese de contradição entre *ser* e *dever-ser* e ruptura entre a razão pura e prática em Kant proposta por Kelsen.

Também, apresenta e descreve o que é o neokantismo e como tal filosofia não ratifica a ideia kelseniana de ruptura entre a razão prática e pura e a suposta contradição entre *ser* e *dever-ser*.

#### 3.1 A origem da moralidade em Kant – sua presença na moral popular e posterior fundamentação filosófica<sup>25</sup>

A primeira obra a ser analisada, considerando a origem, para Kant, da moralidade, é a Fundamentação da Metafísica dos Costumes (FMC). A estrutura da FMC, a qual também é a base das críticas de Kelsen, desde suas partes analíticas até sua síntese, avança de uma moral popular para uma fundamentação filosófica e, por fim, para a CRPr. Nesse sentido, a primeira seção trata do valor incondicional da ‘boa vontade’ e do *telos* da razão presente já na consciência popular; aqui a ideia de ‘boa vontade’ justifica, em um primeiro momento, o princípio formal do imperativo categórico.<sup>26</sup> Ou seja, a ideia de Kelsen da indeterminabilidade do imperativo categórico (ou do seu vazio de sentido) já é refutada considerando que o mesmo já está presente na moral popular, isto é, empírico na sua fase pré-filosófica. Apenas posteriormente a sua fundamentação se torna filosófica e *a priori*, conforme a CRPr.

Em relação à segunda seção da FMC, da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes, permanece na base da moral o sentido de senso comum, porém sem a determinação desse senso comum a mesma.

---

<sup>25</sup> Esse estudo sobre Kant é também uma adaptação, reestruturação e melhoramento de artigo publicado por mim em: SOUZA, 2012.

<sup>26</sup> KANT, 2007, p. 21 (sobre a boa vontade na primeira fase da moralidade, isto é, na moral popular) e p. 27 (sobre a ação por dever para considerar a ação boa em si mesma).

(KANT, 2007, p. 39). Portanto, a estrutura da FMC segue uma ordem de reconhecimento, porém não de fundamento nas suas primeiras seções. Na primeira seção da FMC, o sujeito já agiria segundo o imperativo categórico, mas não o reconheceria como tal. Daí a necessidade de uma fundamentação filosófica tão somente após o seu reconhecimento a partir do saber comum. O saber popular, logo, pré-filosófico, representa uma consciência moral ordinária existente de fato, mas não o fundamento dos imperativos.

Ressalta-se que a moralidade, em qualquer fase (popular ou filosófica) não está fundamentada, como no pensamento do *moral sense* inglês, em uma realidade empírica, nem está abalizada na tradição, mas na consciência do senso comum, que será, apenas essa consciência, fundamentada filosoficamente através da doutrina dos imperativos. Segundo Schneewind (2009, p. 394), a Fundamentação começa com um exame da opinião do senso comum. Desse exame, Kant extrai o motivo central da moralidade, assim como o princípio básico para a tomada de decisões. Portanto, novamente, não cabe a crítica de Kelsen de vazio de sentido do IC, porque há uma base empírica na sua formação, porém não determinada filosoficamente.

Nesse sentido, a condição do imperativo da moralidade em seu fundamento filosófico deve, necessariamente, permanecer completamente *a priori*. Isto é, apenas a lei moral enquanto fundamento metafísico não depende do conteúdo, da tradição ou de uma adesão da maioria, por exemplo; não é uma lei material, mas subordina o material a ela, evitando a hipótese da determinação da vontade aos conteúdos exposto, ou seja, a heteronomia. O imperativo categórico consiste na validade em virtude de sua forma de lei, isto é, por sua racionalidade. Contudo, isso não significa que o senso comum não possua por si mesmo (anterior a fundamentação da moralidade) a própria moralidade. Portanto, o princípio da moralidade não é o seu conteúdo, mas a forma da lei e, por conseguinte, completamente isolado da antropologia (pelo menos na sua exposição, não em sua aplicação) e da física tão somente em sua forma. (KANT, 2007, p. 45).

Diz Kant (2007, p. 46):

Do aduzido resulta claramente que todos os conceitos morais têm sua sede e origem completamente a priori na razão, e isto tanto na razão humana mais vulgar como na especulativa em mais alta medida; que não podem ser abstraídos de nenhum conhecimento empírico e por

consequente puramente contingente; que exactamente nesta pureza da sua origem reside sua dignidade para nos servirem de princípios práticos supremos; que cada vez que lhes acrescentemos qualquer coisa de empírico diminuimos em igual medida a sua pura influência e o valor ilimitado das ações; que não só o exige a maior necessidade sob o ponto de vista teórico quando se trata apenas de especulação, mas que é também da maior importância prática tirar da razão pura os seus conceitos e leis, expô-los com pureza e sem mistura, e mesmo determinar o âmbito de todo este conhecimento racional prático mas puro, isto é toda a capacidade da razão pura prática. (Grifos meus).

Logo, o método deve sobrestar a filosofia popular e determinar-se *a priori*, sem deixar nada de empírico determiná-lo. Parte-se, então, das regras universais de determinação até o conceito de dever. Daí, abstrai-se a doutrina dos imperativos de Kant. Todos os imperativos, invariavelmente, ordenam de forma hipotética ou de forma categórica. Os hipotéticos, ordenam conforme a intenção possível ou real – isto é, problemático (regras de destreza) ou assertórico (regras pragmáticas) respectivamente. O imperativo categórico, no entanto, ordena independente de qualquer intenção, sem qualquer finalidade, ou sem considerar as consequências, que são subjetivas, das decisões. Este último pode ser dito como imperativo da moralidade. Na prova da possibilidade dos imperativos, Kant explica que fazem parte do primeiro imperativo, o hipotético, elementos empíricos que pertencem ao conceito de felicidade e da destreza, ou seja, tem de ser retirados a partir da experiência. Nesse sentido, explica Kant que a felicidade, assim como a destreza, não é um ideal da razão, mas da imaginação. (KANT, 2007, p. 58).

Nessa sequência, sobre o imperativo categórico, Kant insiste na necessidade de fundá-lo totalmente *a priori* quanto a sua possibilidade, pois “não assiste a vantagem de a sua realidade nos ser dada na experiência, de modo que não seria precisa a possibilidade para o estabelecermos, mas somente para o explicarmos.” (KANT, 2007, p. 57).

Logo, a possibilidade do imperativo categórico não pode se apoiar em nenhum dado posto, em nenhuma condição empírica, como os imperativos hipotéticos, e assim não pode ser representado por nenhum exemplo para motivá-lo. Em suma, todas as doutrinas morais que se fundamentam em conteúdos comprometem a autonomia da vontade,

implicam uma dependência dela em reação às coisas e, portanto, à lei da natureza. Por conseguinte, comportam a heteronomia da vontade. Isso, portanto, também invalida a alusão de Kelsen de contradição entre os exemplos do imperativo categórico, isto porque os mesmos exemplos são ilustrativos e não determinantes empíricos do imperativo categórico.

Conforme Schneewind (2009, p. 394):

A reflexão sobre o agente de uma vontade boa mostra um ponto importante. Seu valor não depende de suas realizações efetivas. E porque o agente é movido por um desejo para fazer o ato ou produzir seus resultados, seu valor também não pode depender dos resultados pretendidos. Seu valor tem de depender, diz Kant, “somente do princípio do querer” como base no qual se agiu. E o único princípio disponível, porque o agente não é movido pelo conteúdo de sua ação, precisa ser formal.

Portanto, prova-se que, ainda que reivindicando o senso comum na base da Fundamentação da metafísica dos costumes, para Kant, a moralidade deve estar completamente *a priori*, destituída de qualquer elemento empírico na sua fundamentação, ou qualquer elemento histórico, antropológico ou físico. Ainda, a fundamentação do imperativo categórico deve ser inconsequente, autônoma e satisfazer a moralidade através uma ação por dever, não conforme a um dever, isto é, por um motivo e não por um móbil. Contudo, disso não se conclui em absoluto que o conteúdo da moralidade não esteja já presente na moral popular, ou seja, não cabe em qualquer sentido a crítica de Kelsen de vazio da moralidade kantiana, como se apresentou nas seções anteriores desta tese.

### 3.1.1 A fundamentação *a priori* do direito

Considerando a moral em sua forma completamente *a priori*, segue-se que, também sendo o direito autorizado pela moral, o mesmo necessariamente é fundamentado, enquanto autorização da razão prática, *a priori*. Consequentemente, a partir dessa demonstração, conceitua-se o direito como possuidor de todos os atributos da moralidade, isto é, também formulado completamente *a priori* nos mesmos termos da FMC, isto é, também autônomo e justificado por imperativos categóricos. Portanto, demonstra-se que o próprio direito prescinde de fundamentação empírica, ou ainda, refuta a ideia kelseniana de erro categorial kantiano

entre *ser* e *dever-ser*, pois o conceito de direito é fundado totalmente *a priori* e pertence somente à esfera do *dever-ser*.

Na MC, Kant (2014, p. 34) conceitua o direito como: “o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade.”. Vê-se, portanto, a concordância da escolha a uma lei universal de liberdade, ou, destarte, a própria moralidade. Logo, o conceito de direito faz parte, indubitavelmente, da razão prática kantiana na forma de escolha consonante a uma lei universal de liberdade. E, como tal, não pode ser fundamentado diversamente da doutrina dos imperativos da FMC, da MC e da CRPr. Isto é, não pode o conceito de direito demandar de uma determinação externa, empírica, isto é, de imperativos hipotéticos assertóricos ou pragmáticos, mas também dever ser fundado sob determinações *a priori*, assim como a moral. Logo, mesmo sendo o arbítrio diverso da vontade, estando sob leis universais, o conceito de direito é por elas determinado.

Conforme Kant (2014, p. 34):

Uma doutrina do direito meramente empírica é (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) uma cabeça que pode ser bela, mas infelizmente não tem cérebro.

O conceito do direito, enquanto relacionado a uma obrigação corresponde (i.é, seu conceito moral), diz respeito, em primeiro lugar, apenas à relação externa e prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações, como fatos, podem ter (imediate ou mediatamente) influencia umas sobre as outras. Mas, em segundo lugar, ele não significa a relação do arbítrio ao desejo (portanto à mera necessidade) do outro, como por exemplo nas ações da caridade ou da indiferença, mas apenas ao arbítrio tampouco é levado em consideração a matéria do arbítrio, i.é, o fim que cada um se propõe com o objeto que quer, p. ex., não se pergunta se alguém terá vantagem ou não com a mercadoria que compra de mim para o seu próprio comércio, mas se pergunta apenas pela forma na relação do arbítrio recíproco, na medida em que ele é considerado simplesmente como livre, e se, assim a ação de um dos dois se deixa pôr de acordo com

o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade. (Grifo meu).

Sobre essa passagem, defende Kersting (2009, p. 112) que diferentemente dos autores anteriores a Kant, o princípio do Direito não decorre da natureza humana empírica, nem da natureza de uma visão de mundo teleológica. Segundo o autor (KERSTING, 2009, p. 112), para Kant apenas uma razão legislativa purificada dos aspectos antropológicos pode fundamentar o princípio do direito. Assim, a filosofia política de Kant impede toda aplicação de propósitos naturais, necessidades e interesses humanos. Nesse caso, somente as propriedades da razão pura estão disponíveis para determinar o conceito não empírico do direito. Ou seja, é também a razão pura determinante, aqui, do conceito racional prático do direito. Além disso, legalidade, universalidade, formalidade e necessidade racional compõem o seu conceito na medida em que estrutura o valor potencial do direito não antagônico, por fim, do próprio imperativo categórico.

Nas palavras de Kersting (2009, p. 116):

A justificação da filosofia do Direito kantiana depende de sua filosofia moral. Assim, a alegação de validade da sua filosofia política também está ligada ao enfático conceito de razão na sua filosofia moral e à realidade da liberdade transcendental. (...) A derrocada do imperativo categórico traria abaixo consigo, então, a lei universal do Direito, com todos os princípios corolários da teoria da propriedade e da filosofia política que dependem dele; a estrutura da filosofia prática de Kant, na qual a razão domina, afundaria completamente no empirismo.

Considerando tudo isso, portanto, Kant argumenta que o direito nada mais é do que uma autorização da razão prática (a qual já foi também autorizada pela razão pura), isto é, o princípio da liberdade legítima, autoriza o direito. Sendo assim, não pode a liberdade, como princípio da moralidade, autorizar ao direito preceitos não racionais, (puros ou práticos) os quais não são de sua competência, como o fundamento empírico do mesmo, a partir do senso comum, externamente à vontade autônoma.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Sobre a argumentação do direito como autorização da razão prática, ver Beckenkamp, 2009. Aqui o professor argumenta contra a mera aplicação do

Nas palavras de Beckenkamp (2009, p. 77 e 78):

Reconstituindo a linha de fundamentação do direito como uma seqüência de autorizações da razão prática pura, obtém-se o direito como espécie da moral, ou seja, a doutrina do direito natural como uma das duas partes da filosofia prática ou moral de Kant.

Segundo Terra (1987, p. 50-52), a moral deve ser entendida como gênero, sendo a ética e o direito espécies. Assim, observa-se a necessária classificação do direito, da mesma forma que ética, como parte da filosofia moral e teórica de Kant, não como um conceito diverso, como, por exemplo, separado da teoria moral e fundamentado como um imperativo hipotético – sustentado apenas empiricamente, pois nem mesmo a razão pura o admitiria.

Nas palavras de Terra (2004, p. 16):

Há uma articulação entre deveres, de forma que poderíamos dizer que os deveres de virtude e os jurídicos subordinam-se aos ético-gerais. Direito e virtude participam da doutrina dos costumes e têm os mesmos fundamentos últimos, o que é consequência da unidade da razão prática, pois as duas legislações são provenientes da autonomia da vontade. Esta é o fundamento das duas legislações; o princípio supremo da doutrina dos costumes é o imperativo categórico.

De tal modo, Beckenkamp (2009, p. 80) conclui: “Nesta medida, mesmo as leis positivas de um Estado constituído são leis da autonomia, e não leis heterônomas.”

Observa-se que Beckenkamp enfatiza a distinção conceitual entre a ética e o direito, sendo que o direito, em um sentido lato, admite a

---

imperativo categórico ao Direito, assim como esclarece a distinção entre moralidade e eticidade em Kant. Ambas, para o professor, são espécies da moralidade e, portanto, compostas dos atributos da mesma. Contudo, alerta para especificidade do direito e da ética, sendo aquele, em sentido lato, resultado de uma autorização da razão prática. Os princípios do direito, assim, indiretamente constituem seu imperativo e diretamente, “os princípios puramente racionais para o direito envolvem tão-somente autorizações, que não constituem obrigações, mas apenas licenças para fazer ou deixar de fazer a bel-prazer. A fundamentação racional do direito se baseia nesta ordem das autorizações da razão prática pura.” (BECKENKAMP, 2009, p. 78).

existência de móveis na sua determinação (visto ser patologicamente exigido na sua forma de coação)<sup>28</sup>. E essa interpretação acaba sendo ratificada pela posição tanto de Fichte quanto de Kletzer, os quais defendem a possibilidade da ideia de uma teoria pura do direito, contudo sem reivindicar a ideia de contradição entre a CRPu e a CRPr.<sup>29</sup> Afirma o professor Beckenkamp (2003, p. 158):

O caráter categórico e incondicional da legislação moral, reconhecido por todo leitor da ética kantiana, vale igualmente para o direito, na medida naturalmente em que ele é decorrente de princípios práticos a priori da razão, e não meramente de uma legislação positiva à revelia das exigências da razão prática pura.

Ou seja, o princípio do direito também deve ser admitido como um imperativo categórico, pois tal é fundado sob normas práticas puras, o que o envolve como uma exigência incondicional da razão prática, sob fundamentos *a priori*.

Nesse mesmo sentido, para Salgado (1986, p. 280), a definição de direito requer conjuntamente a ideia de uma razão prática, remetendo-se necessariamente à fundamentação da moral - nas palavras do autor (1986, p. 280):

O princípio do direito é uma ideia a priori da razão prática, que se mostra como condição da existência da sociedade civil (da vida humana em sociedade),

---

<sup>28</sup> Quanto à distinção entre ética e Direito, afirma (BECKENKAMP, 2003, p. 159): Tanto a legislação jurídica quanto a legislação ética constituem, portanto, legislação moral, com tudo o que dela decorre; mas diferenciam-se pelo móbil que exigem ou admitem para a determinação do arbítrio, diferença que funda a distinção entre direito e ética: "A doutrina do direito e a doutrina da virtude não se distinguem, pois, tanto por seus deveres diferentes, como bem mais pela diferença da legislação, a qual liga à lei um ou outro móbil." (MS, AA VI, 220). A legislação ética, fundamento da doutrina da virtude, exige que a própria lei constitua o móbil, enquanto a legislação jurídica, fundamento da doutrina do direito, não coloca esta exigência de pureza na determinação do arbítrio, mas se constitui efetivamente na medida em que implementa a esfera da coerção externa, como causa de um móbil (naturalmente interno) distinto do simples respeito pela lei moral. A legislação prática da razão adquire, portanto, com a legislação jurídica, uma dimensão externa, implementando-se finalmente como exterioridade.

<sup>29</sup> Ver página 54 desta tese.

como a liberdade é uma idéia a priori da razão prática postulada apoditicamente, sob pena de se não poder fundar toda a eticidade, inclusive o Direito.

Daí, conclui Salgado (1986, p. 281) “por isso, a definição do direito deve trazer em si o conceito de liberdade e de igualdade, que são elementos constitutivos da ideia de justiça.”.

Assim sendo, o direito tem que possuir os mesmos atributos da moral, da razão prática e, sobretudo, da razão pura. O direito, impreterivelmente, não pode ser fundamentado a partir da experiência, pois tal constituiria ao mesmo a heteronomia como base e o erro categorial apontado por Hume. Portanto a ele, assim como à moral, pertencente à autonomia da vontade, a forma da lei postulada internamente na hipótese de as leis serem promulgadas, constituído pela liberdade dos sujeitos, a não consequencialidade e, deste logo, o fundamento sob imperativos categóricos, obedecendo aos mesmos atributos da moralidade arguidos na FMC, na MC, na CRPr e na CRPu.

Enfim, recusa-se, visto a análise sistemática entre a FMC, a Doutrina do direito, a CRPu e a CRPr, a leitura do direito como possuidor de atributos diversos da autorizada pela moralidade, assim como a hipótese defendida por Kelsen de contradição entre as obras.

### **3.1.2 O arbítrio, a coerção e a formação do Estado**

Nas seções anteriores, provou-se a fundamentação da moralidade kantiana e seu correlato conceito de direito estritamente relacionados. Ficou demonstrada a generalidade da moral e a especificidade do direito e da ética. Aqui nesta seção serão distintas as questões dos problemas da doutrina do direito, contendo o problema da sua exterioridade, da coerção e da questão da formação do Estado. A partir desse procedimento, portanto, procura-se esclarecer as questões específicas da doutrina sob a interpretação sistemática da moralidade do direito em Kant, consideram a unicidade de sua obra, ou seja, a impossibilidade de contradição entre a CRPu e a CRPr, tal como defende Kelsen.

### 3.1.2.1 O arbítrio e a coerção

Considerando os arbítrios a partir do conceito de direito vinculado à FMC (como visto na seção anterior), os mesmos utilizarão a liberdade desde que compatíveis e sob uma lei universal. É, em suma, uma derivação do valor universal da liberdade, que concentra o arbítrio enquanto os indivíduos perseguem seus próprios fins, mesmo estes fins sendo diversos. A definição do direito de Kant sustenta, portanto, a diversidade de arbítrios, isto é, a indeterminabilidade de fins; pelo contrário, há a compatibilidade destes fins através da lei universal da liberdade, a qual constitui a base da formação da sociedade civil. E essa é uma primeira tese que refuta categoricamente a leitura simplista de Kelsen acerca dos exemplos de Kant. Ou seja, a acusação feita por Kelsen de absolutismo ou totalitarismo político da filosofia prática e jurídica de Kant não se sustenta.

Nesse sentido, qualquer ação pode ser juridicamente aceita se o arbítrio da parte puder coexistir com a liberdade do arbítrio de outro sob uma lei universal. Por exemplo, a execução de um homicídio pode estar no arbítrio de um, mas priva o outro do seu. Destarte, o princípio do direito deve ser entendido como a equidade na distribuição dos fins entre os sujeitos, de forma radicalmente diversa do procedimento utilitarista. Este entendimento kantiano reclama, logo, pela esfera da máxima equidade da liberdade para todos, sem, contudo, determinar *a priori* os interesses dos sujeitos envolvidos.

Entende-se assim, que há compatibilismo das subjetividades sob a moralidade. Os sujeitos são absolutamente livres para realizar quaisquer fins. Contudo, o limite está na realização de fins dos outros, o que dá substância argumentativa para a alçada da teoria moral kantiana sobre o direito e o torna, desta forma, moralmente permitido pela razão prática. Neste procedimento, a exteriorização dos arbítrios possibilita o conhecimento intersubjetivo dos mesmos e a sua possível máxima liberdade. Apenas após postulado exteriormente o arbítrio, aplicar-se-á o procedimento jurídico. Ou seja, não está restrito apenas à vontade, mas às ações.

Ocorre, no entanto, que o uso da coerção não pode ser, como visto na seção anterior, interpretado por mera ameaça. A privação dos direitos de outrem não se refere apenas à restrição da sua liberdade, mas também a promoção da liberdade dos outros. Assim, o próprio uso da coerção está legitimado pelo princípio do direito, sendo que a preservação da máxima

igualdade na esfera da liberdade demanda pela aplicação externa do princípio universal. Nesse sentido, afirma Kant (2003, p. 77):

A resistência que frustra o impedimento de um efeito promove este efeito e é conforme ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais. Mas a coerção é um obstáculo ou resistência à liberdade. Consequentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um impedimento de um obstáculo à liberdade) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio de contradição há competência de exercer coerção sobre alguém que o viola.

Em outras palavras, quando restringida por uma coerção uma ação que feriria a liberdade de outrem, esta coerção está promovendo a liberdade deste. Em suma, a própria coerção, apesar das distinções da especificidade do direito, é ela mesma conforme à liberdade de acordo com leis universais. Assim, um sistema público de coerção não priva ninguém de seu livre arbítrio. Mesmo o criminoso homicida ainda mantém seu arbítrio sobre a sanção. Sucede que, pela interpretação inversa, a vítima do roubo ou do homicídio tem sua escolha suprimida, requerendo ao direito que lhe confira novamente sua liberdade. O criminoso, portanto, tem a liberdade de escolher o crime, mas também deve ter a consciência de suportar a sanção a ele imposta, pois restringe a liberdade de outrem, violando o princípio do direito.

Assim, Beckenkamp irá aproximar da mesma forma o conceito de direito da moralidade em relação ao problema da coerção, apenas de manter claramente uma distinção entre a ética e as suas respectivas especificidades. Nas suas palavras (BECKENKAMP, 2003, p. 170):

(...) caracterizando o direito em geral com essencialmente voltado para sua exterioridade, pode-se manter a identidade entre direito e faculdade de coagir, sustentando que o direito em sentido estrito, que dizer, como essencialmente externo, se reduz simplesmente à faculdade moral de coagir; ao mesmo tempo, deve-se sustentar, entretanto, que também as leis jurídicas em sentido estrito, como leis que conta, com a coação externa,

constituem imperativos categóricos ou normas práticas puras, o que decorre simplesmente do fato de serem uma mera explicação do que vem a ser a exterioridade do direito. Apenar de Kant sugerir que a esfera da exterioridade do direito seria obtida por uma construção teórica do conceito do direito, é antes por uma argumentação prática que ela é progressivamente apresentada, o que permite entendê-la em cada passo como uma exigência categórica da razão prática.

Ou seja, mesmo a coerção sendo exterior, a mesma apenas se fundamenta como racional prática. Ou ainda, a própria coerção, apesar de Kant sugerir sua esfera como construção teórica do conceito do direito, apenas é entendida como propriamente jurídica se interpretada como uma exigência categórica da razão prática. Ou ainda, a razão pura e razão prática em termos de exterioridade da coerção, não são duas esferas diversas e contraditórias, tal como afirma Kelsen, mas a coerção está condicionada, enquanto jurídica, à razão prática, que por sua vez se relaciona com a razão pura não por sua exterioridade, mas por sua necessidade lógica.

### **3.1.2.2 A *aprioricidade* na formação do Estado**

A formação do Estado para Kant, seguindo uma argumentação racional prática pura, incide na doutrina do direito por uma divisão tradicionalmente europeia – direito privado e direito público. O primeiro, o direito privado, corresponde aos deveres oriundos da interação de uns com os outros na forma da preservação da máxima igualdade na esfera da liberdade; o segundo trata do mecanismo de execução coletiva destes direitos e deveres, sendo todos os dois não externos, mas fundados racionalmente, *a priori*. (GUYER, 2006)

Segundo Guyer, (2006, p. 268) a ideia da posse precária (o pré-jurídica) de um objeto qualquer para Kant só é possível racionalmente como resultado de uma sequência de autorização do direito inato da liberdade. O ponto fundamental da filosofia kantiana afirma justamente que a aquisição de algo como meu somente pode ser consistente se estiver de acordo com o direito inato da liberdade de todos. Isso porque não são quaisquer direitos que podem ser legitimados por esse inatismo, ou mesmo qualquer parte não pode reivindicar um direito natural para justificar seus atos. Por isso a derivação deste direito natural deve ser

autorizada pelo procedimento da razão prática pura. Ou seja, não se trata do direito natural clássico, fundado sobretudo no platonismo ou aristotelismo-tomista, mas é uma própria derivação da fundamentação da metafísica dos costumes.

Nessa sequência, a primeira esfera do direito arguido por Kant refere-se à aquisição das coisas externas como minhas ou de outros. Fundamentalmente, há, anteriormente a formação do Estado, portanto no estado de natureza (o qual por si só é apenas um constructo da razão), uma autorização da razão prática para que alguém adquira fisicamente algo, mais especificamente no pensamento de Kant, uma porção de terra pode ser possuída fisicamente por um sujeito. Isto porque, segundo o autor, as pessoas têm o direito natural para controlar e utilizar objetos. Nesse momento da posse pré-jurídica ou precária, não há a propriedade propriamente dita, isto porque o direito de propriedade necessita de um consentimento geral. Aqui, especificamente no momento da posse pré-jurídica, não há esse reconhecimento. Há uma posse física, de fato, mas que não pode ser reivindicada em caso de esbulho. Apenas minha força física garante a coisa como minha ou tua neste momento. Portanto, aqui, não há ainda o direito de propriedade sobre os objetos. Ou seja, até a propriedade, não há direito positivo nem sociedade civil. Nas palavras de Kant (2003, p. 102):

A posse em antecipação e preparação para a condição civil, que pode ser baseada somente numa lei de uma vontade comum, posse esta que, por conseguinte, se harmoniza com a possibilidade de uma tal condição, é posse provisoriamente jurídica, enquanto a posse encontrada numa condição civil real seria posse definitiva. (...) em síntese, o modo de ter alguma coisa externa como sua num estado de natureza é posse física que tem a seu favor a presunção jurídica de que será convertida em posse jurídica através de sua união com a vontade de todos numa legislação pública, e em antecipação a isto é validade comparativamente como posse jurídica.

Posteriormente, a posse pré-jurídica, necessita do reconhecimento para se tornar um direito adquirido de propriedade. A posse (ainda que pré-jurídica), portanto, não dispensa a sua adequação ao princípio racional do direito, isto é, o arbítrio de um em obter algo externo deve necessariamente estar consoante com o arbítrio dos outros em, da mesma

forma, ter como seus objetos externos. Assim, há um fato gerador de direitos, os quais afirmam a racionalidade da aquisição dos objetos e o reconhecimento dessa aquisição por todos, isto é, há uma pretensão precária em se reivindicar essa posse contra o não reconhecimento dos outros não obedientes a uma lei da liberdade. Em outros termos, é somente *a priori* essa ideia de direito natural de posse, portanto, não há como se acusar de erro categorial entre *ser* e *dever-ser*, como o faz Kelsen.

Contudo, a posse anterior ao estado civil, pré-jurídica, não compõe as necessidades racionais para a sua reivindicação jurídica. Assim, há, em Kant, a iminente saída do estado de natureza, onde repousa apenas a insegurança, para uma sociedade civil, na qual os arbítrios sob uma lei universal estarão garantidos pela execução coercitiva da comunidade. Logo, o Estado é o meio com o qual a coletividade validará esta defesa, pois ela não é composta de forma de ação física contra outrem que agride os direitos da coletividade. Também a defesa exercida pela coletividade deve ser legítima racionalmente. De tal modo, a provisão da reivindicação da propriedade somente pode ser exercida por uma associação na medida em que esta funda o Estado e estabelece a ele racionalmente mecanismos de defesa, exercidos especificamente pelos agentes do Estado. São esses, os funcionários do estado, os responsáveis pela execução da defesa da sociedade. Não poderão agir em benefício próprio, mas têm seus interesses, enquanto agentes do Estado, voltado para o benefício de todos. Assim, devem agir de acordo com a ideia de um contrato social justo. A formação destes agentes, sua autorização e a fundação do Estado é que será, a partir de então, o problema decorrente da série de aquisições dos direitos autorizados pelo direito inato da liberdade. (GUYER, 2006).

Em suma, é do dever moral (portanto também *a priori*) de sair do estado de natureza e a possibilidade de reconhecimento da posse de outrem, o que se transformará em direito de propriedade, que surge o dever de fundação e manutenção de um Estado civil. Esta é a primeira responsabilidade política da doutrina do direito. Até então se tratavam de fundamentos que diziam respeito ao direito privado de aquisição dos objetos na forma de posse pré-jurídica ou provisória.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Sobre a necessidade da manutenção do Estado e a questão da tributação, *vide* KANT, 2003, p. 168

Enfim, o povo, para Kant, não está unido em um Estado por uma heteronomia da vontade, pela prudência ou pelo amor à vida, mas cria e mantém um Estado face a seu direito natural de liberdade (ou mesmo um *dever-ser* universal de reciprocidade e razão prática). Esse deve ser protegido pelo Estado na forma da coerção coletivamente executada, a qual também é justificada a partir da sua filosofia prática pura. Destarte, fica claro que a própria formação do Estado é originária de uma fundamentação racional da liberdade, isto é, a autonomia das pessoas as leva a uma sequência de autorizações e aquisições de direitos, o que lhes faz fundar um Estado com o intuito de proteger estes direitos contra as violações sofridas por agentes determinados por móveis.

### **3.1.3 Conclusão sobre a fundamentação da moralidade e da teoria do direito de Kant**

A moralidade kantiana recusa, como visto, toda a experiência tão somente em seu fundamento filosófico prático. Assim, a tanto fundamentação dos costumes quanto a sua teoria da ciência responde pelo completo apriorismo da moralidade, o que permanece constante durante toda a filosofia prática do autor. Da mesma forma resulta que o direito, por uma interpretação metódica e sistemática das obras de Kant, deve ser reconhecido como parte da moral, como resultado de uma sequência de autorizações da mesma.

Desse modo, sendo o direito uma autorização da moralidade e essa resultante da fundamentação *a priori* da vontade racional, necessariamente conclui-se que o direito não pode ser considerado como imperativo hipotético técnico ou assertórico, pois ambos contêm, como visto na segunda seção da FMC, elementos empíricos no seu conceito. Ou seja, o direito não é obediência à vontade heterônoma, nem formulado por uma legislação apenas externa (requerendo, portanto, uma adesão íntima aos seus comandos) e também não contém sujeição aos imperativos hipotéticos, pois não pode ser fundamentado a partir de regras oriundas da experiência. Ou seja, não há o erro categoria entre *ser* (como vontade empírica) e *dever-ser* (como lei moral universal).

O direito é, conseqüentemente, conforme analogia à moralidade da FMC, autônomo, postulado internamente, sendo as leis promulgadas constituídas pela liberdade dos sujeitos (*dever-ser a priori*) e, deste logo, fundamentado sob imperativos categóricos. Ou seja, ao conceito de direito não cabe um fundamento empírico.

A partir dessas premissas, então, restaram as seguintes conclusões:

1. A exterioridade do direito não justifica a sua interpretação como imperativo hipotético, porque tal exterioridade é apenas uma distinção entre ele e a ética, não uma separação do direito do gênero moral ou da razão prática;
2. a coerção não pode ser entendida como uma forma de punição heterônoma, pois a mesma, autorizada pela razão prática, tem o fim único, por princípio, de resguardar a liberdade de sua violação resultante da irracionalidade humana;
3. a formação e manutenção do Estado, nessa sequência, foi comprovada como ordem legítima da moralidade para exercer a coerção socialmente organizada e promover a saída do estado de natureza - situação precária e transitória da posse pré-jurídica. Enfim, também o Estado é oriundo da razão prática pura;
4. como a formação do Estado ocorre através da razão prática pura, o mesmo é destituído de elementos empíricos na sua fundamentação. Ou seja, os exemplos de moralidade dados por Kant na FMC e na casuística da doutrina do direito são apenas ilustrativos, isto é, são tão somente modelos de uma moralidade reconhecida ainda de forma não filosófica, mas popular. Os exemplos que Kelsen se utiliza para contrapor a filosofia moral e jurídica kantiana são, portanto, irrelevantes para compreender a filosofia prática de Kant;
5. logo, não há na razão prática e na doutrina do direito kantiana qualquer erro categorial, visto que a mesma é fundada totalmente *a priori*, isto é, não se sustenta a acusação kelseniana de abandono de Kant da distinção entre *ser* e *dever-ser*, justamente porque a razão prática é totalmente fundada na noção de *dever-ser*, da qual radicalmente se distingue da razão pura, mas não a contradiz justamente por obedecê-la;
6. e, por fim, sendo a justificação da moralidade e a sua extensão ao princípio do direito totalmente destituída de elementos empíricos, não cabe a acusação de contradição entre razão pura e prática em Kant. Ora, é justamente porque a fundamentação da moralidade é *a priori*, que a mesma é coerente com a CRPu. A razão pura kantiana de fato proíbe o conceito de liberdade fundado de forma sintético *a priori*, sendo que seu resultado seria uma antinomia (KANT, 2005, p.

273). Mas essa proibição é tão somente em relação ao fundamento de uma moral empírica que se pretenda pura. Apenas nesse caso a acusação de Kelsen de contradição e, da mesma forma, de indeterminação do imperativo categórico, seria válida. Porém, é justamente isso o que Kant evita ao fundamentar uma teoria da moralidade e do direito não empírica, mas prática pura. Daí, precisamente, a coerência entre a CRPu e a CRPr.

### 3.2 O que é o neokantismo?

A interpretação de Kelsen sobre Kant, como visto no capítulo anterior, sustenta-se na suposição de uma ruptura entre a CRPu e a CRPr e a acusação de contradição de Kant referente à separação entre *ser* e *dever-ser*: haveria, segundo o autor, o abandono por parte de Kant da separação entre essas duas esferas, a qual teria direcionado as teses do filósofo prussiano para a metafísica moral em contraposição à ciência pura do direito.

Como visto na seção anterior, entretanto, é implausível essa separação proposta por Kelsen. Ficou demonstrado a não contradição entre as obras e a necessidade da CRPr em decorrência da filosofia teórica kantiana. Nessa seção, como parte do desenvolvimento da hipótese de Kelsen como antiplatônico e não neokantiano, analisa-se o próprio neokantismo, seus autores e principais escolas. Defende, finalmente, a impossibilidade de classificar sua teoria como tal.

Na seção em tela, apresenta duas teses interpretativas do neokantismo – a primeira é a de Porta (2011) sobre a origem e desenvolvimento das escolas neokantianas; a segunda, a hipótese de Beiser (2014) sobre o neokantismo como filosofia superadora do idealismo hegeliano e do materialismo. Com as duas teses apresentadas, conclui-se com uma definição especializada sobre o neokantismo e sua incompatibilidade como um todo com a teoria jurídica kelseniana.

#### 3.2.1 A origem do neokantismo e seu desenvolvimento segundo Porta

Conforme Porta (2011, p 15), o neokantismo surge da defesa da tese de que o idealismo alemão corrompeu e distorceu a filosofia

transcendental kantiana, acarretando mais em um retrocesso do que propriamente em um desenvolvimento. Especificamente, o neokantismo surge após a morte de Hegel não como um estudo institucional, mas como uma culminação de um processo anti-idealista da interpretação de Kant.

Esse retorno a Kant, ainda segundo Porta (2011, p. 16), fixa suas raízes a filosofia contemporânea em duas tradições – a filosofia analítica e a filosofia fenomenológico-hermenêutica. E dentro desse aspecto geral, também está presente desde a esquerda hegeliana, isto é, anti-ideológica, como Feuerbach e Marx, incluindo o irracionalismo de Schopenhauer, Nietzsche, Kierkegaard, assim como, a partir da segunda metade do século XIX, no positivismo. Ou seja, esprou-se nas mais diversas correntes filosóficas, mesmo que antagônicas em determinados aspectos.

Na sequência, Porta (2011, p. 23), invocando as teses de Trendelenburg, resume o início da filosofia neokantiana a partir das seguintes premissas:

Trendelenburg representa o início de uma nova era filosófica. São eles:

1. uma concepção de filosofia que supõe de modo essencial reformular a relação da filosofia com a ciência e conceder um acento especial à “análise” e ao “antipsicologismo”;
2. a tematização da linguagem, que, oferecendo uma abertura à semântica filosófica, se concentrará na clarificação das relações entre lógica, linguagem e psicologia.
3. a “antecipação” da teoria do terceiro reino e, finalmente,
4. a formulação de uma “nova” forma de idealismo, oposta ao especulativo, que procura integrar elementos transcendentais com a perspectiva orgânico-finalista da tradição aristotélico-leibniziana.

Isso, segundo Porta (2011, p.103, 145, 199, 229, 251), foi a origem do neokantismo. O seu desenvolvimento, ainda que muito difícil de determinar e mapear conceitualmente, tem correntes marcantes as quais se debruçam sobre a questão das formas simbólicas e o problema da virada linguística. Dessas correntes filosóficas formam-se as teses de Cassier, Natorp, Hermann Cohen, a escola de Marburg e Baden, a crítica de Friedman, a virada linguística (“linguist turn”), a teoria da

subjetividade de Brentano e a hermenêutica filosófica das formas simbólicas.

Em outros termos, para Porta, o neokantismo desde sua origem é formulado como uma teoria anti-idealista e contrário ao desenvolvimento hegeliano posterior. Assim, o neokantismo consiste em entender a obra crítica Kant como um todo, partido não de uma interpretação metafísica, mas contrário a ela, científica e racionalista.

Concernente à interpretação da filosofia da ciência kantiana, principal objeto do neokantismo, diz Porta (2011, p. 77):

Qualquer um que tenha um entendimento primário da Crítica da razão pura sabe que é um dos objetivos essenciais desta obra assegurar a validade do princípio causal diante dos ataques céticos de figuras com Hume. Isso equivale a afirmar que o objetivo da epistemologia kantiana é garantir a legalidade da natureza, objeto de conhecimento da ciência físico-matemática. Dado que uma lei científica enuncia a existência de uma ordem constante entre os fenômenos, para garantir a legalidade da natureza, Kant tem de assegurar assim a validade do princípio causal.

De acordo com os pressupostos psicoepistemológicos kantianos, cada um de nós possui uma série de representações, suas representações. Essas representações se encontram, em última instância, em determinadas relações temporais. A ordem das representações é subjetiva se possui validade privada e é referida a um determinado momento na vida daquele indivíduo; pelo contrário, é objetiva se todo sujeito (e o mesmo sujeito, em diferentes momentos do tempo) vincula as representações umas às outras da mesma maneira. Dado que é impossível comparar as representações a um objeto fora delas, a objetividade somente pode existir na ordem das representações e designa o fato de que esta ordem possui uma validade intersubjetiva. Assegurar a objetividade é assegurar a possibilidade de uma ordem idêntica de representações em diferentes pessoas. Dito em outros termos: a objetividade não significa outra coisa que intersubjetividade.

Resulta evidente que, para Kant, o conceito de lei fixa o horizonte temático do problema da objetividade. Afirmar que o intento de Kant é garantir a legalidade da natureza ou a objetividade é dizer, em última instância, o mesmo. A categoria de causalidade não faz senão estabelecer uma ordem de sucessão necessário no tempo e, com isso, possibilitar a validade intersubjetiva.

Acontece, ainda segundo Porta, que todas as escolas neokantianas, incluindo os neokantianos marburgueses, também entendem a *aprioricidade* de toda a filosofia e teoria da ciência kantiana. No caso, também a epistemologia kantiana é uma filosofia, ou uma ideologia, porém anti-ideológica no sentido de reconhecer a sua *aprioricidade* contra o conceito de hegeliano e materialista de ciência. Mesmo recorrendo a uma validade intersubjetiva, como exposto no trecho anteriormente citado, impera no neokantismo a *aprioricidade* da ciência como forma de refutar tanto o idealismo quanto o materialismo.

Nesse caso, em importante passagem de sua obra (e considerando essa *aprioricidade* da filosofia teórica de Kant), Porta (2011, p. 203) defende que os neokantismos podem ser considerados, sobretudo, platônicos, mesmo a partir apenas da teoria da ciência da CRPu. No caso, tanto Hermann Cohen, quanto Natorp remetem a uma teoria platônica das ideias, insistindo em sua dimensão lógica e anti-metafísica. Ou seja, o neokantismo, mesmo sem considerar a filosofia prática kantiana, afirma-se como platonismo na sua própria teoria da ciência. Isso porque a função anti-idealista da CRPu apenas seria garantida pela possibilidade objetiva das ideias (ou a ideia de um terceiro reino), sem, conseqüentemente recair no psicologismo.

Novamente conforme Porta (2011, p. 204):

Tanto Frege quanto o neokantianos marburgueses podem ser considerados “platônicos”. O problema é, novamente, o tipo de platonismo presente em cada caso.

A leitura neokantiana da teoria platônica da idéias insiste em sua dimensão lógica, rechaçando “chorismo” e toda interpretação metafísica. As ideias são independentes da subjetividade. Não obstante, elas não são entidades que subsistam em um mundo inteligível autônomo; elas são “hipótese”. “Hipótese” é o nome de um vínculo

funcional: a ideia existe unicamente em sua função de ser fundamento de algo diferente dela.

E sobre a fundamentação anti-materialista da ciência para os neokantianos, afirma Porta (2011, p. 205):

O “método transcendental” jamais pretendeu proporcionar “argumento transcendentais”. Os neokantianos tiveram não o ceticismo, mas sim o materialismo como inimigo principal; seu adversário não é um partido que nega a possibilidade da ciência, mas sim um partido com o qual eles compartilham a confiança nesta. O que está em discussão não é se a ciência é possível ou não, mas se ela refuta o idealismo. Segue-se que o objetivo maior não será mostrar a possibilidade de verdade e sim que a verdade do conhecimento sobre o “real” supõe um elemento “ideal”. Dentro deste contexto a estratégia argumentativa neokantiana é legítima: a espontaneidade do “espírito” (Geist) (ou seja, a presença de um elemento “ideal”) tem que ser provada (e isto contra o materialismo) na própria ciência.

Enfim, com os argumentos de Porta, demonstra-se que a pretensão anti-idealista e anti-materialista do neokantismo, desde sua origem, não legitima a ideia de ruptura entre a CRPu e a CRPr, ou mesmo o argumento de contradição entre *ser* e *dever-ser* em Kant. Mais do isso, o neokantismo, para Porta, afirma-se desde o início como retorno ao platonismo na sua fundamentação antipsicologista das ideias, isto é, as hipóteses para os neokantianos estão independentes da subjetividade, ainda que dependa da intersubjetividade (ou a hipótese do terceiro reino). Com isso, demonstra-se a completa refutação das teses de Kelsen sobre Kant, sobretudo na ideia de norma hipotética fundamental como conceito autônomo e não psicológico, a qual será analisada detalhadamente no último capítulo da tese.

### **3.2.2 O neokantismo como tese de superação entre o debate: idealismo hegeliano *versus* materialismo**

Tal origem do neokantismo afirmada por Porta também aparece no ótimo trabalho de Besier (2014, p. 1). Beiser acrescenta, da mesma forma, que o neokantismo foi um movimento alemão surgido no século XIX com

o fim de reabilitar a filosofia teórica de Kant. Em seu sentido mais geral, a escola é dividida em três principais grupos – a escola de Marburg, protagonizada por Hermann Cohen, Paul Natorp e Ernst Cassirer, a escola de Baden, representada por Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert e Emil Lask e a escola de Göttinge, liderada por Leonad Nelson.

Segundo Beiser (2014, p. 5), o surgimento e desenvolvimento do neokantismo ocorre primeiro como hipótese negativa, contrapondo-se especialmente ao idealismo especulativo e, sobretudo, a Hegel. Esse embate, contudo, não incide apenas em nível intelectual ou acadêmico, mas cultural e político. A intenção dos primeiros autores era de se contrapor ao Estado alemão, diretamente ligado à justificação hegeliana.

Segundo Beiser, o aspecto positivo do neokantismo veio apenas posteriormente ao afirmar-se como uma filosofia capaz de dar conta da crise filosófica instaurada no final do século XIX, a qual corresponde ao esgotamento do idealismo e surgimento da controvérsia materialista. Nesse caso, o neokantismo insere-se no debate como um retorno ao transcendentalismo e como tese de superação entre o idealismo especulativo ultrapassado e a nova ciência empirista.

Dentro desse aspecto, anti-idealista (anti-hegeliano) e anti-materialista (ou psicologista), o neokantismo afirma-se como disruptivo das cinco teses idealistas e materialistas fundamentais contrapostas:

- The rationalist-speculative tradition rejected, while the empiricist-psychological tradition accepted, Kant's transcendental idealism in its original intended sense, that is, the limitation of knowledge to appearances and the distinction between appearances and the thing-in-itself. Rather than decrying the thing-in-itself as the great weakness of the Kantian system, as Fichte, Schelling and Hegel had done, Fries, Herbart and Beneke regarded it as its great strength.
- The rationalist-speculative tradition employed a deductive or dialectical method, believing in the powers of pure thought or a priori reasoning to reach substantive conclusions; the empiricist-psychological tradition, however, stressed the importance of an empirical method, insisting that pure thinking alone could reach no substantial conclusions and that knowledge must receive its content from experience.

- In Schelling and Hegel, the rationalist-speculative tradition developed into an “objective” or “absolute idealism”, according to which all reality is the manifestation of the ideal, where these ideals are forms or archetypes existing independent of human consciousness; the empiricist-psychological tradition stuck to “subjective idealism”, protesting that there are no such ideals and that all knowledge is relative to human consciousness.
- The rationalist-speculative tradition attempted to surmount Kant’s dualisms between understanding and sensibility, essence and existence, form and content, through an organic concept of nature; the empiricist-psychological tradition, however, wanted to retain these dualisms, and disputed the constitutive validity of that organic concept.
- The rationalist-speculative tradition believed in the unity of reason, that is, that there is a single source of theoretical and practical reason; the empiricist-psychological tradition disputed that there is any such unity and stressed the fundamental divide between theoretical and practical reason.

Nesse sentido, assim como Kant resolve o problema de Hume e ultrapassa as tradições racionalistas e empiristas, o neokantismo também se coloca como filosofia além da disputa entre idealismo hegeliano e materialismo. As duas tradições conflitantes, logo, são superadas por uma teoria que as nega e afirma ao mesmo tempo – nega o idealismo puro no sentido do não conhecimento da coisa-em-si e da estética transcendental, mas aproxima-se da ideia de unidade da razão; nega o materialismo no seu recorrente problema da relatividade da consciência humana (psicologismo), porém não recusa a necessidade do empírico e sua crítica à metafísica racionalista e à dialética (como antinomia da razão).

Ou seja, o neokantismo opõe-se ao materialismo da mesma forma que ao idealismo. Porém em nenhuma de suas teses afirma a contradição das obras de Kant em qualquer aspecto, mas analisa significativamente como o seu programa pode resolver o conflito do final do século XIX e início do XX. Ou seja, não ratifica, em absoluto, a tese kelseniana de ruptura entre razão prática e pura, mas teoriza um retorno a obra de Kant

como um todo com o fim específico de resolver tal conflito histórico-filosófico.

### **3.3 Considerações finais do capítulo: afinal, Kelsen era, de fato, um neokantiano?**

O primeiro capítulo da tese mostrou a pretensa fundamentação kelseniana da teoria pura do direito na CRPu kantiana. O jurista teria se inspirado na CRPu como base de seus principais conceitos, sobretudo na possibilidade da interpretação objetiva das normas. A NHF seria, portanto, oriunda da razão pura e da filosofia transcendental kantiana, tida como possibilidade de conhecimento objetivo do direito.

Ainda, Kelsen expressamente defende que tal razão pura kantiana foi abandonada pelo filósofo na sua filosofia prática. Nesse caso, afirma que Kant teria se contradito, especialmente na distinção entre *ser* e *dever-ser*.

Dessas considerações de Kelsen resulta a afirmação de seus comentadores de que o autor seria um neokantiano, isto é, teria adotado apenas uma parte da filosofia transcendental kantiana: apenas partes de sua filosofia da ciência.

Sobre isso, também surgem as divergências sobre os trabalhos de Kelsen. Outra parcela significativa dos comentadores afirma que o jurista teria abandonado o seu neokantismo em sua fase madura e adotado o realismo jurídico, especialmente no que diz respeito à decisão judicial. Nesse caso, defendem uma periodização do pensamento de Kelsen, o qual iria do formalismo neokantiano ao completo ceticismo de regras em sua fase realista.

Entretanto, analisando objetivamente a obra de Kant e seu desenvolvimento como neokantiano, observa-se que não há base textual e mesmo qualquer lógica na leitura de Kelsen sobre o autor. Também não há, conforme os principais especialistas na filosofia de Kant, qualquer ratificação das teses de Kelsen. Portanto, a afirmação de contradição entre CRPu e CRPr sustentada por Kelsen é falseada pela análise da própria filosofia kantiana como um todo e de seus comentadores.

E mesmo a ideia de transição entre as obras, defendida sobretudo por Paulson e Heidemann, é falseada, isso porque não há como haver transição entre o neokantismo e o realismo jurídico simplesmente porque

Kelsen jamais pode ser considerado um neokantiano, mesmo que se defina como tal.

Nesse sentido, sendo impossível justificar os principais conceitos de Kelsen através de Kant, as suas teses (e mesmo o seu conceito de direito) resultariam em erro, não apenas em seu sentido político, mas também científico-jurídico.

Nesse caso, toda a doutrina kelseniana cairia em desuso sem outra referência filosófica capaz de substituir os conceitos extraído de Kant – não restaria mais fundamento em sua teoria, principalmente para o seu conceito mais referenciado, a NHF. Logo, considerando a insuficiência de todas essas leituras e, sobretudo, a partir das hipóteses de Rauscher, Wilson, Kletzer, Porta, Besier etc., a presente tese defende, a partir desse momento, a reinterpretação das obras de Kelsen, tendo em vista a necessidade de um novo fundamento filosófico-jurídico, o qual possa embasar suas principais teses independentemente de sua pretensa vinculação a Kant.

O próximo capítulo desta tese mostra, nesse sentido, que a leitura de Kelsen sobre Platão serve de base filosófica substituta ao neokantismo, não como seu fundamento, mas como explicação da origem de suas ideias e contexto de crítica filosófica. Igualmente, mesmo refutando Kelsen como neokantiano, a sua teoria se explica como antiplatônica, isto é, apenas como conceito negativo. Portanto, o entendimento das teses de Kelsen deve ser, considerando correta essa hipótese, sempre vinculado ao seu juízo das obras de Platão. Essa pressuposição tornaria as teses de Kelsen frágeis; porém, filosoficamente possíveis e coerentes.



#### 4 A LEITURA DE KELSEN SOBRE PLATÃO

A proposta neste próximo capítulo consiste em resolver a indeterminação no entendimento acerca da obra de Kelsen recorrendo a sua leitura do platonismo. Assim, entende que a concepção antiplatônica do direito, da moral e da própria epistemologia empregada por Kelsen resolve e determina<sup>31</sup> conceitualmente a sua posição, tanto teórica quanto política, evitando-se, assim, as hipóteses de transições concentradas na pressuposição do autor como neokantiano, como visto no capítulo anterior desta tese.<sup>32</sup> Com isso, dá-se uma unidade interpretativa das suas obras, ao mesmo tempo em que possibilita um fundamento filosófico não mais kantiano. Por fim, a tese propõe, a partir da leitura de Kelsen sobre Platão, a constituição de axiomas capazes de tornarem possíveis os principais conceitos defendidos por Kelsen, como a NF, a liberdade, o monismo entre Estado e direito, o direito internacional e a decisão judicial.

O texto objeto do estudo é a *A Ilusão da Justiça* (KELSEN, 2000b). A obra, publicada postumamente pelo Instituto Hans Kelsen em Viena, consiste na reunião de três livros essenciais de Kelsen sobre Platão: O amor platônico, A verdade platônica e a Justiça platônica. Além desses livros, há diversas obras de Kelsen dedicadas a Platão.<sup>33</sup> Desde seus primeiros escritos, até os livros póstumos, a filosofia de Platão foi sempre objeto de estudo pelo autor.<sup>34</sup> Esta tese, entretanto, focará nos dois

---

<sup>31</sup> Segundo Jestaedt (2013), a própria concepção de democracia determina o entendimento de Kelsen acerca da ciência. A ciência, no caso do autor, é resultado de sua visão de mundo democrática. A presente tese concorda com essa posição de Jaetaedt, contudo à específica. A questão que se coloca é: dentro da visão de democracia de Kelsen, qual o seu núcleo? A resposta dada aqui é o seu antiplatonismo.

<sup>32</sup> Sobre o antiplatonismo de Kelsen, conferir também SANTOS NETO; RAMOS, 2016, p. 47-72. Segundo os autores, a crítica de Kelsen a Platão se dá, sobretudo, quanto a acusação de totalitarismo nas suas obras. Assim, Kelsen se juntaria a outros autores, os quais fazem a mesma acusação contra Platão, i.e., Popper, Talmon e Arendt. Também SANTOS NETO, 2010, p. 122.

<sup>33</sup> KELSEN, 2009a, p. 94; KELSEN, 2003, p. 62; KELSEN, 2005, p. 17; KELSEN, 1986, p. 78;

<sup>34</sup> Observa-se que a própria obra em tela, apesar de ser publicada postumamente como livro, é de fato uma coletânea dos principais textos de Kelsen. Textos esses presentes nas mais diversas fases de carreira, presentes tanto na fase europeia,

primeiros livros da Ilusão da justiça, O amor e a verdade, por considerá-las essenciais para o desenvolvimento da hipótese defendida aqui, isto é, do antiplatonismo kelseniano como núcleo argumentativo da sua teoria do direito.

#### **4.1 O dualismo platônico – da contradição e da contrariedade entre alma e corpo**

O primeiro aspecto fundamental para compreender a leitura de Kelsen sobre Platão é sua hipótese de contradição e contrariedade entre alma e corpo. Kelsen defende a ideia de uma transição no pensamento platônico, o qual passa da contradição (pessimista) entre alma e corpo, para a contrariedade, isto é, a possibilidade do corpo ter acesso à alma. Em outros termos, do pessimismo platônico da impossibilidade da realização de um conceito absoluto de justiça, para um conceito de justiça imanente.

##### **4.1.1 A contradição entre alma e corpo pré-socrática**

Para Kelsen (2000b, p. 1), a questão da justiça absoluta, milenar no debate político-jurídico, percorre toda a extensa obra de Platão. Para o autor, Platão foi o responsável pela ideia de uma justiça impregnada no conceito de direito e na teoria e prática social.

A origem desse conceito de justiça absoluta, defende (KELSEN, 2000b, p. 2), se dá essencialmente pelo dualismo presente tanto na especulação teórica quanto ética. Há, segundo o autor, um abismo aparentemente intransponível em que está inserto o núcleo do pensamento platônico, um abismo separando o mundo transcendente, real e racional, perfeito, do *ser*, imutável, eterno, alheio ao movimento e à mudança, além do espaço e tempo, e constituinte do conceito de Bem e verdade, diverso em todos os sentidos da esfera das aparências, do mutável, empírico, fenomênico, do espaço-tempo, do devir, e causa do *Mau* ou ignorância. O primeiro mundo representa a *episteme*; o segundo, a *doxa*.

---

quanto americana. Portanto, presentes durante toda a longa e profícua produção filosófica do autor. O Amor Platônico foi publicado primeiramente em 1933, com o título original de *Die platonische Liebe* (KELSEN, 1933).

Segundo Kelsen (2000b, p. 19), tal dualismo não surge exclusivamente de Platão, mas está presente tanto no pensamento grego dos pré-socráticos quanto no oriental, mais significativamente na doutrina iraniana do Ormuz-Ariman de Zaratustra. Sua característica principal é marcada pela especulação dualista ético-metafísica na determinação do conceito de Bem e Mal, a qual inclui uma ideia de fusão entre natureza e valor.

Nessa filosofia oriental e mesmo no pensamento pré-socrático, o dualismo fixava-se na oposição entre Bem e Mal e sustentava-se a partir de uma visão animista de natureza, constituída por uma concepção sócio-normativa da esfera fática, na qual o conceito está submetido à percepção religiosa que legitima as autoridades sociais. Para tais doutrinas, a natureza é vista como parte do social e regulada por uma autoridade. Nesse aspecto, há um monarca absoluto não apenas no governo da *pólis*, mas no governo dos fenômenos, isto é, o acontecer fático também se submete ao princípio jurídico da retribuição. Três exemplos disso são as concepções de mundo de Anaximandro, Anaxímenes e Heráclito. Para tais filósofos, segundo Kelsen, os fenômenos, quando desrespeitam as leis naturais, são eles mesmos injustos e passíveis de pena aplicada pela autoridade divina, tal qual o cidadão quando desrespeita a lei do Estado; quando de acordo com as leis naturais, seriam justos, – como diz Heráclito: “O sol não ultrapassará seu curso; e se o fizer, as *Erínias*, auxiliadoras de *Dike*, saberão como encontrá-lo”. (KELSEN, 2000b, p. 22).

Da mesma forma, Parmênides seria o pré-socrático dualista fundamental para Platão. Parmênides, segundo Kelsen, defende a tese do conflito entre os opostos Bem e Mal, sendo o Bem o *ser* e o Mal é o *não-ser*.<sup>35</sup> O primeiro é a luz; o segundo, a escuridão. Nesse caso, Parmênides

---

<sup>35</sup> Acerca ainda de Parmênides, Kelsen afirma (1945, p. 368): “La tesis fundamental de la ontología parmenídica, a saber, que el llegar a ser y el dejar de ser son meras ilusiones, y que, por necesidad, sólo hay un ser eterno, inalterable, se expresa como sigue: “Por lo cual, la Justicia [*Dike*] no suelta sus cadenas y deja que algo llegue a ser o dejo de ser, sino que lo ase firmemente”. (...) La misma idea se repite más adelante: “Además, está [el ser] inmóvil en los vínculos de poderosas cadenas, sin comienzo y sin fin; ya que el llegar a ser y el dejar de ser han sido arrojados lejos, y la verdadera creencia los ha expulsado... porque la dura necesidad lo mantiene en los vínculos del límite que lo aprieta por todos lados”. Y Parmênides escribe lo que ha encadenado en más adelante: “Ele Hado forma tal que es enterro inmóvil”. La “dura necesidad” y el “Hado” son idénticos com

também foi o predecessor da teoria dos dois mundos – o da verdade – o *ser*, a episteme e o bem – versus o mundo das aparências – o não-ser, o devir, a *doxa* e o mal. Observa Kelsen (2000b, p. 30 e 31), que fica evidente em Parmênides que o autor não está tratando de uma teoria da natureza na sua manifestação enquanto tal, mas aprendendo-a normativamente no sentido de que o *ser* da natureza se constituir pelo *dever-ser*. Isto é, nota-se aqui - o que será um procedimento constante na filosofia platônica - a submissão do mundo empírico a uma norma supostamente absoluta. Trata-se, ao final, de uma teoria deontológica sobre a natureza, a qual pretende, enfim, definir o *ser* através de um conceito de *dever-ser*.

Predecessora e modelo da teoria dos dois mundos de Platão foi a metafísica de Parmênides, esta ostentando influências órfico-pitagóricas; Tanto quanto Heráclito, seu antípoda, também Parmênides provém de família nobre, tendo atuado como legislador em sua cidade natal. Em seu “Sobre a natureza”, escrito em versos, ele apresenta sua doutrina do Ser como uma revelação que lhe coube receber pessoalmente de uma deusa, que lhe diz, no início de sua viagem pelo caminho do conhecimento: “Nenhum revés do destino te enviou a este caminho (pois ele está, de fato, fora da senda dos homens), mas sim o direito e a justiça. Agora, hás de saber tudo, tanto do âmago inabalável da plena verdade, quanto também das pseudo-opiniões dos mortais, que não abrigam certeza verdadeira.” (...) A essa oposição entre ele, agraciado por deus com a visão da verdade, e a multidão cativa da ilusão, corresponde o dualismo – desenvolvido já por Parmênides anteriormente a Platão – entre o Ser revelado apenas pelo conhecimento verdadeiro e a aparência do devir,

---

Dike, la diosa de la retribución. La determinación de la ley de la naturaliza, la regla inviolable de la existencia [ser] es la compulsión de una regla jurídica absoluta. La inviolabilidad de la ley universal, el inmovible corazón de la verdad”, es la voluntad de hierro de la deidad de la justicia, la ineludibilidad de la retribución. Esta misma idea la expresó el poeta Esquilo em su Prometeo Encadenado, donde la necesidad es un poder que está por encima incluso de Zeus. El corifeo pregunta: “¿Quién es pues, el piloto de la Necesidad?” A lo cual replica Prometeo: “Las Parcas triforme y las atentas Furias”. (KELSEN, 1945, p. 368).

em que a enganadora *doxa* faz crer. (KELSEN, 2000b, p. 29, 30 e 31).

Ao final desse subtítulo, é preciso destacar que essa leitura sobre Platão corresponde à interpretação de Kelsen sobre o autor, não Platão em si mesmo. Por certo, e como visto na interpretação de Kelsen sobre Kant, o jurista não é um dos melhores exegetas da história da filosofia. É certo, também, que a leitura de Kelsen sobre Platão constitui visivelmente não apenas a formação de um espantalho, mas também um desrespeito para com os pesquisadores profissionais sobre o pensamento do filósofo grego, tendo em vista várias superficialidades, preconceitos e erro de interpretação.

Ressalta-se, assim, que apesar deste trabalho propor aparentemente o antiplatonismo como núcleo das ideias de Kelsen, ela especificamente defende a interpretação de Kelsen sobre Platão como o núcleo da sua teoria. Trata-se, assim, não da teoria de Platão, mas da interpretação da filosofia de Platão como núcleo argumentativo da sua teoria. Só a partir daí é possível compreender a teoria de Kelsen da forma como se propõe a tese. Evidentemente, os erros cometidos pelo autor, considerando o seu antiplatonismo, afetam sua teoria como um todo e são motes de críticas ao seu sistema. Um exemplo da má interpretação de Kelsen diz justamente ao abordado no início desse capítulo, especificamente sobre a comparação entre Platão e Parmênides. Definitivamente a relação entre Platão e Parmênides é infinitamente mais complexa e rica do que a proposta defendida por Kelsen.<sup>36</sup> Contudo, esse não é o objeto aqui, mas

---

<sup>36</sup> Acerca da teoria das formas, conferir o trabalho de Rickeless (2007). O autor defende uma concepção não unitarista das obras de Platão, sustentada, sobretudo, na leitura do diálogo de *Parmênides*, o qual, segundo o autor, é o mais desafiador das obras do filósofo e constitui um ponto médio de virada no pensamento de Platão. Portanto, não se trata de uma evolução de Platão em relação à filosofia de Parmênides desde o início de suas obras, como afirma Kelsen, mas de uma relação complexa que envolve toda a sua filosofia. RICKELESS, 2007, p. 3: “The *Parmenides* is simply the most puzzling and notorious of Plato’s dialogues. Although the work is of seminal importance for understanding the development of Plato’s metaphysical doctrines, it has been the source of nothing but disagreement and controversy. Generations of scholars have cut their teeth on this work, attempting to capture its structure and content, as well as its relative significance in the overall Platonic corpus. But, despite their efforts, there is still nothing approaching consensus on the answer to the most pressing interpretive question: What, in Plato’s opinion, is the ultimate lesson of the dialogue?”.

tema para posterior trabalho, o qual enfrente os conceitos kelseniano através dos seus erros em relação a Platão.

#### 4.1.2 Da contradição para a contrariedade entre alma e corpo em Platão

Em Platão, tais posições de distinção entre alma e corpo constituiriam ao mesmo tempo influências significativas e teses a serem contestadas na luta do filósofo em defender a hipótese central - a existência da ideia do Mal enquanto entidade substanciada no conceito de corpo e empiria. Aí se situa tanto a originalidade do ateniense quanto os seus problemas. (KELSEN, 2000b, p. 55 e 56). Ou seja, há, aqui, uma divergência fundamental inaugurada por Platão em relação à filosofia dualista oriental e pré-socrática, no sentido de buscar a solução para o Mal ao defini-lo como *dever* e, portanto, *não-ser*, pertencente a esfera do empírico incognoscível, diverso tanto do *não-ser* de Parmênides quanto da ideia do mal como a retribuição de um monarca transcendente a uma ação do comportamento humano ou das coisas. Assim, o dualismo platônico, distinto do pensamento até então vigente, recusa-se, pelo menos inicialmente, a determinar um conceito objetivo da ideia de mal constituído por uma autoridade divina. O dualismo aqui, nesse sentido, deita raízes na divergência entre forma e matéria, concebida como o conflito irresolúvel entre alma e corpo, que nesse momento inicial compõe-se por um dualismo absoluto e intransponível, isto é, o dualismo compõe o *chorismos* platônico. (KELSEN, 2000b, p. 3).

Na *República*, o filósofo compara a alma, em sua existência terrena, ao deus marinho Glauco, cuja feição original revela-se desfigurada pelo fato de as “conchas, algas e pedras” terem se apegado firmemente a ele. Assim também encontra-se [sic] a alma – ao longo de sua existência terrena – num estado “que é a consequência de milhares de males”. Sua verdadeira essência, aquele em razão da qual a alma é aparentada “ao divino, ao imortal e ao que eternamente é” – ou seja, ao Bem absoluto -, encontra-se oculta sob “o acréscimo de terra e pedra” que “se apegou firmemente a ela”, pois é da terra que ela se alimenta”. A terra, ou seja, a matéria, é contraposta à verdadeira natureza da

alma, quer dizer, ao seu “ser boa”. A matéria representa o Mal. (KELSEN, 2009b, p. 3).

Portanto, a alma para Platão é aparentada com o divino, a razão em si, imortal, suprassensível, idêntica a si, indissolúvel e representada pelo gênero masculino; o corpo, por sua vez, está preso à esfera do sensível, terreno, mortal, contingente, multiforme, solúvel, jamais idêntico a si e representado na figura de gênero feminina.<sup>37</sup> (KELSEN, 2000b, p. 2). Também se segue que a dicotomia entre forma e matéria ou alma e corpo resulta na definição do Bem e na recusa da existência do Mal. Ou seja, a matéria corresponde ao *não-ser* e, portanto, o corpo representa o *não-ser*, que em si mesmo é inexistente enquanto *ser*, considerando-se o aspecto de que representa uma ilusão do *devir*, isto é, incognoscível. (KELSEN, 2000b, p. 3). Há, nesse sentido, uma absolutização *sui generis*: a do dualismo entre alma e corpo, sendo que o segundo é inacessível.

Ainda mais, como prova do absolutismo do *chorismos*, Platão teria associado todas essas características da alma à vontade de um deus criador, cujo anseio possui os seus mesmos atributos, sendo esse deus fundamentalmente o bem, porquanto determina a matéria ao criá-la e organizá-la. Sem essa vontade divina absoluta, o mundo entraria em continuado acúmulo de males oriundos do desordenado impulso da matéria, resultando impreterivelmente no aniquilamento de si próprio pela sua essência caótica. Apenas quem esculpiu o mundo, portanto anterior a ele, teria condições de determiná-lo. Nesse caso, também o dualismo entre forma e matéria corresponde ao dualismo entre deus e mundo. (KELSEN, 2000b, p. 4).

Portanto, Platão inaugura outro formato de dualismo, que em si mesmo continua, tal como em seus antecessores, absoluto – o primeiro, do ser e da alma e das formas; o segundo, do *não-ser* ou *devir* e do corpo e da matéria. E isso, como se verá a seguir, constitui um problema da

---

<sup>37</sup> Afirma Kelsen que sobre essa identificação platônica da forma como masculina e da matéria como feminina, o discípulo de Platão, Xenócrates, deu continuidade a tal tese sustentando uma teologia entre dois conceitos opostos – o *Monas*, uma divindade paterna representante do bem; e a *Dias*, representado a mãe e o Mal. “Identificar o Bem com o masculino, com o pai, e o Mal com o feminino, a mãe, é inteiramente conforme o pensamento de Platão, que, no *Timeu*, como vimos, copara a substância amorfa – a matéria primordial, na condição do Mal – à mãe, e o elemento “modelar” que a penetra e conforma, o Bem, ao pai.” (KELSEN, 2000b, p. 33 e 34)

teoria platônica a partir da explicação da existência do mundo empírico e de sua aproximação com o *ser* da realidade. A partir daí, há uma mudança decisiva em Platão, o qual tem que reconhecer o Mal, o corpo e o *devir* como real. (KELSEN, 2000b, p. 34 e 35). Ocorre que temas como o princípio da retribuição na forma de paga no além para o bom comportamento e a superação do pessimismo que permite derrotar o abismo entre *ser* e *não-ser*, fizeram de Platão instituir contradições internas que necessariamente o levaram a considerar o mundo empírico como participante do *ser*. (KELSEN, 2000b, p. 60).

A transição se dá através da concepção órfica adotada por Platão do corpo como cárcere da alma. Essa, apesar de sua essência boa em si mesma, é refém e aprisionada ao corpo, arrastada em direção ao que não lhe corresponde, ao sensível, gerando em si a impossibilidade da aproximação do conhecimento do bem absoluto a partir da matéria. A alma, mesmo aprisionada, tenciona esse corpo no sentido de libertar-se do empecilho, mas sofre ao mesmo tempo com a tendência da busca do prazer e dos desejos intencionados por ele, impedindo sua plenitude. A alma aprisionada pelo corpo e desencaminhada por ele corre o risco de deformar-se e impedir o conhecimento da verdade, que é idêntica à justiça e ao bem. Consequentemente, a paz do ser humano é solapada pelo distúrbio incontrolável dos desejos corpóreos. E mais, as guerras, revoltas e batalhas são resultado da deterioração da alma em face dos desejos mundanos. Ou seja, o corpo, tanto para Platão quanto para o orfismo, representa um cárcere da alma a ser rompido na busca do bem, da verdade e da justiça. O bem, sob esse aspecto, consiste no domínio da razão sobre os desejos, ordenando as paixões. (KELSEN, 2000b, p. 6, 7 e 73).

O problema desse argumento, segundo Kelsen, se dá pela limitação do conhecimento pleno da verdade causada pela restrição do corpo enquanto cárcere da alma. Nem a teoria da reminiscência seria capaz, nesse sentido, de possibilitar o acesso à verdade, apenas a morte daria acesso total ao conceito da alma. (KELSEN, 2000b, p. 58). Nesse aspecto, há um recuo em Platão acerca da absolutização do dualismo entre forma e matéria, tendo em vista que a matéria limita a forma e, portanto, mesmo como limitadora, existe enquanto *ser* e confunde-se com o *devir*. A matéria tem que, de qualquer modo, participar da forma em alguma medida no sentido causal de restrição da ascensão da alma ou da cognoscibilidade das formas. Ou seja, o corpo participa, mesmo que em grau mínimo e em sentido oposto, da alma, na acepção de impedir sua plenitude. O Bem transcendente, nesse caso, precisa chegar até o *não-ser*

empírico na função do aperfeiçoamento do *ser*. Nisso também se chega à ideia do humano como imagem e semelhança de deus, do *ser* e da verdade. Ou seja, chega-se a relativização do dualismo alma e corpo admitindo-se a participação deste naquele. (KELSEN, 2000b, p. 39 e 40).

Nesse aspecto, há uma virada na filosofia platônica, a qual a torna discrepante. O absolutismo dualista que separava alma e corpo como *ser* e *não-ser* acaba se relativizando frente a participação, mesmo que negativa, do corpo sobre a alma. Se pelo lado do absolutismo não se admitia nenhum ponto de convergência, agora, sob a égide da relativização do dualismo, Platão admite o trânsito do conhecimento de um para o outro através de um mediador – a *metaxy*<sup>38</sup>, que em sua essência é constituída pelo controle racional do corpo e dos instintos. (KELSEN, 2000b, p. 40).

Ocorre, para Kelsen, que há uma indiscutível contradição atormentando o pensamento de Platão, causada pela transição entre a absolutização do dualismo e a sua relativização. Primeiro, Platão não admite tangência alguma entre o mundo do *ser* e do *não-ser* - não há trânsito entre a alma e o corpo, resultando no pessimismo negador do mundo, do aqui, e a limitação do conhecimento ao mundo das formas puras, inacessíveis à alma presa ao corpo. Nesse primeiro aspecto, Platão, segundo Kelsen, constitui a inversão mais violenta contra a ciência na medida em que proclama o dado e empírico como incognoscível. Em sentido oposto, no segundo momento, Platão esforça-se para preencher o abismo entre alma e corpo em uma virada na tentativa, agora otimista, de possibilitar a libertação da alma através de uma mediação entre o até então irreconciliável entre *ser* e *devir*. A *metaxy*, nesse sentido, expressa um sintoma de superação do pessimismo platônico para a proposição que reconhece o mundo como realidade empírica e o *devir* como participante do *ser*. (KELSEN, 2000b, p. 40).

Sob variadas formas surge, nesse sentido, a doutrina de uma *metaxy*, sintoma de uma mudança do pessimismo dualista para a uma proposição que reconhece também o mundo da realidade empírica. O decisivo nessa mudança é que Platão reconhece

---

<sup>38</sup> O termo específico que se refere ao mediador entre alma e corpo em Platão é '*metexy*'. Optou-se, entretanto, adotar a expressão tal como definida pela tradução do autor na obra em questão, isto é, *metaxy*, por manter a coerência e precisão com utilização dos seus próprios termos. Ressalta-se, com isso, a complexidade da tradução e sua não completa adequação aos termos platônicos.

como Ser não apenas o mundo da idéia – ou seja, o Bem -, mas também o mundo das coisas isoladas, o devir, e, assim, o Mal. Este não é mais simplesmente o que não é, um Nada. O Mal faz-se Algo e, por fim, surge como uma espécie de Antideus do Bem personificado na divindade suprema. A “alma má do mundo” é apenas a conseqüência última da especulação platônica – como de qualquer outra especulação valorativa – na medida em que se vê obrigada a acolher o Mal no sistema de valores, uma vez que não pode mais simplesmente negar a realidade natural, ou seja, dizer dela que não é, porque não é boa. É preciso admitir o “Não-ser” do Mal como “Ser” – ainda que um Ser diverso do Bem, que de alguma forma se lhe opõe – porque o mundo empírico do devir, e particularmente do acontecer humano, deseja ser compreendido como um mudo de alguma forma existente. Seu devir é explicado como uma mescla de Ser e Não-ser, ele é, ao mesmo tempo, bom e mau. Porém, como não possui o puro Ser do bom, situando-se num plano inferior ao do mundo da idéia. Em vez de uma oposição absoluta entre os dois, passa a haver uma diferença gradual, uma ordem hierárquica dos valores. (KELSEN, 2000b, p. 40 e 41).

Em decorrência dessa virada, Platão teria estabelecido o *não-ser* agora como entidade real e, conseqüentemente a existência real do mal e do corpo. A *alma má do mundo* evidencia o reconhecimento platônico do Mal no sistema de valores, uma vez que participa do *ser* através da *metaxy*. Nesse caso, Platão teria estabelecido uma hierarquia de valores divididos em três estágios descendentes da realidade pura (estágio esses também componentes das classes na *República*) – do *ser* mais forte ao *ser* de grau inferior. As coisas sensíveis, agora, participam do *ser* na medida em que se constituem em cópias ou sombras das ideias. Como cópias, não são perfeitas em si mesmas, como o puro *ser* do bem, mas participantes na essência particular daquilo a que pertence. O mundo empírico do *devir* participa do *ser* na medida em que se aparenta a ele. A partir daí o conceito de opinar (a *doxa*) passa a ser distinto do *não-ser* absolutamente incognoscível, elevando-se a uma espécie de conhecimento, não pleno, mas diverso do *não-ser* originário de Platão. Portanto, a *doxa* concebe um ser incompleto, porém não um *não-ser*, no sentido de inexistente. A

opinião, nesse caso, é considerada mais clara do que o não-saber. (KELSEN, 2000b, p. 43).

#### 4.1.3 A relativização do *chorismos*

Ponderando, então, a existência de estágios intermediário entre o *ser* e *não-ser*, a oposição entre ambos não é mais contraditória, tal como nas primeiras obras, mas meramente contrária, admitindo uma transição entre os opostos. De tal modo, surpreendente, o *não-ser* não é mais a negação do *ser*, mas seu estágio inferior, como o corpo é o estágio inferior da alma, a qual, por sua vez, precisa determiná-lo. A realidade empírica, antes negada, agora se constitui em estágio inferior do *ser* na medida em que participa, embora em grau reduzido, da ideia. (KELSEN, 2000b, p. 44).

Nessa sequência, considerando-se o *ser* com vários estágios, Kelsen constata que a realidade platônica só se torna possível se ela coincidir sob o aspecto do valor, no sentido de um valor subjetivo do desejar e do querer. Portanto, a realidade da coisa está condicionada à forma como é determinada. Entretanto, logicamente, para Kelsen, ou a coisa é, ou não é. A posição platônica de que há graus de verdade, certamente confunde os mundos da observação empírica com o mundo do valor do *dever-ser*, tornando claro que a filosofia platônica, tal como a de Parmênides, como visto acima, não se trata de uma ontologia, mas de uma axiologia. (KELSEN, 2000b, p. 44).

Revela-se dessa oposição axiológica entre *ser* e *não-ser*, segundo Kelsen (2000b, p. 7) a real pretensão da filosofia platônica – a questão ética de definição dos conceitos de bem e mal. Tal oposição surge claramente da contrariedade entre corpo e alma. Por certo a obra do filósofo não se restringe apenas à ética, mas seu núcleo o é, tendo a teoria do conhecimento e a ontologia papel circundante e acessório. Portanto, em vista esta virada platônica, conclui-se, agora, a existência da alma Má e do *não-ser* enquanto ideia e a possibilidade de hierarquia da verdade enquanto sinônimo o bem.

O cerne da filosofia platônica é a doutrina das idéias, e a idéia central à qual todas as demais são subordinadas e aparentadas é a do Bem, do valor moral. O ponto de partida que conduz à doutrina das idéias contrapostas às coisas perceptíveis pelos sentidos é, obviamente, a questão socrática acerca

da essência do moralmente bom: a questão que indaga sobre o que, verdadeiramente, é bom ou ruim (mau) nas coisas e, particularmente, nas ações humanas. Esbarra-se aqui, porém, num fato inegável: o de que não é possível ver nas coisas, nelas apreender por meios dos sentidos, se são boas ou ruins, da mesma forma como, pelos sentidos, pode-se perceber que são brancas ou pretas, duras ou moles, ruidosas ou silenciosas. (KELSEN, 2000b, p. 7).

A alma (ou as formas ideias puras), conclui Kelsen (2000b, p. 8), não representa tão somente um conceito estabelecido como realidade transcendente e ontológica, da qual não se depreenderia, conseqüentemente, uma regra de ação, mas em si mesmo como norma, isto é, como *dever-ser* condicionante do *ser*. Destaca-se, assim, que a alma se constitui de duas esferas conceituais unidas por uma cópula estabelecidora da identidade entre verdade e bem, conceito e ação. Forma-se, a partir daí a ideia do bem verdadeiro, a qual dá caráter normativo ao conceito de verdade absoluta. (KELSEN, 2000b, p. 8).

Essa relação entre norma e verdade, *dever-ser* e *ser* integrante do pensamento platônico mostra-se nitidamente quando do problema da realidade empírica, como visto, após a relativização do dualismo platônico. A sensibilidade não apreende a essência das coisas, mas apenas a aparência. Se segue, entretanto, que a dualidade entre real e aparência se atenua através da tese da participação das coisas na ideia, de que as coisas no mundo buscam pelos modelos que as determinem, isto é, anseiam pela participação nas ideias que as são precedentes e funcionam como norma das coisas. Assim, as coisas são como devem ser a partir da sua resignação às ideias. Nesse caso, para Platão, o *devir* participa do *ser* na medida em que é determinado pela norma ideal. O *devir* empírico, portanto, não é tão somente o *não-ser*, mas o *ser* em potência quando inserido na expectativa normativa da ideia. (KELSEN, 2000b, p. 9).

A partir de então se evidencia um importante elemento da filosofia platônica, já descrito acima – ocorre que, segundo Kelsen, não é possível, pela lógica formal e pelo princípio do terceiro excluído, determinar algo que pode mais ou menos *ser* ou mais ou menos *não ser*. Não há graus de realidade empírica possíveis na determinação do objeto: ou algo é ou não é. A tese platônica da aproximação das coisas a uma realidade absoluta da ideia, portanto, não pode ser considerada em sentido ontológico, com já observado, mas somente em sentido axiológico. Ou seja, não se trata

efetivamente das coisas no mundo, mas dos valores que se dá a essas coisas. Não há, portanto, graus de verdadeiro em sentido ontológico, mas o há em sentido axiológico de ser-valor, ser-bom na medida em que se aproxima de uma realidade transcendente do valor. Somente o valor, bem e mal, podem existir em graus variados.

Na perspectiva cética-moral de Kelsen, entretanto, há apenas a cognoscibilidade do sentido subjetivo sobre algo que se almeja. Bom é que se deseja e mau o que se repudia, sendo a intensidade a responsável pela variação em graus diversos. Também esse valor pode possuir um sentido objetivo, caso se refira a uma norma efetivamente posta – bom, nesse caso, é o que corresponde à norma. No entanto, quando Platão admite graus de ser-bom, o juízo sobre a norma é sempre um sentido subjetivo. (KELSEN, 2000b, p. 10)

Chega-se, a partir dessa constatação, à principal tese de Kelsen sobre Platão – o fato do sentido das normas, isto é, o *dever-ser*, que corresponde também ao padrão de correção determinado tanto socialmente e relativamente quanto por uma autoridade, não estar condicionado a sua percepção, mediante os sentidos, mas justificado por uma ideia de verdade absoluta e necessária. Isto é, a norma moral objetivamente válida para Platão resultaria não a partir dos sentidos, perceptível pela simples experiência, mas da especulação do transcendente, o qual permitiria situar o juízo do moralmente bom em um mundo suprassensível. O valor moral, nesse caso, está hipostasiado em uma entidade transcendente - o *dever-ser* está situado como norma em uma esfera não perceptível, mas acessível apenas através da ideia do bem, o que também o torna circular. (KELSEN, 2000b, p. 8).

Interessante notar, além disso, que Platão não pode assumir essa ideia do valor subjetivo ou relativo, por isso sua luta em torná-lo um conceito ontológico e não axiológico, associando-o ao conceito de verdade. Isso porque, para Platão, o valor moral tem que ser necessariamente sempre objetivo, isto é, gostos e preferências ganham para o ateniense sentido transcendente e representam em si mesmos o ser verdadeiro.

(...) Platão não seria da opinião de que a essência do Bem consiste em nossos sentimentos subjetivos – ou seja, de que os valores morais possuem caráter subjetivo. Essa contradição na metafísica platônica dos valores repousa precisamente em que Platão funde o valor subjetivo ao objetivo, identifica o Dever-ser com o Ser. Platão acredita estar

assegurando a objetividade do valor moral ao apresentá-lo como um “Ser”, uma realidade (transcendente). Nesse caso, um juízo moral de valor faz-se um juízo de fato, podendo ser tão objetivo quanto este, independente dos desejos e temores daquele que julga. Inexiste, então, qualquer diferença fundamental entre juízos de valor e juízos de fato. Os juízos morais de valores são juízos relacionados a um Ser (transcendente). O Dever-ser é um ser (transcendente), uma realidade supranatural. (KELSEN, 2000b, p. 525 e 526).

Em suma, a leitura de Kelsen leva a interpretar Platão como um filósofo dos valores, não da verdade, a qual é subsidiária da moral, pois, como exposto na citação acima, funde *dever-ser* e *ser*. Platão, portanto, ignora o conhecimento empírico para dedicar-se a definição de bem associável, por derivação, ao conceito de verdade. Ou seja, a verdade, a teoria platônica, antes é um moralismo do que propriamente uma teoria do conhecimento. E sua função enquanto pseudociência, ao cabo, consiste em legitimar um ideal de Bem absoluto. Chega-se, a partir daí, à paradoxal tese de que virtude é saber e, portanto, ensinável. O saber correto, para Platão, nesse sentido, corresponde ao *dever-ser* do *ser*. O que em realidade é um absurdo considerando que o *ser*, a coisa, o fenômeno, não está vinculado ao valor. Para essa hipótese, então, o valor determinaria a coisa, pois o saber é idêntico ao bem.

#### **4.1.4 O bem como verdade e *ser* e o mal como ignorância e *ser* do *não-ser***

Contrastando com a ideia-valor de verdade e bem, há, para Kelsen (KELSEN, 2000b, p. 12), o conceito platônico de Mal associado à ideia de ignorância. Platão teria afirmado, após a relativização do khorismos, que o Mal, ao contrário do Bem, possui um causador diverso da divindade. Nesse caso, o Mal também é, no sentido de que se constitui em ser e não em não-ser, pois consiste no efeito de causas externas sobre a alma. Nesse aspecto, o Mal equivale, a partir da alegoria da caverna, àquilo que prende e impede o conhecimento do Bem. Nesse sentido, o Mal existe como Ser e participa do Ser verdadeiro, que é o Bem, na medida em que representa uma causa de limitação. Assim, ressalta-se aqui a importância do livro sete da República (PLATÃO, 2004, p. 225) para

distinguir a ideia de subdivisão do Ser em Platão. No caso há um Ser verdadeiro do qual se erguem dois modelos – um para o divino e outro para a sua ausência (tendo em vista que o Mal não é um Não-ser, mas o ser da ausência do ser). Disso também se depreende que o mal não representa apenas o sensível em contraposição ao inteligível, mas existe também de forma inteligível na medida da sua composição como Ser da ausência do ser. Nas Leis, segundo Kelsen, tal ideia se torna mais evidente através da afirmação de Platão da assunção do mal como a personificação em um ente especial designado como a “alma má do mundo”. (KELSEN, 2000b, p. 12 e 13).

Confirma-se, conseqüentemente, que o conceito platônico de alma admite a sua divisão entre um ser absoluto (o bem) e, ao mesmo tempo, o Mal. No caso, admite a figura da alma má paralela à alma boa. Daí se sucede a crença órfica da recompensa à alma boa e punição da má no além e, ao final a contradição que se estabelece entre corpo e alma torna-se tão somente contrariedade entre duas ideias ou formas realmente existentes. (KELSEN, 2000b, p. 13).

Acrescentando ao conceito de alma, já se admitindo a existência do mal enquanto ideia, para Platão, a mesma se caracteriza por possuir movimento próprio, isto é, não ser causada por nada mais do que por si mesma. Outra característica consiste na alma ser única e presente em todas as coisas no mundo. (KELSEN, 2000b, p. 14). Sendo a alma causada por si própria, também ela é causadora de tudo, não apenas do bem, do belo e do justo, mas também do ruim, do feio e do injusto. Ou seja, uma das viradas mais incríveis da filosofia platônica. Assim a perspectiva da teoria da alma para Platão garante um conceito cosmológico de alma, no sentido de que também há uma alma ordenadora no mundo, e de que as coisas, e, portanto, uma ciência natural, também está submetida ao conceito de alma. Nesse caso, o regimento organizado do universo, diferente do curso afigurado como confuso e contraditório, corresponde à alma boa; do contrário, a desordem da natureza e do mundo corresponde à alma má. (KELSEN, 2000b, p. 15).

A existência da possibilidade de uma alma subdividida em boa e má contradiz, para Kelsen, a própria doutrina platônica das ideias e a distinção da sua filosofia para com o pensamento pré-socrático. Para essa, o movimento que se verifica no mundo sensível, o devir, relaciona-se com o *não-ser*. Apenas o imutável relaciona-se com a ideia, que por sua vez é o bem. Portanto, o mal também deveria ser o *não-ser*. Contudo, o mal

aqui aparece como existente na concepção de subdivisão da alma. (KELSEN, 2000b, p. 15).

A solução provisória, segundo Kelsen (2000, p. 16), foi Platão instituir a sua principal tese acerca do bem e da verdade – o mal, apesar de ser o *ser* da ausência do *ser*, não pode ser reconhecido como realidade, mas com um *ser* que apesar de *ser*, não é. A estratégia platônica, foi, então, submeter o *ser* ao dever-ser. Esse foi o primado decisivo para toda a filosofia platônica – a representação objetiva de um *dever-ser* sobre a realidade. Nesse caso, está negado ao mal a qualidade do verdadeiro ser, que é dada, por sua vez, por um juízo de valor supostamente objetivo, mas que em sua gênese também admite a divisão entre bem e mal. (KELSEN, 2000b, p. 16).

Foi assim que a especulação platônica acerca do Bem e do Mal, sua tentativa de interpretar o mundo eticamente, violou a concepção natural. A concepção de mundo própria do conhecimento esclarecedor, voltado para a realidade da experiência sensível, ou seja, para a natureza, é categoricamente invertida, ou posta de ponta-cabeça, pela concepção justificadora – isto é, ética -, voltada para o valor. O que é para uma é o Ser, o real, a outro o explica como o que não é, como irreal – na medida em que não logra reconhecê-lo como o Bem (o devido), mas tem, antes, de condená-lo como o Mal. E exatamente o que para uma é o irreal – porque não verificável pela experiência sensível -, o valor absoluto, o Dever-ser transcendente, significa para a outra a verdadeira realidade, o Ser propriamente dito. Como porém seu objeto, o valor, é cindido em razão de sua natureza imanente – uma vez que o Bem é impensável sem seu oposto, o Mal -, toda especulação ética acerca do valor, na medida em que visa valores absolutos, transforma-se numa metafísica dualista, a qual, quando não apenas hipostasia, mas também personifica o Bem e o Mal, assume um caráter mau ou menos teológico.

Ou seja, aqui, a partir da leitura de Kelsen, há de se destacar a completa subversão da concepção de natureza e mundo em Platão. Para poder justificar a negação do mal, o qual efetivamente tem que existir como *ser* da ausência do *ser*, o filósofo ateniense simplesmente inverte a

concepção de mundo, partido não do próprio mundo, do *ser*, mas do *dever-ser*, voltado para o valor sobre o mundo.

#### **4.2 O *Eros* e *Kratos* platônico como causa determinante do dualismo entre alma e corpo**

O dualismo descrito na seção anterior resulta, segundo Kelsen (2000b, p. 63ss), do *chorismos* platônico, isto é, da divisão entre alma e corpo, a qual transita de um pessimismo inviabilizador de qualquer intersecção a um otimismo no qual o controle sobre o corpo permite o acesso à intelecção das ideias puras, da razão, da alma. A partir daí, Kelsen busca explicar a origem desse dualismo, recorrendo para tal ao ceticismo moral humeano, ao emotivismo metaético e à psicanálise freudiana. Afirma (KELSEN, 2000b, p. 63):

O trabalho intelectual dos grandes éticistas, mais ainda do que o de todos os demais pensadores, deita raízes em sua vida pessoal; toda especulação acerca de Bem e Mal - e a filosofia platônica deve ser entendida essencialmente como tal - brota da vivência ética que afeta o homem na totalidade do seu ser. Assim é também o poderoso pathos que move a obra de Platão, seu dualismo trágico e o heróico empenho por superá-lo, firmemente fundado no caráter particular de sua individualidade filosófica, na singularidade de seu destino e na orientação altamente pessoal diante da vida por este determinada. A trajetória da vida de Platão apresenta-se fundamentalmente determinada pela paixão do amor, pelo *Eros* platônico.

O retrato da vida pessoal de Platão, segundo Kelsen (2000b, p. 63), sua vivência ética, mostra-nos uma personalidade fria e contemplativa cuja ambição consistia, aparentemente, em vivenciar cognitivamente o mundo. Entretanto, não se encontra nos textos do filósofo a mente voltada para observar e descobrir o movimento das coisas e da sociedade, mas sim uma alma conturbada pelos mais poderosos afetos. Tais afetos, por sua vez, assim como o forte conflito entre pessimismo e otimismo que marca o dualismo platônico correspondem diretamente a uma afetação pelo *Eros* e pelo *Kratos*.

#### 4.2.1 O *Eros* platônico

O primeiro, o *Eros*, advém de sua obsessiva vontade reprimida de participação de uma comunidade, na qual emerge seu anseio de formar os jovens e reformá-la. Por tal, seu principal tema consiste na educação e no Estado. Da mesma forma, a justiça e a legitimação da *Paidéia* e da *Politéia* são as suas mais elevadas questões. (KELSEN, 2000b, p. 64). O *Eros* platônico, responsável por essa obsessiva vontade de poder, segundo Kelsen (2000b, p. 64), surge essencialmente da atração reprimida física e espiritual que Platão sente acerca de indivíduos do mesmo sexo. E mais, Platão, nesse sentido, sente-se atraído antes pelos jovens discípulos do que propriamente por um amor entre homens adultos, maduros, isto é, o *Eros* platônico é composto pelo seu desejo sexual reprimido.

Ele é o amor entre seres de um mesmo sexo e, particularmente, do impulso que impele o homem rumo ao homem e que, no mundo antigo, encontrava-se disseminado por certas camadas sociais sob a forma de pederastia. (KELSEN, 2000b, p. 64).

É extremamente oportuno esclarecer a partir dessas considerações a não homofobia das teses psicanalíticas de Kelsen acerca do platonismo. Para o autor, amparado nas concepções freudianas, a homoafetividade não representa qualquer anomalia. O problema diz respeito, isso sim, à repressão da sexualidade, a qual acarreta na psicopatia platônica e na sua conturbada transição que vai do pessimismo ao otimismo quanto a sua condição no mundo.

Devemos à moderna investigação psíquica, capaz de penetrar também nas profundezas do inconsciente, a percepção de que a oposição ente o amor homossexual e o heterossexual não é, de modo algum, uma oposição tão crassa quanto se acreditava anteriormente; de que nos abismos do coração humano, sob a camada manifesta da libido heterossexual, dormita também a libido homossexual. (...) Já por essa única razão, inexistente aquele abismo a separar os assim chamados normais dos assim chamados anormais, abismo esse que conduz ao indignado desdém dos primeiros pelos últimos e que autorizaria os normais a abominar os anormais. (KELSEN, 2000b, p. 65).

Nesse aspecto, revela-se em Platão um impulso contrário à norma comum da sociedade grega, a qual em geral reprimia a pedofilia. Compreender, para Kelsen (2000b, p. 65 e 66), essa singularidade do *Eros* platônico nos leva ao entendimento definitivo de pontos essenciais de sua obra, incluindo o seu núcleo - o *Khorismos*, a divisão entre alma e corpo. Ou seja, situa-se no *Eros* a raiz de toda a filosofia platônica, incluindo também a separação entre direito posto e direito natural.

Acerca especificamente da sexualidade homossexual, Kelsen (2000b, p. 66) defende ser ela da maior significação em relação ao comportamento e a postura platônica frente ao mundo e a sociedade.

No tocante à relação do indivíduo com a sociedade, uma disposição homossexual é da maior significação. A consciência de “ser diferente dos outros” compele a um doloroso isolamento e, assim, já de início, a uma certa oposição hostil à sociedade que não compreende essa singularidade e que não apenas despreza essa feição particular do *Eros*, como também submete suas manifestações a punição pelo Estado; Essa infração também da norma jurídica, que, se liga, às vezes mais, às vezes menos, à infração da norma sexual, além da consciência do impulso para violação, gera o sentimento de culpa e inferioridade, conduz a uma visão de mundo pessimista, e cria, assim, a base para o anseio de libertação pessoal.

Relaciona-se, assim, diretamente o pessimismo platônico das suas primeiras obras como a sua sexualidade conturbada. O conflito entre Platão e a sociedade não se origina de uma suposta inconformidade deste em relação à injustiça na democracia ateniense, mas da sua culpa e sentimento de inferioridade pulsante e paralisante de suas ações e desejos mais profundos. Antes de qualquer teoria acerca da justiça, Platão já partia da hostilidade por ele sentida dentro da *pólis*. (KELSEN, 2000b, p. 66).

Mais ainda, o sentimento de inferioridade originário do pessimismo platônico, acaba por ser compensador por sua vontade de dominação sobre o ser amado, justamente por se tratar de uma relação não assumida e, sobretudo, proibida. Assim, esse *Eros* dual compele para a hostilidade à sociedade, à negação do mundo e fuga ao mesmo tempo ao anseio pelo poder, pela dominação sobre essa sociedade repressora e a superação do dualismo pessimista. Nesse caso, o sentimento de

inferioridade é substituído por um sentimento otimista que se vê como autoridade absoluta, capaz de legitimar a dominação.

Tal personalidade de Platão, e mesmo a sua filosofia, tem raiz, para Kelsen (2000b, p. 67), em um complexo edipiano. Nesse caso específico, Platão, precisamente acerca de seu relacionamento hostil com sua mãe, revela um desejo incestuoso não superado, fazendo com que ele enxergue em qualquer relação adulta a representação materna. Isso o conduz para uma relação conturbada do amor, que requer acima de tudo dominação sobre o ser amado. Então, motivações supostamente morais o impele e obriga a retrair seu impulso, afastando-lhe da sociedade. Essa situação acaba por alimentar ainda mais o componente melancólico-depressivo do seu caráter, nutrindo, assim, uma visão de mundo pessimista, a qual renega o aqui e idealiza um mundo sem esse tipo de sofrimento. Nesse caso, ainda, observa-se o infantilismo e a imaturidade de um estágio de erotismo juvenil. Platão, assim, torna-se o “eterno jovem”, que se recusa a participar do mundo adulto, considerado por si como excessivamente corrupto e essencialmente mau. É na infância que se encontra a sua era de ouro, na infância pura, sob a proteção do pai e sem o terrível desejo pela mãe. (KELSEN, 2000b, p. 67).

Outra forma que se utiliza para identificar tal característica da personalidade de Platão consiste na investigação da sua relação com a família. Platão teria nascido em uma família nobre e abastada, filho de Aríston e Perictioné. Também teria perdido o pai ainda na juventude, privando-lhe de qualquer referência masculina. Quando adulto, Platão iria se referir ao pai como uma figura divina e gloriosa, acima dos valores e padrões sociais de sua época. Associa, inclusive a ideia do bem transcendente e da sua relação com a cópia do imanente à metáfora entre pai e filho. O pai, nesse caso, representa uma figura divina, heroica e salvadora. Dizia-se, conforme Kelsen (2000, p. 70), que Platão mesmo teria sido concebido pelo próprio deus Hélio. Sua mãe, nesse caso, seria imaculada. A mãe, para Platão, diferente do pai idolatrado, afigura-se como virgem, casta, o que de fato é muito significativo considerando a situação da relação incestuosa não superada. Também em função desse complexo edipiano, revela-se a misoginia platônica: as mulheres não exercem papel algum na obra de Platão, com exceção da mulher

ambiciosa e amoral, conforme Kelsen (2000b, p. 70), a qual seria a metáfora de um lado sóbrio e sexuado de sua mãe.<sup>39</sup>

Essa relação de amor e ódio familiar vivida por Platão, para Kelsen (2000b, p. 72), aprofunda o dualismo entre Bom e Mau, chegando a formar uma dupla identidade no filósofo. Nesse sentido, Platão teria confessado a existência de um tirano dentro de si mesmo, que hora se manifesta como outro Eu, odiado e reprimido constantemente. Em um sentido mais profundo, esse outro Eu em conflito com a sua persona revela seus mais recônditos desejos e a vontade de reprimi-los. O primeiro desejo terrível desse outro Eu atormentando vigorosamente a alma de Platão consiste em “deitar-se com a própria mãe, ou com qualquer outro ser, seja ele homem, deus ou animal.” (KELSEN, 2000b, p. 72). Todo esse *Eu* pervertido de Platão, segundo o próprio filósofo, manifesta-se através dos sonhos.

Dessa relação familiar conturbada, depreende-se a posição de Platão em relação às mulheres, isto é, o seu misoginismo. Platão, segundo Kelsen (2000b, p. 72), defende o bem como masculino e o mal como feminino, e isso surge exatamente dessa misoginia. Essa posição pode ser observada tanto em *Filebo* quanto no *Timeu*. No primeiro, Platão teria associado a razão a uma divindade masculina, ao passo que as paixões seriam, como polo oposto, representadas por Afrodite. Já no segundo, no *Timeu*, a ideia enquanto perfeição, o modelar, é comparado ao pai, que por sua vez origina o bem; ao contrário do *devir*, onde o *devir* vem a *ser*, revela-se a mãe, isto é, o mal. O pai é a riqueza; a mãe, a insensata pobreza. Ardilosamente, embriagando a riqueza, a pobreza (a mãe) deita-se com aquela, gerando *Eros*, filho de um pai talentoso e de uma mãe tola. Por fim, na doutrina também no *Timeu* da migração da alma, Platão revela com maior nitidez sua repulsa às mulheres: a primeira humanidade é masculina, sem mulheres. Acontece que alguns desses seres masculinos perdem o domínio sobre suas paixões. Com isso, acabam por assumirem, em uma reencarnação, a natureza de mulher, a qual já nasce sem a predisposição masculina do controle das paixões. Essa natureza feminina, caso tenha adquirido uma compreensão racional do mundo, retoma a sua forma masculina. Para Kelsen (2000b, p. 74), fica muito evidente a existência da mulher como punição para o pecado do homem.

---

<sup>39</sup> Aqui Kelsen remete ao livro VIII da República. Entretanto, não há essa passagem no livro. Ver PLATO, 1892, p. 1412 (Republic 327a-621d).

Na *República* essa ideia misógina acaba sendo mais controversa, pois Platão aqui coloca homens e mulheres em igualdade na condição da composição das classes. Nesse caso, interpretou-se haver a origem da igualdade dos gêneros. Kelsen, entretanto, interpreta de forma contrária. Para ele (2000b, p. 75), a equiparação entre homens e mulheres, especialmente no que diz respeito às atividades físicas, acaba por negar as singularidades femininas, tornando-as ainda mais desprestigiadas e humilhadas na *República*. Cego para a diversidade sexual, Platão conclui ser o homem mais capaz e destina a ele, em seu Estado ideal, o papel de rei-filósofo. Da mesma forma a clara preferência de Platão ao domínio do sexo masculino se dá pela sua inconformidade com a necessidade da reprodução sexuada. No *Político*, a reprodução sexuada é completamente abolida na Idade de ouro. No mito, os homens não nascem do ventre materno, nem morrem após se tornarem progressivamente mais velhos, mas ao contrário, crescem da terra já velhos, tornando-se mais jovens até retornarem, finalmente, ao estágio de sementes.

Desse complexo edipiano, da misoginia e da sexualidade reprimida de Platão, segue-se, segundo Kelsen (2000b, p. 80), o seu *Eros* pedófilo. Como já visto acima, para o autor não há anormalidade na homossexualidade entre adultos, contudo, a sexualidade de Platão não se revela como tal. Isso em função de que Platão não pode encontrar satisfação em uma relação amorosa entre iguais: sua satisfação ocorre apenas em uma relação de dominação. Em *Cármides* e *Lísis* expressa sua visão acerca dos belos rapazes. Uma visão nitidamente erótica. Acontece que ali, Platão descreve, apaixonadamente, a recusa de *Cármides* à legião de amantes e sua não atração pelo homem maduro, tal como a paixão entre Hipotales e Lísis é vista por Kelsen (2000b, p. 81) não como amizade, mas inequivocamente como sexual e pedófila.

Como maior nitidez, no *Fedro*, Platão professa sem reservas a composição de seu *Eros*, beirando as fronteiras do obsceno. A apaixonada descrição do seu amor é repleta de ardor sensual e excitação. A visão do corpo do amado é interpretada como a realização do absolutamente belo, do qual a alma participa no além, reflexo de uma beleza eterna. E as emanções da beleza do jovem discípulo o absorve “como a chuva precipita-se sobre a penugem ainda nascente” (KELSEN, 2000b, p. 82). Na medida em que Platão se aproxima do jovem discípulo, descreve toda a sua agitação e transformação de uma alma ríspida agora liberta da sua camada exterior para, livre dos grilhões, voltar-se para gozar no presente o “mais doce prazer.”. (KELSEN, 2000b, p. 83).

É verdade, entretanto, que essa descrição apaixonada e sensual de Platão de seus jovens discípulos vem acompanhada de culpa e remorso, resultado direto da repressão grega internalizada. Do ardor do desejo, sobrevêm elementos limitadores moldando esse desejo através do embaraço. Nesse caso, a alma em Platão é comparada a um coche puxada por dois cavalos, um bom e um mau, simbolizando o primeiro a razão orientada para a moralidade e o segundo os desejos orientados para a imoralidade. No início, ambos os cavalos resistem ao chamado do desejo, tendo o cocheiro controle total. Contudo, o cavalo bom, fraco demais para resistir os encantos do jovem amado, acaba cedendo e sendo forçado pelo cavalo mau a dirigir-se contra a moralidade. Aí, já o cocheiro não mais controla nem com o chicote. Contudo, se o cocheiro logra sucesso em dominar o cavalo bom, então esse, envergonhado por estar suscetível ao mau, reprime o seu avanço e torna possível novamente o controle do coche. Contudo, essa vitória não é definitiva, já que o jovem amado, ou o desejo, voltará e novamente tentará contra o cavalo bom. Ao final, já no último combate, acaba o cavalo mau, o desejo, agora mais indomável, disparando em direção ao amado, porém, já munido da vergonha e da razão, o cavalo bom, aliado ao cocheiro, terá plenas condições de controlar novamente o coche. Assim, dessa luta Platão conclui que somente a erudição teórica inteiramente alheia à vida será o meio mais eficiente para conter os impulsos, inconfessadamente sexuais. (KELSEN, 2000b, p. 85).

Disso tudo se depreende que o *Eros* platônico não é assumido, mas reprimido, em função da sociedade grega. De tal modo, afirma Kelsen (2000b, p. 88), Platão foi obrigado a sublimar seu *Eros* em função das concepções morais e jurídicas da sociedade Ateniense de seu tempo. Kelsen (2000b, p. 88), nesse sentido, coloca-se contrário a interpretação acerca da questão da sexualidade na Grécia antiga. Sustenta que foi através de uma manipulação das leis gregas e da sua história que vigora até hoje o mito de que a Grécia era tolerante acerca da opção sexual de seus cidadãos. Relata a lei de banimento e morte outorgada por Licurgo. Tal como o rei espartano Agesilau, que combateu veementemente as tendências homossexuais trazidas dentro de si. Outros elementos que provam a homofobia cultural grega revelam-se pela religião, pela literatura e pela filosofia. A religião e a arte grega, repleta de mitos de deuses amantes de mulheres constitui o reflexo da hegemonia das relações heterossexuais. Zeus e Hera possuíam posição central na vida grega e padronizavam a imagem da instituição do casamento como sagrada.

Todos os poemas Homéricos, como as lendas de Heitor e Andromaque e Menelau e Helena e todos os movimentos heroicos acontecem em função da relação entre homem e mulher. Também na teogonia de Hesíodo, o nascimento dos deuses apresenta-se como gerado sexualmente, diferente do nascimento idealizado por Platão. Da mesma forma, Demócrito, Sófocles, Eurípedes, nas comédias de Aristófanes e na filosofia de Xenofonte a predileção tanto homossexual quanto pedófila é considerada imoral e estigmatizada pela opinião pública. (KELSEN, 2000b, p. 91 - 96). E mesmo até a filosofia pós-platônica apresentava-se hostil a tal comportamento, como, por exemplo, a ideia de “disposição doentia e selvageria animal”, defendida por Aristóteles. (KELSEN, 2000b, p. 97). E essas manifestações homofóbicas não se revelam apenas na religião, literatura e na filosofia, mas são positivadas por uma legislação penal e moral. A própria legislação possuía dispositivos antipedofilia. Sólon e Drácon teriam legislado acerca da educação dos meninos e dos rapazes. No caso, os mestres acusados e condenados por abusarem dos jovens seriam submetidos à pena máxima, de morte, executados no mesmo dia. Da mesma forma, todo aquele (não mestre ou não designado à educação) condenado por abuso de menores receberia tanto penas pecuniárias como até a proibição de assumir determinados cargos ou o banimento do Estado. (KELSEN, 2000b, p. 97-100).

Também encontramos nos próprios textos de Platão esse seu conflito com os padrões da sociedade ateniense. No *Banquete* e também no discurso de *Pausânias*, Platão reconhece nitidamente o juízo negativo da pedofilia. Entretanto, irá sucedaneamente traçar uma linha divisória entre o que considera a verdadeira pedofilia contra o amor dos meninos ainda muito jovens, atenuando sua culpa e remorso. Defende a proibição do amor às crianças, mas autoriza a relação com os rapazes nos quais já se desenvolve o espírito (“ou brotar a barba”). Conclui-se, daí, que o próprio Platão conhecia a opinião pública contrária à pedofilia, ao mesmo tempo em que recorria a subterfúgios para justificar exceções para si mesmo e para seu séquito. O procedimento de Platão acaba por ser de aproximação e de afastamento – primeiro, não resiste aos encantos dos seus jovens discípulos, mas ao mantém em segredo; posteriormente, impelido pela culpa e vergonha, justifica sua atitude perante si e o mundo, especialmente através de uma suposta ética beneficiadora do aprendiz. (KELSEN, 2000b, p. 100-101). Apenas o já velho Platão, nas *Leis*, denunciará a pedofilia. Mas isso, afirma Kelsen (2000b, p. 105), ocorre

apenas quando o seu *Eros* já morreu, sobrevivendo tão somente a culpa e o remorso acerca de todos os jovens que sofreram em suas mãos.

Esse conflito, não apenas interno, mas em face da própria sociedade ateniense, fomentou em Platão sua reação contrária a grande massa daqueles que compunham a *pólis* - compeliu a uma posição hostil e negadora do Estado e de si mesmo, mergulhando em um profundo e doloroso conflito. Levou-lhe ao pessimismo e, surpreendentemente, a um ideal radical de castidade. Por fim, corresponde à fonte do dualismo entre alma e corpo, isto é, o *chorismos* platônico. Nesse sentido, o *Eros* para Platão, afirma Kelsen (2000b, p. 107), ao mesmo tempo em que é denunciado como tirano da alma, odiado, repellido e desenhado sempre com repugnância, também é exaltado como rei. Uma relação profundamente conflituosa. Há, aqui, um impulso que ao mesmo tempo se delineia como mau e repreensível e bom e divino.

A única solução possível de Platão, segundo Kelsen (2000b, p. 108), para enfrentar tamanho sofrimento, foi defender sua alma através do rigoroso ideal de castidade e sublimação.<sup>40</sup> E foi tal ideal o fator decisivo para a aproximação de Platão a Sócrates. Esse, afirma Kelsen, em função da sua notória feiura, saiu-se incólume de toda aventura amorosa, com exceção de sua esposa, Xantipa, que a despeito do casamento e da procriação, não lhe destinava qualquer sentimento ou atenção se não o das obrigações matrimoniais. Inicia-se, com a relação com Sócrates, a luta de Platão em favor da castidade, a luta contra o *Eros*, que para ele continuava indominável, só podendo ser controlado se negado, mas nunca enfrentado. O caminho rumo à virtude, assim, passa pela negação de qualquer sexualidade em direção de uma pseudorracionalidade, muito mais funcional, como repressora dos instintos e constituída por uma mística, do que promotora da razão das ciências naturais ou sociais. (KELSEN, 2000b, p. 109). Assim, surge em Platão a oposição às ciências relativistas, tais como as ciências naturais e sociais dos sofistas, para enaltecer uma razão fundada no valor moral repressor do corpo e da sensibilidade e originada internamente, no intelecto humano. Nesse caso, também o conceito de virtude perde seu caráter sociológico e passa a figurar como uma ideia cognitivista absoluta das normas morais. O método da especulação acerca da virtude, a partir

---

<sup>40</sup> BORGES, 2004, 15, entende de forma diversa da de Kelsen acerca do amor platônico. Segundo a autora, o amor em Platão trata, sobretudo no mito do andrógono, da incompletude da metade perdida. Portanto, em nada ratifica a posição de Kelsen.

daí, revela a procura de Platão em justificar como verdade absoluta os valores morais. Então, da castidade platônica surge a ideia de uma racionalização pura dos valores morais e a busca por um bem objetivo, uma justiça absoluta, independente da sua relação com o empírico e social. Enfim, Sócrates foi o maior apoio de Platão na sua luta de negação dos impulsos e a sua morte dominará o seu sistema filosófico e originará o *Khorismos* em seu sentido profundamente pessimista. (KELSEN, 2000b, p. 110 e 111).

Desse abismo formado pelo *Khorismos* resulta o pessimismo platônico e seu afastamento da cidade-Estado e, especialmente, da democracia – um afastamento radical entre valor e realidade. O filósofo platônico deveria se afastar da *pólis* e de tudo o que o diz respeitos, e esse afastamento corresponde da mesma forma ao afastamento da alma do corpo sem a previsibilidade de transição entre um e outro, isto é, o pessimismo é fruto de dualismo radical entre alma e corpo e justifica o isolamento já vivenciado por Platão. Também resulta desse pessimismo o profundo anseio de Platão pela morte. A morte, assim, é tomada favoravelmente como palco da vida e como sua negadora. O filósofo, nessa fase pessimista, deseja a morte tal como deseja a verdade pura, pois apenas após a morte a alma se encontrará em sua essência, em pensamento puro e liberta do corpo e do sensível enganador. Da mesma forma, é característico desse pessimismo a acentuação do conhecimento possível apenas através do intelecto, racionalmente e sem interferência dos sentidos - essa fase pessimista caracteriza-se por um ceticismo místico, considerando que para Platão o único conhecimento verdadeiro possível se dá após a morte. Para Kelsen (2000b, p. 114), fica evidente através dessa fase pessimista o desconforto sentido por Platão acerca do seu próprio corpo e sua relação com a sociedade. Fruto, isso tudo, do conflito interno resultante da sua sexualidade conturbada.

A própria tendência anti-social dessa visão voltada contra o sensível – e, vale dizer, sobretudo contra o impulso sexual – manifesta-se aqui nitidamente: “Quem não é, ele próprio, puro deve ser excluído do contato com o puro”. (KELSEN, 2000b, p. 115).

Contudo, o pensamento platônico não permanece restrito ao pessimismo. Há, como já visto anteriormente, uma transição fundamental nas obras de Platão, sobretudo nas obras mais maduras, como a *República*, *Lísis* e *Banquete*. A virada otimista ocorre em função da sua esperança de dominar a vontade popular, não estar mais submetido ao

sistema democrático, mas o superando, estabelecer um controle sobre o governo tal qual um controle disciplinado sobre os impulsos corporais e sexuais. Agora, Platão se vê otimista quando da possibilidade de reprimir o corpo, assim como reprimir a própria democracia ateniense, no intuito da possibilidade da sobreposição da alma como *cidade-Estado racional* sobre a vontade expressa pelos cidadãos na democracia. O otimismo de Platão, nesse sentido, como caminho de redenção pessoal, resulta na admissão do seu *Eros* e o forte controle sobre ele, tal como a admissão do Estado enquanto corpo social e da mesma forma o exercício de um controle similar, significativamente fundado sobre a ideia de um Bem transcendente e regulador do direito positivo. (KELSEN, 2000b, p. 115).

Sobre esse último aspecto, a fuga da vida e exaltação da morte, característica do pessimismo, dá lugar à predisposição fundamental de dominação em sua totalidade. Surge a vontade de viver e amar. E nesse caminho de volta ao mundo e a sociedade, fecha-se o abismo do *chorismos* entre a alma e o corpo, representada no seu pensamento político como a sobreposição da razão sobre a *pólis*. Esse abismo, segundo Kelsen (2000b, p. 116), é superado em Platão dentro do seu próprio *Eu*, que vai de um momento de desespero autodestrutivo até admitir-se a si próprio e ao seu *Eros*. Passa, então a justificar-se efetivamente perante si e o mundo. E, assim, o caráter absoluto composto do dualismo entre alma e corpo liberta-se da sua rigidez – torna-se relativo. O corpo deixa de ser algo mau ou mesmo inexistente considerado como imagem ilusória, e compõe-se, agora, como algo nem bom nem mau em sua essência; da mesma forma, perde seu aspecto de cárcere da alma e justifica-se como meio. Aqui, portanto, o *Eros* pedófilo ganha sua mais alta justificação. O amor, nesse caso, deixa de ser tão somente sensível e sublima-se na forma de amor espiritualizado, desde que seja entre um homem e um jovem com o fim exclusivo de purificação do último. O amor heterossexual continua tão somente utilitário, do qual se deve evitar a busca pelo prazer e restringir-se à procriação. (KELSEN, 2000b, p. 117-118, 122).

Acima de tudo no *Banquete*, mais especificamente no mito do andrógono descrito no diálogo com Aristófanes e no discurso de Agaton, Platão abandonará qualquer autocensura em relação a sua sexualidade. O caráter antissocial que o afligia transforma-se a partir daí em ativismo (ainda que envergonhado da exposição crua de sua intimidade) em defesa do *Eros* pedófilo, transfigurado agora em natural e até lei suprema. (KELSEN, 2000b, 119ss).

#### 4.2.1.1 A volta ao mundo e o otimismo platônico

Simultaneamente ao pessimismo, desvela-se a sua vontade de poder, de dominação através da cidade ideal e da pedagogia e, principalmente, supera o trágico *Khorismos* entre sua alma e seu corpo. Mais especificamente, acaba sendo relativizado o dualismo absoluto entre mente e corpo e admite-se, a partir de então, como sucedâneo da aprovação do *Eros* pedófilo como natural, a existência de um *devoir* mediador entre o Bom e o Mau, justificando, assim, a volta de Platão ao mundo no intuito final de salvá-lo. A tendência, nesse estágio, para esse tipo de *Eros* conturbado consiste em dedicar-se à pedagogia como instrumento de transformação possível, já que os adultos estariam corrompidos, impossíveis de serem reformados. Dedicar-se, assim, aos jovens discípulos, de preferência do sexo masculino, como forma de dominação através da sedução do mestre. Em um segundo estágio, esse *Eros* destina-se, após cumprida a ideia de reforma dos jovens, para uma política marcadamente conservadora e reacionária. Nesse caso, também a singularidade do *Eros* pedófilo passa a ser uma exceção para os escolhidos e supostamente mais sábios, fundamentada na função pedagógica da *Paidéia*. Vira-se, nesse caso, para uma tendência homofóbica, justamente por ter que reprimir sua sexualidade tanto para si quanto socialmente. (KELSEN, 2000b, p. 68).

É certo que do Ser, da forma de existência do absolutamente Bom, ambos permanecem excluídos. Porém, o *devoir* ao qual pertencem é movimento para o Bem, abriga a possibilidade da ascensão rumo ao sentido do absoluto. Eis a solução do terrível *Khorismos* que cinde o mundo platônico, e, ao mesmo tempo, uma redenção do conflito, no mesmo peito, entre o impulso percebido como pecado e compelindo ao distanciamento da sociedade e a exigência moral dessa mesma sociedade. O dualismo platônico experimenta uma reviravolta otimista, e a questão platônica uma orientação que aponta novamente para o Aqui. (KELSEN, 2000b, p. 130).

Da mesma forma, também no *Banquete*, Diotima traz finalmente a solução para essa intermediação entre o Bem e o Mal, entre a alma e o corpo. Aqui há a tese central defendida por Kelsen acerca da relevância do *Eros* platônico na sua filosofia política. Trata-se, então, do conceito de

*Eros* em Platão além do sexual físico, mas sobretudo na sua espiritualização. Assim, a “geração da alma” (KELSEN, 2000b, p. 132), revela-se superior a geração do corpo (inferior, determinado pelo prazer, mortal e passageiro, tal qual o gado), porquanto promove a procriação espiritual (superior, livre, racional e imortal), parindo ideias. O amor verdadeiro, aqui, é um “parto do belo” superando o dualismo pessimista e o complexo de inferioridade que atordoou Platão até aqui. (KELSEN, 2000b, p. 132-138).

Aí, precisamente aí, está a solução e a salvação! Agora o caminho para a justificação suprema do *Eros* está desimpedido. Exposto o pensamento – tão importante e libertador para Platão, de que seu *Eros* é de uma mescla de Bem e mal, algo intermediário entre o terreno e o celestial, um meio-termo entre o humano e o divino, não um deus ou um demônio -, e exposto, aliás, de forma mitológica, na medida em que *Eros* é interpretado como sendo filho da Riqueza masculina e sábia com a Pobreza feminina e tola (...). (KELSEN, 2000b, p. 131).

Assim foi marcada a transição do pensamento platônico entre o Górgias e Fédon contra o Banquete e Fedro. Já justificada a sua sexualidade e admitido o *Eros* pedófilo, o corpo, agora inevitável precondição para o alcance da meta do Bem absoluto, deixa de fonte de sofrimento, falsidade e constituinte do Mau e transfigura em meio da sua aproximação com o mundo. O corpo, nesse sentido, desvela-se como *metaxy*, mediador entre ideia e mundo, ponte entre o Bem e o Mal, entre a vontade correta e incorreta. “O que o mundo platônico cindiu ele mesmo torna a reunir. *Eros* gerou o *Khorismos*, e ele próprio o supera.”. (KELSEN, 2000b, p. 138). Com isso, finalmente, Platão volta ao mundo através dessa reviravolta otimista e orienta sua vontade acima de tudo à ordem do Estado e da sociedade, justificando esse *Eros* pedófilo tragicamente revelado.

Com seu *Eros* pedófilo já justificado, surge agora em Platão, sob a voz de Sócrates, a sua manifesta vontade de poder – emerge o *Kratos* platônico, advindo da sua dramática existência até esse momento. Somente após o *Banquete*, *Lísis* e *Leis*, toda a sua energia dirige-se não mais para a filosofia e o pesar contemplativo pessimista, mas, sobretudo para a formação de uma ordem social, legislação e a definição de um conceito de justiça. Então, a correta educação dos jovens, a formação das

leis e a ordem justa do Estado revelam-se aqui com a máxima nitidez na forte relação interior entre o *Eros* e o *o* e o *Kratos* em Platão. O desejo de poder vem da sua paixão erótica e manifesta-se político e pedagogicamente. (KELSEN, 2000b, p. 139).

Num primeiro aspecto, tal *Kratos* é exercido pelo ideal de *Paideia* através do dogma de que a virtude é saber. A pedagogia em Platão, como observado por Kelsen (2000b, p. 139 e 140), encontra-se atrelada a vontade de dominar os rapazes. Trata-se de torná-los dóceis, impedindo sua insubordinação. Humilhar o discípulo, rebaixá-lo como técnica de sedução, eis o ideal e programa pedagógico. Uma técnica de sedução que proíbe o jovem de envaidecer-se, fazendo dele submisso ao mestre. Essa humilhação, por sua vez, é posta em prática através da *maiêutica*, na qual virtuosisticamente através de perguntas e respostas estabelece uma discussão em que o discípulo nunca irá lograr qualquer sucesso, apenas se submeter, subjugando-se intelectualmente.

Rebaixar o amado é, verdadeiramente, o que deseja esse Eros, mostrando-lhe que ele nada sabe e de nada entende; seu desejo é quebrar-lhe o amor próprio, na medida em que o faz consciente de quão urgentemente necessita daquele que lhe mostrou sua própria insignificância (e, já unicamente por isso, demonstrou-se superior a ele). Humilhar os aristocratas que se amontoam ao seu redor é, de fato, o que quer Sócrates, o pequeno burguês; daí sua louvação da humildade como virtude. E quando ele próprio ostenta essa virtude fá-lo apenas porque experimenta nessa humildade seu mais alto triunfo. Assim como sua humildade é apenas uma máscara, talvez seja também o seu Eros unicamente um instrumento de sedução destinado a conquistar dentre a dourada juventude ateniense um séquito obediente, admiradores cegos e incondicionalmente devotados. (KELSEN, 2000b, p. 140).

Observa Kelsen (2000b, p. 142) sobre a importância da pedagogia da *Paideia* no sentido da defesa platônica da tese contraditória e circular acerca da virtude – a virtude é um saber e, portanto, ensinável. Aquele que conhece o Bem, necessariamente o deseja e pratica; o ignorante do Bem, deve ser ensinado e dirigido para tal. Assim, ninguém, na perspectiva platônica age voluntariamente para o Mal. Nesse aspecto, volta-se novamente para a concepção não relativista, cognitivista

racionalista radical dos valores morais para Platão. Há um acesso ao conhecimento do Bem, sendo esse conhecimento necessariamente a virtude. Para Kelsen, tal tese defendida acirradamente põe em contradição a luta de Platão contra os sofistas e ainda se mostra circular. No caso, a virtude é a verdade, portanto ensinável, ao mesmo tempo em que o Bem leva à verdade e a torna possível, isto é, uma evidente circularidade. E mais, além de circular, tal proposição também se contradiz por pregar um racionalismo radical determinante da vontade dos homens e ao mesmo tempo designar como fonte desse racionalismo a ideia de um *daimônion*. Acaba sendo uma posição esquizofrênica de Platão ao mesmo tempo defender o racionalismo de sua teoria ética e também um misticismo da essência do Bem. (KELSEN, 2000b, p. 149). Mas essa posição contraditória não é inadvertida, porém estrategicamente estruturada para torná-la acessível a poucos eleitos, os quais não são distintos através de critérios verificáveis e críticos, mas instituídos por uma obscura mística. São poucos os eleitos para tal saber, livres dos desejos mundanos, os quais tem a elevada responsabilidade de libertação. Nesse aspecto, entende-se que a virtude é ensinável até certo ponto, do qual não ultrapassa. Apreende-se a ser virtuoso, mas não se aprende a essência do bem e da verdade, por ser ela inexprimível. Assim, apenas eleitos privilegiados tem a função de ensinar à massa ignorante a virtude, embora essa mesma massa nunca atinja sua plenitude, disponível apenas para os supostamente mais sábios. Esses sábios, por sua vez, devem tornar-se estadistas com a principal tarefa de moldar melhor seus concidadãos, conduzindo-lhes à virtude. Daí, finalmente, chega-se à contraditória tese socrático-platônica de que a *aretê* é tanto inata quanto ensinável. Inata para os sábios (adquirida por graça de um *dáimon* divino, resultante do renascimento e de uma onda reacionária de temor a deus instituída pós-naturalismo e sofística grega); ensinável para os jovens discípulos (desde que submissos aos mestres). (KELSEN, 2000b, p. 147 e 149). Isso, finalmente, prova para Kelsen o caráter totalitário de Platão, voltado sobremaneira para a dominação e sua justificação através de um reacionarismo religioso. A partir dessa concepção de Bem ensinável apenas pelos sábios, possuidores do *dáimon* da virtude, revela-se também a vontade de poder sobre a cidade-Estado, exercida inicialmente por uma mística religiosa reacionária.

E toda essa ânsia pedagógica supostamente racional se estende aos escritos sobre a política, o qual não é visto apenas como órgão administrador centralizado, mas como educador e moralizador e,

portanto, antidemocrático: “o Estado ideal descrito na *República*, é “apenas uma escola organizada em grandes proporções”. (KELSEN, 2000b, p. 151).<sup>41</sup> De fato, Platão não se satisfaz apenas em abusar dos jovens discípulos, mas necessita, sobretudo, ampliar seu poder a todos como justificativa de si mesmo. Então, o poder exercido sobre os jovens já humilhados e completamente submissos, agora ressoa sobre todos na *polis*. O que antes era supostamente e dissimuladamente apenas conhecimento puro, agora se transforma na sua aplicação na República e nas suas estruturas institucionais: transfigura-se o *dáimon* subjetivo formador da pedagogia platônica em *Kratos*, isto é, na ideia objetiva de bem, estendida ao Estado como força política totalitária constituinte do conceito de justiça e como legitimação de toda a dominação.

#### 4.2.2 O *Kratos* e o nascimento do direito natural platônico

Na sequência da passagem da pedagogia para o Estado-escola, funda-se a ideia de um direito natural, fixado no dogma de fins absolutos e um bem cognoscível em essência apenas aos eleitos misticamente. Da dominação do mestre sobre o aluno em função do pressuposto da virtude ensinável, emerge a tese da dominação do rei-filósofo sobre as predeterminadas classes. Portanto, a *politéia* é legitimada pela *paidéia*, tratando os opositores ao governo não apenas como injustos, mas especialmente como ignorantes, pois a oposição não é vista como a participação de sujeitos na política com interesses divergentes, mas como indivíduos equivocados, aqueles que cometem erros contra a República e, portanto, devem ser corrigidos. É uma sujeição não apenas do querer ao governo, mas do próprio conhecer, pois quem discorda do rei-filósofo desrespeita também a autoridade do conhecer. Isso tudo, afirma Kelsen (2000b, p. 152), caracteriza o fatídico sistema platônico como um todo – a vinculação da ciência, do conhecer, à ética e à política. Não existe, para Platão, conhecimento desvinculado do seu entendimento do

---

<sup>41</sup> Segundo Jaeger, (JAEGER, 1995, p. 524) a filosofia de Sócrates não é apenas teórica, mas um cuidado com a ‘alma’. Assim, trata-se mais de uma doutrina da alma do que propriamente uma doutrina filosófica da verdade. Nesse ponto, embora as leituras sejam antagônicas, ambos, Kelsen e Jaeger, concordam com a ideia de Platão como educador não no que se refere à filosofia da ciência, mas à moral.

absolutamente Bom, tornando a ciência suscetível de legitimidade. Platão, logo, torna-se político. (KELSEN, 2000b, p. 152).

Chega-se, assim, ao reconhecimento das reais intenções de Platão quando discutindo a verdade e o Bem. Para Kelsen (2000b, p. 152), a partir do *Eros* platônico, torna-se evidente de que Platão não tinha como meta a fundamentação de uma ciência rigorosa. Na verdade, foi mais um político do que um teórico – mais procurou em sua vida justificar a dominação, inclusive da teoria, do que propriamente contribuir com a ciência de sua época. O conhecimento para Platão foi apenas uma justificativa inicial, mas logo abandonada, de legitimação da dominação absoluta: “toda a sua orientação intelectual consiste menos na visão do *Ser* empírico do que na consideração do *Dever-ser* transcendente, apontando para o querer, e não para o conhecer.”. (KELSEN, 2000b, p. 152).

A pesquisa platônica mais recente destruiu integralmente a idéia de que Platão teria sido um filósofo teórico, e de que sua filosofia teria tido por meta a fundamentação de uma ciência rigorosa. Sabe-se hoje que, em consonância com a totalidade de sua natureza, Platão foi mais um político do que um teórico. Chamando-no agora um “homem dominador”, uma “natureza imperativa”, ele nele vendo, acima de tudo, o educador e fundador. Se ele realmente o foi, se de fato abrigava em si as qualidades de um homem de vontade férrea e as habilidades de um gênio da ação, disso pode-se, talvez, duvidar. Certo é somente que seu ideal particular voltava-se nessa direção; que ele queria ser o que externamente, por alguma razão, não lhe foi dado ser. De qualquer modo, toda a sua orientação intelectual consiste menos na visão do *Ser* empírico do que na consideração do *dever-ser* transcendente, apontando para o quere, e não para o conhecer. E uma vez que seu querer ético-político apresentava-se inteiramente fundado em bases metafísicas, por isso mesmo expressando-se literariamente numa ideologia manifestamente religiosa, Platão transmite-nos em seus escritos menos a impressão de um erudito sistematizador das ciências da moral do que a de um profeta do Estado ideal, afigurando-se-nos não tanto como um psicólogo ou sociólogo da realidade, mas antes,

como um pregador da justiça. (KELSEN, 2000b, p. 152 e 153).

Platão torna-se, por conseguinte, político. Uma política, entretanto, muito diversa da democracia ateniense (fundada no discurso e na retórica), mas fundada, por oposto, na sua religião e em bases místicas. Ou seja, numa política independente da expressão da vontade dos cidadãos e, acima de tudo, sobre supostos valores absolutos não acessíveis a todos. Afigura-se não como um psicólogo ou sociólogo, mas como pregador e ideólogo da justiça absoluta e profeta do Estado ideal. Então, sobre a égide do otimismo platônico, o qual fundiu novamente corpo e alma, revela um caráter tirânico e violento de paixão política salvífica, tendo no seu *Eros* a raiz. E também o caráter esquizofrênico já revelado no mito do cocheiro volta a fazer parte da personalidade de Platão, agora não apenas sobre sua *psiquê*, mas sobre a personalidade do governante. Ocorre que antes a dupla personalidade, resultante da luta entre a moralidade ateniense e o *Eros* pedófilo, revela-se agora sobre a possibilidade do monarca tornar-se tirano. O tirano descrito na *República*, então, para Kelsen (2000b, p. 155) é a própria imagem assustada de Platão de si mesmo, quando revelada sua real intenção de dominação. A sua inquietude e arrependimento dos seus desejos eróticos pedófilos, antes externados pela vergonha e remorso, revela-se como censura à tirania e a justificação da monarquia absoluta como meio termo entre a libertação absoluta da sua sexualidade e a repressão da mesma forma absoluta. Sobre a profundidade da ascensão monárquica do rei-filósofo, reina o medo do próprio Eu-ideal de revelar-se, e até mesmo, admitir suas inclinações pessoais de índole degenerada, exigindo do próprio interior do monarca a razão e repressão dos instintos e da sensibilidade. Por isso, o autodomínio vem a ser a maior virtude desse governo autocrático. Esse autodomínio, por sua vez, caracteriza-se pelo controle dos instintos através do medo e da repressão. (KELSEN, 2000b, p. 156).

Mas é na *República* que Platão irá expressar seus mais altos desejos de dominação e de abandono da filosofia contemplativa pessimista em função da ação reformadora na cidade. Como já visto, há uma transição do pessimismo do *Khorismos* para a admissão envergonhada do *Eros* pedófilo, a qual também é acompanhada pelo ativismo político na República, embora também temeroso. A pretensão de poder, aqui, similarmente a concepção de *Paidéia*, movimenta-se em afirmação e, ao mesmo tempo, negação do Eu-ideal. E nesse turbilhão de incertezas, de um *Eros* já consciente de seus conflitos, emerge o conceito já citado de

direito natural em Platão. A política de Platão, nesse sentido, não se trata da concepção sofística relativista de conciliação de interesses através da sua expressão e diálogo, mas da justificação de valores morais absolutos, além do tempo e espaço e justificadores da dominação absoluta. O mito para esse jusnaturalismo corresponde à posição do timoneiro, que exige da tripulação sujeição absoluta. (KELSEN, 2000b, p. 160). Aqui se encerra a trágica trajetória do filósofo ateniense. Finalmente encontramos o cerne de toda conturbada vida e obra de Platão – tudo se desenvolveu acerca da vontade de poder, resultado do seu Eros conturbado, que após muito sofrimento, aceita-se, ainda que forma excepcional, como parte distinta da massa, do povo.

A grande massa não está preparada para compreender a posição superior do filósofo platônico, sendo então submetida à ordem e à razão, mesmo contra a sua vontade. O verdadeiro filósofo, vocacionado para o governo, dirige a república independente da vontade da população, por valores essenciais revelados ao governante misticamente e supostamente racionais. E, finalmente, Platão revela-se a si mesmo como esse governante ideal, justificando, ao final, sua vontade de poder. A partir de então, refletindo a superação do *Khorismos*, delinea-se um plano básico de Constituição do Estado, que em princípio consiste em “limpar” (KELSEN, 2000b, p. 164) todo o Estado e governo dos interesses impuros da massa.

E essa formação do Estado, tal qual a formação da *Paideia*, constitui-se pelos mesmos problemas, refletindo a vontade de justificação e poder, independentemente de qualquer filosofia ou racionalidade. Em primeiro plano, Kelsen (2000b, p. 164) evidencia a circularidade também na formação do Estado. Ocorre que a *pólis* é a responsável pela formação dos verdadeiros filósofos, contudo apenas através dos verdadeiros filósofos a cidade é efetivamente justa. Nesse caso, a ordem para Platão se inicia pelo surgimento da verdadeira filosofia e dos verdadeiros filósofos, para após a transformação do Estado. Assim, a doutrina das ideias teria surgido no interior da sociedade ruim. O que torna inexplicável a ideia de que o meio social forma os verdadeiros filósofos. Mas essas contradições e circularidades pouco importariam para Platão. O que realmente o autor, segundo Kelsen, busca é justificar a própria concepção de justiça absoluta como tendo seu surgimento a partir da genialidade de si próprio. Nesse aspecto, a tentativa se dá pela suposta teorização da dialética e da maiêutica como transformadora e constituinte do verdadeiro filósofo. Mas isso apenas na gênese do Estado ideal. Depois

de constituído, esse mesmo Estado ideal deixa de ser constituído a partir da dialética e torna-se não passível de reforma, pois fundado em uma estrutura ideal já definitiva, sendo o próprio Platão o primeiro rei. (KELSEN, 2000b, p. 165). Kelsen ainda observa, por fim, que a garantia da continuidade dessa Constituição forjada na virtude transcendente passa, primeiro, pela garantia de que o próprio Platão e seu séquito seria o governante constituinte; em segundo, que Platão não governaria para os adultos, necessariamente afastados da República e irrecuperáveis, mas para as crianças e para a educação. Tal posição retoma à associação entre política e pedagogia, sendo o governante também responsável pela educação dos súditos. “O governo do Estado ideal está nas mãos da plena sabedoria” (KELSEN, 2000b, p. 167) A única exceção para essa intransigente razão se dá em função da possibilidade das nobres mentiras.<sup>42</sup> No caso, essas “mentiras sadias” (KELSEN, 2000b, p. 168) são válidas em Platão na medida em que mantém como cúpula do Estado ideal os “mais sábios”.

Finalmente, nas suas últimas obras – *O Político e Leis* – não há qualquer receio ou vergonha de Platão em assumir-se como governante ideal. Agora ele próprio autodomina-se regente monárquico. Na República ainda não se assumia como tal, mas agora, já no fim vida não mais se autocensura sobre essa possibilidade, revelando-se plenamente como necessário no poder, e considerando esse, mais do que nunca, plenamente autocrático: “Platão defende (...) que o governante monárquico verdadeiramente sábio governe sem ter qualquer lei estatal a restringi-lo, mas apenas em conformidade com seu juízo livre”. (KELSEN, 2000b, p. 169).

Entretanto, mais do que apenas ver-se como monarca autocrático, a tomada do poder, inclusive além da mera educação, finalmente faz ponte de reconciliação de Platão como o mundo. A partir de então, um governo autocrático, regido por um sábio, finaliza a reconstrução da ponte entre Platão e o mundo, já iniciada, mas não acabada com a pedagogia. Apenas através da dominação dos homens, Platão, portanto, liberta-se para expressar seus sentimentos mais instintivos, reprimidos em uma sociedade, agora decadente, homofóbica. Quando sujeitos incondicionalmente, os discípulos obedientes serão objeto de satisfação dos impulsos platônicos de criação pedagógica e política.

---

<sup>42</sup> Também sobre as nobres mentiras, cf: SCHOFIELD, 2007, p. 138.

Vê-se aí claramente a manifestação daquele caráter tirânico que Platão, com cada vez maior intensidade, sentiu como o diabo alojado em seu próprio coração. (KELSEN, 2000b, p. 171).

### 4.3 A verdade platônica condicionada ao ideal ético

Encontramos o terceiro elemento da análise a partir da objeção de Kelsen ao conceito de verdade de Platão. Tal está estritamente correlacionado com o *chorismos* no sentido da crítica e acusação de Kelsen acerca da inversão que Platão realiza entre *dever-ser* e verdade. O conhecimento platônico, nesse aspecto, coloca a verdade sob a consecução de uma ideia de justiça absoluta. Portanto, a política se sobrepõe à ciência no sentido de determiná-la e ao mesmo instrumentalizá-la para fins político. A matemática, geografia, psicologia, direito e ciências naturais em Platão se submetem ao conceito absoluto de bem, ignorando o conceito moderno de ciência empírica e pura. Assim, encontram-se em Kelsen elementos de conceituação epistemológica que requerem condições específicas de cognoscibilidade, as quais, principalmente excluem a ideia de submissão da ciência à política e à ética.

Para Kelsen (2000b, p. 177), a academia platônica longe de agrupar naturalistas gregos, antes se constituía em um “conventículo formado segundo os moldes das comunidades pitagóricas, uma coletividade baseada na religião e no *Eros* platônico”. (KELSEN, 2000b, p. 177). Ou seja, sua composição atendia mais aos interesses políticos e eróticos sublimados no conceito de absoluto de bem oriundo do *chorismos* otimista do que propriamente um ambiente destinado ao estudo da natureza e da razão. Sua finalidade, nesse interim, consistia em formar e fortalecer tendências antidemocráticas de políticos conservadores através da promoção de ações estatais. Nasce, aí, a ideia de uma *pólis* verdadeira formada na suposição absolutista de uma política reflexo de um pseudointelectualismo oriundo não do rigor do método matemático ou da empiria, mas, sobretudo, apoiada intimamente ao seu caráter místico-religioso. (KELSEN, 2000b, p. 178).

Ocorre que, para Kelsen (2000b, p. 179), a observação da natureza sempre foi relegada por Platão como devir incognoscível. Contudo, tão logo a morte de Sócrates, Platão se viu na obrigação de abandonar tal racionalismo com elementos fortemente sofisticos. Tanto *Górgias* quanto

*Mênon* retratam a transformação de Platão em relação ao método socrático a partir da sua volta da aventura em Siracusa. Platão, a partir, desinibe-se completamente em expor suas ideias puramente políticas, voltadas para a justificação do bem absoluto. Agora, livre do método socrático, pode mostrar suas concepções políticas aos intelectuais gregos, hostis à religião, sem mais prestar contas ao seu antigo mestre.

A matemática platônica (KELSEN, 2000b, p. 180), assim, não se constitui com uma disciplina basilar das ciências exatas. A sua ênfase consiste na suposição do aspecto absoluto da natureza essencial dos números. Os “números perfeitos” (KELSEN, 2000b, p. 180) teriam sido criados pelo próprio deus, mas inacessíveis essencialmente; em contraposição aos “números criados pelos homens” (também chamados de números platônicos), os quais são os mais próximos da sua essência, por tal, permitem o cálculo da justiça dos homens. Consiste, o número platônico, em um número geométrico capaz de comandar os melhores e piores nascimentos, organizar a formação dos casamentos e, acima de tudo, servem de instrumento para a determinação do homem justo e de seu oposto, o injusto. Pela soma final, Platão teria como resultado do cálculo que o homem justo vive “setecentas e vinte e nove vezes mais feliz do que o injusto.”. (KELSEN, 2000b, p. 180).

Do ponto de vista matemático, para Kelsen (2000b, p. 180), a tese dos números revela-se inteiramente desprovida de significado, representando elementos diversos do que simplesmente números e medidas, mas expressando seu misticismo. Platão, assim, não se importa em tomar por qualquer sentido a palavra matemática.

“Sócrates: Resulta, portanto, que o espectro do prazer do tirano seria, então, uma superfície formada segundo a medida do seu comprimento (...) Toma-se agora a raiz (essa superfície) e eleva-se à terceira potência (multiplicação), e temos, evidentemente, o montante da distância (...) Quando, portanto, inversamente, deseja-se precisar o montante da distância que separa o rei do tirano, no tocante à autenticidade do prazer, obter-se-á, efetuando a multiplicação, que ele vive setecentas e vinte e nove vezes mais feliz, e o tirano, por sua vez, mais infeliz nessa mesma proporção.” (KELSEN, 2000b, p. 180).

No mesmo sentido, também a geografia, psicologia e qualquer ciência natural é vista para Platão antes como um conhecimento místico,

não restrito a qualquer experiência e absoluto. Isso porque, sustenta Kelsen (2000b, p. 183), todo o conhecimento para Platão é antes uma religião da alma humana do que propriamente observação e descoberta. Um caráter ético-político das ciências consiste no método platônico. A realidade factual, assim, necessariamente deve passar por uma avaliação do filósofo platônico para aí sim ser qualificada como verdadeira ou falsa. Consequentemente, o fim último do conhecimento da verdade para Platão não consiste em explicar a realidade factual, porém encontrar uma norma de validade absoluta a qual possa ser utilizada como critério para avaliar a natureza.

Esse critério de cientificidade, entretanto, também não pode ser interpretação, conforme Kelsen (2000b, p. 184) se não conforme uma pura teologia. O critério de correção das teorias passa pelo conceito de bem para avaliar a sua verdade ou falsidade. Assim, a verdade em Platão dispensa qualquer ciência natural e debruça-se sobre uma teodiceia, a qual, por oposição, descreve a verdade como antítese do mal. Ou seja, o “escultor do universo” (KELSEN, 2000b, p. 184) não poderia criar o mal ou a falsidade, mas a alma humana, transplantada para a terra, no mesmo sentido da superação do *chorismos*, está submetida ao *devir*, à *doxa* e, portanto, à falsidade. O erro, nesse sentido, consiste na ausência da verdade, que por sua vez é avaliada através de uma ética absoluta.

Há uma ligação, portanto, entre o dualismo platônico, seu *Eros* conturbado e o conceito de verdade. Nessa sequência, a ciência da mesma forma da sua suposição para uma ética pura, ganha graus de validade, sendo aquelas mais distantes da experiência as mais válidas. Como no caso da dialética, a qual seria a disciplina basilar de todas as outras, pois supostamente desvinculada do *devir*. Todas as demais ciências naturais a ela devem se submeter. Há, nesse sentido, uma hierarquia nas ciências e a dialética surge como método fundamental. E como tal, estando completamente desvinculada da experiência, nada mais pode se não especular sobre o bem e o mal. (KELSEN, 2000b, p. 185). São utilizados como exemplos a astronomia, a música e as cores. Para Platão, são esses três conhecimentos inferiores à dialética por estarem primando pela experiência em seus métodos de abordagem. (KELSEN, 2000b, p. 185).

Eis aí o espírito da mais genuína teologia, hostil a toda ciência natural. Platão não apenas não é o fundador da ciência rigorosa, mas também – como metafísico e teólogo – a rejeitava conscientemente. Sua resposta à questão kantiana acerca da

possibilidade do conhecimento seria um categórico não.

O mundo empírico para Platão, nesse sentido, é sacrificado em função da inversão metafísica da natureza – os sentidos são desqualificados como aparência, *devir*, enganação e inferior à suposta realidade transcendente, eterna e verdadeira em si. Para Kelsen (2000b, p. 188) tal meta transcendente da verdade platônica revela-se apenas como vontade e um esperar subjetivo, personificada na ideia de bem absoluto na construção de sua divindade. A verdade para Platão é “raciocínio ético-político, religião.” (KELSEN, 2000b, p. 188). E mais, sua filosofia está em oposição consciente a uma explicação orientada pela ciência natural e pela causalidade: “compõe uma interpretação normativa do mundo.” (KELSEN, 2000b, p. 188).

Assim, o método científico de Platão se caracteriza pela renúncia da experiência e da racionalidade lógico-causal. A ciência platônica consiste na justificação da existência de um juízo moral absoluto, constituinte da ideia de bem absoluto, formulado dogmaticamente. (KELSEN, 2000b, p. 193).

Em um segundo e principal aspecto, o método científico platônico associa fortemente ciência e política. Ambas as esferas não ocorrem em paralelo em Platão, mas esta submete àquela em todos os seus sentidos. Assim, o saber não é um fim e si mesmo, mas instrumento utilizado por sua religião na forma da ação justa. Não há, nesse aspecto, um conhecimento científico puro em Platão no sentido de um saber não instrumentalizado para os propósitos políticos, éticos e religiosos.

#### **4.4 Conclusões sobre o capítulo**

A leitura de Kelsen sobre Platão não é corroborada pela academia. Sua posição, acima de tudo, associa-se antes às detrações e argumentos *ad hominem* contra o autor do que propriamente a um estudo sistemático e especializado. Nesse sentido, Kelsen está mais próximo de Popper (1987, p. 31) do que de Jaeger (1995, p. 581).

Vê-se que Kelsen, se analisado através dos seus estudos da história da filosofia, era, como diria Arquíloco - um ouriço; não uma raposa. Sua leitura sobre Kant, apresentada aqui no primeiro capítulo, não é correta: é, além disso, bastante superficial. Assim como a sua leitura de vários

outros filósofos.<sup>43</sup> Isso mostra que o seu interesse consiste apenas na defesa da sua própria teoria. Kelsen, assim, não era um neokantiano, um humeano, um freudiano ou mesmo um antiplatônico; Kelsen é apenas kelseniano – definido, portanto, por si mesmo.

Todavia, apesar da parte exegética de uma teoria ser importante para compreendê-la, a mesma não é definitiva para a sua validade. Não se refuta, por exemplo, a teoria crítica em função dos diversos erros de interpretação cometidos por Habermas; de tal forma, a teoria kelseniana é passível de crítica quanto às suas referências filosóficas, porém, mantém-se como uma teoria válida porque responde a questões fundamentais e constitui um conceito original de direito.

Além, o estudo realizado neste capítulo, antes de uma crítica à leitura de Kelsen sobre Platão, é, sobretudo, uma análise do próprio Kelsen: de como o autor estrutura sua argumentação e como tal estrutura é constante nas suas obras. Assim, o antiplatonismo kelseniano como determinante da sua retórica jurídica diz respeito à interpretação de Kelsen sobre Platão, não sobre a qualidade da interpretação em si mesma. Por certo, também não se dispensa uma crítica ao autor quanto a essa sua leitura. Contudo, esse não é o objeto desta tese, a qual se destina a buscar uma interpretação unitarista do autor, lançado mão dessas suas concepções sobre Platão.

Na sequência, vencido o problema da má interpretação por parte de Kelsen, concluem-se, a partir capítulo em tela, axiomas capazes de fundamentar as proposições utilizadas como posterior embasamento lógico não neokantiano dos conceitos de NF, liberdade, monismo entre direito e Estado, internacionalismo e decisão judicial, os quais serão analisados em profundidade no último capítulo desta tese.

O que se deduz, a partir do antiplatonismo de Kelsen, desta forma, é:

**Axioma 1.** Há unidade entre alma e corpo; ou, forma e matéria (ou ainda, norma pressuposta e norma posta).

**Explicação:** Kelsen defende o monismo entre alma e corpo/ forma e matéria. Isso se deduz da sua crítica ao *chorismos* platônico; nesse caso, nega a existência de uma forma

---

<sup>43</sup> Ver, por exemplo, CADEMARTORI; SOUZA, 2014, p. 303. Sobre os problemas da interpretação de Kelsen sobre Hobbes.

transcendente ao qual o *devir* empírico estaria submetido. Essa posição será fundamental para a proposta desta tese de reinterpretar a NF como proposição deduzida desse axioma e não do neokantismo. Isso será discutido na seção 5.1.

**Axioma 2.** Não há a *metaxy*.

**Explicação:** Como consequência da negação do *chorismos*, também não se aceita a sua relativização, ou a tese da contrariedade entre alma e corpo. Logo, não se admite a *metaxy*. Ou seja, Kelsen associa-se a uma espécie de hedonismo, o qual não admite a ideia platônica de controle racional dos instintos. Isso será importante em relação ao conceito de liberdade, apresentado na seção 5.2.

**Axioma 3.** Não há vinculação entre Bem e Verdade.

**Explicação:** Não há, também, a possibilidade de um conceito transcendente de Bem. O Bem, conforme a leitura de Kelsen sobre Platão, seria, para esse, externo e vinculado ao conceito de verdade. Nesse sentido, para Kelsen, não há a objetivação do Bem e, portanto, o mesmo não pode servir de *Telos* ao qual o comportamento humano deve ser subjugado. Como se verá na seção 5.3, essa posição se reflete na concepção monista kelseniana entre Estado e direito.

**Axioma 4.** Pressupõe-se a igualdade.

**Explicação:** Kelsen nega a misoginia, a homofobia e a *nobre mentira* de Platão. Refuta, mormente, a pressuposição de desigualdade natural advogada pelo filósofo grego como condição política de estabilidade da *pólis*. Isso será essencial para a possibilidade de se constituir a NF sem o neokantismo, evitando tanto o solipsismo quanto o pluralismo. Também isso será capital para debater a questão da soberania e da prevalência do primado do direito internacional sobre o nacional. Isso será analisado com maior profundidade na seção 5.4.

**Axioma 5.** Toda a determinação da decisão moral ou judicial parte das emoções do sujeito que a julga. Não há, portanto, decisão racional.

**Explicação:** O dever, a moral, é apenas reconhecível através da observação das emoções dos sujeitos, porém não determinado por elas. Consequentemente, não há decisões racionais (tanto morais, quanto jurídicas), no sentido de desvinculadas dos interesses e das emoções dos sujeitos. Isso será aplicado como proposição na seção 5.5, sobre a decisão judicial em Kelsen.

Finalmente, no próximo capítulo, como parte especulativa, buscase, através do antiplatonismo de Kelsen demonstrado nesse capítulo, associá-lo a dois autores, os quais substituirão Kant como base filosófica da sua teoria do direito. São eles Hume e Freud. O capítulo, estão, é necessário porque auxilia a compreender o antiplatonismo de Kelsen, o qual é o núcleo da sua teoria, conforme a hipótese defendida nesta tese.



## **5. PARA ALÉM DE KANT: AS DUAS REFERÊNCIA PRINCIPAIS DE KELSEN A PARTIR DO SEU ANTIPLATONISMO – HUME E FREUD**

Após a análise do texto de Kelsen sobre Platão, observa-se a estreita relação das suas teses com dois autores – David Hume e Sigmund Freud. Ou seja, nesse ponto, além de abandonar a leitura majoritária de Kelsen como neokantiano, busca-se novas referências para compreender o pensamento do autor, especialmente a partir da sua recusa do platonismo. Nesse sentido, este capítulo se justifica na necessidade de reconstruir a argumentação filosófica de Kelsen após a refutação do seu neokantismo. Assim, consiste em um capítulo especulativo e preparatório para a aplicação dos axiomas deduzidos a partir do capítulo anterior.

Dois critérios são centrais para a associação entre Kelsen, Hume e Freud. O primeiro é a separação entre *ser* e *dever-ser*, não a partir de Kant (isto é, não mais transcendental), mas Hume (portanto, uma separação apenas intuitiva); o segundo, resultado da análise kelseniana sobre a sexualidade de Platão a partir de Freud e como isso irá resultar em suas teses, principalmente sobre os conceitos de liberdade e Estado.

### **5.1 Kelsen e Hume**

Refutando-se a teoria de Kelsen como fundada sobre os pressupostos da CRPu, isto é, não sendo o autor um neokantiano nesse sentido, o primeiro autor a quem Kelsen acaba por ser devedor é Hume. Isso porque, além das citações expressas feitas por Kelsen ao filósofo, também encontramos em sua teoria uma distinção entre *ser* e *dever-ser*, a qual torna possível as teses de Kelsen enquanto teoria cética, empírica e não transcendental. Nesse mesmo sentido, também se investiga como esse empiricismo é obtido a partir da filosofia de Hume e não de Kant, especialmente sobre a questão da justificação das penas, ou a sua adoção do princípio da imputação em substituição ao da retribuição.

#### **5.1.1 A separação entre *ser* e *dever-ser* em Hume na leitura de Kelsen**

Segundo Kelsen (1989, p. 108), Hume foi o autor mais consequente no que se refere à separação entre *ser* e *dever-ser*, por essa razão não se encontra no filósofo escocês a grave formulação de um

jusnaturalismo.<sup>44</sup> Nesse sentido, a separação entre o *ser*, isto é, o ato, e o *dever-ser*, ou seja, o sentido de comando, permissão etc. do ato é parte fundamental para o entendimento da Teoria pura do direito. (KELSEN, 1989, p. 108). Daí resulta o principal argumento do autor para a separação do direito das ciências causais e, principalmente, a superação da ideia de razão prática. Ainda, para Kelsen, Hume foi mais consequente do que o próprio Kant na formulação da sua teoria, principalmente no que concerne ao pensamento jurídico, isso porque, conforme Kelsen, Kant teria abandonado a sua filosofia transcendental para render-se a uma teologia política, o que não ocorreu em Hume. (KELSEN, 1989, p. 109).

Nas palavras do próprio Kelsen (1986, p. 108):

Com referência à relação do ser e dever-ser, Hume é mais consequente do que Kant. Para aquele não há nenhuma razão prática. Hume – como já referido – diz: “Visto que Ética tem uma influência nas ações e afetações, conclui-se que ela não pode ser originada da razão. Razão por si mesma é absolutamente impotente nesta particularidade. As regras de moralidade, em consequência disto, não são conclusões de nossa razão” (A treatise of Human Nature vol. II, London 1962, p. 167).

“Razão é a descoberta da verdade e da falsidade. Verdade ou falsidade consiste num acordo ou desacordo de cada um para as reais relações de idéias, ou para existência real e verdade. Por conseguinte, tudo o que não for susceptível deste acordo ou desacordo é incapaz de ser verdadeiro ou falso, e jamais pode ser um objeto de nossa razão” (op. Cit., p. 167).

Uma norma, um dever-ser, é o sentido de um ato de vontade, e atos de vontade diz Hume: “Nessas circunstâncias, é evidente, nossas paixões, volições e ações não são susceptíveis de um tal acordo ou desacordo... Portanto, é impossível que eles possam ser declarados, um ou outro, verdadeiros ou falso, estar um ou outro contrário ou conforme com a razão... Distinções morais não são, consequentemente, o produto da razão. Razão é totalmente inativa, e não pode nunca ser a fonte de

---

<sup>44</sup> Ver também a questão de Hume e a religião, *In* KELSEN, 2015, p. 181.

um princípio tão ativo como consciência ou sentido de moralidade” (ob. Cit., p. 167 e s.). Por conseguinte, um *dever-ser* não pode ser deduzido de um *ser*.

Então, a primeira associação entre Kelsen e Hume se dá através da ideia do insuperável dualismo entre *ser* e *dever-ser*, sem recorrer a mesma divisão feita por Kant, ou seja, uma divisão não transcendental. Para Kelsen, amparado na filosofia de Hume, não se pode abstrair um *dever*, uma ordem, um comando, uma norma tanto em sentido objetivo quanto subjetivo etc., dos fatos. Ou seja, há uma irreduzível separação entre a esfera dos fatos e dos valores, não havendo qualquer vinculação, seja por derivação ou justificação. Da mesma forma que seria um absurdo pensarmos que algo *é* em virtude daquilo que *deve ser*, a proposição oposta é igualmente inválida – daquilo que *é*, logicamente, não resulta em algo que obrigatoriamente *tem de ser*. Assim, a teoria pura pretendida tem sua primeira variável exposta pela distinção entre ato e o significado deste ato, ou seja, a distinção entre um fenômeno um *ser*, e um sentido deste fenômeno, um *dever-ser*. (KELSEN, 2009a, p. 2). Os conceitos posteriores de toda a teoria – a norma fundamental, a ordem e a normas gerais - são vinculados fundamentalmente a tal abstração.

Ou seja, o *dever-ser* de uma norma não ocorre pela formação de uma ideia advinda das percepções (por indução), tal qual a causalidade, mas constitui unicamente um sentido de um ato de vontade, o qual por sua vez também só é possível não através da razão pura, mas da experiência. Por exemplo: se afirmo que o sol nasce todos os dias no Leste e se põe no Oeste, e através dessa minha percepção concluo que é uma regra da natureza que o evento percebido sempre ocorra, rompo, então, com a lei de Hume; contudo, se alego que algo deve acontecer não pela sua repetição constante, mas pelo sentido impresso por um ato de vontade, não incorro na lei de Hume justamente por não pressupor uma causalidade, mas cognitivamente distinguir esse ato como um sentido de um ato.

Assim, fica expresso em Kelsen o surgimento factual da norma a partir de um ato de vontade (a expressão da vontade da autoridade), de um *ser*, mas, no entanto, tal norma não se deriva deste *ser*, mas é composta pelo sentido desta manifestação humana, caracterizada como objetivamente válida a partir da pressuposição da norma fundamental. Ou seja, não se pode de um *ser* derivar um *dever-ser*, mas se concebe a origem das normas a partir do sentido dado pelo ato de vontade.

Para o autor, portanto, pode-se explicar mais pormenorizadamente a diferença entre *ser* e *dever-ser* através da filosofia de Hume e não Kant: “ninguém pode negar que o enunciado de que algo *é*, diverge do enunciado de que algo *deve ser*.” (KELSEN, 1989, p. 76). “Este trata da existência específica das normas; aquele da existência de um fato. Assim, afirma que “*dever* e *ser* encontram-se na relação de um dualismo irresolúvel.”. (KELSEN, 1989, p. 77).

Significativo notar, portanto, que nessa separação entre direito e natureza, entre *dever-ser* e *ser* resulta na necessária separação entre direito e aquilo considerado natural ou essencial do comportamento humano, ou a completa refutação do jusnaturalismo e da filosofia platônica. Ou seja, deve-se atentar para o argumento de erro lógico fundamental da tese jusnaturalista de um conhecimento da ‘natureza humana’, da qual se derivaria, se justo, o direito. À ‘natureza’ do homem, segundo Kelsen, sob argumentação humeana, não pode estar imanente nenhum dever; aos fatos não pode ser imanente nenhuma norma, isto é, nenhum valor pode ser imanente à realidade empírica. Nesse sentido, do ato de vontade particular, não posso abstrair um ato de vontade universal e, portanto, um *dever-ser* universal. Desse ato de vontade, encontrado na esfera do *ser* apenas conheço a origem factual das normas, porém não o seu conceito. (KELSEN, 2003, p. 72)

O mesmo argumento aparece também em sua obra póstuma, a TGN. Para o autor, norma e ‘normal’ não pode de forma alguma ser confundidos: norma está para o *dever-ser*, isto é, para o sentido objetivo do ato; já normal está para o *ser*: é a realidade observada, porém não necessária. Logicamente, não se pode derivar norma de normal, assim como não se pode derivar o *dever-ser* de um *ser*. Para Kelsen, tal fenômeno, da confusão entre norma e normal, entre *ser* e *dever*, é prática comum de seres humanos religiosamente orientados, mas nada tem a ver com uma norma. É dessa derivação, ainda, que resulta no principal argumento jusnaturalista, pois crê em conexões necessárias capazes de fundamentar um conceito de normal como fonte de normas jurídicas. (KELSEN, 1986, p. 5).

Nesse sentido, corroborando com a ideia de conexão entre a teoria de Kelsen à filosofia de Hume, Bix (2018, p.2) defende que a separação entre *ser* e *dever* em Kelsen é retirada da filosofia de Hume. Afirma (BIX, 2018, p. 2):

Hans Kelsen’s jurisprudential work, through most of his long scholarly career, centered on the

normative nature of law – that law is essentially made up of norms, and that this requires an approach distinctively different from descriptive, empirical approaches. Kelsen’s approach assumes or is grounded on the view (often attributed first to David Hume, though questions remain as the best understanding of Hume’s text that there is a sharp division between “is” statements and “ought” statements, in particular, that no conclusion about what one ought to do can be derived from statements regarding what is the case. Whatever its origins, this view about not deriving “ought” conclusions from “is” statements (sometimes called “the fact-value distinction”) is generally accepted in modern philosophy.

Ocorre, contudo, que a distinção entre *ser* e *dever-ser* em Kelsen, quando teoricamente constituída não a partir da filosofia kantiana, mas relacionada com a filosofia empírica e cética de Hume, necessita de fundamento também diversos. Nesse sentido, também o *dever-ser* para Kelsen, assim como para Hume, tem que ser considerado empírico, não *a priori*. Logo, um *dever-ser* como categoria *a posteriori*. Nesse caso, mesmo o *dever-ser* enquanto norma e não fato, está presente e é reconhecível apenas empiricamente. Isso só é possível, nesse sentido, através de uma sustentação apodíctica. O resultado será que a NF não pode ser mais conceituada como condição lógico-transcendental da possibilidade do conhecimento objetivo do direito, mas como ficção lógica oriunda de um axioma. Ou ainda, a NF, para ser possível em sua condição *a posteriori*, é reconhecível tão somente a partir axioma, sem fundamentação transcendental. Essa ideia será melhor aprofundada no último capítulo desta tese, sobre a nova fundamentação na NF.

### **5.1.2 Retribuição e imputação – da refutação da teoria da retribuição platônica (jurnaturalista) para uma teoria cética da imputação da pena a partir de Hume**

Outra aproximação entre Kelsen e Hume se dá em função dos argumentos políticos e criminológicos também dirigidos contra o platonismo. Kelsen (2000a, p. 161 e 354), no texto Absolutismo e relativismo na filosofia e na política (presente na edição brasileira A democracia) sustenta que a filosofia política adotada por um filósofo

depende essencialmente da sua postura pessoal – um autor como uma postura absolutista, isto é, fundacionalista, conseqüentemente adota uma filosofia política autocrática, justamente por se arrogar possuidor de verdades universais acessíveis ao seu conhecimento privilegiado; um autor não fundacionalista, por sua vez, adota uma filosofia política não absolutista, justamente por considerar os limites do seu juízo. Também nesse sentido, para Kelsen, Hume foi mais coerente do que Kant. Afirma (2000a, p. 354):

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 excluíra de sua filosofia teórica.

Seguindo então tal ideia de Hume como inviabilizador do jusnaturalismo, Kelsen passa a averiguar os objetivos e princípios do jusnaturalismo e conclui a irrelevância de tais argumentos para a validade de uma ordem jurídica, afirmando o aspecto exclusivamente teológico, absolutista, falacioso e fundacionalista da doutrina, porque a mesma requer sempre a derivação de um *dever-ser* através de um *ser*. Essa hipótese, argumenta Kelsen (2003, p. 77), necessariamente postula a ideia de uma divindade. Ocorre, afirma, uma relação entre a filosofia política e o comportamento do filósofo - uma posição pessoal absolutista acarreta em um fundacionalismo moral e, conseqüentemente, em uma autocracia do Estado; um relativismo, por oposto, resulta em concepções democráticas. Nesse sentido, o objetivo de uma teoria do direito natural é unicamente manter uma técnica arbitrária de domínio invariavelmente antidemocrática. Conforme o jusnaturalismo, afirma Kelsen, a natureza funciona como autoridade normativa, como legisladora dos valores humanos. Quem está de acordo com suas supostas normas absolutas, atua justamente. Tais normas são consideradas imanentes à conduta humana, a qual é descoberta através de uma atenta análise do comportamento, sendo, portanto, cognoscíveis. Não são normas do direito positivo, variáveis no tempo e no espaço, mas normas dadas anteriormente ao surgimento do Estado e do direito, com características sobre-humanas de invariabilidade e imutabilidade. (KELSEN, 2003, p. 71).

Como, no entanto, a percepção que se tem da natureza encontra-se em constante mutação, isto é, como o *ser* da natureza é um *dever*, um *tornar-se a ser*, as normas da natureza não podem constituir um conhecimento da regularidade observável do acontecer fático. Quando a

doutrina do direito natural deduz da natureza normas imutáveis da conduta justa, o que faz é transformar regras do *ser* em normas do *dever-ser* e produzir a ilusão de um valor imanente à realidade, representadas como fins objetivos da natureza, isto é, a natureza é interpretada como um todo ordenando com uma finalidade. Ou seja, é apenas uma concepção platônica metafísico-religiosa do mundo, resultado unicamente do hábito, que se radica na ideia de que a natureza foi criada por uma autoridade transcendente, incorporadora em si do valor moral absoluto ou do acontecer fático da realidade. (KELSEN, 2003, p. 73). Nesse sentido, a natureza pode ser interpretada como um todo organizado com uma finalidade quando se admite certos fins ao acontecer natural por aparte de uma vontade transcendente. Como tal, esta validade é tida como absoluta e imutável, como consequência exclusiva da sua origem divina. (KELSEN, 2003, p. 75). Ou seja, ocorre no jusnaturalismo, segundo Kelsen, o salto entre *ser* e *dever-ser* denunciado por Hume<sup>45</sup>.

O que visa o direito natural, dessa forma, consciente ou inconscientemente, afirma Kelsen, não é uma função revolucionária, como de costume se acredita, mas tem sempre uma função reacionária e mantenedora dos costumes ou hábitos correntes, pois sempre acaba legitimando o detentor do poder, dando-lhe atributos políticos incontestáveis, vistos serem *naturais*. Ou seja, há sempre um caráter conservador no jusnaturalismo e no platonismo, exercendo apenas a função de justificar indiscriminadamente as arbitrariedades cometidas pelo Estado. Tal como apresentado por seus defensores, o jusnaturalismo platônico serviu invariavelmente para justificar as ordens jurídicas

---

<sup>45</sup> Conforme Hume: “In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark’d, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz’d to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition thta is not connected with na ought, or na ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expressos some new relation or affirmation, ‘is necessary that shou’d be oberv’d and explain’d; and at de same time that a reason shou’d be given for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely diferente from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the reader; and am persuaded, that this small attention wou’d subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distintion of vice and cirtue is not founded merely on the relations of objects, no ris perceiv’d by reason.” (HUME, 2009, p. 302).

existentes e as suas instituições políticas e econômicas como naturalmente harmônicas. Ou seja, um caráter inteiramente político conservador. (KELSEN, 2003, p.106).

Para o autor (KELSEN, 1945, p.384), as objeções de Hume, nesse sentido, se dirigem, sobretudo, contra a ideia dominante no seu tempo, da existência de uma conexão objetiva entre causa e efeito, inerente às próprias coisas, fruto de uma retomada do platonismo. Daí a causa ser concebida como um agente, uma substância que emite força. Tal ideia parece ter se apoiado na experiência da operação da vontade do homem, que considerava o seu *eu* e a sua *alma* (um conceito similar ao conceito de força natural) como a causa de suas ações. O giro decisivo que Hume deu ao problema da causalidade foi a transferência da conexão entre causa e efeitos da esfera do objeto para a esfera do sujeito, fazendo, assim, de um problema ontológico, um problema epistemológico, afirmando que na natureza não há conexões necessárias, mas somente a percepção de sucessões regulares de fatos. Igualmente, a ideia de uma lei geral da causalidade, conforme a qual causas similares produzem necessariamente efeitos similares, é meramente um hábito do pensamento originado das impressões regulares dos fatos, que por fim tornam-se convicções. Portanto, Hume também descartaria (segundo Kelsen) a ideia de causalidade necessária aplicada às penas, ou seja, o princípio da retribuição, o qual seria oriundo, portanto, do jusnaturalista descrito nos parágrafos anteriores desta seção.

Assim, para Kelsen (1945, p. 385), a verdadeira contribuição de Hume consiste em assinalar que, sobre a base da experiência, não se pode supor nenhuma conexão necessária de causa e efeito. O que consistiu também em recusar qualquer fundacionalismo também no âmbito jurídico e moral – isto é, Hume renuncia buscar a necessidade do nexos causal na própria sociedade, representada em uma figura divina. Essa recusa da causalidade, refletida no direito penal, também resulta na recusa lógica do princípio da retribuição, o qual afirma que para toda ação má haverá uma retribuição social aplicada pelo Estado seguindo-se o princípio da causalidade.

É nesse sentido a argumentação kelseniana pela superação do princípio da retribuição penal, tal qual a superação da causação necessária e a formulação de outra norma fundamentadora da aplicação da pena, coerente com a ciência moderna e longe do problema da causação necessária: o princípio da imputação penal. Não se trata de retribuir uma ação considera indesejada socialmente por uma pena, aplicada

causalmente à retribuição do fato delituoso. Ocorre, enfim, que não há retribuição necessária para determinada ação ou omissão, mas há uma imputação, e, portanto, unicamente um sentido de um ato de vontade, não de conhecimento, na aplicação das penas. Enfim, para Kelsen também o direito penal, mesmo se arrogando racional através da retribuição, não passa da aplicação das paixões de forma legitimada não racionalmente, mas pelos hábitos e consuetudinariamente. Tal posicionamento justifica sua renúncia ao princípio da retribuição, como queria tanto Platão quanto Kant na doutrina do direito, para sustentar imputação de uma pena a determinado ato.

Ocorre, enfim, uma mudança significativa na justificação das penas em Kelsen a partir da sua leitura de Hume. Ao criminoso é imputada uma pena, sendo essa não uma causação necessária na busca da retribuição do crime à sociedade, mas um sentido de um ato de vontade aplicado a uma conduta não desejada.<sup>46</sup>

---

46 Nas palavras do próprio Kelsen sobre a questão (1945, p. 383 e 384): “Originariamente desarrollado en las doctrinas de los atomistas, el principio de causalidad absolutamente válido, que en cuanto ley natural no admitía excepciones, fue acogido luego por Epicuro y sus seguidores. Después del triunfo del cristianismo, empero, la idea corrió peligro de perderse nuevamente en la concepción teológica del mundo que reinó en la concepción teológica del mundo que reinó en la Edad media. Pero la nueva ciencia natural fundado por Bacon, Galileo y Kepler resucitó y revió el principio de causalidad, en forma tal que quedó como único esquema para la interpretación de la naturaliza hasta muy recientemente, en que se lo cuestionó en ciertas esferas de la física moderna, si es que no se lo negó del todo. Si se habla hoy, con razón o sin ella, de una crisis de este principio, no debe olvidarse que esa crisis empezó con la crítica famosa por Hume de la creencia [belief] en la causalidad. Las objeciones de Hume se dirigen sobre todo contra la idea, aún dominante en su tempo, de que existe na conexión objetiva entre causa y efecto, una conexión inherente a las cosas mismas – una lazo íntimo tal que la causa produce en alguna forma ele efecto; la causa hace algo que trae como consecuencia ele efecto. De ahí que la causa sea concebida como un agente, una substancia que emite fuerza.”

E sobre a superação do princípio da causalidade pela imputação (KELSEN, 1945, p. 402): “El verdadero logro de Hume no consiste en señalar que, sobre la base de la experiencia, no se puede suponer ninguna conexión necesaria de causa y efecto. Eso había sido ya determinado antes de su tiempo. Consistió esta idea junto con toda la noción previa de causalidad. La ley de causalidad dejó de ser una expresión de la voluntad divina, una norma. El único elemento al cual podía atribuirse absoluta necesidad, la voluntad trascendental que establecía la conexión objetiva entre causa y efecto, fue entonces puesto aparte. Sólo una

Enfim, também no aspecto da coerção, Hume substitui Kant em Kelsen. E, sobretudo, a partir da leitura kelseniana sobre Platão, fica claro a reafirmação de Kelsen sobre o ceticismo moral no que concerne à aplicação do direito e a utilização do princípio da imputação em substituição ao da retribuição como a causalidade.

## 5.2 Kelsen e Freud

Como visto no segundo capítulo desta tese, acerca da leitura de Kelsen sobre Platão, fica evidente as influências freudianas sobre a sua teoria do direito. De tal modo, a influência de Freud em Kelsen se dá já no início da sua carreira acadêmica e permanece em todas as fases. Para Losano (1977, p. 99), já em seus primeiros escritos, Kelsen dedica parte dos conceitos, como Estado e norma, ao pensamento freudiano. Para Losano, inclusive, a obra de Freud tem mais influência em Kelsen do que o próprio Círculo de Viena. (LOSANO, 1977, p. 105). Tese essa também compartilhada por Jabloner. (1998, p. 368).

Segundo Gavazzi (2000a, p. 17), uma das primeiras referências de Kelsen à teoria psicanalítica freudiana consta no texto *Conceito de Estado e psicologia social. Com atenção especial à teoria das massas de Freud*, de 1922. Defende Gavazzi que para Kelsen, torna-se muito claro que a possibilidade de conhecimento do direito como uma ciência autônoma se dá pela pressuposição da norma fundamental, a qual unifica a validade das normas, tornando-as objeto da ciência jurídica. Entretanto, Kelsen não se abstém de fornecer interpretações para o surgimento do Estado ou mesmo das normas jurídicas enquanto sentido de um ato de vontade. Nesse aspecto, o jurista dedica-se ao estudo dos textos freudianos como recurso teórico para explicar o surgimento das massas em termos psicanalíticos, resultando também na tese do surgimento do Estado, enquanto sentido de um ato de vontade, como fato existente na natureza, porém não se confundindo, nesse aspecto de fato, com o Estado/direito enquanto norma.

Assim, Kelsen, ainda segundo Gavazzi (2000a, p. 17), critica a ideia do Estado em seu aspecto factual como uma massa caracterizada

---

norma puede pretender inviolabilidad, porque una norma no es un juicio sobre la realidad y, por tanto, no puede nunca contradecirla. La realidad, empero, tal como aparece ahora al conocimiento humano, no admite como esquema de interpretación una ley inviolable.”

pela formação de uma “alma coletiva” (GAVAZZI, 2000a, p. 17), no qual o indivíduo tem seu aparelho psíquico coletivo e pode imergir em massas organizadas, tais como o Estado e a Igreja. Ocorre que em sua gênese, o Estado faz remontar a um desvio de libido individual mediante um processo de identificação particularmente intenso que se dá pela instalação de um objeto como, por exemplo, o chefe (ou pai), no lugar do *ego* ideal, qual por sua vez resulta na identificação dos indivíduos entre si. Por oposto, e utilizando expressamente de Freud, Kelsen defende que o indivíduo no Estado não é formado pela massa da “alma coletiva”, mas apenas por uma psicologia individual.

Embora tome como ponto de partida a descrição de Le Bon da mente grupal, ele certamente não comete o erro da hipóstase. Já no início de sua investigação, com louvável perspicácia, ele nega toda contradição entre a psicologia individual e social, e explica que a antítese das ações psíquicas sócias e não-sociais (“narcisistas” ou “autistas”, isto é, destituídas de relação com outra pessoa) ocorre “inteiramente no domínio da psicologia individual”. Assim, Freud formula de modo absolutamente correto o que Le Bon considera o fato decisivo quanto diz que o indivíduo, submetido a certa condição, pensa, sente e atua de modo bastante diferente do esperado e que essa condição é sua inserção num conjunto de pessoas que adquiriu o caráter de um grupo psicológico. Para Freud só existe a mente do indivíduo, e a sua psicologia é, em todas as circunstâncias, uma psicologia do indivíduo. O que caracteriza seu método é justamente o fato de apresentar os fenômenos da chamada mente grupal como manifestações da mente individual.

Este, porém, não é o único aspecto em que as pesquisas de Freud demonstram uma nítida superioridade sobre as de Le Bon.” (KELSEN, 2000a, p. 317)

(...)

E a análise psicológica de Freud prestou um importantíssimo serviço preparatório exatamente neste sentido, ao decompor com êxito em seus elementos psicológicos individuais as hipóstases

de Deus, da sociedade e do Estado, não obstante a carga mágica de sua terminologia centenária.

Nesses termos, Gavazzi (2000a, p. 18) conclui que a leitura de Kelsen acerca de Freud o leva ao reconhecimento da impossibilidade da fundação de uma realidade *Estado* em termos de psicologia de hipostatização da realidade. Nas palavras de Gavazzi (2000a, p. 19):

Minha impressão é de que seria preferível dizer que Kelsen vê na teoria psicanalítica “o complementar” mais próximo e mais compatível de sua teoria (conservando cada um seus próprios métodos e suas próprias finalidades específicas).

Mas as coisas provavelmente não se encerram aqui. Se relermos com atenção as páginas de “Fundamentos da democracia”, dedicadas, respectivamente, ao “tipo democrático de personalidade”, ao “princípio de tolerância” e, sobretudo, ao “caráter racionalidade da democracia”, não poderemos deixar de ter a impressão – eu, pelo menos, não consigo – de que o investimento libidinal, de que Freud falava, dos homens de massas num “tipo de chefe” ou numa idéia sucedânea dele pode ter algum parentesco ou conexão com a pressuposição de validade da norma fundamental da ordenação. E, em meu modo de ver, ainda há mais: se numa ordenação democrática como a descrita por Kelsen o chefe ou os chefes não são tais por descendência “paterna” mas, se assim pode dizer, são todos pais putativos e, além disso, não são dados mas designados pelo procedimento eleitoral, e se, de alguma forma, são fungíveis e podem ser substituídos sem meios cruentos como o assassinato do Pai primígeno ou tiranicídio que é seu equivalente historicamente provado, isso significa que uma estrutura democrática da ordenação social representa (ou pode representar), na perspectiva freudiana que me arrisco a atribuir a Kelsen, um grau de investimento (e, portanto, de identificação) menos absoluto, menos totalitário, relativo, parcial, calculado – em todo caso, não definitivo. E, se é verdade que os filhos se rebelaram contra o pai despótico e o mataram, e também que os reis despóticos muitas

vezes tiveram o mesmo fim, sem dúvida é mais difícil que isso se aplique ao chefe democrático.

Também nesse mesmo entendimento, Berlanga (2002, p. 11) evidencia afinidades entre Freud e Kelsen, sobretudo através do tipo de sujeito idealizado por ambos. Tanto para Freud, quanto para Kelsen, há a adoção de uma política de subjetividade subjacente às suas teorias. Assim, para Berlanga (2002, p. 31), Kelsen conserva a ideia de continuidade entre autocracia de Estado e a projeção das formas autoritárias das personalidades políticas nas sociedades de massas. Nesse caso, também ambos reduzem o Estado e a crença religiosa ao que Freud nomeou de *superego*, representado a norma impositiva contra o *id*. Nesses termos, os autores entendem a autoridade social como a exigência da renúncia dos seus membros dos seus instintos (*id*) em favor da comunidade, formando a personalidade dos indivíduos (*ego*). Ocorre que também para ambos, no caso de Freud a histeria, no caso de Kelsen a personalidade autocrática (Platão, portanto), o excesso humilhante da norma do Estado prefigura uma libertação compulsiva, de desejo por liberdade e verdade transcendente ao *status* vivido. Esse desejo pela libertação pessoal para Kelsen é personificado, como visto no secundo capítulo dessa tese, em Platão.

Psicologicamente, o absolutismo político corresponde a um tipo de exagerada consciência do ego. A incapacidade ou falta de disposição do indivíduo em reconhecer e respeitar seu semelhante como outro ego, como uma entidade do mesmo tipo de seu próprio ego originalmente vivenciado, impede que esse tipo de homem aceite a igualdade como um ideal social, do mesmo modo que seu incontrolável impulso de agressão e seu intenso desejo de poder tornam impossíveis a liberdade e a paz enquanto valores políticos. É um fato característico que o indivíduo eleve sua autoconsciência ao identificar-se com seu superego, o ego ideal, e que o ditador investido de um poder ilimitado represente a si próprio o ego ideal. Portanto, não é de modo algum uma contradição, mas, de um ponto de vista psicológico, bastante coerente afirmar que é esse o tipo exato de homem que defende uma disciplina rigorosa, inclusive a obediência cega e, na verdade, encontra a mesma felicidade em obedecer e comandar.

Identificação com a autoridade – eis o segredo da obediência. (KELSEN, 2000, p. 192).

Conforme Jabloner (1998, p. 382), além dos escritos de Kelsen sobre as sociedades de massa, da mesma forma há referência do jurista sobre Freud no texto *Deus e Estado* (KELSEN, 2012, p. 37). Para Jabloner, no texto em questão, Kelsen expressa sua concordância com a tese freudiana do totemismo. Do texto também se originou a sua tese da retribuição *versus* a causalidade.

E de fato, no texto *Deus e Estado*, publicado também em 1922, Kelsen expressamente se refere a Freud. Diz (KELSEN, 2012, p. 37):

O problema religioso e o problema social apresentam um notável paralelismo. Em primeiro lugar, pelo ponto de vista psicológico. De fato, se analisarmos a maneira como deus e a sociedade – o religioso e social – são vividos pelo indivíduo, evidencia-se que as linhas diretrizes do seu estado de ânimo são idênticas em ambos os casos.

(...)

Segundo Freud, a identidade psicológica entre a atitude religiosa e a social se explica essencialmente pelo fato de que ambos os vínculos remontam a uma mesma experiência psíquica fundamental, a qual age de maneira idêntica na relação com a autoridade, tanto religiosa como social. Trata-se da relação do filho com seu pai, o qual lhe penetra a alma em forma de gigante, de poder supremo, chegando a ser para ele a autoridade enquanto tal. Mais tarde, toda autoridade será experimentada como um pai. Como substituto do pai se apresentam o Deus venerado, o herói admirado, o soberano amado com respeitoso temor. Somente como representantes do pai podem tais autoridades provocar em benefício próprio todas aquelas emoções que convertem os homens em crianças carentes de vontade e opinião própria.

Da mesma forma, Tommasi, na introdução da edição italiana da *L'amor platônico* (KELSEN, 1985, p. 21), explica que em linhas gerais, há uma relação estreita entre a psicanálise freudiana e a teoria do direito de Kelsen, especialmente no período vienense, ou seja, ainda no início da sua fase europeia. Tommasi alerta também para a crítica de Kelsen a Freud, especialmente sobre o problema da psicologia individual e de

massa. Contudo, é marcante a influência do psicanalista na formação da TPD, na sua crítica ao platonismo e na sua formação política radicalmente democrática e antinazista, pois o tipo descrito por Kelsen como platônico é um arquétipo do indivíduo nacional socialista. Diz o autor (TOMMASI, 1985, p. 21):

L'ostilità di Kelsen verso la concezione platonica dello Stato potrebbe spiegarsi, opportunamente, in termini ideologici, come il rifiuto di un pensatore democratico nei riguardi di qualsiasi ordinamento autoritario, nonché di ogni restrizione imposta alla partecipazione dei cittadini al potere. Ma egli tenta di derivare questa concezione dall'omosessualità come tale, e un passo così lungo non si può certo compiere neppure chiamando in causa la psicanalisi. L'irriducibilità del desiderio, di cui Kelsen, in qualche modo, prende atto nel caso di Platone, sta invece a dimostrare come non ci sia un ordinamento giuridico capace di esorcizzare il fantasma dell'orda primitiva, evocato da Freud come mito e divenuto in quegli anni una terribile realtà, con i suoi riti tribali, la sua violenza e le sue esplosioni di furore collettivo. Da questo punto di vista anche il lavoro di Kelsen qui proposto assume un significato emblematico, benché non sia certo corretto vedere in esso un tentativo, anche lontano, di interpretazione del fenomeno nazista. Quest'ultimo, semmai, più di qualsiasi confronto epistemologico o scientifico, fu una tremenda conferma della validità delle tesi freudiane circa la struttura della massa. L'avvento del nazismo spinse sia Kelsen che Freud lungo la triste via dell'esilio. Il primo, emigrato prima in Svizzera e poi in America, smise anche di occuparsi di psicanalisi e, a quanto risulta, non se ne interessò mai più. Il secondo, invece, vide ripetersi a distanza di anni un fenomeno tanto amaro quanto paradossale: quello di una disciplina, la psicanalisi, che ancora una volta ebbe la miglior conferma di sé proprio dai suoi nemici peggiori.

Ou seja, observa-se claramente a origem do pensamento kelseniano amparado sobre os conceitos freudianos de sujeito. Conclui-se, nesse ponto, que é possível considerar Freud, assim como Hume,

como uma das suas principais fontes, tanto de vocabulário conceitual, como de base filosófica para a formação da Teoria do direito.

Finalmente, tanto a referência humeana e freudiana serão retomadas no próximo capítulo desta tese no sentido de reconstruir a teoria do direito de Kelsen a partir da sua impossibilidade de ser classificada ou justificada como neokantiana. Assim, busca-se entender como é possível sustentar conceitos distintos do autor sem seu suposto neokantismo, tais como os conceitos de NF, liberdade, Estado, direito nacional e internacional. Defende, desse modo, uma reinterpretação dessas teses, não com o fim de refutar tais hipóteses defendidas pelo autor, mas apenas buscar uma leitura filosófica possível e coerente.

## **6. KELSEN SEM KANT: A TEORIA DO DIREITO DE KELSEN A PARTIR DA SUA LEITURA ANTIPLATÔNICA E DA SUA REFERÊNCIA FILOSÓFICA NÃO KANTIANA, HUMEANA E FREUDIANA: a aplicação dos axiomas**

Como visto nos dois primeiros capítulos da presente tese, não há como classificar Kelsen como neokantiano em nenhum dos seus aspectos, isto é, jurídico, moral ou científico. Também, observou-se que o seu antiplatonismo é central para compreender a sua teoria jurídica. Este último capítulo, então, reinterpreta os principais os conceitos da sua teoria evitando o neokantismo no sentido de compreender como a sua obra pode ser analisada e justificada através do seu antiplatonismo e suas referências humeanas e freudianas. São eles os conceitos de NF, liberdade, monismo entre Estado e direito, soberania e primado do direito internacional e, finalmente, a questão da decisão judicial. Como método para isso, aplicar-se-á os axiomas deduzidos a partir da leitura de Kelsen sobre Platão, exposto aqui no final do terceiro capítulo da tese.<sup>47</sup>

### **6.1 A norma fundamental como proposição do axioma 1 - há unidade entre alma e corpo; ou, forma e matéria; ou ainda, norma pressuposta e norma posta**

Esta seção compara a ideia de NHF conforme a sua fundamentação neokantiana em Kelsen e a nova proposta de NF conforme o axioma 1, formulado a partir do antiplatonismo kelseniano. Com essa comparação, procura tornar claro as diferenças radicais envolvidas na tentativa de reinterpretação a TPD não mais como lógica-transcendental, universalista, formal e *apriorística*, mas empírica, relativa, *a posteriori* e vinculada ao materialismo.

#### **6.1.1 A NHF a partir do neokantismo**

Segundo o próprio Kelsen (2009b, p. 221), a NHF não é uma norma material, mas resultado de uma operação lógica pressuposta como condição de possibilidade do conhecimento objetivo das normas. No caso, uma Constituição, que em si mesma é um sentido subjetivo de atos

---

<sup>47</sup> Ver seção 4.4.

de vontade, apenas pode ser interpretada como sentido objetivo desse ato de vontade, isto é, válida para todos, se retirar sua autorização de outra norma, que por sua vez não poderia ser material para se evitar um regresso ao infinito.

A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como particular do geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. (...) Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. (KELSEN, 2009b, p. 221).<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> No original: KELSEN, 1960, p. 201 e 2012: “Die Grundnorm einer Rechtsordnung ist nicht eine materielle Norm, die, weil ihr Inhalt als unmittelbar einleuchtend angesehen, als höchste Norm vorausgesetzt wird und aus der durch logische Operation Normen menschlichen Verhaltens — als das Besondere aus dem Allgemeinen — abgeleitet werden können. Die Normen einer Rechtsordnung müssen durch einen besonderen Setzungsakt erzeugt werden\*). Es sind gesetzte, das heißt positive Normen, Elemente einer positiven Ordnung. Versteht man unter der Verfassung einer Rechtsgemeinschaft die Norm oder die Normen, die bestimmen, wie, das heißt von welchen Organen und in welchen Verfahren — durch bewußte Rechtssatzung, insbesondere Gesetzgebung, oder Gewohnheit — die generellen Normen der die Gemeinschaft konstituierenden Rechtsordnung zu erzeugen sind, ist die Grundnorm jene Norm, die vorausgesetzt wird, wenn die Gewohnheit, durch die die Verfassung zustande gekommen ist, oder wenn der von bestimmten Menschen bewußt gesetzte, verfassunggebende Akt objektiv als ein normerzeugender Tatbestand gedeutet wird; wenn — im letzteren Falle — das Individuum oder die Versammlung von Individuen, die die Verfassung errichtet haben, auf der die Rechtsordnung beruht als normsetzende Autorität angesehen werden. In diesem Sinne ist die Grundnorm die Einsetzung des Grundtatbestandes der Rechtserzeugung und kann in diesem Sinne als Verfassung im rechtslogischen Sinne zum Unterschied von der Verfassung im positiv-rechtlichen Sinne bezeichnet werden. Sie ist der Ausgangspunkt eines Verfahrens: des Verfahrens der positiven Rechtserzeugung. Sie ist selbst keine gesetzte, durch Gewohnheit oder durch den Akt eines Rechtsorgans gesetzte, keine positive, sondern eine voraus-gesetzte Norm, sofern die verfassunggebende

Mais do que não material, a NHF para Kelsen, tem como seu fundamento epistemológico a teoria kantiana aplicada por analogia. Segundo o autor, a NHF é condição lógico-transcendental da interpretação dos sentidos subjetivos de atos de vontade como seu sentido objetivo. (KELSEN, 2009b, p. 225).

Assim, também os principais comentadores do autor defendem a NHF com caráter formal e lógico-transcendental. Ou seja, está dissociada da Constituição ou da legislação posta porque não é parte integrante e material do sistema normativo, mas recurso formal para possibilidade do conhecimento do direito.<sup>49</sup>

Como, entretanto, provado nos capítulos anteriores da tese, tal condição lógico-transcendental de uma NHF não tem suporte nos textos de Kant, mesmo considerando verdadeira a tese de Kelsen de ruptura entre a CRPu e a filosofia prática kantiana. Isso porque uma norma fundamental dessa espécie, restrita à teoria da ciência de Kant, não autorizaria o positivismo exclusivo proposto por Kelsen. Além, mesmo considerado apenas o neokantismo, também uma NHF teria um *status* de ideia platônica, isto é, independente da consciência dos agentes e, logo, contrário ao positivismo kelseniano.<sup>50</sup>

Enfim, não há possibilidade considerar a NHF como teoria válida se forem verdadeiras as hipóteses defendidas nessa tese de que não há contradição entre CRPu e CRPr e de que o próprio neokantismo não autoriza as hipóteses de Kelsen tais como o autor as propõem.

---

Instanz als eine hechste Autorität angesehen wird und daher durch keine von einer hiiheren Autorität gesetzte Norm als zur Verfassunggebung ermächtigt angesehen werden kann.”

<sup>49</sup> Sobre o formalismo da interpretação da NHF, conferir o primeiro capítulo da tese, o qual trata da defesa de Kelsen como pertencente ao transcendentalismo kantiano mesmo em suas obras maduras, isto é, a tese da não periodização das suas obras. Ver o capítulo 2, seção 2.3.1.

<sup>50</sup> Conforme descrito no terceiro capítulo da tese, o neokantismo, especialmente de Marburg, requer o conceito de ideia desvinculado a subjetividade, o que remete diretamente ao platonismo.

### **6.1.2 A NF a partir do axioma 1 – há unidade entre norma pressuposta e norma positivada**

Como visto, o conceito de norma fundamental é o mais debatido pelos comentadores de Kelsen. Da mesma forma, foi a sua suposta reformulação o tema mais discutido nos últimos anos sobre o autor. Esta tese defende, por oposto, que não há transição alguma - Kelsen é antiplatônico radical em todos os sentidos e, portanto, todas as fases. O que aqui se defende, por conseguinte, é uma superação do conceito de NF vinculado ao neokantismo em todos os seus aspectos, tanto na ideia da NF como pressuposto lógico, quanto sua transição de fundamentação hipotética para ficcional (na TGN). Assim, defende que a NF apenas é possível a partir do axioma 1, mesmo contrariando posição expressa do autor (KELSEN, 2009b, p. 225), isto é, contra a literalidade dos seus escritos, pois só assim seria filosoficamente possível a sua teoria a partir do seu antiplatonismo e da constatação da impossibilidade de classificá-lo como neokantiano.

Para definir a NF em Kelsen sem Kant, assim sendo, primeiro é preciso retirar seu caráter transcendental e fundamentá-la como empírica, considerando o seu monismo antiplatônico entre forma e matéria (a negação do *chorismos*). Isso só seria possível entendendo a NF como proposição do axioma 1 apresentado no terceiro capítulo da tese. Isso porque a NF, aqui, não teria mais o sentido neokantiano de hipótese, a qual possibilitaria o conhecimento objetivo do direito de forma universal e necessária.

Na verdade, a NF, sem o neokantismo, torna-se apenas possível se posta no ordenamento como norma autovalidada, a qual unicamente pode autorizar o conhecimento objetivo do direito enquanto estabelecida empiricamente e a partir de si mesma. Ou seja, a NF, a partir do antiplatonismo (do axioma 1), é a condição de possibilidade do conhecimento do direito enquanto direito posto (tanto pela legislação quanto pelo costume) e no contexto empírico do observador. Ou ainda, não se trata de uma teoria geral do direito e das normas, mas uma teoria restrita à própria possibilidade de imaginá-la como tal em uma legislação posta ou consuetudinariamente pré-determinada.<sup>51</sup> Mais ainda, a teoria de

---

<sup>51</sup> Nesse sentido, também a tese se contrapõe a ideia de uma NF fundamentada ficcionalmente, conforme Hans Vaihinger (1935). Na verdade, a fundamentação ficcional também pressupõe um neokantismo no sentido de que a ficção proposta

Kelsen só é possível se já houver a NF (portanto *a posteriori*) observável pelo indivíduo em um contexto histórico. Assim, a NF não é transcendental, mas intrinsecamente relacionada com o caráter institucional de determinando direito/Estado.

Isso ocorre porque, sem o transcendentalismo kantiano, a própria concepção de uma NF, a qual possibilita a objetividade normativa a todo o sistema sem ser posta, mas pressuposta, apenas pode ser interpretada a partir da sua existência enquanto presente no mundo empírico. Ou, em outras palavras, a NF está presente no mundo empírico, sendo posta no ordenamento ou posta pelo costume.

Poder-se-ia acusar a teoria de Kelsen, considerando correta essa nova interpretação da NF, de solipsista e pluralista, isto porque profundamente relativista. Ora, se a NF não é nem hipotética, nem ficcional, então ela seria condicionada a uma formulação sempre individual ou isolada de norma, porque o empírico é sempre a partir do indivíduo. E mesmo uma legislação também seria acusada de solipsista e pluralista, ou, em outros termos, levaria a um ultranacionalismo, fechado e autorreferente. Assim, existiriam tantas normas fundamentais quanto cabeças para imaginá-las; ou, tantas normas fundamentais quanto legislações postas. Entretanto, isso é evitado também através do axioma antiplatônico o qual invoca a liberdade (axioma 2) e a igualdade (axioma 4). Nesse sentido, diz Kelsen (2000a, p. 166 e 167):

O caráter específico da teoria relativista do conhecimento envolve dois perigos. O primeiro deles é um solipsismo paradoxal, a saber, o pressuposto de que, enquanto sujeito do conhecimento, o ego é a única realidade existente, a impossibilidade de reconhecer a existência simultânea de outros egos, a negação egoísta do tu. Esse pressuposto envolveria a epistemologia relativista em uma autocontradição. Pois se o ego é a única realidade existente deve constituir uma realidade absoluta. O outro perigo é um pluralismo não menos paradoxal. Uma vez que o mundo somente existe no conhecimento do sujeito, de acordo com essa concepção, o ego é, por assim dizer, o centro de seu próprio mundo. Se, no entanto, a existência de muitos egos deve ser

---

por Vaihinger possibilita pensar em uma fundamentação auto-contraditória, porém também universalista, capaz de justificar o transcendentalismo kantiano.

administra, parece inevitável a consequência de que tanto mundo existem quanto são os sujeitos cognoscitivos. O relativismo filosófico evita deliberadamente o solipsismo e o pluralismo. Levando em consideração – como verdadeiro relativismo – as relações mútuas entre os diversos sujeitos do conhecimento, essa teoria compensa sua incapacidade em assegurar a existência objetiva de um mesmo mundo para todos os sujeitos através do pressuposto de que os indivíduos, enquanto sujeitos do conhecimento, são iguais. Esse pressuposto também implica que os diversos processos de conhecimento racional nas mentes dos sujeitos são – contrariamente às suas reações emocionais – iguais; assim, torna-se possível o pressuposto adicional de que os objetos do conhecimento, enquanto resultados desses processos individuais, estão em conformidade entre si, um pressuposto confirmado pelo comportamento externo dos indivíduos. Sem dúvida, existe um inegável conflito entre liberdade absoluta e igualdade. Mas o sujeito do conhecimento não é livre em um sentido absoluto, mas apenas relativo; livre sobre as leis do conhecimento racional e sua liberdade não é incompatível com a igualdade de todos os sujeitos do conhecimento. A restrição da liberdade por uma lei sob a qual todos os sujeitos são iguais é essencial ao relativismo filosófico. Do ponto de vista do absolutismo político, por outro lado, o essencial não é a igualdade dos sujeitos, mas pelo contrário, sua desigualdade fundamental em relação ao ser absoluto e supremo.

Ou seja, a NF, como proposição do axioma 1, não exige universalidade ou necessidade, tal como o neokantismo. Ela apenas existe pressupondo sua existência em si a partir de si mesma em uma legislação posta. E, finalmente, evita-se o solipsismo e o pluralismo recorrendo aos axiomas da liberdade (axioma 2) e da igualdade (axioma 4), os quais, por sua vez, também não são transcendentais, mas postos pela legislação ou pelo costume.

Importante também destacar nesse momento que a liberdade e a igualdade aqui não se tratam de fundamentos de validade para a NF. Isso

porque quem dá validade à NF é a própria NF. Ou seja, a NF não é válida porque pressuposta por sujeitos livres e iguais; mas a liberdade aqui defendida a partir de Kelsen é uma norma necessária para evitar o solipsismo e o pluralismo. Na próxima seção se especificará o conceito de liberdade em Kelsen, no sentido de que ele apenas está presente no sistema normativo como seu conteúdo, não fundamento, embora, como visto, é ele mesmo necessário para a NF, no sentido de evitar os erros do solipsismo e pluralismo.

### **6.1.2.1 Breve observação sobre a crítica de Mario Losano a Kelsen na obra “Os grandes sistemas Jurídicos” e a questão da NF *a posteriori***

Considerando tudo exposto, concorda-se em parte com a crítica de Losano (p. 382) a Kelsen quando o qualifica como neokantiano, mas o contesta a partir da proposta de interpretação como antiplatônico.

Isso porque Losano defende a hipótese da existência de grandes sistemas jurídicos, plurais e que são apenas descobertos se privilegiar metodologicamente a realidade social em detrimento do formalismo. Segundo o jurista italiano, o formalismo, por ser universalista, não permitiria a própria concepção de sistemas jurídicos, mas a ideia de um sistema jurídico universal, ou a percepção de uma teoria geral do direito. Segundo o autor, isso seria uma falha do formalismo por estar distante da realidade evidente da existência de vários sistemas jurídicos válidos, funcionais e reais.

Nesse caso, especificamente em relação a Kelsen, Losano (2007, p. 382) defende que o autor ambicionava separar o mundo do direito da realidade, mesmo que ainda tenha revisto sua tese quanto à questão da eficácia da norma. Ainda segundo Losano, a tese de Kelsen seria uma tentativa de criação de uma teoria geral do direito oferecida a partir dos pressupostos do neokantismo. Afirma:

O exemplo mais evidente de quanto a teoria filosófica condiciona a teoria geral do direito é oferecido, na minha opinião, pelos pressupostos neokantianos de Hans Kelsen, que o levam a construções que não têm correspondência na realidade jurídica.

(...)

A doutrina pura do direito de Hans Kelsen (1881-1973) é o triunfo da exposição sistemática: basta ler rapidamente o índice para perceber que cada item pode encontrar-se apenas ali, onde Kelsen o colocou, porque é fruto dos anteriores e condiciona os seguintes. Também a linguagem é tão rigorosa quanto a arquitetura da obra. A estrutura hierárquica que Hans Kelsen atribui ao ordenamento jurídico é enunciada com rigor geométrico.

(...)

Sem ambiguidades linguísticas, esse sistema se apresenta como inclusivo de qualquer fenômeno jurídico. E por isso mesmo é justamente criticado, tanto por partir de uma norma que não existe (a norma fundamental), quanto por não conseguir descer na prática a ponto de explicar o costume jurídico (que é uma situação sobretudo de fato). (LOSANO, 2007, p. 382 e 551):

Para Losano, Kelsen teria falhado enquanto teórico geral do direito. Isso porque para o autor a própria ideia de uma teoria geral do direito é impossível, porque não verificável.

Por tudo o que se defendeu na presente tese, considera-se verdadeira a afirmação de Losano: de fato, se considerar Kelsen como um neokantiano, formalista, Losano está correto. Porém, se imaginarmos a filosofia de Kelsen como teoria realista nos termos de Losano e a NF constituída *a posteriori*, tal como justificada a partir do axioma 1, também Losano teria que admitir a TPD como um dos grandes sistemas jurídicos que descreve. Ou seja, a TPD seria mais um dos grandes sistemas jurídicos, ao lado dos descritos por Losano, como, por exemplo, o sistema jurídico islâmico, romano, indiano, africano entre outros. A TPD não deixa de ser um sistema jurídico válido, mas se subtrai de ser considerada uma teoria geral do direito.

Afinal, justifica-se inserir a TPD junto aos grandes sistemas jurídicos descritos por Losano por tudo o que já foi exposto na introdução dessa tese. De fato, a teoria do direito kelseniana tornou-se a principal teoria adotada atualmente. E como tal, ainda que não se afirme como universalista, garante sua presença, e mesmo aplicação efetiva, como principal doutrina jurídica ocidental dos séculos XX e XXI.

## **6.2 Liberdade com proposição do axioma 2: Não há a metaxy.**

A liberdade em Kelsen, de tal modo, não é fundamento de validade da NF, porém está presente no seu conceito como norma posta, seja na forma de codificação, seja enquanto costume. A liberdade, assim, também não é absoluta e não faz parte da justificação e possibilidade do conhecimento do direito. De tal modo, também a liberdade aqui não é um princípio racional de transição entre corpo e alma (a metaxy), ou representa o anseio platônico de libertação.

A liberdade, considerando, então, o axioma 2, estará presente no sistema normativo apenas enquanto conteúdo da norma. Ou seja, a liberdade não se configura enquanto fundamento de validade do direito, portanto apenas como forma, ou espírito; mas a liberdade está dentro do sistema jurídico, como conteúdo normativo, isto é, matéria. Ou seja, a liberdade no autor não se constitui, como no platonismo, de forma transcendente e dualista entre alma e corpo. Não há em Kelsen, logo, qualquer anseio por liberdade pessoal, a qual seria adquirida pela *metaxy*. A liberdade aqui é tão somente jurídica e norma posta.

E também, como visto a partir da proposição 1, derivada do axioma 1, a liberdade, apesar de não ser fundamento da NF, ele imprescindível para se evitar o solipsismo e ou pluralismo.

### **6.2.1 A liberdade enquanto conteúdo material (não formal ou ideal) do sistema normativo**

Como conteúdo do sistema normativo, o conceito de liberdade kelseniano, portanto, não participa da validação das normas. Ou seja, a grande diferença entre Platão e Kelsen é a não necessidade do conceito metafísico de liberdade, ou a própria ideia de legitimação ou justificação do direito posto através da liberdade, mas a necessidade do conceito de liberdade enquanto conteúdo posto, seja como legislação, seja como costume. A liberdade presente no sistema normativo, para Kelsen, é tão somente parte do conteúdo desse sistema, não critério de validade.

Não sendo, portanto, condição de possibilidade do conhecimento objetivo do direito, a liberdade enquanto conteúdo vem especificada a partir de três possibilidades: a) no próprio sistema normativo, enquanto norma posta; b) na legislação enquanto sentido negativo, ou seja, a

liberdade de se fazer tudo o que a lei não proíbe; e c) em sentido técnico, isto é, na impossibilidade do direito regular todas as condutas humanas.

Conforme Kelsen (2009b, p. 48), o direito regula a conduta humana não apenas como sentido positivo, isto é, enquanto imputação de uma coerção que proíbe a ação por ele descrito. Mas também por uma forma negativa, no sentido de não determinar qualquer sanção a uma conduta não descrita previamente. Nesse, uma conduta humana é permitida no sentido de que não é proibida, ou seja, o indivíduo aqui é juridicamente livre por não lhe ser proibida uma determinada conduta. Nos termos de Kelsen (2009b, p. 47), o sujeito, sob esse último aspecto é negativamente livre.

Temos, portanto, a distinção bem definida entre o que o autor entende por liberdade em sentido positivo e em sentido negativo. A primeira, positiva, consiste na garantia do indivíduo de que a conduta de outrem contra a sua liberdade será objeto de coerção pelo Estado. Assim, o sujeito é juridicamente livre quando o Estado positivamente lhe garante o exercício dessa liberdade. Ou seja, é uma liberdade posta na norma e garantida pelo Estado na forma de coerção ao outro que lhe viole. Afirma:

Sob este aspecto, têm uma especial importância política as chamadas liberdades constitucionalmente garantidas. Trata-se de preceitos de Direito constitucional através dos quais a competência do órgão legislativo é limitada por forma a não lhe ser permitido – ou apenas o ser sob condições muito especiais – editar normas que prescrevam ou proíbam aos indivíduos uma conduta de determinada espécie, como a prática da religião, a expressão de opiniões e outras condutas análogas. (KELSEN, 2009b, p. 48).

Também faz parte dessa liberdade em sentido positivo, a possibilidade do indivíduo autodeterminar-se através da sua liberdade política. Ocorre que a ordem jurídica significa determinação da vontade do indivíduo (ou seja, restrição da liberdade), mas além disso, essa ordem que limita sua liberdade também o pode ser liberdade quanto admitida a autodeterminação desse indivíduo através da sua participação na criação da ordem social. Nesse caso, a liberdade política constitui-se em liberdade em sentido positivo na determinação do conteúdo do direito. (KELSEN, 2005, p. 408).

Já a liberdade negativa<sup>52</sup> se distingue da positiva por ser garantida pela proibição ao Estado de imputar qualquer sanção que não previamente definida por norma anterior. A liberdade em sentido negativo, entretanto, também é positiva no sentido que o Estado interfere quanto alguém impede outrem de realizar qualquer conduta não proibida pelo direito. Nesse caso, também a liberdade de se fazer tudo o que o Estado não proíbe coincide com a coerção do Estado, portanto positivamente, na medida em que o Estado agirá para impedir sua ingerência. Nesse caso, então, esse sentido negativo da liberdade também será positivo na medida em que, como conteúdo jurídico, é o reflexo de uma obrigação que lhe corresponde. (KELSEN, 2009b, p. 46 e 47).

A liberdade que, pela ordem jurídica, é negativamente deixada aos indivíduos pelo simples fato de aquela não lhes proibir uma determinada conduta deve ser distinguida da liberdade que a ordem jurídica positivamente lhes garante. A liberdade de uma pessoa que assenta no fato de uma determinada conduta lhe ser permitida, por não ser proibida, é garantida pela ordem jurídica apenas na medida em que esta prescreve às outras pessoas o respeito desta liberdade e lhes proíbe a ingerência nesta esfera de liberdade, isto é, proíbe a conduta pela qual alguém é impedido de realizar uma conduta que lhe não é interdita e, neste sentido, lhe é permitida. (KELSEN, 2009b, p. 47).

Além dessa liberdade em sentido positivo e negativo, Kelsen (2009, p. 47 e 48) apresenta outro tipo de liberdade distinta das duas apresentadas acima. Consiste na liberdade em sentido técnico, isto é, da insuficiência normativa nos casos em que além da norma não proibir a ação, também não proíbe o seu impedimento por parte de outrem. Exemplifica o autor:

Assim, pode, por exemplo, não ser proibido que o proprietário de uma casa faça uma abertura numa parede no limite da sua propriedade e aí instale um ventilador. Mas também pode, ao mesmo tempo, não ser proibido que o proprietário do terreno adjacente construa neste uma casa de que uma das paredes fique colada à parede da casa do vizinho

---

<sup>52</sup> Por exemplo, na Constituição brasileira o artigo 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

provida de abertura de ventilação, por fama a malogra-se o uso do ventilador. Nesse caso é permitido a um impedir o que ao outro é permitido fazer, a saber, introduzir ar num aposento da sua casa por meio de um ventilador. (KELSEN, 2009, p. 47).

Nesse caso, há a possibilidade de um conflito face ao qual a ordem jurídica não toma qualquer distinção. Isso porque a ordem jurídica não pode impedir todos os conflitos na sociedade. E esse ‘não poder’ está relacionado com a própria limitação técnica da ordem jurídica. Não há como, afirma Kelsen (2009b, p. 48), a ordem normativa social prescrever ações ou omissões à totalidade da conduta externa e interna humana – todas suas ações, pensamentos, desejos etc. Nesse caso, a ordem jurídica pode limitar a liberdade apenas de forma restrita, ficando um mínimo de liberdade, isto é, a ausência, tanto positiva quanto negativa, de vinculação jurídica na esfera da ação humana, na qual não se imputa qualquer comando ou proibição. A isso Kelsen chama de “liberdade inalienável”. Essa liberdade inalienável, contudo, não pode ser confundida com a liberdade enquanto direito inato do homem, ou enquanto direito natural, mas como apenas consequência da limitação técnica do direito. Portanto, não se trata de uma liberdade anterior ao Estado, mas uma liberdade em função da sua limitação na determinação de todo o comportamento humano.

Visto que uma ordem jurídica – como toda a ordem social normativa – apenas pode prescrever ações e omissões inteiramente determinadas, nunca o indivíduo pode, na sua existência total, na totalidade de sua conduta externa e interna, do seu agir, do seu querer, do seu pensar e do seu sentir, ver a sua liberdade limitada através de uma ordem jurídica. A ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantida, porém um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição. Mesmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito inato do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a

disciplina positiva da conduta humana. (KELSEN, 2009b, p. 48).

Conclui-se, nessa parte do trabalho, que a liberdade enquanto fundamento da ordem jurídica não tem espaço no pensamento kelseniano. Apenas a liberdade enquanto conteúdo jurídico, portanto, é admissível para o autor, isto é, apenas histórica e politicamente determinada. Essa ideia de liberdade, portanto, é uma proposição oriunda do axioma 2, o qual nega a *metaxy* no sentido de que nega a ideia de contrariedade (a transição) entre alma e corpo, ou forma e matéria. Assim, a liberdade aqui não é uma disciplina do corpo em direção à perfeição da alma, mas é apenas percebida como normativamente posta.

### **6.3 Monismo entre Estado e direito a partir da Ilusão da justiça - Axioma 3. Não há vinculação entre Bem e Verdade.**

Outro ponto central na teoria jurídica de Kelsen diz respeito à tese do monismo entre direito e Estado.<sup>53</sup> O que se pretende nessa seção consiste em partir do axioma 3 para compreender sua acusação de duplicação pleonástica jusnaturalista a submissão do conceito de Estado ao conceito de direito. Nesse caso, o dualismo se constitui pela vinculação da verdade ao bem, no sentido de que mesmo a realidade do Estado enquanto ente existente, acaba sendo desconsiderada como tal se não vinculada a um conceito de bem. Isto é, o dualismo vincula o Estado ao ‘direito justo’ tal como Platão vincula a verdade ao Bem.

Segundo Kelsen (2009b, p. 315), todo Estado é de direito.<sup>54</sup> Um Estado não pode existir sem direito, tendo em vista que o próprio se

---

<sup>53</sup> Conferir também meu trabalho sobre a comparação entre Kelsen e Harbermas e a questão do pleonasmismo do conceito de Estado de direito. In SOUZA, 2017.

<sup>54</sup> A tese defendida por Kelsen é consciente e confronta as hipóteses da existência de um Estado sem direito, de um Estado contra o direito, e, ainda, de um Estado violador de direitos. Sobre isso, Kelsen afirma ser impossível qualquer decisão ou ato válido do Estado contra a lei ou o direito, assim como inviável a existência de uma decisão ou lei válida inconstitucional. Isso porque é o próprio Estado o sujeito determinante da interpretação válida. Portanto, nunca pode um governo, ratificado por um tribunal constitucional ou não, agir contra a lei ou mesmo contra a norma. Ver: KELSEN, 2009b, p. 300: “A lei “inconstitucional”. A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *Contradictio in adjeto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o

constitui por normas, as quais são em sua gênese o sentido de um ato de vontade do legislador constituinte e formam, posteriormente, um sistema autônomo, isto é, o Estado também é norma e põe-se a si mesmo. (KELSEN, 1986, p. 3). Portanto, para o autor, a expressão *Estado de direito* é um pleonasma.<sup>55</sup> (KELSEN, 2009b, p. 346).

Entretanto, há, conforme Kelsen, uma clássica doutrina jurídica, a teoria do direito natural, fundamentalmente oriunda no platonismo, responsável por tratar direito e Estado como entidades distintas,

---

fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, por que não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.”.

55 Kelsen diz: “Se o Estado é reconhecido como uma ordem judicial, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma”. KELSEN, 2009b, p. 346.

Afirma logo em seguida que tal expressão “é efetivamente utilizada” (nota-se a não anuência do autor para tal uso) para designar um tipo especial de política de Estado, a qual cumpre os requisitos da democracia. Entretanto, não entende o seu uso por um sistema político específico excludente da tese monista entre Estado e direito ou excludente do problema do pleonasma. Destaca-se, ainda, a referência à expressão Estado de direito entre aspas. Diz: “Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. “Estado de Direito” neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade de expressão do pensamento, são garantidas.” in KELSEN, 2009b, p. 346, §3.

De fato considera-se Estado de direito aquele mantenedor das garantias constitucionais - liberdade, devido processo legal etc., porém não é essa a tese central defendida pelo autor, especialmente se tomarmos em conta o problema da validade versus legitimidade. Por fim, Kelsen expressamente declara-se partidário da democracia, como pode ser observado em KELSEN, 2000a, p. 23. Contudo, não afirma ser o modelo político democrático definitivo para o conceito de direito e Estado. Portanto, também não definitivo para a resolução do problema do pleonasma do termo Estado de direito.

condicionando o conceito deste à legitimidade de um direito justo.<sup>56</sup> Ou seja, o Estado, mesmo enquanto realidade, só o é se vinculado ao considerado ‘direito justo’. Consequentemente, tais jusnaturalistas defenderiam o imperativo da justiça absoluta para a composição da expressão Estado de direito, a qual, portanto, não implicaria em uma redundância.

Nesse sentido, duas tradições opostas debatem acirradamente – a teoria monista versus a teoria dualista. A primeira é sustentada por concepções positivistas e céticas, como as de Kelsen; a segunda por posições jusnaturalistas, por exemplo, Platão. Sucede que para este o conceito de direito antecede ao Estado e o legitima, sendo essa condição de sua validade (axioma 3); diferente daquele, para o qual os dois surgem simultaneamente e permanecem estritamente vinculados um ao outro (a não vinculação da verdade ao bem).

Na TPD, Kelsen (2009b, p. 315) apresenta sua tese monista entre Estado e direito.<sup>57</sup> Para o autor, na esteira do monismo entre direito público e privado e direito nacional e internacional (KELSEN, 2009b, p. 312 e 364), também os conceitos de Estado e de direito pressupõem um ao outro, ou seja, o Estado é considerado, tal como o direito, uma ordem jurídica, sendo, logo, inviável a tradição dualista. Segundo Kelsen (KELSEN, 2009b, p. 315), a separação entre eles, representada por essa tradição, tem uma função tão somente de legitimação arbitrária de qualquer Estado.<sup>58</sup>

---

56 Sobre o dualismo metafísico do direito natural segundo Kelsen, conferir: KELSEN, 2005, p. 599; KELSEN, 2009a, p. 99. “Direito e justiça. A teoria idealista do direito é uma teoria dualista.” Kelsen, nas obras citadas acima, classifica como dualista-metafísica principalmente as filosofias de Platão.

57 Acerca dessa abordagem kelseniana sobre Estado e direito, conferir DUTRA, 2004. Conforme Dutra, a posição de Kelsen sobre o a relação entre Estado e direito contraria de maneira radical tanto as teses de Weber quando as de Habermas. Para o Dutra, Kelsen concentra-se na eficácia da norma como determinante para o direito, acarretando em uma visão do Estado reduzida apenas à legalidade, excluindo a facticidade e a legitimidade. Nesse sentido, a abordagem de Kelsen é radicalmente positivista exclusivista.

58 Para Kelsen não existe a possibilidade de um Estado sem direito, porém é possível a existência de um direito sem Estado, pois nem toda ordem jurídica é um Estado. As ordens jurídicas primitivas e o direito internacional são jurídicos, porém não possuem Estado. Ver: KELSEN, 2009b, p. 317.

Nesse sentido, o dualismo platônico-jusnaturalista, em um primeiro momento, contraporia Estado e direito, considerando-os entidades distintas. O Estado, para os dualistas, segundo Kelsen, apresentar-se-ia como sujeito de deveres jurídicos ao qual seria atribuído uma existência independente da normatividade, da mesma forma com que o direito subjetivo também seria considerado como a personalidade jurídica precedente do direito objetivo. Nesse aspecto, o Estado é avaliado, conforme a teoria dualista-jusnaturalista, como uma entidade metajurídica diversa da ordem normativa centralizada e representado apenas como poder factual. (KELSEN, 2009b, p. 315). O direito, por oposto, seria justo e critério de validade do Estado, portanto uma vinculação entre justo e verdadeiro.

Entretanto, apesar dessa separação ontológica, a teoria dualista submete ao mesmo tempo o Estado ao direito pela vinculação do poder desse mesmo Estado à moralidade de um direito justo (novamente o axioma 3). Nesse sentido, conforme Kelsen, o dualismo se constitui de uma evidente contradição. (KELSEN, 2009b, p. 315 e 316).

Tal separação, para Kelsen (2009b, p. 316), resulta de uma concepção contraditória de Estado, o qual para assegurar sua existência necessita da legitimidade de um suposto direito justo. Assim, o Estado deve ser representado como uma pessoa de direitos e deveres diverso da ordem jurídica e ao mesmo tempo justificado por ela, tornando-se não apenas Estado, mas Estado de direito.

Diz o autor (KELSEN, 2009b, p. 315 e 316):

A doutrina tradicional do Estado e do Direito não pode renunciar a esta teoria, não pode passar sem o dualismo de Estado e Direito que nela se manifesta. Na verdade, este desempenha uma função ideológica de importância extraordinária que não pode ser superestimada. O Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado – que cria este Direito e se lhe submete. E o Direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em um qualquer sentido. Assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer o Direito. Do mesmo

passo que uma legitimação metafísico-religiosa do Estado se torna ineficaz, impõe-se a necessidade de esta teoria do Estado de Direito se transformar na única possível justificação do Estado. Esta “teoria” torna o Estado objeto do conhecimento jurídico, a saber, da teoria do Estado, na medida em que o afirma como pessoa jurídica, e, ao mesmo tempo e contraditoriamente, acentua com todo o vigor que o Estado, porque e enquanto poder e, portanto, algo de essencialmente diverso do Direito, não pode ser concebido juridicamente. Esta contradição, porém, não lhe faz a menor moza. Aliás as contradições em que necessariamente as teorias ideológicas se enredam não significam para elas qualquer obstáculo sério. Com efeito, as ideologias não visam propriamente o aprofundamento do conhecimento, mas a determinação da vontade. Aqui não se trata tanto de apreender a essência do Estado como antes de fortalecer a sua autoridade.

Também na Teoria geral do direito e do Estado (KELSEN, 2005, p. 275):

O dualismo de Direito e Estado é uma duplicação supérflua do objeto de nossa cognição, um resultado de nossa tendência a personificar e então hipostatizar nossas personificações. (...). O dualismo de Direito e Estado é uma superstição animista. O único dualismo legítimo aqui é o de validade e eficácia da ordem jurídica. Mas essa distinção apresentada na primeira parte deste livro – não nos autoriza a falar do Estado como um poder separado da ordem jurídica ou por trás dela.

O monismo kelseniano, em suma, contrapõe-se a esse dualismo jusnaturalista, pois não o Estado ao ‘direito justo’. Para o autor (KELSEN, 2009b, p. 316 e 317) há a identidade entre Estado e direito, pois aquele corresponde também a uma ordem jurídica. Assim, tanto o Estado quanto o direito são definidos como uma ordem da conduta humana, pois ambos exprimem um sistema normativo de coerção centralizada. (KELSEN, 2009b, p. 316). Do mesmo modo, os conceitos de povo, território e, especialmente, poder, tão reivindicados pela teoria tradicional como específicos do conceito de Estado (não pertencendo, portanto, ao conceito

de direito), apenas existem normativamente, pois povo, território e poder são determinados pelas normas jurídicas. (KELSEN, 2009b, 318).<sup>59</sup>

Dessa forma, a tese monista da identidade entre Estado e direito em Kelsen desnuda o idealismo metafísico da doutrina jusnaturalista-platônica em formar um conceito de direito sacralizado e fundado em um terreno confortável, diverso da conturbada, real e contraditória política. Nesse sentido, também o monismo entre Estado e direito é interpretado como uma teoria radicalmente antiplatônica no sentido de que se coloca contra a personificação do direito enquanto ente ideologizado, ‘direito justo’, e de origem teológica. Ou ainda, a teoria monista evita, sobretudo, a vinculação da verdade ao bem; ou o Estado enquanto ente real e político *versus* o direito justo e bom.

Conclui-se, portanto, a radical incompatibilidade das concepções monista e dualista. A concepção dualista requer a presunção de um direito independente do Estado e vinculado ao um conceito determinante de bem, sobretudo, como visto no terceiro capítulo desta tese, à metafísica platônica, tendo em vista a necessidade de um princípio transcendente e absoluto, que o despolitize o direito para poder justificá-lo em um segundo momento.

#### **6.4 O nacionalismo como solipsismo e pluralismo - Axioma 4: Pressupõe-se a igualdade.**

Nesse subtítulo, como continuidade da leitura antiplatônica de Kelsen, verifica-se a questão da soberania no autor, assim como o problema do conflito entre direito nacional e internacional como uma

---

<sup>59</sup> Os conceitos de povo, território e poder, por serem determinados pelas normas jurídicas, também se submetem às duas esferas características do direito, tanto à estática quanto à dinâmica. Ou seja, o conceito de povo, por exemplo, está ligado à norma em sentido estático quando determinado por um ato de coerção. Em seu aspecto dinâmico, o conceito de povo passa pela hierarquia de criação e interpretação, que vai desde a NHF até a sentença judicial. Nesse último caso, o conceito varia conforme o próprio sistema jurídico enquanto processo dinâmico de criação normativa. Ver KELSEN, 2009b, p. 121ss sobre o aspecto estático do direito e KELSEN, 2009b, p. 215ss sobre o seu aspecto dinâmico. Ou seja, povo, território e poder são proposições jurídicas tanto estáticas quanto dinâmicas e apenas determinadas, conforme a TPD, pelas normas jurídicas.

questão puramente subjetiva e emocional. Portanto, em estreita relação com sua leitura acerca do dualismo e amor platônico. O nacionalismo, e a própria ideia de Estado soberano, como se verá, constitui para Kelsen uma manifestação solipsista de direito.

Nesse sentido, Kelsen (2007, p. 525) ressalta a imprecisão do termo ‘soberania’, assim como contesta a coerência da teoria tradicional. Ocorre que geralmente o significado do termo consiste na determinação do Estado nacional como detentor do supremo poder de controle do comportamento humano. O problema, contudo, incide a partir da impossibilidade de vinculação desse Estado, caso efetivamente a teoria tradicional fosse coerente, a qualquer critério que o determine, isto é, não pode haver qualquer conceito de soberano, pois tal atrelaria o próprio ao seu conceito. Por exemplo, se vincularmos o Estado soberano à legitimidade do povo para o efetivo exercício do seu poder supremo, o soberano em si mesmo seria o conceito vinculante de povo e não mais a autoridade maior do Estado. Ou ainda, se determinássemos o soberano como aquele quem decide no estado de exceção, esse estado de exceção é quem o definiria, tornando o conceito também incoerente. Por corolário, se vinculássemos ao conceito de soberania qualquer outra condição, seja empírica ou racional, essa condição seria, efetivamente, o poder maior do Estado.

Observa-se, ainda, que o problema agrava-se tendo em vista a necessidade de definir o soberano para reivindicar a sua existência conceitual. Do contrário, não haveria qualquer especificação de soberania. Destarte, a distinção consiste na necessária construção de um conceito objetivo. Contudo, é ilógico admitir um determinante sem transferir para outro nível o efetivo poder do Estado. Portanto, a teoria tradicional não se sustenta pelo viés epistemológico.

A teoria tradicional, porém, ampara-se sobre a vinculação da validade da vontade soberana à legitimidade moral. Para Kelsen (2007, p. 525), a doutrina cristã (e, por derivação, conforme visto no terceiro capítulo desta tese, também Platão) representa essa tentativa de dar poder supremo a alguém limitando e determinando esse poder à sua autoridade moral. De tal modo, essa teoria tradicional atrela a validade do Estado à sua moralidade e ao mesmo tempo (o que torna ambíguo o conceito) procura preservar o Estado soberano como a autoridade maior e como um poder que não está submetido a nenhuma outra ordem legal superior. Aqui reside um dualismo contraditório – ora, se o soberano detém o poder

supremo, de forma alguma poderia estar limitado por qualquer tipo de moralidade.

Opondo-se a essa teoria, Kelsen (2007, p. 526) defende que a soberania corresponde somente ao Estado enquanto sistema legal (e não acima do sistema normativo), isto é, um sistema que regula o comportamento humano. Ou seja, não há como determinar qualquer soberano que não o próprio sistema normativo, o qual obtém validade objetiva tão somente através da NF. A teoria de Kelsen, a partir daí, foca nos dois tipos de sistema normativos existentes – o sistema normativo estatal ou o sistema normativo internacional. O problema, considerando o seu antiplatonismo, corresponde somente ao Estado enquanto sistema legal (e não como poder supremo sobre o comportamento humano) e a prevalência da ordem jurídica interna e externa marca a posição política de cada normatividade.

#### **6.4.1 A refutação do dualismo**

Segundo Kelsen (2007, p. 526), superada a doutrina tradicional, restam duas teorias adversárias acerca do problema da relação entre os sistemas de direito estatal e internacional – o dualismo (ou pluralismo) versus o monismo. De acordo com o dualismo, o direito estatal e internacional são dois sistemas normativos independentes um do outro e válidos ao mesmo tempo. Conforme o dualismo, um comportamento humano pode ser julgado tanto pelo ponto de vista do direito nacional quanto internacional. Ao contrário, a teoria monista entende que os dois sistemas normativos formam uma unidade, que por sua vez admite tanto o primado do direito nacional quanto o primado do direito internacional.<sup>60</sup>

Ocorre, segundo Kelsen (2007, p. 527), que se alguém reconhece a imposição de obrigações sobre o Estado pelo direito internacional, isto é, a possibilidade de o direito internacional delegar poder para o sistema jurídico estatal especificar deveres, então o sistema dualista entra em colapso. Isso porque o dualismo não pode aceitar o sistema normativo internacional como válido internamente. Quando o faz, resulta em contradição. A unidade dos sistemas, representada pela teoria monista, não tem essa preocupação. Ela pode explicar a relação entre o direito estatal e internacional sem tal contradição, na qual recai necessariamente

---

<sup>60</sup> Cf também SOUZA, 2016.

a teoria dualista. A teoria monista também pode mostrar que, pelo princípio da efetividade, o direito positivo internacional determina a base e a esfera da validade do sistema legal estatal, a qual torna indubitável a unidade epistêmica entre o direito internacional e o direito do Estado.

Segundo Kelsen (2005, p. 516):

Esse dualismo ou – levando em conta a existência de numerosas ordens jurídicas nacionais – esse pluralismo contradiz, conforme vimos, o conteúdo do Direito Internacional, pois ele próprio estabelece uma relação entre suas normas e as das diferentes ordens jurídicas nacionais. A teoria pluralista está em contradição com o Direito Positivo, na medida em que o Direito Internacional seja considerado uma ordem jurídica válida. E os próprios representantes dessa teoria aceitam o Direito Internacional como Direito Positivo.

Nesse mesmo sentido, o Direito internacional e o Direito Nacional não podem ser sistemas jurídicos distintos e mutuamente independentes se as normas forem consideradas válidas para o mesmo espaço e ao mesmo tempo. É impossível supor que as normas simultaneamente válidas pertençam a sistemas diferentes, mutualmente independentes.

Entretanto, os pluralistas não negam que as normas de Direito Internacional e as do Direito Nacional sejam simultaneamente válidas. Pelo contrário, pressupondo que ambas sejam válidas simultaneamente, eles defendem que prevalece uma determinada relação entre as duas, a saber, a relação de independência mútua, o que significa que não existe relação entre os dois sistemas de normas válidas.

Enfim, Kelsen (2007, p. 527) também refuta, além das teorias tradicionais, a teoria dualista do direito nacional e internacional. Para os dualistas, o sistema jurídico estatal seria o soberano, ao mesmo tempo em que o direito internacional também teria normas válidas e independentes do direito nacional. Ora, há, aqui, um conflito irresolúvel entre sistemas, o que torna impossível a concepção dualista de soberania.

Ultrapassado o dualismo, resta apenas a descrição do monismo e suas subdivisões em monismo do primado do direito nacional versus o monismo do primado do direito internacional. Cabe também ressaltar que o monismo não significa a ratificação de uma Constituição do direito internacional sobre o direito nacional. Esse caso só seria viável na hipótese de um Estado mundial, no qual o monopólio da força legítima se deslocaria das nações para a concentração em um órgão superior mundial, com a pressuposição de apenas uma norma fundamental para todos os

Estados. Segundo Kelsen, essa não é uma opção verificável na sua conjuntura política. Ao contrário, o direito internacional permanece tal qual as tribos primitivas, nas quais há um direito, porém sem um Estado. Conforme o autor (KELSEN, 2009b, p. 358):

O Direito internacional, como ordem coerciva, mostra, na verdade, o mesmo caráter que o Direito estadual. Distingue-se dele, porém, e revela uma certa semelhança com o Direito da sociedade primitiva, pelo fato de não instituir, pelo menos enquanto Direito internacional geral vinculante em relação a todos os Estados, quaisquer órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das suas normas. Encontra-se ainda num estágio de grande descentralização.

(...)

Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular. Por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto, ainda não se pode falar de uma tal comunidade. Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular.

Enfim, a teoria monista não se apoia na ideia da pressuposição da NF acima da Constituição do Estado (como na hipótese de um Estado mundial), mas tão somente o monismo entre a legislação nacional e internacional, cujo primado (mas não o conteúdo) varia conforme as teorias adotadas – a teoria do reconhecimento versus a teoria da efetividade. Ainda, a solução do problema da soberania só pode ser compreendida através da construção monista da relação entre direito internacional e nacional e a diferença entre as duas teorias monistas

reside, por sua vez, tão somente na oposição de dois diferentes pontos de vista.

#### **6.4.1.1 O solipsismo do primado do direito nacional**

Partindo-se da primeira construção monista (isto é, o primado do direito nacional), a questão se dá sobre o estabelecimento da validade do direito internacional, visto a validade do direito estatal já estar assegurada. Tal hipótese fundamenta o direito internacional ancorado ao direito estatal, isto é, o direito internacional é válido tão somente se reconhecido pelo sistema jurídico nacional. Esta é a teoria do reconhecimento, para a qual as normas internacionais dependem do reconhecimento do Estado signatário. Segundo Kelsen (2007, p. 529), essa é a teoria prevalente no direito anglo-americano e expressa nas modernas constituições. Desse modo, as normas internacionais são compreendidas como um componente do sistema jurídico interno e a base da sua validade encontra-se na Constituição nacional, a qual, por sua vez, é o ponto de partida para a construção da relação entre os dois sistemas. Essa construção é caracterizada pela teoria jurídica como a soberania do Estado. Ou seja, o Estado é soberano se seu sistema jurídico não possui nenhuma norma superior que não a da própria Constituição e as normas externas são válidas se reconhecidas, do contrário não são nem existentes para o sistema jurídico estatal.

Afirma Kelsen (2007, p. 530), como consequência dessa superioridade do direito nacional e a formação de pactos internacionais, aceita-se o reconhecimento da soberania dos outros Estados em igualdade soberana, isto é, todos são igualmente soberanos e possuem igualmente um sistema normativo superior para que se possa contratar normas externas. Assim, a relação desse Estado signatário com os outros é estabelecida pelo direito internacional, o qual, por sua vez, é tão somente componente desses Estados e não seu fundamento de validade. Na sequência dessa igualdade soberana, conclui-se a formação de uma comunidade internacional.

Há, entretanto, um grave problema nessa perspectiva: se o direito internacional é um componente do sistema legal que o reconhece, então a base de existência de outros Estados em igualdade soberana encontra-se na própria vontade do sistema jurídico que os reconhece, isto é, uma contradição, considerando que consequentemente a igualdade soberana limita o próprio conceito de soberania. Ou seja, não pode um soberano

determinar-se a partir dessa comunidade soberana porque isso o colocaria em situação de similaridade, portanto, uma contradição em si. Ou seja, o primado do direito nacional não pode ser a proposição do axioma 4. O axioma determina que a igualdade como condição de evitar o solipsismo e o pluralismo. Ora, se não pode haver igualdade soberana, porque tal contradiria o conceito de soberania, então o mesmo é refutado, não apenas porque é contraditório em si, mas também porque é solipsista.

Para essa configuração, a base dos outros sistemas legais é vista como subordinada por aquele sistema legal. Ou seja, o Estado que reconhece internamente a validade do direito internacional e a comunidade internacional não pode ele mesmo reconhecer a soberania dos outros estados no sentido tradicional, o que torna, portanto, problemático o conceito de igualdade soberana não apenas para a concepção de soberania externa ao sistema, mas também para a soberania como sistema normativo interno. Em outros termos, o Estado soberano não poderia efetivamente admitir uma igualdade soberana; caso contrário, ele em si abdicaria da sua situação de sistema jurídico superior, pois dependente do reconhecimento da igualdade soberana dos outros Estados, assim como também não poderia reconhecer essa igualdade soberana nos outros sistemas normativos internos, porque, contraditoriamente, ele mesmo e os outros sistemas normativos internos deixariam de ser soberanos. (KELSEN, 2007, p. 529).

Como objeção ao conceito de soberano e comunidade soberana, Kelsen (2007, p. 530) propõe a divisão da soberania do primado do direito nacional em sentido estrito e em sentido amplo. No primeiro, a ordem interna é composta de acordo com a Constituição e suas normas são postas por atos legislativos, jurisdicionais e administrativos. Em sentido amplo, a ordem jurídica considera, além do sentido estrito, os costumes e tratados internacionais. Levando em consideração o conteúdo do direito internacional, a relação entre dos dois componentes (sentido estrito e amplo) se dá por superordenação e subordinação.

Nesse sentido, Kelsen (2007, p. 531) explica a relação afirmando que o Estado que reconhece (superordenação) o direito internacional, submete-se (subordinação), por isso mesmo, ao direito internacional. Assim, a parte que representa o direito nacional em sentido amplo (Constituição e tratados de direito internacional) subordina a parte do Estado em sentido estrito (a Constituição e normas internas). Entretanto, mesmo a partir do primado do direito estadual, fica comprometido o sentido tradicional de soberania, contudo fica resolvido o problema do

reconhecimento dos outros Estados em igualdade soberana, pois tal reconhecimento se dá apenas no seu sentido estrito, não amplo, o que compromete as normas constitucionais, porém não a possibilidade de ratificar tratados. Isso porque o sistema legal do primado Estatal em sentido estrito (Constituição e normas internas), tendo reconhecido o direito internacional, tem como integrante da sua validade esse mesmo direito internacional e, logo, subordina-se a ele quando o mesmo está inserto na própria Constituição. O direito internacional para o primado do sistema normativo estatal, entretanto, não é o sistema normativo superior no seu sentido amplo (isto é, a Constituição e normas internas somadas à conclusão de tratados internacionais). Isso garante que o Estado se submeta, e, portanto, abdique da sua soberania em sentido estrito, porém a mantenha em seu sentido amplo. Ocorre, em suma, que após acordada uma norma de direito internacional, o Estado submete-se a ela, porém apenas o Estado pode pactuar ou desfazer os pactos acordados, restando-o um mínimo de soberania.

Conclui-se, portanto, que soberania para o monismo do primado do direito nacional significa que o direito internacional assume sua posição sobre o sistema em sentido exclusivamente estrito (Constitucional e legislação interna), mas não em sentido amplo (Constituição e legislação interna somada à possibilidade de formação de pactos de direito internacional). Ou seja, o direito internacional, mesmo no primado do nacionalismo, assume posição acima da Constituição, mas não acima da possibilidade de reconhecimento do próprio direito internacional como norma válida superior. Aqui, também, abandona-se o conceito de soberania no sentido da impossibilidade de determinação da Constituição por tratados internacionais, pois mesmo a partir da hipótese mais conservadora e nacionalista a soberania, o Estado está invariavelmente comprometido pelos pactos e tratados internacionais, que por tê-los acordado, subordina-se a eles.

Mas sobretudo, o problema do primado do direito nacional, ainda que possível depois do reconhecimento da superordenação e subordinação, consiste no próprio reconhecimento do Eu a partir de si mesmo. Isso, entretanto, o primado nacionalista não pode resolver, porque é sempre solipsista ou subjetivista.

#### **6.4.1.2 O primado do direito internacional como superação do solipsismo**

Por via oposta, do primado direito internacional, surge a questão de saber como se fundamenta a validade da ordem jurídica nacional. A validade, afirma Kelsen (2007, p. 528), tem que ser encontrada a partir da hipótese da validade da ordem jurídica do direito internacional. Isso é possível tão somente a partir do princípio da efetividade, quando se considera que a norma do direito positivo internacional efetivamente determina a base e a esfera de validade dos sistemas jurídicos nacionais. Portanto, a ordem jurídica internacional determina tanto o fundamento de validade quanto o domínio territorial e o efetivo exercício de poder do Estado. Isso significa que se obtém da esfera internacional a investidura de um indivíduo ou de um grupo para estabelecer e aplicar uma Constituição. Esse mesmo direito internacional valida o grupo perante a comunidade internacional enquanto Estado. Então, a base da validade do direito nacional é fundada sob a condição da eficácia e, logo, está normativamente condicionada. Logo, o direito internacional pode ser interpretado como um sistema legal universal (tão somente universal a partir do seu aspecto cognitivo e sob o princípio da eficácia) sobre os subsistemas jurídicos nacionais, tornado possível, conseqüentemente, a coexistências dos sistemas no espaço e na sucessão do tempo.

Nesse íterim, para Kelsen (2007, p. 529), a construção internacionalista exclui o senso original e próprio da expressão soberania. O que é soberano, isto é, o sistema normativo superior, não é o direito nacional, mas a ordem jurídica internacional – esta sim possui o sistema normativo superior. O conceito de soberania nessa hipótese tem de se afastar da noção do primado do direito interno – aqui, soberania significa apenas que o Estado é independente dos outros Estados, assim como a validade dos seus sistemas jurídicos apenas obedece estritamente ao direito internacional e não a outro membro.

Nessa sequência, considera-se que o solipsismo nacionalista parte da concepção do *Eu* soberano para compreender o mundo e não pode, desta forma, compreendê-lo como exterior, mas apenas como representação e vontade do *Eu*. Como visto através dos axiomas 1 e 4, isso torna impossível a formulação da NF. Ocorre que a concepção nacionalista parte de um essencialismo próximo do platonismo e requer, assim, um sistema de direito o qual reconheceria os outros apenas a partir de si mesmo, e não a si mesmo a partir dos outros. Igualmente,

paralelamente, o primado da ordem jurídica nacional apenas reconhece o mundo externo se tal é parte interna de seu sistema jurídico. Nesse sentido, tal primado pode também ser designado como subjetivismo ou solipsismo de Estado.

Por contraste, a concepção objetivista parte do mundo exterior para compreender o Eu. Se esse é o caso, essa concepção tem de pressupor a igualdade entre todos os sujeitos exterior, porque do oposto não seria possível essa determinação do Eu. Nesse aspecto, este Eu, por sua vez, não subsiste como Eu soberano e centro do mundo, mas como parte integrante desse mesmo mundo. Nesse caso, tem-se a construção do primado do direito internacional. Ou seja, para a possibilidade do próprio direito, conforme defendido nesta tese acerca da reconfiguração da NF, apenas o primado do direito internacional é correto, por pressupor a igualdade e, conseqüentemente, não ser solipsista e pluralista.

**6.5 A decisão judicial – Axiomas 1 e 5:** Toda a determinação da decisão moral ou judicial parte das emoções do sujeito que a julga. Não há, portanto, decisão racional

O objetivo desse último subtítulo consiste, finalmente, em propor a hipótese da abordagem antiplatônica sobre a decisão judicial no sentido de fundamentar uma teoria da interpretação em Kelsen considerado o seu antiplatonismo e a superação das alterações entre a TPD e a TGN através dos axiomas 1 e 5. Em um primeiro momento, entretanto, relembra como a decisão judicial é apresentada pelos seus comentadores e a divergência entre eles: neokantiana, realista e formalista-realista. Com isso, espera-se esclarecer e destacar as mudanças significativas que emergem considerando a leitura de sua obra como antiplatônica, humeana e freudiana.

### **6.5.1 A decisão judicial em Kelsen a partir de seu suposto neokantismo e de sua periodização**

Já foi apresentada na tese a ideia de periodização da obra de Kelsen conforme defendida por Paulson, Heidmann, Dias etc.<sup>61</sup> Essa hipótese de

---

<sup>61</sup> Conferir a seção 2.3

periodização defende a transição de Kelsen de neokantiano à realista jurídico. Foi exposta também a concepção de Chiassoni.

Nos autores que defendem a permanência de Kelsen como formalista neokantiano, especialmente no que consiste a decisão judicial, foca-se sobretudo na sua ideia do quadro predeterminando de decisões limitador e garantidor da restrição da possibilidade de interpretações possível.<sup>62</sup> No caso, a decisão judicial para o Kelsen neokantiano seria determinada formalmente através de uma moldura logicamente definitiva.

Realistas, por sua vez, defendem o abandono de Kelsen desse formalismo como resultado da contradição do autor em relação a sua separação entre *ser* e *dever-ser*.<sup>63</sup> A decisão, para os que entendem Kelsen como realista, tornar-se-ia completamente imprevisível e, conseqüentemente, arbitrária.

Chiassoni, por sua vez, defende o *Wiener-realism*, o qual consiste na ideia de um tipo de realismo o qual manteria aspectos do neokantismo das primeiras obras, porém adotaria elementos realistas.<sup>64</sup>

O que se defendeu na presente tese é justamente a superação de todas essas interpretações e, por conseguinte, da própria ideia de periodização no que concerne à decisão judicial.

Como resultado, a partir do antiplatonismo que acompanha Kelsen durante toda sua extensa obra, defende, a partir do axioma 5, que toda a decisão judicial consiste em uma decisão não racional no sentido de não prevista formalmente pelo sistema conforme a lógica de uma norma fundamental pré-determinante. Contudo, conforme o axioma 1, também essa decisão judicial não é arbitrária conforme defendem os realistas, mas possível nos mesmos termos da possibilidade da NF *a posteriori*. O que ocorre, sobretudo, é a validade dessa decisão judicial sobre os pressupostos defendidos na primeira seção desse capítulo, isto é, a validade da decisão dá-se somente através da ideia de uma norma fundamental constituída já na própria legislação ou nos costumes.

Nesse caso, seguindo o que ensina Neves (1994, p. 119), a decisão judicial proposta aqui requalificaria a obra de Kelsen nos termos da significação autopoiética de Luhmann. O sistema, considerando a formação *a posteriori* da NF, tem que ser, invariavelmente, autorreferente

---

<sup>62</sup> Ver seção 2.3.1.

<sup>63</sup> Ver seção 2.3.2.

<sup>64</sup> Ver seção 2.3.3.

sendo fundamentado apenas por si mesmo através de uma lógica autopoiética. Nesse sentido, não deixa de ter uma lógica interna, contrariando os realistas, mas também não é formalista ou neokantiana.

Isso porque não se admite a ideia da decisão determinada formalmente, mas também não se reconhece a arbitrariedade do realismo imputado a Kelsen. Assim, conforme o que se deduz de Neves e a partir da leitura antiplatônica, humeana e freudiana de Kelsen, refuta-se toda a ideia de periodização no concernente à decisão judicial.

### **6.5.2 A origem emotiva/empírica/social, não racional, de toda decisão judicial e sua relação com a nova proposta de NF**

Refutada a ideia de periodização da obra de Kelsen em relação à questão da decisão judicial, analisa-se nesta seção como se dá a origem da decisão judicial conforme o axioma 5.

Como antiplatônico, Kelsen não nega a origem factual do direito. (KELSEN, 2009b, p. 2). Ocorre, nesse sentido, que o *dever-ser* de uma norma distingue-se do próprio fato criador das normas, mas não em sua origem, que continua sendo uma realidade factual, traduzido em sentido objetivo de um ato de vontade, o qual só o é se considerar a NF nos termos do axioma 1.

Essa concepção, entretanto, gera confusão na doutrina – comumente acusa-se a TPD de contraditória exatamente nesse ponto. A decisão judicial, nesse sentido, também se encontra originalmente como uma realidade factual e é interpretada apenas em um segundo momento como um sentido de um ato de vontade. Sucede, principalmente, que a decisão judicial para o positivismo kelseniano não tem sua origem racionalmente, mas socialmente, tal como exposto na explicação do axioma 5 e da nova fundamentação da NF conforme o axioma 1.

Mesmo quando o caráter empírico-social das normas jurídicas e morais é posto em dúvida, Kelsen ressalta que a conduta do indivíduo se refere sempre aos homens em sociedade, ou de uma determinada comunidade. (KELSEN, 2009b, p. 68). Assim, se o Direito é objeto de uma ciência natural ou social não pode ser respondida sem uma prévia crítica, pois mesmo o direito ou a moral estão presentes na natureza, isto é, fazem parte de um mundo com dimensões espaço-temporais. (KELSEN, 2009b, p. 2). Normas jurídicas e morais dão a entender, afirma Kelsen na TGN (KELSEN, 1986, p. 3), que alguma coisa deve acontecer,

isto é, um ato, existente no espaço e no tempo, cujo sentido expressa, em um primeiro momento, uma vontade, um querer, o desejo de que alguma conduta humana seja executada. Esta é a origem empírica, a fabricação da positividade da norma. Consequentemente, a origem da decisão judicial, como regra de interpretação, é entendida como um fenômeno social de manifestação da vontade da autoridade na aplicação da norma ao caso concreto. Ou, em outros termos, é originada nas emoções, não na razão.

A proposição lógica que se segue dos axiomas 1 e 5, portanto, é a da origem factual da decisão judicial. Nesse sentido, a interpretação dessa decisão é vista nesse primeiro momento como uma manifestação observável no espaço e no tempo, advinda das emoções. Então, consequentemente, exclui-se *prima facie* a hipótese da origem racional da decisão judicial. Como ato de vontade, então, interpreta-se, pelo menos nesse primeiro momento, a subjetividade do intérprete autêntico na aplicação da norma no sentido de que ele decide conforme a sua vontade. Tal subjetividade transforma-se em objetividade apenas quando transitada em julgada a sentença sob os parâmetros traçados pela nova formulação da NF. Assim, não se encontra a ideia em Kelsen de distinção entre uma suposta decisão judicial racional ou uma norma jurídica racional independente da vontade. Entende-se, portanto, que não há aqui a distinção entre uma decisão justa (porque conforme a ideia) e injusta (porque vinculada ao empírico), tal qual o conceito de justo e injusto em Platão.

Porém, não é apenas dessa vontade que se compõe a decisão em Kelsen, considerando a nova forma de se entender a NF *a posteriori*. Isto é, não obstante toda a decisão judicial se constituir como vontade subjetiva, e da impossibilidade de se dar objetividade a essa subjetividade através de uma lógica transcendental neokantiana, a decisão também é objetiva considerando que a mesma precisa de uma ordem fundamental para se constituir como norma válida. Nesse sentido, como corolário dessa proposição que se segue do axioma 5 e axioma 1, conclui-se também que a decisão judicial em Kelsen não o coloca como um realista. Ou, conforme a periodização de Paulson, como um cético.

Ou seja, adota-se, finalmente uma concepção unitarista de Kelsen se negarmos seu expresso neokantismo e o interpretamos a partir do seu antiplatonismo. Contudo, ocorre que não é possível determinar, já que se abandonou o neokantismo, formalmente, um quadro de possíveis interpretações da norma, mesmo que de forma ficcional. A flexibilidade

ou estabilidade desse quadro de interpretações também seria dependente da manifestação dos interesses de quem o define.

No entanto, a validade de uma decisão, o seu transito em julgado, passa pela própria NF, mesmo que fundamentada conforme a proposição do axioma 1, isto é, empiricamente. Ou seja, toda e qualquer decisão vale, desde que a partir da NF, que por sua vez não é transcendental, mas reconhecida, conforme já exposto na seção 5.1, *a posteriori*.

Nesse caso, enfim, a decisão judicial em Kelsen não é nem neokantiana/formalista, nem realista/cética ou mesmo formalista-realista, como defende Chiassoni. A decisão em Kelsen é resultado da compreensão de dois elementos centrais: 1 – é sempre oriunda da vontade e não é determinável formalmente (axioma 5); 2 – a validade do sistema jurídico, considerando a seu antiplatonismo como núcleo argumentativo de sua teoria, ainda ocorre, porém de forma *a posteriori* (axioma 1).

Enfim, o quadro de interpretações em Kelsen não é estático ou flexível conforme uma lógica formal pré-determinada, mas se expande na proporção permitida pela validade do sistema jurídico, o qual por sua vez é considerado objetivo não por uma NHF, mas por uma NF considerada a partir de um contexto social e jurídico específico.



## CONCLUSÃO

Todas as hipóteses de transições nas obras de Kelsen fundamentam-se, como visto, em uma suposta ruptura do autor ao neokantismo. Como, entretanto, há consideráveis problemas em determinar a sua obra como realmente neokantiana, conclui-se que o neokantismo, ao final, não pode ser seu fundamento filosófico. Isto é, mesmo aceitando a argumentação de transições conceituais desde suas primeiras obras até a TGN, há de se admitir que a obra de Kelsen pouco ou nada tem de neokantiana. Não é preciso, portanto, importunar Kant para fundamentar as obras de Kelsen. Contudo, é necessário buscar outro fundamento, capaz de explicar a sua obra de maneira unitária.

Como demonstrado no primeiro capítulo, Kelsen acusa Kant de contradição entre suas obras críticas (isto é, a CRPu e a CRPr), além de proselitismo protestante e de derivar a moral da natureza, isto é, um *dever-ser* através do *ser* na sua filosofia moral (na FMC e na MC). Contudo, analisando Kant a partir dos seus próprios textos e dos principais comentadores da sua obra, demonstra-se a forte implausibilidade das hipóteses de Kelsen acerca de Kant. Isso porque, conforme visto no segundo capítulo, a origem da moralidade em Kant é completamente *a priori* em todas as suas formulações. Como também o direito, segundo a melhor interpretação, é uma autorização da moral, e como tal, o mesmo só pode ser constituído por princípios *a priori*, porque não poderia a moral autorizar algo diferente do que é o seu atributo, isto é, não pode a moral autorizar o direito a ser heterônomo. Portanto, também o direito é fundamentado a partir do imperativo categórico e, logo, também *a priori*. Destarte, não cabe a acusação de Kelsen de erro categorial entre *ser* e *dever-ser* em Kant. O direito e a moral em Kant são sempre relacionados ao *dever-ser*.

Nesse mesmo sentido, sendo a moralidade totalmente *a priori*, também não cabe a crítica de Kelsen de contradição entre CRPu e a razão prática kantiana. Ora, as duas razões são, na verdade, a mesma razão, porém com usos diversos, i.e., um primeiro uso sintético *a priori* e destinado ao conhecimento; o outro é *a priori* e está relacionado com a ação. Seriam contraditórias se se apresentasse a moral como sintético *a priori* nos mesmos moldes da CRPu, o que de fato não ocorre em Kant em nenhum momento de sua obra.

Nesse sentido, cabe destacar também que os exemplos apontados por Kelsen como prova do vazio do imperativo categórico de Kant são de

menor relevância para compreender a filosofia moral de Kant. Na verdade, como explicado na seção 2.5, a moralidade já está presente na moral popular, ou seja, não há vazio de sentido no IC justamente porque ele já está presente nessa moral popular. O que essa moral ainda não possui é apenas a sua justificação metafísica e filosófica. Ou seja, não cabe a acusação de Kelsen de vazio do IC.

Portanto, é preciso abandonar o neokantismo kelseniano, mesmo que contra interpretação literal do autor, caso se queira ainda considerar coma válida a sua teoria, especificamente seus conceitos de NF, monismo entre Estado e direito, primado do direito internacional e decisão judicial.

Foi nesse sentido que a tese buscou demonstrar a hipótese do antiplatonismo do autor como núcleo argumentativo da sua teoria jurídica. Ou seja, provar que, apesar da perda significativa na justificação da sua teoria, a mesma ainda pode ser considerada válida filosoficamente, isto é, racionalmente e logicamente, se descrita a partir de seu antiplatonismo. Evidentemente, classificar Kelsen a partir de um conceito negativo torna sua teoria mais frágil e passível de refutações. Contudo, é a única solução admitida aqui capaz de ainda tornar relevante a sua teoria.

Ainda em relação à maneira com que Kelsen lê Platão, é preciso, aqui, novamente, alertar ao leitor que a interpretação de Kelsen sobre Platão se constitui na interpretação própria de Kelsen, não na integridade interpretativa e especializada sobre Platão. Como já comentado na tese anteriormente, Kelsen preocupava-se mais em fundamentar e defender a sua teoria do que propriamente fazer exegese dos filósofos. E sua leitura sobre Platão não é diferente. Há flagrantes falácias. A mais significativa é quando lança mão de argumentos *ad hominem* contra o filósofo grego. Esse problema é significativo e põe em suspeita a sua teoria. Ora, se se concebe o antiplatonismo de Kelsen como central para compreender a sua obra, ao mesmo tempo em que se admite problemas na sua leitura de Platão, também tem que se admitir necessariamente que as suas teses ficam fragilizadas. No entanto, apesar de admitir como essencial uma posterior análise do texto de Kelsen sobre Platão, esse não foi o objetivo da tese. Aqui se apresentou uma possibilidade de interpretação unitarista do autor através do seu antiplatonismo. Uma tarefa de comparação entre os autores é necessária, porém mais adequada se defendida em um trabalho específico.

Considerando como válida a interpretação de Kelsen para os fins defendidos aqui, obteve-se cinco axiomas extraídos do seu antiplatonismo. Desses cinco, derivou-se cinco proposições.

A NF, como proposição constituída a partir do primeiro axioma, ganha contornos de complexidade bastante elevados. Isso porque para torná-lo possível sem recorrer ao neokantismo, isto é, sem considerar a NF como condição lógica transcendental da possibilidade do conhecimento do direito, é preciso retirar o seu caráter de transcendental, além do que considerar o monismo entre forma e matéria como contraposição de Kelsen a Platão. Nesse sentido, a NF não é mais forma pressuposta a qual possibilitaria o conceito objetivo de direito, mas é ela mesma matéria e posta, seja por uma codificação, seja pelo costume. Nesse caso, a NF é considerada apenas empiricamente, isto é, a partir do indivíduo que a utiliza *a posteriori* para poder pensar o direito enquanto ordem normativa válida, isto é, um sentido objetivo de *dever-ser*.

Da mesma forma, o conceito de liberdade a partir da dedução dos axiomas também é complexo e tem função dupla – como norma posta para se evitar o solipsismo e o pluralismo, mas também como conteúdo normativo e não como parte da *metaxy* platônica de transição entre alma e corpo. Assim, a liberdade em Kelsen está inserida como norma dentro do sistema normativo e não serve para validar ou justificar a NF ou qualquer outra norma posta, porém garante a ela a refutação do solipsismo e do pluralismo. O direito não é válido se vinculado a liberdade. A liberdade, considerando tudo isso, tal como a igualdade, é também norma posta e não meio de transição platônico entre corpo e alma, ou forma e matéria (ou ainda, norma posta e pressuposta).

Também o monismo entre direito e Estado é interpretado a partir da leitura antiplatônica de Kelsen. No caso, o monismo se dá pela não aceitação de Kelsen da vinculação platônica entre verdade e bem. Assim, não aceita a ideia da vinculação do Estado a um conceito de direito que o valide, da mesma forma que não é aceitável um conceito de verdade o qual é submetido a uma concepção de bem. O Estado, portanto, não é uma verdade a qual se associada ao conceito de direito enquanto hipostasiado na ideia de bem. O Estado e o direito continuam sendo um só e definidos como norma. Porém é essa norma que é reinterpretada a partir da NF *a posteriori*.

Quanto ao primado do direito internacional, o mesmo é considerado a partir da igualdade enquanto norma posta, a qual, por sua vez, é associada com a liberdade e serve para evitar o solipsismo e o pluralismo. Nesse aspecto, o que antes era apenas uma concepção de vida entre nacionalismo e internacionalismo, agora é condição necessária, considerando a nova interpretação da NF. Assim, apenas o primado do

direito internacional é válido no sentido de que somente esse primado evita o solipsismo e o pluralismo através das normas da liberdade e da igualdade como condição não transcendental do conhecimento válido da NF conforme a proposição deduzida do axioma 1. O nacionalismo, por oposto, como não pode admitir a igualdade soberana, porque seria uma contradição em termos, torna-se teoricamente indefensável.

Finalmente, a decisão judicial em Kelsen, a qual é uma das fontes de maior divergência entre os comentadores do autor, especialmente no que dizer respeito à discussão sobre formalismo *versus* realismo, é considerada, nesta tese, como a proposição dos axiomas 1 e 5, os quais considera a origem emotivista de todas as decisões, inclusive jurídicas, mas também a possibilidade de objetividade do sistema, ainda que através de uma autopoiese. Nesse caso, a decisão judicial em Kelsen o associa à teoria dos sistemas de Luhmann no que se refere à possibilidade da determinação da decisão através de um quadro ou moldura pré-determinada desde que constituído autorreferencialmente. Não se considera Kelsen, portanto, nem pertencente ao conjunto dos jusfilósofos neokantianos, nem aos realistas acerca da decisão judicial, muito menos à tese de Chiassoni do *Weiner Realism*.

O que se conclui ao final desta tese é que, não sendo possível interpretar Kelsen como neokantiano, todo o seu sistema fica prejudicado, necessitando de um novo fundamento capaz de abrigar conceitos fundamentais do autor, tais como a NF. A alternativa apresentada aqui foi a de considerar o seu antiplatonismo como núcleo de toda a sua teoria jurídica, não só porque Platão está presente constantemente nas obras de Kelsen, mas também porque se revelam a partir da leitura de Kelsen sobre Platão, concepções fundamentais para o autor. Assim, sustenta, finalmente, que a melhor leitura da teoria de Kelsen é como antiplatônica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. O conceito kelseniano de Dever Ser. *In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.). **Hans Kelsen**: Teoria Jurídica e Política. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.*

ALMEIDA, L.D., GARDNER, J. e GREEN, L. (Coords). **Kelsen Revisited**. New essays on the Pure Theory of Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

BAPTISTA, Fernando Pavan. **O Tractatus e a Teoria Pura do Direito** – Uma análise semiótica comparativa entre o Círculo e a Escola de Viena. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

BAUME, Sandrine. **Hans Kelsen and the case for democracy**. Tradução de John Zvesper. Wivenhoe Park, UK: ECPR Press, 2012. (Edição Kindle).

BECKENKAMP, Joãosinho. O direito como exterioridade da legislação prática da razão em Kant *In: **Ethic@***, Florianópolis, vol.2, n.2. 2003. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/ethic22ar3.pdf>. Acesso em 23/07/2009.

\_\_\_\_\_. Sobre a moralidade do direito em Kant. **Ethic@**: Revista internacional de Filosofia Moral. Florianópolis v. 8, n. 1, 2009.

BEISER, Frederick C. **The Genesis of Neo-Kantianism: 1796 – 1880**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BERGER, Mario García. Bulygin y el Kelsen neokantiano. **Doxa**. Cuadernos de Filosofia del Derecho, volume 41, 2018. Disponível no site: [tps://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/78968/1/DOXA\\_41\\_17.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/78968/1/DOXA_41_17.pdf). Acesso em 24/09/2018.

BERLANGA, José Luis Villacañas. Qué sujeto para qué democracia. Um análisis de las afinidades electivas entre Freud y Kelsen. **Logos. Anales del Seminario de Metafísica**. Vol. 35, 2002.

BINDREITER, Uta. The Realist Hans Kelsen. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (Org.). **Kelsen Revisited: new essays on the Pure Theory of Law**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

\_\_\_\_\_. Presupposing the Basic Norm. **Ratio Juris**. Vol. 14. N. 2. June 2001.

BIX, Brian H. Kelsen, Hart, and legal normativity. **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**. N. 38., 2018. Disponível no site: <https://journals.openedition.org/revus/3984>. Acesso em 20/11/2018.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento e Emanuel Kant**. 2ª ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

\_\_\_\_\_, Norberto. **O positivismo jurídico: noções de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORDA, L. V. (comp.) **Hans Kelsen 1881 – 1973**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. (Edição Kindle).

BORGES, Maria de Lourdes. **Amor**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. Coleção Passo-a-passo.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SOUZA, Rubim Assis da Silveira. Crítica à leitura de Hans Kelsen sobre a filosofia do direito de Thomas Hobbes. **Revista da AJURIS**. V. 41, n. 133, 2014. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/229>. Acesso em dezembro de 2018.

CHIASSONI, Pierluigi. **La tradición analítica em la Filosofía del derecho**: De Bentham a Kelsen. Traducción de Félix Morales Luna. Palestra Editores: Lima, 2017.

\_\_\_\_\_. Wiener Realism. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (Org.). **Kelsen Revisited**: new essays on the Pure Theory of Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, n. 58, Belo Horizonte, 2011.

\_\_\_\_\_. Andityas Soares de Moura Costa. **Contra Natvram**: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2013a.

\_\_\_\_\_. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. **Seqüência**: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, v. 34, n. 67, 2013b.

\_\_\_\_\_. Andityas Soares de Moura. **Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, 2012.

D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (Org.). **Kelsen Revisited**: new essays on the Pure Theory of Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

DALL'AGNOL, Darlei. Was Kant a naturalist? Further reflections on Rauscher's idealist meta-ethics. **Studia Kantiana**. Volume 14, 2013.

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

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 129

\_\_\_\_\_; DUARTE, Écio Oto (Org.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Manual de filosofia do direito**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2008.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Nytamar. Moral cognitivism and legal positivism in Habermas's and Kant's Philosophy of Law. **Ethic@**. Revista internacional de filosofia e Moral. V. 16, n. 3. 2017. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2017v16n3p533>. Acesso em 08/2018.

\_\_\_\_\_. A legalidade com forma de Estado de direito. **Kriterion**: revista de filosofia. Vol. 45, n. 109. Belo Horizonte, 2004.

EDEL, Geert. The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Choen. In.: PAULSON, Stanley Litschewski; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). **Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes**. New York: Oxford University Press Inc.: 2007.

GAVAZZI, Giacomo. Introdução. In: KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução: Vera Barkow et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. Brasília: edição do autor, 2013. Disponível em: <http://www.justocantins.com.br/academicos-19762-e-book->

introducao-ao-realismo-juridico-norte-americano.html. Acesso em 10/2018.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução: Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUASTINI, Ricardo. The Basic Norm Revisited. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (Org.). **Kelsen Revisited: new essays on the Pure Theory of Law**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

GUYER, Paul. **Kant**. 1º ed. Oxon/USA: Rutledge. 2006.

HAMMER, Stefan. A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law? In.: PAULSON, Stanley Litschewski; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). **Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes**. New York: Oxford University Press Inc.: 2007.

HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. **Investigação sobre o entendimento humano**. Tradução: Débora Danowski. São Paulo: UNESP, 1999.

JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: the vienense years. **European Journal of International Law**, n. 9: 1998. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/9/2/1496.pdf>. Acesso em 05/09/2016.

JAEGER, Werner. **Paidéia**. A formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JESTAEDT, Mathias. A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* | Belo Horizonte, 2013

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura**. Tradução: Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2005.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

\_\_\_\_\_. **Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**. Tradução de Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução: Vera Barkow et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

\_\_\_\_\_. **A ilusão da justiça**. Tradução: Sérgio Tellaroli. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

\_\_\_\_\_. **A justiça e o direito natural**. Tradução: João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009a.

\_\_\_\_\_. **Compendio de Teoría General del Estado**. Tradução: Luis Recaséns Siches e Justino de Azcárate. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1934.

\_\_\_\_\_. Deus e o Estado. *In*: COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura; SANTOS NETO, Arnaldo Basto (Org.). **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. **Die platonische Liebe**. *In* Imago, 19<sup>a</sup> vol. 1933.

\_\_\_\_\_. **Direito internacional e Estado soberano.** Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **General theory of norms.** Translated by Michael Hartney. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1991.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional.** Tradução: Alexandre Krug, et. al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Introduction to the problems of lega theory.** Tradução de Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002.

\_\_\_\_\_. **L'amor platônico.** Bologna: Il Mulino, 1985.

\_\_\_\_\_. **O que é justiça?** Tradução: Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. **O problema da justiça.** Tradução: João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Reine Rechtslehre.** Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1960.

\_\_\_\_\_. **Religión secular.** Uma polémica contra la malinterpretación de la filosofía social, la ciência y la política modernas como “nuevas religiones”. Tradução de Manuel Abella. Madrid: Editorial Trotta, 2015.

\_\_\_\_\_. **Sociedad y Naturaleza:** una investigacion sociologica. Tradução: Jaime Perriau. Buenos Aires: Editorial DEPALMA, 1945.

\_\_\_\_\_. Sovereignty. *In:* PAULSON, Bonnie Litschewski e PAULSON, Stanley (Orgs.). **Normativity and Norms:** Critical Perspectives on Kelsenian Themes. New York: Oxford University Press Inc.: 2007

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas.** Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado.** Tradução: Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009b.

\_\_\_\_\_. **Was ist gerechtigkeit?** Wien: Reclam, 1953.

KERSTING, Wolfgang. Política, liberdade e ordem. In: **A filosofia política de Kant.** Paul Guyer (org). São Paulo: Ideias e letras, 2009.

KLETZER, Christoph. **The idea of a pure theory of law.** Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2018. (Edição Kindle)

LOSANO, Mario G. Kelsen y Freud. **Sociología del Diritto.** N. 1. Tradução de Agustín Huerta Bortolotti. UAP, 1997. Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/970/7.pdf>. Acesso em 05/09/2016.

\_\_\_\_\_. **Sistema e estrutura no direito.** Volume 2: O século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Os grandes sistemas jurídicos.** Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUF, Gerhard. On the Transcendental Import of Kelsen's Basic Norm. In.: PAULSON, Stanley Litschewski; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). **Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes.** New York: Oxford University Press Inc.: 2007.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **Neopositivismo e Teoria Pura do Direito:** Notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de

Hans Kelsen. Seqüência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, v. 24, n. 47, Florianópolis, 2003.

MATTA, Emmanuel. **O realismo da teoria pura do direito**: tópicos capitais do pensamento kelseniano. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1994.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.). **Hans Kelsen**: Teoria Jurídica e Política. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PAULSON, Stanley. The Purity Thesis. **Ratio Juris**. Vol. 31, 2018. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/raju.12217> Acesso em: 20/12/2018.

\_\_\_\_\_. El periodo posterior a 1960 de Kelsen: ruptura o continuidad? Tradução: Josep Aguiló Regla. **Doxa**: Cuadernos de Filosofia del Derecho. n. 2, 1985. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-periodo-posterior-a-1960-de-kelsen--ruptura-o-continuidad-0/>. Acesso em 08/2018.

\_\_\_\_\_. **Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen**. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. (Edição Kindle).

\_\_\_\_\_. La alternativa kantiana de Kelsen: uma crítica. **Doxa**: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Tradução de José García Añón. Número 9, 1991.

\_\_\_\_\_; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). **Normativity and Norms**: Critical Perspectives on Kelsenian Themes. New York: Oxford University Press Inc.: 2007.

\_\_\_\_\_. La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos e el sentido inmanente: Hans Kelsen como neokantiano. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, 2003

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen – com pós-escrito inédito. In: OLIVEIRA, Júlio de Aguiar; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.). **Hans Kelsen: Teoria jurídica e política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy. **The Modern Law Review**. 2017. Disponível em <http://www.modernlawreview.co.uk/>. Acesso em 08/2018.

PLATO. **The Dialogues of Plato**. (428/27 – 348/47 BCE). Tradução de Benjamin Jowett. 3ª edição revisada e corrigida. Oxford: Oxford University Press, 1892.

POPPOER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo 1. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987.

PORTA, Mario Ariel Gonzáles. **Estudos neokantianos**. São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2011.

RAZ, Joseph. Kelsen's Theory of the Basic Norm. In.: PAULSON, Stanley Litschewski; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). **Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes**. New York: Oxford University Press Inc.: 2007.

RAUSCHER, Frederick. Kant's moral anti-realism. **Journal of the History of Philosophy**. n. 40. v3, 2002.

\_\_\_\_\_. **Naturalism and Realism in Kant's Ethics**. Cambridge, Cambridge University press, 2015.

\_\_\_\_\_. Pure Reason and the Moral Law: a source of Kant's critical Philosophy. **History of Philosophy Quarterly**. Vol. 13, nº 2, 1996.

\_\_\_\_\_. Realism and anti-realism in Kant's metaethics: a reply to Professor Dall'Agnol". In: M. C. Tonetto, A Pinzani & D. Dall'Agnol (eds.), **Investigações Kantianas I: um debate plural**. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

RICKLESS, Samuel C. **Plato's Forms in transition: A reading of the Parmenides**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

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

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **A questão da justiça de Kelsen a Luhmann: Do abandono à recuperação**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 2010. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3112> . Acesso em novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. A Teoria da Interpretação em Hans Kelsen. In: COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen**. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; RAMOS, Renata Rodrigues. Breves reflexões sobre o antiplatonismo de Kelsen na defesa por sociedades abertas. **Revista Direito e Liberdade**. V. 18, n. 1, 2016. Disponível em: [https://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/929](https://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/929). Acesso em setembro de 2018.

SCHOFIELD, Malcolm. The Noble Lie. In: **The Cambridge Companion to Plato's Republic**. Edited by Ferrari, G.R.F. Berkley: Cambridge University Press, 2007.

SCHNEEWIND, Jerome B. **Autonomia, obrigação e virtude: Uma visão geral da filosofia moral de Kant**. Paul Guyer (org). São Paulo: Ideias e letras, 2009.

SCRUTON, Roger. **Kant**. Tradução de Maria Margarida Carrinho. Lisboa: Publicações Don Quixote, 1983.

SIMON, Henrique Smitd. **Direito, filosofia da linguagem e interpretação**: o problema do decisionismos em Kelsen e Hart. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006.

SOUZA, Rubin Assis da Silveira. A decisão judicial e a filosofia relativista de Hans Kelsen: uma abordagem hermenêutica. **Dissertação (mestrado)** - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015.

\_\_\_\_\_. A fundamentação da moralidade kantiana e seu correlato princípio do Direito. In: <https://jus.com.br/artigos/22348/a-fundamentacao-da-moralidade-kantiana-e-o-seu-correlato-principio-do-direito>. 2012.

\_\_\_\_\_. A insuperável separação entre *ser* e *dever-ser* em Hans Kelsen e anegação de tal distinção pela tradição jusnaturalista. **Revista Seara Filosófica**. N.7, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/view/3027>. Acesso em dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_. A irrelevância do conceito de soberania para Hans Kelsen. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016.

\_\_\_\_\_. Monismo e dualista entre Estado e direito: breves considerações sobre o conceito de Estado de direito em Habermas. Revista inquietude, Goiânia, vol. 08, no 02, jul/dez 2017

STEINER, Hillel. Kant's Kelsenianism. In: TUR, Richard; Twining. **Essays on Kelsen**. Calrendon Press, Oxford: 1986.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008.

TERRA, Ricardo. A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana, in: **Revista de filosofia política** V. IV. 1987.

\_\_\_\_\_. **Kant e o Direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2004.

TOFFOLI, José Antonio Dias, RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias. In: **Autobiografia de Hans Kelsen**. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignacio Coelho. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

TOMMASI, Claudio. Introduzione all'edizione italiana. In: KELSEN, Hans. **L'amor platônico**. Bologna: Il Mulino, 1985.

TUR, Richard; Twining. **Essays on Kelsen**. Calrendon Press, Oxford: 1986.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. 2 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

VAIHINGER, Hans. **The Philosophy of 'As if'**. A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind. Tradução de C.k. Ogden. Ed. 2. London: Kegan, Trench, Trubner LTD, 1935.

WALTER, Robert. **La doctrina del Derecho de Hans Kelsen**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. (Edição Kindle)

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

WILSON, Alida. **Is Kelsen really a Kantian?** In: TUR, Richard; Twining. **Essays on Kelsen**. Calrendon Press, Oxford: 1986.

WRIGHT, Georg Henrik von. **Is and Ought**. In.: PAULSON, Stanley Litschewski; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). **Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes**. New York: Oxford University Press Inc.: 2007.