

**KELSEN LEITOR DE KANT:
CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA RELAÇÃO ENTRE
DIREITO E MORAL E SEUS REFLEXOS NA POLÍTICA**

**[KELSEN, READER OF KANT: CONSIDERATIONS
REGARDING THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND
MORAL AND ITS CONSEQUENCES IN POLITICS]**

Cristina Foroni Consani

Doutora em Ética e Filosofia Política (UFSC)
Pós-doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN
Bolsista PNP/CAPEX

Natal, v. 23, n. 41
Maio-Ago. 2016, p. 125-170

Princípios
Revista de filosofia

E-ISSN: 1983-2109



Resumo: Este artigo investiga, a partir das teses de Kant e de Kelsen, as consequências, no âmbito da filosofia política e do direito, da aceitação e da negação da metafísica na fundamentação da moral e do direito. Tendo em vista a influência do pensamento kantiano em Kelsen, na primeira seção apresenta-se a relação entre direito e moral em Kant; na segunda seção mostra-se como se estabelece a relação entre direito e moral em Kelsen e, por fim, na terceira seção realiza-se uma avaliação de ambas as propostas e de seus reflexos na política.

Palavras-chave: Kant; Kelsen; Moral; Direito; Política.

Abstract: Starting from the theories of Kant and Kelsen, this article analyzes the consequences of acceptance and denial of metaphysics in the grounds of morality and Law. Given the influence of Kantian thought in Kelsen, the first section presents the relationship between Law and morality in Kant; in the second section it is shown how the relationship between law and morality is established in Kelsen; finally, the third section performs an evaluation of both proposals and their effects on politics.

Keywords: Kant; Kelsen; Moral; Law; Politics.

Introdução

Hodiernamente é reconhecida a grande influência de Kant na Filosofia do Direito de Kelsen. Entretanto, ao se realizar o cotejamento da relação entre direito e moral em ambos os autores é de grande relevância considerar que a leitura de Kant feita por Kelsen é efetivada, em certa medida, através das lentes do neokantismo.

O neokantismo é um movimento de retorno ao pensamento de Kant, surgido na Alemanha em meados do século XIX, cujos pensadores opuseram-se tanto ao irracionalismo quanto ao naturalismo especulativo e sustentaram que o status de ciência da Filosofia dependia da volta ao método kantiano (cf. Beck, 1991, p. ix). Organizando-se principalmente em torno de duas escolas – *a escola de Marburgo*, à qual pertenceram Friedrich Albert Lange, Hermann Cohen, Paul Natorp e Ernest Cassirer, e *a escola do Sudoeste alemão* (Baden e Heidelberg) cujos principais expoentes foram Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, Wilhelm Dilthey, Max Weber, Georg Simmel e Bruno Bauch (cf. Ollig, 2005, p. 723-724; Höffe, 1986, p. 273-276) –, o neokantismo, não obstante as peculiaridades de cada escola e teoria filosófica, apresentou como características comuns a negação da metafísica e a redução da filosofia à teoria do conhecimento.

É exatamente na esteira da negação da metafísica que segue Kelsen ao retornar à filosofia de Kant. Kelsen interessa-se pela teoria do conhecimento kantiana e não pela sua filosofia moral e do direito, a qual ele considera incorrer nos mesmos problemas das teorias jusnaturalistas. Desse modo, a recusa à metafísica faz com que a relação entre direito e moral se estabeleça no âmbito fenomênico e não no âmbito noumenico. Uma das consequências da assunção desse posicionamento é a rejeição de qualquer possibilidade de se falar num único conceito de moral ou de justiça. É preciso então assumir, e Kelsen de fato assume, uma postura relativista no que diz respeito ao conceito da moral e da justiça.

O propósito deste artigo é investigar, a partir das teses de Kant e de Kelsen, quais as consequências, no âmbito da filosofia política e

do direito, da aceitação e da negação da metafísica na fundamentação da moral e do direito. Esta investigação será aqui realizada em três momentos: primeiramente, será apresentada a relação entre direito e moral em Kant; em um segundo momento, será apresentada a relação entre direito e moral em Kelsen; por fim, será realizada uma avaliação de ambas as propostas e de seus reflexos para a política. As duas primeiras seções buscam reconstruir os principais argumentos de Kant e de Kelsen a respeito da relação entre direito e moral, já na terceira seção realiza-se uma análise e avaliação de ambas as teorias.

1. Sobre a relação entre Direito e Moral em Kant

A filosofia prática de Kant está exposta principalmente nas obras *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785), *Crítica da Razão Prática* (1788) e *Metafísica dos Costumes* (1797). Contudo, é na *Metafísica dos Costumes* que a relação entre direito e moral é abordada de modo mais específico. Por essa razão, é sobre esta obra que recairá o estudo realizado neste artigo.

A relação entre direito e moral na filosofia Kantiana é objeto de divergência entre seus intérpretes. Alguns autores, dentre os quais destacam-se Guyer (2002), Höffe (2010) e Almeida (2006), sustentam haver uma estreita relação entre a lei moral e o direito, de modo que o direito pode ser entendido como uma subclasse das leis morais (cf. Almeida, 2006, p. 215). Essa leitura é questionada por autores como Willaschek (2002), Wood (2002) e Pogge (2002), os quais defendem uma separação mais profunda entre a lei moral e o direito, sustentando, nesse sentido, ser possível desvincular a doutrina do direito de uma metafísica moral. A reconstrução da relação entre direito e moral ora apresentada filia-se à interpretação segundo a qual há uma vinculação estreita entre a lei moral e o direito na filosofia moral kantiana. Esta é, também, a forma como Kelsen entendeu a relação entre direito e moral em Kant.

A *Metafísica dos Costumes* é uma obra dedicada à discussão das leis morais. Embora Kant faça uma distinção entre Direito (Doutrina do Direito) e Ética (Doutrina das Virtudes), ele considera que ambos fazem parte de um conceito mais amplo de Moral e, deste modo, tanto os princípios da Ética quanto os princípios do Direito encontram sua fundamentação última na Razão. As leis morais, afirma o autor, “só valem como leis na medida em que possam ser consideradas como fundadas *a priori*” (Kant, 2005, p. 21) e, nesse sentido, são *necessárias e universais*. Isso significa que para Kant as leis morais estão no âmbito do *noumenon* e não do *fenômeno*.

Isso não implica a negação da relação entre a metafísica dos costumes (leis universais e necessárias) e a antropologia moral (a experiência, os costumes considerados de forma histórica e contingente), mas sim a constatação de que uma antropologia moral não é capaz de estabelecer leis universais e necessárias, uma vez que apenas reproduz aquilo que na prática social se reconhece como moralidade (por exemplo, em determinado momento histórico a moralidade social não condenava a escravidão ou a desigualdade de direitos entre homens e mulheres).¹ Kant alerta que “mesmo os conceitos e juízos sobre nós próprios e a nossa acção ou omissão carecem de significado moral quando contêm somente aquilo que pode apreender-se da experiência e se nos deixarmos induzir a converter em princípio moral algo extraído desta última fonte correremos o perigo de cair nos erros mais grosseiros e perniciosos” (Kant, 2005, p. 21). Trata-se aqui da negação da possibilidade da derivação do *dever ser* (leis morais) a partir do *ser* (experiência).

¹ Nesse sentido, Höffe esclarece que “a metafísica é responsável pela perspectiva moral, a antropologia pelas condições de sua aplicação” (Höffe, 2010, p. 76). Contudo, ele ressalta que a antropologia na obra de Kant “pertence aos motivos e, como uma preocupação empírica, está em oposição à metafísica prática que ele está buscando. A antropologia incluída no conceito de direito, uma antropologia do direito, consiste apenas nas condições de aplicação do direito: como diversas pessoas podem coexistir” (Höffe, 2010, p. 77).

Isso é afirmado com veemência no excerto abaixo, no qual Kant considera que as leis morais

[c]omandam a cada um sem atender às suas inclinações: unicamente porque e na medida em que é livre e está dotado de razão prática. O ensinamento que deriva destas leis não nasce da observação de nós próprios e da parte animal da nossa natureza nem da percepção do curso do mundo, daquilo que acontece e de como se atua (se bem que a palavra alemã *Sitten*, como, de resto, a equivalência latina *mores*, signifique somente maneiras e forma de vida), mas é a razão que comanda como se deve agir, mesmo na ausência de um exemplo a esse respeito e sem tomar em conta nenhuma vantagem que daí possa decorrer e sobre a qual só decerto a experiência nos poderia instruir (Kant, 2005, p. 22-23).

Assim, as leis morais implicam a possibilidade, no ser humano, de submissão da sensibilidade (inclinações) à razão. As inclinações são o impulso sensível e estão relacionadas ao arbítrio animal. Já o arbítrio humano, distintamente do animal, é aquele que é “afectado mas não determinado pelos impulsos sensíveis e que não é, portanto, puro por si próprio – sem uma adquirida habilidade da razão –, mas pode ser determinado a certas acções pela vontade pura” (Kant, 2005, p. 19). Em outras palavras, no arbítrio humano os impulsos sensíveis podem ser mediados pela razão pura (estrutura da mente) de modo que os indivíduos têm a capacidade de escolher entre aquilo que querem fazer e aquilo que devem fazer.

É a partir dessa relação entre os impulsos sensíveis e a razão pura que Kant define os conceitos negativo e positivo de liberdade: “[a] liberdade do arbítrio é a independência da sua determinação por impulsos sensíveis; este é o conceito negativo de liberdade. O positivo é: a liberdade é a faculdade da razão pura de ser por si mesma prática” (Kant, 2005b, p. 19). A liberdade consiste então na possibilidade da razão realizar a mediação entre os impulsos sensíveis e o dever, ou ainda, “a submissão das máximas de cada acção à condição de ser apta a converter-se em lei universal” (Kant, 2005, p. 19). É por esse motivo que Kant chama as leis mo-

rais de *leis da liberdade*, pois elas implicam a submissão do sensível e contingente ao racional e universal. No excerto abaixo essa relação fica ainda mais evidente:

Neste conceito positivo de liberdade (em sentido prático) fundamenta-se leis práticas incondicionadas, que se denominam morais; para nós, que temos um arbítrio afectado pela sensibilidade e que, por isso, se não adequa por si próprio à vontade pura mas frequentemente a contraria, as leis morais são imperativos categóricos, certas acções são permitidas ou proibidas, quer dizer, são moralmente possíveis ou impossíveis; mas algumas delas ou as suas contrárias são moralmente necessárias, isto é, obrigatórias e daí decorre para elas o conceito de dever [...] (Kant, 2005, p. 30-31).

Considerando que as leis morais abarcam tanto o Direito quanto a Ética, todas essas asserções afetam a ambas as doutrinas. Nesse contexto, há ainda alguns conceitos pertinentes às duas doutrinas que precisam ser apresentados. São eles o conceito de *máxima*, o conceito de *dever* e o *princípio supremo da doutrina moral*.

Kant define *máximas* como “[a] regra do agente e que ele próprio toma como princípio na base de razões subjetivas” (Kant, 2005, p. 35). Já o *dever* é conceituado como “uma ação a que alguém está vinculado.” (Kant, 2005, p. 32). Enquanto a *máxima* é “um princípio subjetivo da ação que o próprio sujeito erige em regra (de como quer actuar)”, o *dever* é, ao contrário, “aquilo que a razão objetivamente lhe prescreve (como deve actuar)” (Kant, 2005, p. 36). O *princípio supremo da doutrina moral* é então aquele que faz a mediação entre o aspecto subjetivo (*máxima*) e o aspecto objetivo (*dever*), ao estipular o seguinte: “age segundo uma máxima que possa simultaneamente valer como lei universal” (Kant, 2005, p. 36). O carácter universal da lei demanda exatamente a estipulação de deveres passíveis de serem cumpridos por todos os indivíduos. Essa mediação entre o particular (subjetivo) e o universal (objetivo) fica mais clara na formulação e explicação do imperativo categórico:

O imperativo categórico, que só enuncia, em geral, o que é obrigação, reza assim: age segundo uma máxima que possa valer simultaneamente como lei universal! Por conseguinte, deves considerar as tuas acções primeiramente segundo o seu princípio subjectivo; mas podes reconhecer se esse princípio pode ter também validade objectiva apenas no seguinte: em que, submetido pela tua razão à prova de te pensares por seu intermédio como universalmente legislador, se qualifique para uma tal legislação universal (Kant, 2005, p. 36).

Até aqui foram apresentados conceitos e princípios comuns ao Direito e à Ética. Doravante, serão apresentadas as distinções feitas por Kant em ambas as legislações de modo a traçar, ao final, a relação entre elas.

Ao expor a divisão da metafísica dos costumes, Kant mostra que as leis morais podem distinguir-se pelos seus móveis. Assim, a “legislação que faz de uma acção um dever e simultaneamente desse dever um móbil é *ética*” (Kant, 2005, p. 27). Já a legislação “que admite um móbil diferente da ideia do próprio dever é *jurídica*” (Kant, 2005, p. 27). Disso decorre que a “mera concordância ou discordância de uma acção com a lei, sem ter em conta seus móveis, chama-se legalidade (conformidade com a lei), mas aquela em que a ideia de dever decorrente da lei é ao mesmo tempo móbil da acção chama-se moralidade (eticidade) da mesma” (Kant, 2005, p. 27).

Há também uma distinção no modo de compreensão dos deveres oriundos de cada uma dessas legislações. Os deveres jurídicos “só podem ser deveres externos, porque esta legislação não exige que a ideia de dever, que é interna, seja por si mesma fundamento de determinação do arbítrio do agente” (Kant, 2005, p. 27). Os deveres éticos, por sua vez, incluem na lei “o motivo interno da acção (a ideia de dever), característica que não se verifica, de todo em todo, na legislação externa, a legislação ética não pode ser uma legislação externa” (Kant, 2005, p. 27).

Isso significa que o direito e a ética, subclasses das leis morais, possuem diferentes finalidades. Enquanto a lei jurídica tem a finalidade de fazer, por meio da coerção, coadunar a ação dos indi-

vídus com as prescrições legais no intuito de assegurar a paz social, as leis éticas visam o aprimoramento moral do agente. Por essa razão, pouco importa, no âmbito do direito, se o indivíduo cumpriu a lei por considera-la conforme ao dever ou simplesmente para evitar a sanção ou mesmo para receber uma recompensa. Ao direito não cabe regular a intenção dos indivíduos, pois uma lei jurídica que apresentasse tal finalidade invadiria a esfera privada da vida. Isso não significa, contudo, que a lei jurídica não possa atuar sobre a intenção, uma vez que o medo da sanção ou o desejo de receber uma recompensa pode fazer com que o indivíduo aja de acordo com a lei jurídica. Mas implica reconhecer que na definição kantiana o direito não deverá regular o sujeito e sua intenção caso não haja uma ação contrária ao direito. Em outras palavras, o que importa para a lei jurídica é que a *ação* do sujeito seja conforme ao direito, a *intenção* importa apenas de forma secundária e posteriormente à realização de uma ação (por exemplo, se um homicídio foi realizado com dolo ou com culpa é algo que apenas se torna relevante caso de fato um agente cometa um homicídio; enquanto um homicídio não ocorrer não interessa ao direito que o agente o tenha imaginado inúmeras vezes com requintes de crueldade).

Já no caso da legislação ética, como o propósito é o aprimoramento moral do agente, ela recai sobre a intenção em seguir a lei moral. A ação ética não pode de forma alguma se regular prioritariamente por uma legislação externa, nem mesmo por uma vontade divina que estabeleça penas e recompensas em uma suposta vida após a morte, pois isso representaria a admissão de um móbil diferente da ideia do próprio dever. A legislação ética, contudo, pode aceitar como móbil os deveres procedentes de uma legislação externa, mas desde que a ideia de dever seja assumida como móbil.

Assim, verifica-se que na filosofia moral kantiana direito e ética possuem um tronco comum, que é um conceito amplo e metafísico de moralidade. Ambos derivam, portanto, das leis morais que são racionais, universais e necessárias. Distinguem-se em seus deveres

e em sua forma de regular a conduta humana. Mas, além dessa conexão originária, que outra vinculação se estabelece entre direito e ética? Poderia haver conflito entre estes diferentes tipos de legislação?

Segundo Kant, não é possível ocorrer um conflito entre deveres e obrigações, pois o conflito “consistiria em uma relação entre eles em virtude da qual um deles anularia o outro (total ou parcialmente). Isso ocorreria porque

uma vez que dever e obrigação são conceitos que expressam a necessidade prática objectiva de determinadas acções e uma vez que duas regras opostas entre si não podem ser ao mesmo tempo necessárias, mas que quando é dever agir em conformidade com uma agir em conformidade com a regra oposta não só não é dever como é contrário ao dever: é, assim, totalmente impensável uma colisão de deveres e obrigações (Kant, 2005, p. 34).

Kant reconhece, contudo, a possibilidade de se encontrar “num sujeito e na regra que ele se prescreve duas razões da obrigação (*rationes obligandi*)” (Kant, 2005, p. 34). Diante de tal situação, uma das regras será insuficiente para obrigar e não será dever. E acrescenta: “[q]uando duas dessas razões se opõem entre si, a filosofia prática não diz então que é a obrigação mais forte que mantém a primazia (*fortior obligatio vincit*), mas que é a razão mais forte para obrigar que prevalece (*fortior obligatio ratio vincit*)” (Kant, 2005, p. 34).

Essas considerações se tornam relevantes para pensar a definição de direito apresentada por Kant dentro da Doutrina do Direito, pois aí surge a distinção entre direito natural (*Ius*) e direito positivo (*Iuris*). A relação entre *Ius* e *Iuris* é, na realidade, o “calcanhar de Aquiles” da vinculação entre direito e moral na Filosofia do Direito, pois desde a tradição jusnaturalista o direito (*Ius*) e a moralidade são justamente invocados para avaliar o direito positivo (*Iuris*) e considera-lo inválido caso ele entre em conflito com a moralidade ou com o *Ius*.

Esses conceitos são apresentados por Kant do seguinte modo:

O conjunto das leis para as quais é possível uma legislação externa chama-se doutrina do Direito (*Ius*). Se uma tal legislação é realmente existente, então é doutrina do Direito positivo e aquele que é nela versado, o jurisconsulto (*Jurisconsultus*), chama-se perito em Direito (*Jurisperitus*) se conhece as leis externas também exteriormente, quer dizer, na sua aplicação aos casos que se apresentam na experiência, doutrina que pode então também ser chamada Jurisprudência (*Jurisprudencia*), mas que sem a conjugação de ambas subsiste como mera ciência jurídica (*Juriscientia*). A última denominação corresponde ao conhecimento sistemático da doutrina do Direito natural (*Ius naturae*), se bem que o jurisconsulto tenha de retirar desta última os princípios imutáveis para toda a legislação positiva (Kant, 2005, p. 41).

Este excerto mostra que a Doutrina do Direito kantiana abarca tanto o direito natural quanto o direito positivo, e aqui ele acentua a vinculação e até mesmo a submissão do direito positivo ao direito natural.² É este o sentido desta célebre passagem na qual Kant afirma que “[u]ma doutrina do Direito meramente empírica é (tal como a cabeça de madeira da fábula de Fedro) uma cabeça que pode ser bela, mas que, lamentavelmente, não tem cérebro” (Kant, 2005, p. 42). Em outras palavras, o direito positivo retira seu conteúdo do direito natural, isto é, o direito positivo ou empírico tem suas fontes nos “juízos da mera razão” (Kant, 2005, p. 42) ou no direito natural, o qual é definido por Kant como “o Direito cognoscível *a priori* pela razão de qualquer pessoa” (Kant, 2005, p. 153). Deste modo, o direito natural deve ser pensado como uma lei da razão, como algo que deriva do princípio supremo da doutrina moral e não como um mandamento divino ou da natureza.

Como ressalta Höffe, na *Metafísica dos Costumes* o direito natural (*Ius*) figura, assim, como uma fundação suprapositiva para o

² Essa submissão do direito positivo ao direito natural, contudo, parece ser negada logo a seguir na Doutrina do Direito quando Kant afirma não ser possível recorrer à equidade para realizar a correção de um direito (positivo) considerado injusto. Cf. Kant, 2005, p. 48-50.

direito positivo (*Juris*) (cf. Höffe, 2010, p. 75). Kant afirma essa relação no seguinte excerto: “[p]ode, pois, pensar-se uma legislação exterior que contenha somente leis positivas; mas então deveria ser precedida por uma lei natural que fundamentasse a autoridade do legislador” (cf. Kant, 2005, p. 35).

Segundo Almeida, o Direito na concepção de Kant baseia-se em dois princípios, quais sejam: o *princípio universal do direito* e a *lei universal do direito* (cf. Almeida, 2006, p. 210). O princípio universal do direito estabelece que “[u]ma acção é conforme ao Direito quando permite ou quando a sua máxima permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal” (Kant, 2005, p. 43). Já a lei universal do Direito estabelece o seguinte: “age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal” (Kant, 2005, p. 44). Ainda segundo a leitura de Almeida, o princípio universal do Direito pode ser entendido como um *princípio de avaliação*, pois ele estabelece um critério para a aplicação do direito servindo de base para os julgamentos particulares. A lei universal do Direito, por sua vez, é definida como um *princípio de execução*, haja vista estabelecer uma obrigação sobre como os indivíduos devem agir de modo que suas ações se conformem com uma lei universal compatível com a liberdade dos demais. (cf. Almeida, 2006, p. 211).³

A relação entre direito natural e positivo poderia ser pensada a partir da vinculação do direito positivo, no momento de sua elaboração pelo legislador, aos dois princípios do direito natural acima apresentados. Seria este um modo de assinalar, na filosofia prática kantiana, a relação entre direito e moral e, de certa forma, entre direito e justiça pois, segundo Höffe, o conceito de moral na obra kantiana corresponde à ideia de justiça (cf. Höffe, 2010, p. 80).

³ Não se analisará aqui o problema da inserção, por Kant, das “máximas” no princípio universal do Direito. Para um enfrentamento desta questão ver Almeida (2006, p. 209-222).

2. Sobre a relação entre Moral e Direito em Kelsen

O desenvolvimento da teoria de Kelsen, segundo Paulson, apresenta três fases, sendo que em duas delas o pensamento kantiano exerce grande influência. A primeira fase (1911-1921), denominada “construtivismo crítico”, caracteriza-se pela afirmação da ciência jurídica como disciplina normativa e pela construção dos conceitos fundamentais do direito. Nessa fase a ascendência kantiana sobre Kelsen manifesta-se na purificação de conceitos centrais da ciência jurídica. A segunda fase (1921-1960) é chamada “fase clássica”. É nesta fase que Kelsen publica a primeira edição da *Teoria Pura do Direito* (1934) e os argumentos neokantianos são invocados como meio para resolver o problema da normatividade. Ao longo deste período verifica-se também a influência empirista e da lógica formal aplicada ao direito. Essas influências distintas marcam a divisão da fase clássica em dois períodos: o neokantismo (1921-1935) e o período híbrido (1935-1960), no qual o neokantismo funde-se com elementos analíticos. Na terceira fase (1960-1973), denominada “fase cética”, Kelsen abandona as doutrinas kantianas familiares à fase clássica. É desta fase a publicação da segunda edição da *Teoria Pura do Direito* (1960) e dos textos publicados após a sua morte sob o título *Teoria Geral das Normas* (cf. Paulson, 1998a, p. xxiv-xxx).

De acordo com Paulson, “a chave para a dimensão normativa da Teoria Pura do Direito, particularmente nos escritos de 1920 e início de 1930, é um argumento kantiano” (Paulson, 1992, p. 312). Kelsen, assim como Kant, localiza o Direito no *reino do dever ser*. Mas o *dever ser* kelseniano é pensado de forma distinta do *dever ser* kantiano. Como exposto, Kant considera que Direito é uma subclasse das leis morais cuja fundamentação última é a razão. Nesse sentido, o fundamento último da lei moral não está no âmbito da Física ou da experiência, mas sim no âmbito da Metafísica, nos princípios universais da razão.

É exatamente neste ponto que Kelsen afasta-se de Kant e aproxima-se do positivismo científico, cuja principal reivindicação é a

adoção, no âmbito das ciências sociais, da neutralidade e da objetividade das ciências naturais justamente no intuito de evitar a interferência de juízos de valor na atuação do cientista.⁴ Como ressalta Warat, a “fusão de algumas ideias do kantismo com outras do positivismo determinou um processo dialético entre ambas as posturas, cuja síntese é a Teoria Pura do Direito” (Warat, 1995, p. 131).

Em seu livro *A pureza do poder*, Warat defende que na *Teoria Pura do Direito* podem ser encontrados cinco níveis de purificação,

⁴ Michel Löwy, num ensaio denominado *Ideologias e Ciências Sociais*, aborda o positivismo científico a partir de um viés histórico e fazendo uso do método dialético. Neste ensaio Löwy apresenta a história do positivismo como uma sequência de *tese*, *antítese* e *síntese*. A *tese* é que o positivismo teria surgido como método científico no século XVIII, a partir de escritos de autores iluministas e vinculados aos enciclopedistas, tais como Condorcet e posteriormente Saint-Simon. Nessa primeira perspectiva o positivismo, ao buscar a neutralidade e a objetividade para as ciências sociais teria um caráter revolucionário (Condorcet) e socialista utópico (Saint-Simon), haja vista que buscava uma matemática social (Condorcet) ou uma fisiologia social (Saint-Simon) no intuito de afastar das ciências a influência dos *preconceitos* religiosos e aristocráticos. A *antítese* teria surgido justamente com os escritos de Augusto Comte, que dá uma nova interpretação ao conceito de *preconceito*. Enquanto Condorcet e Saint-Simon consideraram *preconceitos* ideais clericais, absolutistas, obscurantistas, fanáticos, intolerantes, dogmáticos e aristocráticos, Comte chama de *preconceito* os ideais revolucionários e socialistas. Assim, com Comte, a luta contra o *preconceito* deixa de ser revolucionária e passa a ser conservadora. Ao buscar a objetividade e a neutralidade para as ciências sociais, Comte defende que o método positivista deve se ater na teoria e na prática à ordem real, isto é, deve consolidar a ordem pública por meio da resignação com a ordem estabelecida. O terceiro momento, a *síntese*, viria com a obra de Max Weber, cuja obra também sustenta a necessidade de uma ciência livre de juízos de valor, mas afasta-se em muitos aspectos do positivismo de Comte. Segundo Weber a pesquisa científica possui *dois momentos*: no *primeiro momento*, que é aquele do início da pesquisa, os pontos de vista axiológicos atuam e determinam o objeto, informam a direção e fornecem o problema a ser estudado; no segundo momento, que é aquele dos resultados, Weber considera que a ciência social não apenas pode como deve ser livre de juízos de valor, isto é, axiologicamente neutra. Cf. Löwy, 2000, p. 35-68.

a saber: a purificação política e ideológica, a purificação antijusnaturalista, a purificação antinaturalista ou anticausalista, a purificação intranormativa e a purificação monista ou antidualista. (Cf. Warat, 1983). Esse processo de purificação distancia Kelsen de Kant, uma vez que a filosofia moral kantiana possui elementos que o jurista austríaco busca afastar, tais como, segundo o próprio Kelsen, a vinculação ao jusnaturalismo e uma concepção de moral metafísica.

Assim, mesmo que a distinção kelseniana entre *ser* e *dever ser* seja uma herança da teoria do conhecimento de Kant, a rejeição à metafísica dá origem a uma teoria bastante diferente daquela do filósofo de Königsberg. Enquanto o *dever ser* kantiano (leis morais/ética/direito) é dado *a priori* pela razão, o *dever ser* kelseniano (moral/direito) é construído socialmente, seja a partir dos costumes e da tradição (moral), seja a partir da vontade de uma autoridade político-jurídica (legislador ou juiz).

Moral e Direito na filosofia kelseniana, portanto, são fruto de uma construção social. Contudo, essas normas não podem ser associadas, elas devem ser separadas. Segundo o autor, Moral e Direito não se distinguem facilmente pela produção e nem pela aplicação de suas normas. No que diz respeito à produção, ambas as normas são fruto da construção social, pois do mesmo modo que as normas jurídicas, “também as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente (v.g. por parte de um profeta ou do fundador de uma religião, como Jesus). Nesse sentido a Moral é, como o Direito, *positiva*.” (Kelsen, 2000, p. 70; *itálico no original*).

Do mesmo modo, no que diz respeito à aplicação, Kelsen afasta a distinção kantiana entre Moral (ou Ética) e Direito segundo a qual a moralidade dirige-se à intenção (âmbito interno) dos indivíduos enquanto a legalidade preocupa-se apenas com a ação (âmbito externo). Nesse sentido, o autor afirma, por exemplo, que “quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de um homem através da conduta

exterior de um outro homem, mas também uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir um tal resultado.” (Kelsen, 2000, p. 68).⁵

Moral e Direito distinguem-se, deste modo, pelo modo como cada uma dessas ordens prescreve ou proíbe determinadas condutas. Nas palavras do autor, o “Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado.” (Kelsen, 2000, p. 71). A Moral, por outro lado, não estabelece sanções deste tipo, limitando-se a impingir aos seus destinatários sanções de aprovação ou desaprovação.

A compreensão da moralidade como uma norma social positiva permite a Kelsen justamente afastá-la da concepção metafísica e universalista da teoria kantiana. O autor considera que se a Moral for considerada um valor único e universal, equiparado à justiça, ela será, por conseguinte, concebida também como um valor absoluto, o que leva à reivindicação de que o Direito seja parte da Moral ou que se oriente por esse ideal de justiça como no modelo

⁵ Esse ponto está relacionado com a análise kelseniana a respeito da aplicação do princípio da imputação e de suas implicações sobre a vontade do sujeito de direito. Segundo Kelsen, embora o princípio da causalidade natural não se aplique às ciências sociais normativas (teologia, moral, direito), sendo substituído pelo princípio da imputação, ainda assim não se pode falar em vontade livre, haja vista a causalidade natural ser substituída por uma outra espécie de causalidade, criada justamente pela representação da norma social. Ou seja, quando uma norma jurídica estipula uma punição ou um prêmio para uma determinada conduta, a representação desta punição ou prêmio atua sobre a vontade/intenção do indivíduo de modo a ser causa de um determinado efeito (a ação conforme a norma jurídica). É nesse sentido que Kelsen afirma que as normas jurídicas assim como as normas morais atuam também sobre a intenção dos indivíduos. A consequência desse entendimento é que não se pode mais falar em autonomia no âmbito da moralidade, haja vista que a ação moral se realiza não apenas por dever, mas para se evitar um castigo ou auferir um prêmio.

jusnaturalista. É exatamente esse tipo de identificação que Kelsen busca evitar. Nesse sentido ele assevera: “quando não se pressupõe qualquer valor *a priori* como dado, isto é, quando se não pressupõe qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem que ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto” (Kelsen, 2000, p. 71).

É na esteira dessas considerações que são formuladas as críticas ao imperativo categórico kantiano na obra *O Problema da Justiça*, na qual Kelsen refuta normas de justiça de cunho metafísico-religioso e também aquelas que apresentam uma fundamentação racional. Segundo ele, as normas metafísico-religiosas assumem como justo um valor absoluto – por exemplo, o bem absoluto no caso de Platão ou o princípio do amor ao próximo e a Deus no caso da justiça cristã. Nesse caso, o autor considera que a “justiça pela qual o mundo clama, ‘a’ justiça por excelência é, pois, a justiça absoluta. Ela é um ideal irracional. Com efeito, ela só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus” (Kelsen, 1993, p. 65). Como expressão de uma autoridade transcendente, esse ideal de justiça se torna inquestionável e é exatamente a impossibilidade de refutação que é considerada por Kelsen como autoritária. (cf. Kelsen, 1993, p. 3-66).

Contra as normas de justiça racionais, o principal argumento de Kelsen é que elas são apenas fórmulas vazias cujo conteúdo é preenchido histórica e contingencialmente com os valores de indivíduos e sociedades concretas (que podem remeter a um absoluto) e, desse modo, dissimula-se, a partir de uma forma universal, uma concepção particular e contingente de justiça. A análise dedicada pelo autor ao imperativo categórico kantiano é uma amostra de como tal argumentação é conduzida. Kelsen reconhece que o imperativo categórico não é pensado exatamente como uma norma de justiça e sim como um princípio “geral e supremo da moral no qual está contido o princípio da justiça” (Kelsen, 1993, p. 21). O imperativo categórico seria, assim, a resposta para a questão de saber

como se deve agir para que se possa agir moralmente bem. Kelsen considera, contudo, que o imperativo categórico estabelece um “poder querer” que é, na realidade, um “dever querer”, cujo verdadeiro sentido seria “atua segundo uma máxima da qual devas querer que ela se transforme numa lei universal” (Kelsen, 1993, p. 25/26).⁶ O problema dessa fórmula é, na leitura de Kelsen, que o imperativo categórico não oferece uma resposta àquilo que se deve ou não querer, haja vista não estabelecer qual máxima deve e qual não deve se tornar uma lei universal. O argumento é que Kant estaria cometendo uma petição de princípio, pois teria pressuposto de maneira sub-reptícia aquilo que deveria provar, ou seja, teria pressuposto um conteúdo normativo sem justificá-lo. De certo modo, Kant teria incorrido nos mesmos erros dos jusnaturalistas, dando suporte a uma moralidade quase intuitiva ao defender que o certo e errado em questões morais é facilmente identificado por qualquer indivíduo, desde que faça uso de seu juízo racional. É exatamente a partir dessa interpretação que Kelsen acusa Kant de não ter se mantido fiel à sua própria teoria do conhecimento quando elaborou sua filosofia moral (Kelsen, 1993, p. 28).⁷

Kelsen refuta o absolutismo filosófico e filia-se a um relativismo filosófico e de valores. O absolutismo filosófico é definido por ele como “a concepção metafísica da existência de uma realidade

⁶ A formulação kantiana do princípio supremo da doutrina moral na *Metafísica dos Costumes* é a seguinte: “age segundo uma máxima que possa simultaneamente valer como uma lei universal” (Kant, 2005b, p. 36). Kelsen está aqui postulando uma reformulação desta máxima para estabelecer “dever querer” onde supostamente há um “poder querer”.

⁷ Isso se verifica no seguinte excerto: “À luz da teoria do conhecimento de Kant (a que ele claramente não se mantém fiel na sua ética), mandaria a coerência dizer que uma *ciência* da moral de forma alguma pode responder a esta questão, que aquela só pode determinar sob que condição ou pressuposto lógico são possíveis os juízos de que algo é bom ou mau, e que tal condição é: pressuporem-se como válidas normas gerais que prescrevem uma determinada conduta humana” (Kelsen, 1993, p. 28).

absoluta, i.e., uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano.” (Kelsen, 2002, p. 347). Segundo ele, no absolutismo filosófico, o objeto do conhecimento é considerado independente do sujeito e, por essa razão, sua cognição se dá por leis heterônomas. Seu correspondente político indica uma forma de governo na qual “todo o poder do Estado concentra-se nas mãos de um único indivíduo, ou seja, o governante, cuja vontade é a lei.” (Kelsen, 2002, p. 350). O poder conferido a esta pessoa é ilimitado e submete todos os membros do Estado à sua vontade. Essa definição autoriza Kelsen a identificar o absolutismo político com a autocracia, pois precisará sempre de um valor absoluto, inacessível à ação humana, para ser o fundamento último de seus postulados.

O relativismo filosófico, distintamente, “advoga a doutrina empírica de que a realidade só existe no interior do conhecimento humano e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscente.” (Kelsen, 2002, pp. 347/348). Por conseguinte, no relativismo político também vigora a aceitação de que os valores e as verdades são relativos e são constituídos pela compreensão e ação humanas. De acordo com Kelsen, o relativismo é a concepção de mundo que melhor se adéqua à democracia, uma vez que esta “julga da mesma maneira a vontade política de cada um, assim como respeita igualmente cada credo político, cada opinião política cuja expressão, aliás, é a vontade política” (Kelsen, 2002, p. 105).

Trazendo essa discussão para o âmbito do Direito, uma vez que diante do relativismo de valores não é possível falar em uma única verdade no âmbito da moral ou da justiça, a separação entre Direito e Moral significa que:

a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. (Kelsen, 2000, p. 75)

Isso não leva à conclusão de que Kelsen localiza os fenômenos jurídicos no âmbito da facticidade. Como ressalta Warat, “o dado normativo é consequência de uma ação de atribuição significativa, que não se fundamenta em uma simples relação entre o sentido e o referente, senão que integra-se em um conteúdo deontico pré-estabelecido.” (Warat, 1995, p. 133). Em outras palavras, Kelsen substitui o *dever ser* metafísico kantiano por um *dever ser* social (moralidade) ou jurídico (legalidade). Enquanto em Kant a normatividade do dever ser é oriunda de princípios *a priori* dados pela razão, o dever ser kelseniano é fruto da autoridade (legislativa ou judicial no caso das sentenças), cujo fundamento último, todavia, é a norma fundamental. A validade da norma jurídica, pois, não resulta de sua correspondência com um ideal de justiça ou de moralidade, mas de sua conformidade com a norma fundamental, que é uma norma pressuposta e não uma norma posta por qualquer autoridade política (Kelsen, 2000, p. 217).

A natureza da norma fundamental na obra de Kelsen é objeto de divergência entre seus intérpretes, haja vista o próprio autor ter apresentado definições distintas ao longo do desenvolvimento de seu pensamento. Na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* a norma fundamental é apresentada como um “pressuposto lógico-transcendental” que, por analogia à teoria do conhecimento kantiana, faz uso do método “transcendental” como condição de possibilidade do direito. Kelsen explica essa analogia da seguinte forma:

Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de

vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição (Kelsen, 2000, p. 225).

Nessa perspectiva, na Teoria Pura do Direito a norma fundamental é uma norma que assume o sentido de uma “constituição lógico-jurídica” e não histórica ou positivo-jurídica. Isso quer dizer que caso se queira falar de direito é preciso aceitar a ideia de uma norma fundamental a dar origem ao próprio direito em sentido objetivo. Trata-se, segundo Kelsen, de uma norma que não tem outro conteúdo “senão a instituição de um fato produtor de normas” (Kelsen, 2000, p. 219).

Em *Teoria Geral das Normas*, obra póstuma, apoiando-se na filosofia do “Como-Se” de Hans Vaihinger⁸, outro neokantiano, Kelsen define a norma fundamental como uma ficção e não mais como uma hipótese lógico-transcendental. Ele mesmo se retrata:

[...] é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei –, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque ela não corresponde à realidade (Kelsen, 1986, p. 329).

O sentido da ficção na filosofia de Vaihinger é, segundo relembra Kelsen, “que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si” (Kelsen, 1986, p. 328). Tais características poderiam ser encontradas na norma fundamental: ela contradiz a realidade na medida em que não é posta por nenhum ato de vontade; ela contradiz a si mesma ao não pressupor outra norma superior que lhe conceda sentido objetivo de dever ser e, deste modo, viola sua própria condição de existência ou validade.

⁸ Trata-se de uma referência à obra de Hans Vaihinger (2011) denominada *A Filosofia do como se*.

A diferença entre hipótese e ficção é que a hipótese deve ser comprovada e pode ser tomada como verdadeira apenas se descrever a realidade de forma fiel. A função da hipótese é evitar que o conhecimento científico seja contraditório. Já a ficção pode conviver com contradições, pois não tem a atribuição de descrever a realidade de forma objetiva, mas sim de lidar com a realidade de modo a fundar uma visão inventada – e não descoberta – da própria realidade. Uma vez cumprido este papel, a ficção pode ser abandonada. (cf. Matos, 2012, p. 22). De acordo com Matos, embora a tese kelseniana da norma fundamental como ficção tenha sido defendida por Kelsen em *Teoria Geral das Normas*, obra editada pelo Instituto Hans Kelsen em 1979, estudos mais recentes baseados em uma carta de Kelsen a Renato Treves⁹ sustentam que a evolução do conceito de norma fundamental vai da ficção à hipótese, e não o contrário. O fato de Kelsen ter defendido em sua última obra a referência à ficção seria o resultado da publicação, nesta obra, de textos de datação incerta. (cf. Matos, 2012, p. 23-26).¹⁰

Independentemente da divergência teórica em torno da natureza da norma fundamental, o certo é que como uma hipótese lógico-transcendental ou como uma ficção, a norma fundamental kelseniana é uma norma pressuposta, pensada, não positivada e não passível de recorrer a conceitos metafísicos para conferir validade ao direito. É a norma fundamental que permite a Kelsen levar a tese positivista do direito do âmbito da facticidade para o âmbito da normatividade sem recorrer a um fundamento por ele considerado metafísico (cf. Paulson, 2000, p. 282).

A filosofia e teoria do direito kelseniana se coloca, segundo Paulson, entre o jusnaturalismo e o positivismo empirista. Por um lado, o jusnaturalismo é uma teoria normativa, mas encontra o

⁹ Cf. Kelsen, 1998, p. 169-175.

¹⁰ Para uma discussão mais aprofundada da norma fundamental, ver: Paulson, 2000, p. 279-293; Raz, 1998, p. 47-67; Honoré, 1998, p. 89-112; Edel, 1998, p. 195-219; Luf, 1998, p. 222-234.

fundamento de validade das leis positivas em concepções de moralidade e de justiça de natureza metafísica (natureza, Deus, leis racionais *a priori*), vinculando-se à denominada “tese da moralidade”. O positivismo empirista, por sua vez, aceita a “tese da facticidade”, segundo a qual o direito é “reduzido a’ uma concatenação de fato – quer se trate de poder, da vontade do soberano, ou da aceitação do sistema jurídico da comunidade.” (Paulson, 1998b, p. 23). Nesse sentido, o positivismo empirista esvazia a teoria do direito de sua normatividade.

Ao erigir a norma fundamental como fundamento de validade das normas jurídicas, Kelsen consegue, por um lado, afastar-se do jusnaturalismo mantendo a separação entre direito e moral, haja vista a norma fundamental não possuir um conteúdo que estabeleça o que é certo ou errado no âmbito do direito e, por outro lado, ele afasta-se também do positivismo empirista e da tese da facticidade, uma vez que o fundamento de validade do direito é uma norma e não um fato.

Uma vez entendido o ponto de partida de Kelsen e o modo como ele insere sua teoria em duas tradições filosóficas bastante distintas – o kantismo e o positivismo científico – cabe verificar como é pensada a própria Ciência Jurídica, visto que ele distingue o Direito da Ciência Jurídica. Enquanto o primeiro é fruto da vontade de uma autoridade jurídico-política (o legislador, o representante do poder executivo ou o juiz no caso de sentenças), a Ciência Jurídica é uma atividade de conhecimento e de descrição das normas jurídicas. É exatamente à Ciência Jurídica e ao cientista do direito, ou jurista, que se dirigem as exigências da pureza metodológica, de neutralidade e de objetividade axiológica. O Direito, no momento de sua produção por meio da vontade da autoridade política, está sujeito à interferência dos diversos valores existentes na sociedade. Contudo, uma vez que ingressam no ordenamento jurídico, as normas jurídicas devem ser estudadas e apresentadas sem qualquer interferência dos valores de seu estu-
dioso.

Kelsen distingue as *ciências naturais* das *ciências sociais*. As ciências naturais são sempre regidas pelo *princípio da causalidade*, que implica uma relação necessária entre causa e efeito (se A é, B é; ou ainda, sempre que aquecido, o metal dilatará). O trabalho das ciências naturais será sempre o de descrever o seu objeto que se encontra no reino do ser, são os fenômenos da natureza.

Já as *ciências sociais* podem ser classificadas como *causais* (como, por exemplo, a História, a Psicologia ou a Sociologia) ou *normativas* (como, por exemplo, a Teologia, a Ética e a Ciência Jurídica). As ciências sociais causais descrevem os fatos e a conduta humana fazendo uso do princípio da causalidade. Segundo Kelsen, nesse sentido a diferença entre as ciências sociais causais e as ciências naturais é apenas de grau e não de princípio, haja vista ambas fazerem uso de uma explicação causal para descrever a realidade. (cf. Kelsen, 2000, p. 96).

De modo diverso, as ciências sociais normativas descrevem a conduta humana não como ela se realiza, mas como ela *deve* se realizar de acordo com a ordem normativa. Sendo assim, as ciências sociais normativas interpretam a conduta humana não segundo o *princípio da causalidade*, mas de acordo com o *princípio da imputação*. O princípio da imputação exerce uma função análoga à do princípio da causalidade, qual seja, a de realizar a ligação entre uma causa (conduta humana contrária ou de acordo com a norma) e o efeito (prêmio ou castigo). Em suma, enquanto as ciências sociais causais têm por objeto fatos (reino do ser), as ciências sociais normativas têm por objeto normas (reino do dever ser).

Se de acordo com o princípio da causalidade tem-se a formulação “quando A é, B é”, nos termos do princípio da imputação a formulação consequencialista deve expressar-se do seguinte modo: “quando A é, B *deve ser*” ou, em outras palavras, “se A violar a norma, *deve ser aplicada a pena B*”. A ligação efetuada pelo princípio da imputação é diferente daquela realizada pelo princípio da causalidade, haja vista ser “produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade,

portanto – , enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie” (Kelsen, 2000, p. 87). Assim, embora a Ciência Jurídica também deva apenas descrever o seu objeto, que são as normas jurídicas, diferentemente das ciências naturais e das ciências sociais causais, o seu objeto precisa ser produzido.

Ademais, conforme esclarece Kelsen, do fato da proposição jurídica descrever algo não se pode inferir que esse algo seja da ordem do ser (empírico), pois as normas jurídicas embora não sejam fatos da ordem do ser também podem ser descritas. Nesse sentido é que surge a distinção entre *direito* e *proposição jurídica*. Enquanto o direito é um mandamento, algo posto por uma autoridade com a finalidade de prescrever uma conduta, a proposição jurídica deve ser compreendida como um juízo, uma consideração a respeito do direito positivado, isto é, como uma afirmação sobre um determinado objeto do conhecimento (as normas jurídicas). Do mesmo modo que a lei natural, a proposição jurídica realiza a ligação entre dois fatos. Por essa razão, “o jurista científico que descreve o Direito não se identifica com a autoridade que põe a norma jurídica” e as descrições realizadas por meio de proposições jurídicas devem manter-se alheias a valores. (Kelsen, 2000, p. 89).

O princípio da imputação é utilizado por Kelsen para pensar o problema da liberdade em sociedade. O autor contrapõe natureza, princípio da causalidade e necessidade à sociedade, princípio da imputação e liberdade. Segundo Kelsen, “dizer que o homem, como parte da natureza, não é livre, significa que sua conduta, considerada como fato natural, é, por força de uma lei da natureza, causada por outros fatos”, isto é, a conduta dos indivíduos na natureza está sujeita ao princípio da causalidade que, por sua vez, consiste em uma série sem fim de causas e efeitos. (Kelsen, 2000, p. 102).

Por outro lado, como sujeito de uma ordem moral ou jurídica o homem não está sujeito ao princípio da causalidade natural, mas ao princípio da imputação, o qual estabelece um ponto final na re-

lação de causa e efeito. Segundo Kelsen, “dizer que um homem sujeito a uma ordem moral ou jurídica é ‘livre’ significa que ele é o ponto terminal de uma imputação apenas possível com base nessa ordem normativa.” (Kelsen, 2000, p. 104).

O conceito de liberdade exposto aqui, contudo, é bastante peculiar. Parece mesmo estar atrelado à concepção de liberdade negativa do liberalismo clássico, no sentido de que o indivíduo é livre à medida que não haja interferência do Estado (e do Direito) na esfera privada de sua vida. O âmbito da liberdade, desse modo, é determinado por aquilo que não é regulado pelo Direito.¹¹

Kelsen não associa o conceito de liberdade ao de vontade livre, o que o aproximaria de Kant. Pelo contrário, ele afirma que no âmbito do Direito não é possível falar de vontade livre. Embora os indivíduos submetidos a uma ordem moral ou jurídica estejam, no âmbito desta ordem, não regulados pelo princípio da causalidade e sim pelo princípio da imputação, o próprio princípio da imputação acaba por estabelecer uma nova causalidade. Não se trata, contudo, de uma causalidade natural, mas de uma causalidade estabelecida pela própria norma moral ou jurídica. Nesse sentido o excerto abaixo:

A verdade, porém, é que o pressuposto de que apenas a liberdade do homem, ou seja, o fato de ele não estar submetido à lei da causalidade, é que torna possível a responsabilidade ou a imputação está em aberta contradição com os fatos da vida social. A instituição de uma ordem normativa reguladora da conduta dos indivíduos – com base na qual somente pode ter lugar a imputação – pressupõe exatamente que a vontade dos indivíduos cuja conduta se regula seja causalmente determinável e, portanto, não seja livre. (Kelsen, 2005, p. 105).

O processo causal estabelecido pelo princípio da imputação funciona do seguinte modo: a norma jurídica prescreve uma determinada conduta (não furtar, por exemplo) e estipula uma retribuição para a conduta contrária à norma (punição – pena de reclusão de

¹¹ A respeito do conceito negativo de liberdade ver Berlin (2002, p. 226-272).

um a quatro anos e multa). A representação da norma (é proibido furtar sob pena de reclusão de um a quatro anos e multa) atua sobre a vontade do sujeito e faz com que ele aja de acordo com a norma jurídica. Nesse sentido, a representação da norma (causa) faz com que o sujeito se comporte conforme a norma (efeito). Essa explicação também ajuda a compreender os motivos pelos quais Kelsen, quando analisa a distinção entre normas morais e jurídicas, sustenta que ambas se dirigem não apenas à ação do sujeito, mas também à intenção. Exatamente porque a representação das normas sociais atua como causa do comportamento conforme a norma é que o agir conforme a norma pode figurar como efeito. A este respeito o autor conclui que liberdade e imputação estão estreitamente relacionadas, mas a liberdade não exclui a causalidade. “O homem é livre porque esta sua conduta é um ponto terminal da imputação, embora seja causalmente determinada.” (Kelsen, 2000, p. 110).

Por fim, na obra de Kelsen a separação entre Direito e Moral assume relevância para a coerência de seus argumentos por duas razões. Primeiramente, essa separação é necessária por uma questão epistemológica: ao tratar o Direito como objeto de estudo, notadamente o Direito enquanto Ciência, Kelsen buscou definir um método próprio para uma ciência social ao mesmo tempo normativa e positiva, livre de qualquer fundamentação metafísica ou meramente factual. Por conseguinte, temas como a moralidade, a justiça e a política não são tratados em obras como a *Teoria Pura do Direito*. Embora ele reconheça que o Direito enquanto um mandamento é originário de uma decisão político-jurídica (o processo legislativo ou a interpretação judicial) e, que em sua gênese o Direito certamente receberá a influência de concepções morais, ideológicas ou de justiça, tais interferências não são objeto de estudo da Ciência do Direito, e sim de outras ciências como, por exemplo, a Filosofia Política, a Ciência Política ou a Sociologia Jurídica. Em segundo lugar, a tese da separação entre Direito e Moral, uma das principais teses do positivismo jurídico, coaduna-se com a vin-

culação kelseniana a um relativismo filosófico e político, pois se há uma pluralidade de valores e de concepções a respeito do moral e do justo nas sociedades, o direito positivo não poderia ser avaliado em seu conteúdo por considerações morais ou de justiça, haja vista que qualquer consideração a esse respeito seria apenas a expressão de valores de uma parcela da sociedade e não da sociedade como um todo. Por essa razão, ele sustenta que os critérios de avaliação do direito (validade) devem ser formais (procedimentais). As consequências políticas da assunção desse posicionamento serão analisadas na seção seguinte.

3. A relação entre Direito e Moral e seus reflexos na Política

Posicionamentos como aqueles de Kant e de Kelsen a respeito da relação entre Direito e Moral parecem mesmo ser ícones da discussão sobre tal tema na contemporaneidade. Por um lado, como ressalta Höffe, hodiernamente a afirmação kantiana de que o direito positivo demanda uma conexão com o direito natural ou metafísico parece excessiva (cf. Höffe, 2010, p. 75) e, nesse sentido, a tese kelseniana da separação entre Direito e Moral considerada à luz do relativismo de valores seria mais condizente com as expectativas teóricas e práticas das sociedades. Por outro lado, questões como a ascensão de governos autoritários e ilegítimos, a derrubada de governos democráticos e legítimos, a legalização da eutanásia e do aborto, a discussão a respeito dos limites morais do mercado, as demandas por justiça social, entre outras, clamam por uma relação mais estreita e não contingente entre o direito e os ideais de moralidade e de justiça, como se viu após a Segunda Guerra Mundial quando as arbitrariedades cometidas pelo nazismo vieram à tona. Na esteira desta demanda, a filosofia acaba por admitir uma reconexão entre Direito e Moral, ainda que a partir de uma metafísica mitigada, como o faz Habermas (2012) com sua tese da racionalidade comunicativa.

As questões acima mencionadas mostram que a relação entre Direito e Moral, ou melhor, a forma como essa relação se estabelece, pode ter reflexos na política. É a partir dessa ideia que se pretende doravante analisar as consequências dos posicionamentos assumidos por Kant e Kelsen a respeito da relação entre Direito e Moral.

Kant, como visto, defende uma estreita conexão entre Direito e Moral, tendo considerado o Direito uma subclasse das leis morais e, no que diz respeito à elaboração do direito por meio da política, subordinou o direito positivo (*Juris*) ao direito natural (*Ius*). O direito natural e a própria moralidade em Kant, contudo, não são conceitos contingentes, construídos a partir de elementos da cultura e da tradição de uma sociedade historicamente situada. Ao contrário, são leis necessárias e universais estabelecidas *a priori* pela razão.

A política é definida seguindo o mesmo raciocínio, isto é, como um princípio *a priori* que não deve entrar em contradição com o princípio supremo da moralidade. No texto “À Paz Perpétua”, Kant conceitua a política como “teoria do direito aplicado” e a moral como “teoria do direito, mas teórica” (Kant, 2002b, p. 151) e ressalta que não pode haver conflito entre ambas. Deve-se ressaltar, contudo, que quando Kant fala da política como uma teoria do direito aplicado, ele não está se referindo ao direito positivo, mas ao direito racional que é uma subclasse das leis morais. Assim, há entre política e moral uma relação de complementariedade, a qual se revela na seguinte metáfora: “[a] política diz: ‘*Sede prudentes como a serpente*’; a moral acrescenta (como condição limitativa): *e sem falsidade como as pombas*” (Kant, 2002b, p. 151; itálico no original). Essa metáfora indica que Kant reconhece as peculiaridades de cada um desses campos da ação humana, mas ressalta que a lei moral estabelece os limites para a política.

Tais limites são destacados também na distinção entre o *político moral* e o *moralista político*. Enquanto o político moral é “um homem que assume os princípios da prudência política de um modo

tal que possam coexistir com a moral” (Kant, 2002b, p. 153-154), o moralista político “forja uma moral útil às conveniências do homem de Estado” (Kant, 2002b, p. 154).

O político moral deve agir segundo princípios e não meramente segundo fins ou metas. Kant ressalta que “o moralista político começa no ponto em que justamente o político moral acaba e, ao subordinar assim os princípios aos fins [...] torna vão o seu propósito de conciliar a política com a moral” (Kant, 2002b, p. 159). Aqui encontra-se uma formulação daquilo que Rawls denominou de prioridade do justo sobre o bem: um *fin*, segundo Kant, é um princípio material cujo conteúdo é contingente, isto é, possui um conceito de bem-estar ou de felicidade vinculado a um determinado contexto social, grupo ou indivíduo; já quando se refere a um *princípio*, ele faz referência a um princípio formal sem conteúdo histórico e contingente, o qual deve obedecer à seguinte fórmula: “age de tal modo que possas querer que a tua máxima se torne uma lei universal (seja qual for o fim que queira)” (Kant, 2002b, p. 159). A ênfase dada ao princípio formal da política e do direito tem por finalidade afirmar o aspecto objetivo de ambos, isto é, trata-se da tentativa de estabelecer uma ordem capaz de regular a todos e de ser aceita por todos, independentemente de questões relacionadas ao contexto histórico ou cultural de cada sociedade.

Do mesmo modo, a política moral também se realiza segundo um princípio, o qual estabelece o seguinte: “um povo deve congregarse num Estado segundo os conceitos exclusivos da liberdade e da igualdade, e este princípio não se funda na astúcia, mas no dever” (Kant, 2002b, p. 161). Nessa passagem Kant está se referindo à política constituinte, ao próprio pacto social e, em seu entendimento, trata-se de um dever moral a entrada no estado civil. Uma vez fundado o estado civil, é também um dever tornar esse estado uma República, com um sistema de representação e de separação de poderes. O republicanismo, segundo Kant, “é o princípio político da separação do poder executivo (governo) do legislativo” (Kant, 2002b, p. 130). A forma republicana de governo

contrapõe-se ao despotismo justamente porque em um governo despótico verifica-se “a execução arbitrária pelo Estado de leis que ele a si mesmo deu, por conseguinte, a vontade pública é manejada pelo governante como sua vontade privada.” (Kant, 2002b, p. 130). Do mesmo modo que a separação de poderes deve evitar que o governo faça uso privado do interesse público, também a representação política, segundo Kant, assume um papel fundamental em uma República, pois uma forma representativa de governo tende a evitar que o legislador seja “ao mesmo tempo executor da sua vontade numa e mesma pessoa” (Kant, 2002b, p. 130). Representação política e separação dos poderes têm por função reforçar a proibição de que o poder de legislar e de governar se concentrem nas mesmas mãos.

A política moral, deste modo, funciona como um ideal regulatório a nortear a prática política que, por sua vez, irá dar origem ao direito positivo. O político moral, diz Kant, terá por base o seguinte princípio:

Se alguma vez na constituição de um Estado ou nas relações entre Estados se encontrarem defeitos que não foi possível impedir, é um dever, sobretudo para os chefes de Estado, reflectir o modo como eles se poderiam, logo que possível, corrigir e coadunar-se com o direito natural, tal como ele se oferece aos nossos olhos como modelo na ideia da razão, mesmo que tenha de custar o sacrifício do amor-próprio. (Kant, 2002b, p. 154)

Neste excerto, Kant deixa claro que a política moral (e o político moral) devem aproximar sempre que possível o direito positivo do direito natural ou racional. Mas aqui parece que a subordinação do direito positivo ao direito natural perde força, haja vista ele não afirmar que a ordem estabelecida deixa de ser válida quando não se coaduna com os princípios formais do direito e da política. Ao contrário, Kant afirma apenas que a política e o direito positivo devem ser corrigidos segundo esses princípios formais. Trata-se, assim, da negação do direito de sublevação ou revolução.

Não se pretende aqui adentrar na discussão a respeito desse tema em Kant, pois isso fugiria ao escopo deste artigo, mas apenas acentuar que o posicionamento do autor a respeito de um suposto direito à revolução ajuda a compreender as consequências, no âmbito da política, do modo como se estabelece a relação entre Direito e Moral.

No âmbito do direito público interno, Kant considera que o princípio da publicidade deve ser invocado para se responder à pergunta sobre a legitimidade da revolução. Pergunta ele: “[é] a revolta o meio legítimo para que um povo rejeite o poder opressivo do chamado tirano?” (Kant, 2002b, p. 165). Ele responde a esta pergunta do seguinte modo:

[...] pergunte-se ao povo, antes do estabelecimento do pacto civil, se ele se atreveria a tornar pública a máxima do desígnio de uma eventual sublevação. Vê-se com facilidade que, se na instituição de uma constituição política se quisesse pôr como condição o exercício, em determinados casos, da força contra a autoridade suprema, o povo deveria arrogar-se um poder legítimo sobre aquela. Mas, então, aquela não seria o soberano ou, se ambos se pusessem a si mesmos como condição da instauração do Estado, esta não seria possível – o que, no entanto, constituiria o propósito do povo. A injustiça da rebelião se manifesta, pois, em que a máxima da mesma, se se *confessasse publicamente*, tornaria inviável o seu próprio propósito. (Kant, 2002b, p. 166; *itálico no original*)

Kant considera que a possibilidade de desobediência ao direito, mesmo que injusto ou contrário aos princípios *a priori* da moral e do direito natural, seria contraditória com o intuito de se estabelecer uma ordem civil ou política. Portanto, a solução política a ser adotada diante de uma ordem política e jurídica tirânica seria a reforma e não a revolução ou insurreição.

Pode-se considerar, então, que a relação entre Direito e Moral na filosofia prática kantiana tem como reflexo para a política a elaboração de um critério para avaliação do bom e do mau direito positivo ou da boa ou má ordem político-jurídica, ou seja, um critério para que se promovam reformas no intuito de aproximar o

direito posto e a prática política do direito natural e da política moral. Contudo, não parece haver uma autorização para que se desobedeça ao direito positivo ou se faça a revolução.¹²

Diante de um governo e de um direito arbitrário, a filosofia moral kantiana poderia ser utilizada como base para verificar em que medida tal governo e direito se conformam à ideia de Estado de Direito, com separação de poderes, representação e respeito aos direitos dos indivíduos. Estabeleceria, pois, critérios, para o julgamento de um governo despótico e de um direito injusto e imoral. Contudo, o direito positivo ainda assim seria considerado como direito cuja desobediência não encontraria respaldo jurídico. No âmbito da moral, todavia, seria um dever fazer uma resistência pacífica diante de um governo despótico e de um direito injusto. Na *Crítica da Razão Prática*, esse dever é exemplificado a partir da hipótese de um governante exigir de um súdito que preste falso testemunho contra um homem honesto sob ameaça de morte. Diante de tal situação, Kant sustenta haver um dever moral da parte do súdito de não prestar falso testemunho, pois a ordem do governante viola a lei moral. Trata-se, com certeza, de um grande dilema. Mas o que se ressalta nessa proposta é a possibilidade de julgamento e de avaliação das ordens de um governante ou das normas do direito positivo. Kant não afirma que os indivíduos optariam pela morte ao invés do falso testemunho, mas ele ressalta

¹² Esse posicionamento é sustentado também na Doutrina do Direito: “Contra a suprema autoridade legisladora do Estado não há, portanto, resistência legítima do povo; pois que só mediante submissão a uma vontade universalmente legisladora se torna possível um estado jurídico; não existe, portanto, nenhum direito de sedição (*seditio*), ainda menos de rebelião (*rebellio*) e muito menos ainda o direito de atentar contra a sua pessoa (como monarca), inclusivamente contra a sua própria vida (*monarchomachismus sub specie tyrannicidii*), sob o pretexto de abuso do seu poder (*tyrannis*). [...] A razão pela qual o povo deve suportar, apesar de tudo, um abuso do poder supremo, mesmo um abuso considerado intolerável, é a de que a sua resistência contra a legislação suprema em si há de conceber-se como ilegal, como destruidora mesmo da constituição legal na sua globalidade”. Cf. Kant, 2005, p. 190.

que a lei moral oferece um critério para julgar o certo e o errado no âmbito da política e do direito positivo. Em suas palavras, o súdito “julga que pode algo pelo fato de ter a consciência de que o deve, e reconhece em si a liberdade, que do contrário, sem a lei moral, ter-lhe-ia permanecido desconhecida” (Kant, 2002a, p. 51).

Ao não reconhecer um direito de insurreição ou revolução diante de abuso de poder considerado intolerável, contudo, Kant parece não ter em mente um governo que rompa com a própria ideia de Estado de Direito, mas sim um governo no qual apesar de o representante do poder executivo atuar de forma abusiva, o poder legislativo ainda se mantenha leal às determinações da Constituição. É exatamente por contar com o bom funcionamento do poder legislativo que Kant considera ser possível ao povo opor ao governo autoritário uma resistência pacífica. É o que se verifica no seguinte excerto:

Numa Constituição política elaborada de tal modo que o povo mediante os seus representantes (no parlamento) pode legalmente opor resistência ao poder executivo e ao seu representante (o ministro) – Constituição que então se chama Constituição limitada – não está, contudo, permitida a resistência activa (do povo arbitrariamente unido para coagir o governo a uma determinada acção, ou seja, para realizar ele próprio um acto do poder executivo), mas tão-somente uma resistência negativa, isto é, a recusa do povo (no parlamento) em dar sempre a sua anuência às exigências que o governo apresenta como necessárias para a administração do Estado. (Kant, 2005, p. 193-194)

A preocupação de Kant ao não admitir a revolução como um direito é assegurar a ordem e a estabilidade no próprio Estado de Direito, não permitindo que qualquer conflito de interesses entre a maioria do povo e o governante dê margem à dissolução do Estado e da Constituição. O grande desafio para a relação entre direito, moral e política, entretanto, é um caso-limite como o do nazismo, no qual já não se pode contar com o poder legislativo atuando segundo os preceitos constitucionais. Diante de uma situação como esta, segundo a interpretação de Varden, a filosofia moral kantiana

admitiria a não obediência ao direito positivo. Com base na distinção feita por Kant em *Antropologia de um ponto de vista pragmático* entre *República* (poder com liberdade e lei), *despotismo* (lei e poder sem liberdade) e *barbárie* (poder sem liberdade e lei), a autora sustenta que o nazismo seria equiparado não ao despotismo, mas à barbárie e, portanto, a desobediência aos mandamentos de seus oficiais não seria uma desobediência ao direito justamente por que não se encontravam presentes os elementos característicos da República ou Estado de Direito (cf. Varden, 2010, p. 13 *et seq.*).¹³

Na proposta kelseniana, por outro lado, os reflexos políticos da relação entre Direito e Moral se apresentam de forma diversa. A filosofia política de Kelsen pode ser melhor compreendida a partir de dois elementos centrais, a saber: o relativismo filosófico e político e o normativismo. Em razão de sua vinculação ao relativismo filosófico e político, Kelsen refuta a existência de valores e verdades únicas; em virtude de sua adesão ao normativismo, o autor defende uma forte submissão da política ao direito, este considerado a partir de elementos formais e procedimentais de sua elaboração.

Ao reconhecer a pluralidade de valores, Kelsen escolhe, no âmbito da política, o seu próprio valor (enquanto sujeito Kelsen): segundo ele, a democracia – representativa e liberal – é um valor es-

¹³ Kant apresenta tais definições ao discorrer sobre a relação entre lei e liberdade: “II. *Liberdade e lei* (pela qual se limita aquela) são dois eixos em torno dos quais se move a legislação civil. – Mas a fim de que a segunda seja também de efeito e não recomendação vazia, tem-se de acrescentar um intermediário, a saber, o *poder* que, unido àqueles, coroa de êxito aqueles princípios. – Ora, podem-se pensar quatro combinações do último com os primeiros:

- A. Lei e liberdade sem poder (anarquia).
- B. Lei e poder sem liberdade (despotismo).
- C. Poder sem liberdade nem lei (barbárie).
- D. Poder com liberdade e lei (república)

Vê-se que apenas a última merece ser denominada uma verdadeira constituição civil [...]” (Kant, 2006, p. 224-225).

sencial em uma sociedade que recusa o autoritarismo e quer se manter como Estado de Direito. À luz desse valor é que ele vai redefinir alguns conceitos centrais para a política, quais sejam: liberdade, povo, vontade e Estado.

A liberdade é um dos primeiros conceitos revisitados à luz do relativismo. O autor aponta para a transição da liberdade natural – na qual não se pressupõe a existência de limitações jurídico-sociais, mas vigora uma espécie de determinação cósmica ou divina – para a social, que implica a submissão do indivíduo a uma ordem normativa de cuja elaboração ele próprio participou. A participação na elaboração da lei caracteriza a liberdade no sentido de autonomia ou autogoverno. A ideia de liberdade como autonomia, contudo, não pode ser concretizada, na prática abdicando-se do recurso à representação, como almejou Rousseau. Não pode, tampouco, esperar que todas as decisões impostas à coletividade sejam tomadas por unanimidade. Nas sociedades democráticas pensadas por Kelsen, a unanimidade cede lugar à decisão por maioria e, ainda assim, encontra-se resguardada a liberdade como autodeterminação. Segundo o autor, “o fato de se continuar falando de autonomia e considerando cada um como submisso à própria vontade, enquanto o que vale é a lei da maioria, é um novo progresso da metamorfose da ideia de liberdade” (Kelsen, 2002, p. 30).

Isso é possível porque mesmo vigorando o princípio majoritário as minorias são protegidas tanto pelos direitos e liberdades individuais previstos nas constituições democráticas (liberdade negativa) como pelos próprios arranjos institucionais que permitem a mudança de opinião e também de legislação tão logo se forme uma nova maioria. Dessa forma, se com a adoção do princípio da maioria nem todos os indivíduos são livres – a minoria vencida pode não se considerar livre no sentido da autonomia – pelo menos o maior número o é. Logo, pode-se dizer que a ordem social contraria o menor número de cidadãos e, mesmo assim, por um período determinado, uma vez que a minoria pode a qualquer momento se tornar maioria e reverter o resultado de uma decisão política.

Tal limitação do conceito de liberdade é considerada por Kelsen aceitável, principalmente em razão da possibilidade de o resultado final ser alterado.

Destarte, verifica-se que a liberdade como autonomia é aquela que define primeiramente um regime democrático, pois está associada à produção das leis do Estado. Mas, num segundo plano, o autor afirma que para ser reconhecida como “democrática” uma ordem social deve abrigar em seu conteúdo normas que protejam as liberdades individuais. Essa liberdade negativa é então aquela assegurada aos que não são partícipes da elaboração da ordem estatal. Além disso, ao identificar a liberdade como autonomia, a grande preocupação de Kelsen é contrapor-se à heteronomia. Segundo ele, a liberdade social ou política implica a necessidade de coerção social. O grande problema a ser enfrentado é reduzir ao mínimo o afastamento entre a liberdade anárquica e a heteronomia (coerção externa). Assim, se os indivíduos precisam submeter-se a uma ordem externa, o ideal seria, como pressupôs Rousseau, que eles fossem os próprios autores desta ordem. Contudo, como isso não é possível para todos os indivíduos, é melhor que sejam coagidos por uma ordem emanada de uma instituição impessoal – o Estado, cuja vontade é formada no parlamento segundo o princípio da maioria.

Segundo o autor, a democracia, no plano da ideia, “é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo.” (Kelsen, 2002, p. 35). Surge, contudo, a questão: quem é o povo? Para a democracia, o povo é uma pluralidade de indivíduos que constitui uma unidade que é “ou teoricamente deveria ser – não tanto objeto mas principalmente sujeito do poder” (Kelsen, 2002, p. 35). Duas questões serão reavaliadas nessa definição: em primeiro lugar, a ideia de pluralidade como unidade; em seguida, as condições nas quais o povo pode ser sujeito do poder.

Ao considerar as diversidades étnicas, religiosas, econômicas, entre outras, o autor observa que é bastante difícil afirmar a unidade de tal pluralidade. Na verdade, Kelsen considera que

o povo só parece uno, em sentido mais ou menos preciso, do ponto de vista jurídico; a sua unidade, que é normativa, na realidade é resultante de um dado jurídico: a submissão de todos os seus membros à mesma ordem jurídica estatal constituída. [...] O “povo” não é – ao contrário do que se concebe ingenuamente – um conjunto, um conglomerado, por assim dizer, de indivíduos, mas simplesmente um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado. (Kelsen, 2002, p. 36)

Esse povo, que somente se constitui como unidade quando regulado pelo direito do Estado, é sujeito do poder político apenas quando intervém na criação das leis às quais está submetido. Kelsen distingue o povo como sujeito do poder – que participa da elaboração da ordem social, do povo como objeto do poder – aquele que está submetido às normas sem tomar parte na sua criação. Para ele, tal separação é um fato inevitável e mesmo em uma democracia direta haveria aqueles sobre os quais recairiam limitações legais (como, por exemplo, as crianças, os portadores de doenças mentais, e todos demais que temporariamente não estão no gozo de seus direitos políticos).

Numa democracia parlamentar, que é justamente o objeto da atenção do autor, essa diferença é muito mais acentuada, uma vez que apenas os representantes do povo participam da formação da ordem social. Mesmo reconhecendo que “o ‘povo’ que representa o substrato da ideia democrática é o povo que comanda, e não o que é comandado” o autor considera que “seria lícito, de um ponto de vista realista, reduzir ulteriormente a noção em questão.” (Kelsen, 2002, p. 38).

A redefinição dos conceitos de liberdade, povo e vontade mostra que a vinculação a uma posição relativista cria a necessidade de se encontrar um meio para se estabelecer a unidade diante da pluralidade. Na obra de Kelsen esse meio é o Direito. É o

Direito que diz, diante da diversidade cultural e de valores, quem é o povo; é o Direito que estabelece como será formada a vontade política por meio dos procedimentos previstos para a legislatura, é ainda o Direito que estabelece os limites da liberdade enquanto autonomia, pois os critérios de participação na elaboração das leis são estipulados por uma constituição.

É neste ponto que o relativismo se entrelaça com o normativismo, isto é, com a submissão da política ao Direito, e isso se torna mais evidente na definição do conceito de Estado. Novamente contrapondo-se aquilo que ele chama de absolutismo filosófico e político, Kelsen afirma que o Estado não é “uma realidade transcendente para além do conhecimento racional e empírico, mas uma ordem normativa específica que regula o comportamento mútuo dos homens.” Desse modo, o Estado é apresentado como algo que garante, por meio do Direito, a convivência de seus membros, podendo até mesmo recusar “o conceito de soberania como a ideologia de um poder político definido” e negar sua aplicação à realidade político-jurídica. (Kelsen, 2002, p. 193). Ao submeter o Estado à ordem normativa, Kelsen afasta-se do conceito metafísico de soberania surgido com o contratualismo, conceito este que assegurava a própria existência da comunidade política. A existência do Estado é agora assegurada pela “validade e eficácia de uma ordem normativa” e, em último plano, pelos indivíduos responsáveis pela criação desta ordem. (Kelsen, 2002, p. 193).

Em suma, no que diz respeito à relação entre Direito e Moral, não há, na obra de Kelsen, uma subordinação do Direito à Moral, isto é, a validade do Direito não é afetada em razão de sua contrariedade a uma ideia de moralidade ou de justiça. Isso por que Kelsen não acredita haver um conceito único de Moral ou de Justiça. Kelsen admite que os valores morais da maioria certamente ingressarão no Direito no momento de sua elaboração. Trata-se, contudo, de uma moralidade contingente ou dos valores morais da maioria, os quais encontram limites nos direitos e liberdades indi-

viduais protegidos constitucionalmente e na possibilidade de a minoria vir a se tornar maioria e modificar o Direito.

Na relação entre Direito e política, por outro lado, verifica-se uma submissão da política ao Direito. Isso significa que a política deve ser realizada dentro dos parâmetros e limites formalmente estabelecidos pelo Direito, tais como os procedimentos elencados em uma constituição para a criação e revogação de normas jurídicas. No âmbito substantivo ou material, novamente, o Direito estabelece como limite para a política os direitos e liberdades fundamentais protegidos constitucionalmente. Afora isso, respeitados os procedimentos legais previamente estipulados, não há restrição de conteúdo para aquilo que se permite decidir por meio da política.

O critério para avaliação das decisões políticas – se boas ou justas – é um critério jurídico, isto é, verifica-se se tais decisões são conformes ou contrárias ao Direito (procedimentos e direitos individuais). Ao filiar-se ao relativismo filosófico e político, Kelsen recusa a possibilidade de se recorrer a um conceito de Moral ou de justiça para avaliar o direito positivo e a política. No caso de um governo arbitrário como aquele instituído pelo nazismo, uma possível resposta a partir da teoria de Kelsen poderia ser a seguinte: primeiramente, no âmbito do Direito, poder-se-ia considerá-lo contrário à própria Constituição de Weimar – uma constituição liberal e democrática na qual direitos individuais estavam protegidos – e, portanto, passível de reforma pela via do controle de constitucionalidade das leis; em segundo lugar, no âmbito da política, poder-se-ia considerá-lo uma autocracia por desrespeitar valores essenciais de um governo democrático. Contudo, no contexto do relativismo, a democracia é apenas mais um entre muitos valores e pode não ser o valor da maioria. Em outras palavras, a filiação ao relativismo filosófico e político retira a possibilidade de se fazer um julgamento de valor a respeito de uma determinada posição política, se justa ou injusta, isso pode ser apenas mais um posicionamento entre muitos.

Considerações finais

Carl Schmitt, um dos principais interlocutores de Kelsen na Filosofia Política, afirma em seu texto *Teologia Política* que a essência da ideia de política é uma *decisão moral exigente* (cf. Schmitt, 1996, p. 130). O contexto no qual se insere tal definição é justamente um contexto de disputa conceitual e de posições a respeito da relação entre Direito e política. Schmitt considera que Kelsen, assim como outros autores normativistas, buscam a todo custo submeter a política ao Direito, negando sua principal característica: a decisão. Schmitt, considerado um realista político, chama a atenção para o fato de que nem sempre é possível que todas as decisões relevantes para um Estado sejam tomadas segundo os procedimentos estabelecidos constitucionalmente, isto é, que nem todas as decisões políticas podem ser previamente estabelecidas e reguladas pelo Direito. Em momentos críticos da vida de um Estado o Direito pode não apresentar elementos suficientes para se decidir e, nesse caso, ao governante será demandado realizar uma *decisão moral exigente*.

Deixando de lado o posicionamento schmittiano acerca da moralidade – que seria exatamente o que Kelsen considera um absolutismo filosófico e político – sua definição de política como *uma decisão moral exigente* parece bastante apropriada para se pensar a relação entre Direito, Moral e Política, uma vez que estabelece forte responsabilidade sobre aquele ou aqueles que devem decidir, além de reconhecer a impossibilidade de que todas as respostas sejam prontamente encontradas dentro do ordenamento jurídico, o que é muito coerente com situações concretas das sociedades contemporâneas, tais como as disputas em torno de decisões sobre temas como casamento gay, aborto, eutanásia, financiamento empresarial de campanhas políticas, alterações introduzidas em decorrência de mudanças de regimes políticos, entre outros.

Ao se trazer o conceito schmittiano de política e cotejá-lo com os posicionamentos de Kant e de Kelsen a respeito da relação entre Direito e suas consequências políticas, parece que a proposta kanti-

ana pode oferecer respostas mais satisfatórias do que a proposta kelseniana. Caso se aceite que a essência da ideia de política é uma decisão moral exigente, a política moral de Kant, pautada em critérios formais atrelados ao princípio supremo da moralidade, poderia oferecer subsídios para uma tal decisão, a qual não se pautaria em critérios contingentes, sendo eles institucionalizados ou não no *Iuris*, mas em princípios racionais a *priori*, passíveis de universalização.

Já a teoria kelseniana parece não ter como admitir a possibilidade de uma decisão moral exigente no âmbito da política, seja em razão de sua vinculação ao relativismo filosófico e político (que nega a exigência de uma moralidade universal), seja em virtude de sua defesa do normativismo (que busca submeter todas as decisões políticas ao Direito). As consequências políticas da negação da possibilidade de se tomar uma decisão moral exigente encontram-se numa advertência feita pelo próprio Schmitt: não existe espaço vazio quando se trata de decidir politicamente. Caso aqueles que possuem legitimidade para decidir assim não o façam, certamente a decisão será tomada por outros. A questão é que, se existe a necessidade da tomada de decisões fora do âmbito do direito positivo, é melhor que se tenha um critério para avaliar tais decisões do que se encontrar diante de uma pluralidade de critérios não terminativos e deixar que a força ou a astúcia do moralista político tomem o lugar da decisão.

Referências

ALMEIDA, Guido Antônio de. Sobre o princípio e a lei universal do Direito em Kant. *Kriterion*. Belo Horizonte, v. 47, n. 114, p. 209-222, dez. 2006.

BECK, Lewis White. Foreword. In: KÖHNKE, Klaus Christian. *The rise of neo-Kantianism: German academic philosophy between idealism and*

positivism. Translated by R. J. Hollingdale. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. ix-xiii.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, Henry; HAUSHEER, Roger. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Pref. Noel Annan. Introd. Roger Hausherr. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 226-272.

EDEL, Geert. The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Org). *Normativity and Norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Clarendon; Oxford University Press, 1998. p. 195-219.

GUYER, Paul. Kant's deductions of the principles of right. In: TIMMONS, Mark. (Ed.). *Kant's Metaphysics of Morals: interpretative essays*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 23-64.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Trad. Paulo Astor Soethe e Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: M. Fontes, 2012. 2 v.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Barcelona: Herder, 1986.

HÖFFE, Otfried. Kant's innate right as a rational criterion for human rights. In: DENIS, Lara. *Kant's Metaphysics of Morals: a critical guide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 71-92.

HONORÉ, Tony. The Basic Norm of a Society. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Org). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Clarendon; Oxford University Press, 1998. p.89-112.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad., introd. e anot. Valério Rohden. São Paulo: M. Fontes, 2002a.

KANT, Immanuel. A paz perpétua: um projecto filosófico. In: KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: 70, 2002b. p. 119-179.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad., apres. e anot. José Lamego. Porto: C. Gulbenkian, 2005.

KANT, Immanuel. *Antropologia de um ponto de vista pragmático*. Trad. Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. The pure theory of Law, 'Labandism' and Neo-Kantianism. A letter to Renato Treves. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Org.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Clarendon; Oxford University Press, 1998. p. 169-175.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 345-357.

LÖWY, Michael. Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 2000.

LUF, Gerhard. On the transcendental import of Kelsen's Basic Norm. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Org.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Clarendon; Oxford University Press, 1998. p. 222-234.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Norma Fundamental: ficção, hipótese ou postulado? (Estudo Introdutório). In: KELSEN, Hans. *Sobre a teoria das ficções jurídicas: com especial consideração da filosofia do “como se” de Vaihinger*. Trad. de Vinicius Matteucci de Andrade Lopes. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012. p. 11-52.

OLLIG, Hans-Ludwig. Neo-Kantianism. In: CRAIG, Edward. (Ed.). *The shorter Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London; New York: Routledge, 2005. p. 723-724.

PAULSON, Stanley L. Neo-Kantian dimension of Kelsen's *Pure Theory of Law*. *Oxford Journal of Legal Studies*. v. 12, n. 3, Autumn 1992, p. 311-333.

PAULSON, Stanley L. Introduction. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Org.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Clarendon; Oxford University Press, 1998a, p. xxiii-liii.

PAULSON, Stanley L. Hans Kelsen's earliest legal theory: critical constructivism. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Org.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Clarendon; Oxford University Press, 1998b. p. 23-43.

PAULSON, Stanley L. On the puzzle surrounding Hans Kelsen's Basic Norm. *Ratio Juris*. v. 13, n. 3, September 2000, p. 279-293.

POGGE, Thomas W. Is Kant's *Rechtslehre* a 'Comprehensive Liberalism'? In: TIMMONS, M. (Ed.). *Kant's Metaphysics of Morals: interpretative essays*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 133-158.

RAZ, Joseph. Kelsen's theory of Basic Norm. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Org.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson,

Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Clarendon; Oxford University Press, 1998, p.47-67.

VAIHINGER, Hans. *A filosofia do como se: sistema das ficções teóricas, práticas e religiosas da humanidade, na base de um positivismo idealista*. Trad. Johannes Kretschmer. Chapecó: Argos, 2011.

VARDEN, Helga. Kant and lying to the murderer at the door... One more time: Kant's legal philosophy and lies to murderers and Nazis. *Journal of Social Philosophy*. v. 41, n. 4, Winter 2010, p. 403–421.

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

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Trad. José Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

WILLASCHEK, Marcus. Which imperatives for right? On the non-prescriptive character of juridical laws in Kant's *Metaphysics of Morals*. In: TIMMONS, M. (Ed.). *Kant's Metaphysics of Morals: interpretative essays*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 65-88.

WOOD, Allen. The Final Form of Kant's Practical Philosophy. In: TIMMONS, M. (Ed.). *Kant's Metaphysics of Morals: interpretative essays*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 1-22.

Artigo recebido em 25/03/2016, aprovado em 18/05/2016