

Edição e recepção de Kelsen no Brasil

Paula Campos Pimenta Velloso

APRESENTAÇÃO

A importância do teórico do direito Hans Kelsen é conhecida. Foi contemporâneo de uma geração de intelectuais austríacos que se destacaram para além do contexto europeu, herdeiros do desenvolvimento social e cultural da capital do Império Austro-Húngaro: de Viena saíram orientações artísticas, filosóficas e científicas que influenciaram toda Europa.¹ Em razão da influência teórica e prática de sua obra, Kelsen tornou-se um dos pensadores mais importantes do século XX. No Brasil, sua presença se verifica na profusa produção analítica que tem seu pensamento como objeto, ou que o mobiliza como aporte para reflexão de problemas teóricos e práticos. Kelsen também recebe imensa atenção editorial, tendo muitos de seus livros sido disponibilizados para o leitor brasileiro, os quais constantemente recebem novas reimpressões.

Duas curiosidades orientam o presente estudo. Apesar do lugar prestigioso ocupado por Kelsen internacionalmente e no Brasil, sua obra de maior repercussão, *Teoria pura do Direito*,² jamais recebeu uma tradução brasileira. A primeira ocorrência do livro no país não apresenta a tradução do texto original de 1934, mas uma tradução portuguesa de um ensaio publicado por Kelsen em 1933. Tal equívoco jamais foi sanado, pelo que jamais chegou ao leitor brasileiro uma tradução para o português da primeira edição da *Teoria pura*. Em 1985, veio a público uma versão em português da segunda edição do livro, de 1960. Embora tenha sido o suporte disponível para gerações de juristas dedicados à leitura de Kelsen, a versão jamais recebeu uma tradução brasileira, assim como

¹ GAY, Peter. *Weimar culture*. Nova York: W. W. Norton, 2001. p. 21.

² Doravante, citar-se-á *Teoria pura do Direito* como *Teoria pura* e o conjunto de teses que culminaram na publicação do livro que leva este nome, mas que lhe antecederam, como *teoria pura*.

nunca foi produzido um número que aproveitasse a atenção dada pelo próprio Kelsen ao esforço de tradução de sua obra.

Acredita-se que é possível interpretar esses dados como sintoma. A indisponibilidade de uma tradução para o português da primeira edição da *Teoria pura*, bem como a ausência de uma versão brasileira da segunda, não colaborariam para o esforço de interpretação que a bibliografia pátria certamente realiza. Ao contrário, contribuiriam para que impasses que há décadas rondam a obra de Kelsen e sua presença no Brasil restassem sem solução. Até o momento, o conhecido episódio do parecer de Kelsen acerca das competências da Assembleia Constituinte de 1933, que viria a pôr a malfadada Constituição Brasileira de 1934, segue sem análise circunstanciada.

Não há dados sobre a solicitação e a consequência do referido parecer. O que há é certo consenso acerca de que se trata do momento em que Kelsen passa a ser um autor influente da vida pública brasileira.³ Não obstante, trata-se de um episódio instigante da história político-jurídica brasileira. Em sua análise, a consequência do parecer esvazia de autoridade a Constituinte face ao Governo Provisório que chefiava o Brasil desde a Revolução de 1930. Causa espécie que um parecer que reconhece poderes a um governo de exceção tenha sido produzido por um autor que dedicou a vida a refinar uma teoria do direito de matiz liberal e que produziu, além disso, uma importante teoria da democracia. Nesse ensejo, propõe-se uma exposição da presença do pensamento de Kelsen no Brasil desde três problemas: um editorial, um teórico e um político.

³ Cf. ALENCAR, Ana Valdez A.N. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 15, n. 57, jan.-mar. 1978, p. 239-43; PRUTSCH, Ursula. Instrumentalisierung deutschsprachiger Wissenschaftler zur Modernisierung Brasiliens in den dreißiger und vierziger Jahren. In: LECHNER, Manfred; SEILER, Dietmar (Org.). *Zeitgeschichte*. at. 4. österreichischer Zeitgeschichtetag 99. Innsbruck: Studienverlag, 1999, p. 361-69. Apud BATALHA, Carlos Eduardo. O jurista como verdadeiro teórico do Estado. *Novos estudos* – Cebrap, n. 91, p. 202, 2011.

DISPONIBILIDADE EDITORIAL COMO SINTOMA DA RECEPÇÃO
DA OBRA DE HANS KELSEN

A *Teoria pura* teve duas edições originais em alemão: uma em 1934 e uma em 1960, ambas editadas pelo editor vienense Franz Deuticke⁴ que, em 1905, publicara o primeiro trabalho de Kelsen, *A filosofia política de Dante*. A primeira apresentação completa da teoria pura foi traduzida para italiano, japonês, coreano e espanhol.⁵ De fato, ela já estava presente quase inteira em *Teoria geral do Estado*, de 1925, mas só foi publicada com o título *Teoria pura do Direito* em 1934. Uma versão em francês foi publicada em 1953 com algumas alterações, mas a autêntica segunda edição, amplamente revisada e ampliada, só foi publicada em 1960.

Em 1933, publicou-se o que Rodolf Aladár Métall, discípulo e mais famoso biógrafo de Kelsen, classificou como um ensaio, no qual Kelsen traçava as linhas gerais do que, no ano seguinte, sairia como a primeira edição da *Teoria pura*. Esse ensaio não se confunde com a referida primeira edição, a qual, segundo Métall, não foi traduzida para o português. Entretanto, em 1939, a Livraria Acadêmica publicou o ensaio de 1933 sob a designação de *Teoria pura do Direito*, apresentando-o ao leitor pátrio, portanto, como a tradução da obra de 1934.⁶

Seria possível arguir que, de fato, a caracterização do momento editorial de um livro varia enormemente de acordo com onde e quando ele foi editado. Uma primeira edição francesa do oitocentos pode ser identificada a partir de características completamente distintas daquelas de uma primeira edição americana do mesmo período, ou de uma francesa de alguns anos depois. Entretanto, se as variações se restringissem ao lugar e ao ano em que o livro foi publicado, a tarefa de identificar sua edição seria muito mais fácil do que de fato é. Há muita liberdade na caracterização que o editor faz do momento do livro. É muito comum, por exemplo, que o termo “reimpressão” seja substituído por “edição”. Assim, a expressão primeira edição pode referir-se ao texto original ou a primeira reimpressão da versão revista do texto. Naturalmente, todas as caracteri-

⁴ Responsável pela publicação da maior parte dos escritos de Sigmund Freud.

⁵ MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen: vida y obra*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Unam, 1976. p. 72.

⁶ “Em 1933, como preparação a esta obra, havia publicado um amplo ensaio sobre o método e os conceitos fundamentais da teoria pura, o qual foi traduzido para nove idiomas (búlgaro, inglês, francês, italiano, polonês, português, sueco, espanhol e tcheco)” – MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen: vida y obra*, p. 72.

zações têm suas razões, mas o fato de não haver padrão torna a identificação de uma primeira edição especialmente problemática.

Nos termos técnicos pertinentes à atividade de publicar livros, uma primeira edição corresponde a todas as cópias de um livro que foi impresso desde a mesma configuração de tipos.⁷ Essa é uma maneira de se referir à forma para falar do conteúdo. Isto é, as reimpressões de um livro que observam a mesma configuração tipográfica não apresentariam alterações substanciais e seriam, portanto, apenas a segunda, terceira, etc. reimpressões de uma mesma edição.

Dessa maneira, ainda que um livro seja apresentado de forma significativamente distinta da original, só seria descrito como segunda edição se fossem feitas alterações substanciais. Por exemplo, a cada vez que um editor lança um mesmo título, mas sob um formato diferente – como um livro originalmente lançado com capa dura e, posteriormente, disponibilizado como brochura –, poderá ainda descrevê-lo como primeira edição.⁸

O editor pode incluir a informação “primeira edição” na página de direitos autorais, o que facilita a identificação. Também pode escolher identificar a primeira edição inserindo na mesma página uma sequência de números. Normalmente, se o número 1 começa a sequência, trata-se de uma primeira edição. Há vezes em que uma sequência numérica, da qual não consta o número 1, é acompanhada da expressão “primeira edição”. Trata-se de uma primeira edição que já não se encontra na sua primeira impressão. Nesse caso, o primeiro número da sequência corresponde ao momento das reimpressões. Por outro lado, se a data constante na página de direitos autorais for a mesma que consta na página do título do livro – prática comum no século XIX –, provavelmente se trata de uma primeira edição.

Muitos elementos podem se somar na identificação de uma primeira edição. Os mencionados indícios formais podem ser confirmados por relatos e citações dos leitores, que tornariam possível estimar o momento em que o livro tornou-se acessível. Não por acaso, para um colecionador, a primeira edição de uma obra

⁷ AHEARN, Patricia. *Collected books: the guide to identification and values*. Maryland: Quill & Brush, 2011.

⁸ Como ocorre, por exemplo, com a coleção Penguin Classics, cuja versão em brochura (*first paperback edition*) é descrita como *first edition thus*.

corresponde à sua primeira aparição. Por esse mesmo motivo, é possível falar – coloquialmente – em “primeira edição brasileira”, por exemplo.

O que há no Brasil é, portanto, uma versão do ensaio de 1933, da qual não houve reimpressões. A versão brasileira de 1939 compõe a portuguesa Coleção Studium e representa um dos primeiros investimentos editoriais da Livraria Acadêmica, fundada pelo “Conselheiro” Saraiva, em 1914. Desde 1917, a famosa livraria do largo do Ouvidor havia estendido suas atividades comerciais, passando a editar livros jurídicos sob os auspícios de sua vizinha, a Faculdade de Direito do largo de São Francisco, na cidade de São Paulo. A versão de 1939 é uma impressão em solo pátrio da versão portuguesa do ensaio, o qual, em Portugal, também saiu como primeira edição da *Teoria pura*. A tradução é de Fernando de Miranda, e o longo prefácio é de Fernando Pinto Loureiro, ambos da Universidade de Coimbra.

Comparada à versão argentina da primeira edição da *Teoria pura*, publicada dois anos depois, em 1941, o fato de a publicação luso-brasileira ser uma versão do ensaio de 1933 fica evidente. Não há referência acerca do texto traduzido, isto é, se o ponto de partida do tradutor foi ou não o original em alemão. Tampouco há indícios de que se trata da primeira versão, pois não há página de direitos autorais, tornando também impossível compará-la com a página do título. Da mesma forma não se encontra qualquer pista no texto do prefaciador, à exceção da sua extensão,⁹ que pode indicar o esforço de tornar clara uma obra densa que estaria sendo disponibilizada pela primeira vez para o público de língua portuguesa. O livro apresenta apenas oito capítulos, um a menos que o texto de 1934. Falta-lhe o nono capítulo, destinado ao estudo do Estado e do Direito Internacional. Com 110 páginas, foi disponibilizado ao leitor pela parceria entre a Editora Porto e a paulista Acadêmica/Saraiva, traduzido pelo jurista português Fernando de Miranda e precedido pelo prefácio de Fernando Pinto Loureiro.

Segundo o prefaciador, em 1939, Kelsen já era estudado em Portugal há cerca de dez anos. Mas, “segundo indica o sr. prof. dr. Cabral de Mendonça”,¹⁰

⁹ O prefácio desse livro tem 71 páginas.

¹⁰ MENDONÇA, Cabral de. *Subsídios para uma história da Filosofia do Direito em Portugal (1772-1911)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1938. p. 211.

a presença de Kelsen autor até aquele momento entre os autores brasileiros “a muito pouco se reduz(ia)”. Apesar de indicar que a primeira obra traduzida a chegar ao público brasileiro foi a tradução do ensaio de 1933, em 1938, a presença do pensamento de Kelsen já era sentida há mais tempo nos meios jurídicos. Evidência disso é o debate em torno da Constituinte de 1933, no qual, como se viu, a presença de Kelsen é amplamente reconhecida pela bibliografia.

Ao contrário, a versão argentina de 1941 é claramente a primeira versão argentina do livro de 1934, cuja tradução do original em alemão se evidencia pelo uso da expressão “Traducción directa por Jorge Tejerina”. Essa é também, muito provavelmente, a primeira versão em língua espanhola do livro, já que está indicado nela que se trata da primeira edição “castellana” e porque consta dela um prólogo de autoria de Carlos Cossio, que manteve com o autor da *Teoria pura* uma interação alongada, polêmica e cortês, tendo seu prólogo sido autorizado pelo próprio Kelsen em 1940.

Não surpreende que a versão brasileira deixe a desejar quando comparada à argentina. Já se viu que o livro que, em 1939, levou o nome de *Teoria pura* não continha o texto de 1934, mas um estudo preliminar, elaborado em 1933. Além disso, o editor da versão argentina foi Gonzalo Losada, espanhol que chegou a Buenos Aires nos anos 1920, antes mesmo do estabelecimento na cidade de refugiados espanhóis, cuja experiência em diferentes áreas da atividade editorial impulsionou ainda mais a indústria que vinha florescendo no país. Portanto, antes da Guerra Civil, Losada já participava do desenvolvimento da atividade editorial na Argentina, onde chegou como representante da editora espanhola Espasa Calpe.

É digno de nota que, em 1936, quando a editora espanhola anunciou sua simpatia por Franco, Losada não hesitou em abandonar seu posto. Em 1938 fundou uma editora própria, dirigida por ele e outros intelectuais de projeção. De fato, das editoras fundadas na Argentina por espanhóis ligados à causa republicana, a Editorial Losada foi a que mais claramente imprimiu em seu catálogo as marcas dessa convicção política, tornando-se a grande editora dos exilados. Aí se publicaram obras censuradas pelo regime franquista de autores como Rafael Alberti, Federico García Lorca e León Felipe, as quais haviam penetrado no mercado e passaram a circular clandestinamente.

A acolhida da obra de Kelsen por Losada é uma notícia de interesse. Kelsen já foi objeto de associações infelizes com a possibilidade de justificação teórica de formas autocráticas de Estado. Não obstante, foi publicado, desde as primeiras versões latinas da *Teoria pura*, por uma editora cuja orientação republicana se evidencia, inclusive, no fato de que seu fundador havia tornado a editora uma espécie de trincheira editorial do exílio, onde tinham casa os autores malditos de Franco.

Embora a versão brasileira não corresponda ao texto de 1934, o fato é que o leitor pátrio já tinha acesso ao pensamento de Kelsen em português desde 1939. Ao contrário, tal pensamento chega aos EUA praticamente pelas mãos do próprio Kelsen, quando de seu exílio. Não surpreende que o pensamento de Kelsen seja muito mais influente na América Latina do que nos Estados Unidos. De fato, a versão americana da primeira edição, por exemplo, é ultratardia, tendo sido traduzida e organizada por Bonnie e Stanley Paulson e publicada em 1992. Não obstante, seus organizadores reconhecem a centralidade do texto para a compreensão do pensamento de Kelsen, em razão de inscrever-se na segunda fase da vasta produção do autor, a fase neokantiana, na qual a teoria pura se encontra em sua forma mais característica e acessível.

Os organizadores chamam atenção para o fato de que houve traduções anteriores do tratado de 1934, entre as quais incluem equivocadamente a brasileira, e de que essas apareceram poucos anos depois da versão original em alemão. Isto é, incluem a tradução do estudo preliminar elaborado por Kelsen no rol de traduções da primeira edição. Quando o fazem, entretanto, estão a tratar da localização do texto na classificação que operam das três fases do pensamento de Kelsen. Tradução da primeira edição ou de outro texto, a versão brasileira de 1939 incluir-se-ia na fase clássica ou neokantiana da produção do autor.

Na primeira década após a Segunda Guerra, a *Teoria pura* também foi traduzida para o chinês, o coreano, o italiano e o francês. Nesse momento, Kelsen encontrava-se entre a segunda e a terceira fase, isto é, entre a atitude epistemológica de incorporar elementos da teoria da causalidade humana, distanciando-se do apriorismo kantiano, e a posterior introdução de elementos de uma teoria da vontade, o que, para muitos, implica uma revisão ampla dos fundamentos da teoria pura.

Por esse motivo, a versão francesa da *Teoria pura*, traduzida por Henri Thévenaz e publicada, em 1953, pela Éditions de la Baconnière, Neuchâtel – reimpressa com apêndices em 1988 – por contar com algumas alterações de Kelsen, é por vezes interpretada como a segunda edição francesa do texto. Não obstante, assim classificá-la parece impróprio, já que nem as alterações são suficientemente significativas para caracterizar uma segunda edição, nem se verifica a falta de uma segunda edição pronunciada que justificasse a tomada da versão francesa como segunda edição. Houvesse reconhecimento do próprio Kelsen de que a versão francesa equivalia à segunda edição, e considerando que a teoria pura é uma só, a publicação de 1960 sairia como terceira edição e não como segunda.

Kelsen tinha o que pode ser chamado de estilo parentético, o que o levava a qualificar uma ideia várias vezes no curso de uma mesma frase, seja repetindo as frases-chave, seja combinando trechos de ideias – o que fazia mais frequentemente. O alemão estimula essa prática, por meio de sua capacidade para formulações com adjetivação estendida e cláusulas relativas. Essa característica foi objeto de visível atenção dos tradutores do texto, que foi produzido por Kelsen sem recurso a quaisquer notas.

A edição é aberta por uma introdução de Stanley Paulson, que parte de uma tentativa de localizar Kelsen na tradição da jurisprudência. Em seguida, Paulson examina o argumento kantiano ou neokantiano do meio-termo de Kelsen na jurisprudência, reconhecendo que, embora haja outras influências sobre Kelsen, entre as quais está o publicista Georg Jellinek, o filósofo Ernst Mach e o teórico do direito Adolf Julius Merkl, a maior parte dos *scholars* de Kelsen concordam que é a dimensão kantiana ou neokantiana que é o traço distintivo de Kelsen no positivismo legal.

A segunda edição da *Teoria pura*, completamente revista e ampliada, resultou num trabalho muito mais longo que o da primeira edição. Surgiu ao final da terceira fase, refletindo alterações doutrinárias no pensamento de Kelsen. As diferenças entre as duas edições são geralmente tratadas pela bibliografia secundária como responsáveis por trabalhos separados e distintos.¹¹

A versão brasileira da segunda edição da *Teoria pura* chegou ao Brasil em 1985, portanto, 25 anos após o lançamento do texto original em alemão. Apesar

¹¹ Por essa razão, Bonnie Paulson, tradutora da primeira edição, quando de seu lançamento em língua inglesa, optou por manter apenas o subtítulo, *Introdução aos problemas da teoria do Direito*, reservando à segunda edição o título *Teoria pura do Direito*.

do acesso tardio à obra, sobre ela debruçaram-se gerações de especialistas. Literalmente sobre ela, pois a versão de 1985 não mudou ao longo dos anos, embora já se encontre na segunda tiragem da 11ª reimpressão.

Supõe-se que um texto importante e polêmico como o da *Teoria pura* mereceria mais atenção do empreendimento editorial. Jamais recebeu uma tradução feita por brasileiros, o que não se justifica pela qualidade da tradução portuguesa, cuja escolha dos termos dificulta a leitura. Uma ocorrência frequente é o repetido uso da mesma palavra, mobilizada, entretanto, para expressar coisas diferentes, ou, ao contrário, o uso de palavras distintas para dizer a mesma coisa. Logo no primeiro capítulo da versão de 1985, sentido e significado são termos apresentados como intercambiáveis, embora o autor sublinhe a necessidade da distinção como ferramenta analítica e o equívoco não se repita na tradução americana de 1967, a qual foi acompanhada por Kelsen. Obviamente, poder-se-ia argumentar que essas são escolhas de Kelsen. O trecho da tradução portuguesa teria as seguintes escolhas de Kelsen:

[...] *significação* jurídica não pode ser percebida no ato por meio dos *sentidos*, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor, a dureza, o peso. Na verdade, o indivíduo que atuando racionalmente põe o ato, liga a este um determinado *sentido* que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros. Este *sentido* subjetivo, porém, pode coincidir com o *significado* objetivo que o ato tem de um ponto de vista do direito, mas não tem necessariamente de ser assim.¹²

Entretanto, trata-se de um dado instigante que não tenham sido essas as escolhas da tradução a qual acompanhou. Na edição americana, sobre o mesmo trecho foram feitas as seguintes escolhas:

[...] O *significado* de um ato, como ato externo, não é imediatamente perceptível pelos *sentidos* – como a cor, a dureza, o peso, ou outras propriedades físicas de um objeto podem ser percebidas. Precisamente, o homem agindo racionalmente conecta seu ato com um *significado* que se expressa

¹² KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 2-6.

de determinada maneira e é entendido pelos outros. Esse *significado* subjetivo pode, mas não necessariamente, coincidir com seu *significado* objetivo, a saber, o *significado* do ato de acordo com o direito.¹³

Significação, sentido e significado são, na tradução portuguesa, termos que expressam a mesma ideia, traduzida, sob o acompanhamento de Kelsen, como significado. Nesses momentos iniciais da *Teoria pura*, delimitam-se noções elementares da afirmação do direito como esquema de interpretação, que introduzem a distinção entre ser e dever ser que o autor conduzirá a seguir, a qual é chave para algo que em nada é trivial na epistemologia presente na ciência do direito de Kelsen: de que se trata de uma ciência normativa, mas que não lhe cabe descrever fenômenos normativamente, isto é, de que o papel da ciência do direito é descrever o fenômeno jurídico a partir da norma, sem fazer sobre o direito descrito juízos valorativos. Trata-se de pontos densos que dependem da leitura atenta e de que o leitor participe da bibliografia que instrui Kelsen em sua reflexão.¹⁴ De sorte que todas as colaborações das escolhas do tradutor são bem-vindas.

Poder-se-ia arguir também que a simplificação se deve às diferenças da língua, ou às necessidades contingenciais de tornar o texto palatável ao mercado americano quando Kelsen ainda não se fixara profissionalmente no exílio. A hipótese é razoável, mas não justifica negligenciar as contribuições do próprio Kelsen, bem como as da pesquisa pátria, na elaboração de uma edição compreensiva, com notas que esclareçam o texto e os desafios que toda tradução sempre impõe.

A chegada da tradução ao Brasil coincide com a chegada da Livraria Martins Fontes à capital paulista. Tendo começado no ano de 1960, na cidade de Santos, a livraria mudou de endereço, chegando a São Paulo duas décadas depois. Desde 2005, foram criadas duas editoras, a Selo Martins e a W. M. F. Martins.

¹³ No texto original: “[...] the legal *meaning* of an act, as an external act, is not immediately perceptible by the senses - such as, for instance, the color, hardness, weight, or other physical properties of an object can be perceived. To be sure, the man acting rationally, connects his act with a definite *meaning* that expresses itself in some way and is understood by others. This subjective *meaning* may, but need not necessarily, coincide with its objective *meaning*, that is, the meaning the act has according to the law.” – KELSEN, H. *Pure theory of Law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009. p. XI.

¹⁴ Nesse caso, Weber e o Kant da *Crítica da razão pura*.

A primeira edita e distribui os títulos da coleção Justiça e Direito, composta por obras de diversos autores, entre as quais *A ilusão da justiça*,¹⁵ *O que é justiça?*,¹⁶ *O problema da justiça*¹⁷ e *Teoria geral do Direito e do Estado*,¹⁸ de Kelsen. A W. M. F. Martins hoje mantém a coleção Biblioteca Jurídica, que disponibiliza a segunda edição da *Teoria pura*. A atual Saraiva já não publica livros de Kelsen, senão um resumo da teoria pura, apenas distribuindo as obras. E a Martins Fontes não disponibiliza em seu catálogo a versão de 1939, nem jamais investiu em uma tradução da primeira edição. Da Biblioteca Jurídica constam *A paz pelo Direito*,¹⁹ *Direito internacional e Estado soberano*,²⁰ *O Estado como integração: um confronto de princípios*,²¹ *A democracia*²² e, exatamente como apresentada ao público no início dos anos 1980, a *Teoria pura*.²³

Recentemente saíram traduções brasileiras de dois livros importantes. Talvez o mais esperado fosse *Autobiografia*, publicada em 2011 pela primeira vez no Brasil, com tradução de professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Da edição constam dois textos de Kelsen, a “Autoapresentação”, de 1927, e a “Autobiografia”, de 1947. Ambos preciosos para a compreensão da obra, não só pelos dados meramente biográficos que oferece, mas, sobretudo, pela biografia intelectual que se esboça pela memória do autor. Os textos foram reunidos em conjunto pela Gen Editorial e Forense Universitária, cujo resultado é uma edição que oferece pouco conforto ao leitor, mas que vem acompanhada da introdução instrutiva de Matthias Jestaedt, membro do corpo de diretores do Kelsen-Institut. Além da *Autobiografia*, em 2012, o leitor brasileiro

¹⁵ KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁶ _____. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

¹⁷ _____. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

¹⁸ _____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁹ _____. *A paz pelo Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

²⁰ _____. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²¹ _____. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²² _____. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²³ _____. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

recebeu da editora Via Verita, do Rio de Janeiro, *Teoria das ficções jurídicas*,²⁴ um texto de Kelsen publicado pela primeira vez em 1919.²⁵ Da edição consta a tradução do original alemão e uma introdução analítica bastante esclarecedora sobre o recorrente tema do positivismo kelseniano.

Viu-se que, até o momento, não há uma tradução brasileira da *Teoria pura*. Desde a primeira versão em português disponibilizada ao leitor pátrio pela Acadêmica, em 1939, até a última reimpressão da Martins Fontes, em 2014, os textos a que se tem acesso foram traduzidos por portugueses. Traduzida por brasileiros somente a já referida versão da *Teoria pura*, elaborada por Kelsen e traduzida por Agnes e José Cretella, e *Sobre a teoria das ficções jurídicas*, traduzida por Vinicius Matteucci de Andrade Lopes. A versão da segunda edição da *Teoria pura*, publicada pela W. M. F., tem os mesmos problemas desde 1985: a diagramação pouco amigável, com fontes pequeníssimas, papel branco, linhas imprensadas e perto de nenhum espaço para notas; e um texto confuso, que torna mais difícil distinguir pontos fundamentais à compreensão da obra.

Comparada à tradução para o português, a edição americana oferece uma série de vantagens. Sem incorrer no recurso à simplificação, do que os americanos são frequentemente acusados e ao qual a língua inglesa convida, a tradução é claríssima e, porque está disponível na versão fac-símile, é encontrada a preços muito acessíveis – embora seja rara a disponibilidade em uma biblioteca do Brasil.

A versão americana da segunda edição da *Teoria pura*, de 1967, é a tradução para o inglês da segunda edição alemã da obra, publicada, em 1960, por Franz Deuticke, a mesma editora que publicara, 26 anos antes, a primeira edição. A tradução é de Max Knight, foi acompanhada e chancelada pelo próprio Kelsen. O tradutor reitera as palavras de autor ao afirmar que se trata de uma versão completamente revista da edição de 1934. O que justifica com a afirmação de que, em 1934, Kelsen teria se limitado a formular os “resultados característicos” da *Teoria pura*. Na segunda edição, ele teria tentado “resolver os problemas fun-

²⁴ KELSEN, Hans. *Sobre a teoria das ficções jurídicas – com especial consideração da filosofia do “como se” de Vaihinger*. Trad. Vinicius Matteucci de Andrade Lopes. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.

²⁵ KELSEN, Hans. Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob. *Annalen de Philosophie, Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung*. Erster Band. Leipzig: Felix Meiner, 1919. p. 630-658.

damentais de uma teoria geral do direito de acordo com os princípios de pureza metodológica da cognição jurisprudencial, bem como determinar com mais extensão que antes a posição da ciência do direito no sistema das ciências”.²⁶

Algumas alterações, presentes na *Teoria geral do Direito do Estado*, de 1945 (Cambridge) e na tradução da primeira edição para o francês, de 1953 (Paris), encontram desenvolvimento na segunda edição alemã. Nesta, as mudanças mais importantes são apontadas nas notas de rodapé e pretendem uma exposição mais rigorosa dos princípios da teoria pura, a qual “permaneceu essencialmente a mesma”.

O aumento da diversidade de conteúdos das ordens de direito positivo pôs para uma teoria geral o perigo de perder de vista as partes do fenômeno legal na definição de seus conceitos fundamentais. Alguns deles podem ser demasiado estreitos, outros muito amplos. Kelsen esteve ciente desse perigo. De fato, estar ciente desse problema pode ser o que o levou a incorporar ao texto da segunda edição reflexões que são respostas às críticas dirigidas à teoria pura, o que pode mesmo ser uma das razões da publicação de sua segunda edição. Uma teoria elaborada nos moldes generalista e universalista da teoria pura, bem como o comportamento insistente do autor em sustentá-la no tempo, pode pretender substituir todas as outras. A *Teoria pura* de 1960 poria, então, os termos para toda a futura teoria do direito. Absorver as críticas na reelaboração do texto é uma estratégia astuta para lograr tal objetivo.

A tradução para o inglês representa um meio-termo entre sua natural atenção ao conteúdo e as preocupações formais do tradutor. A imensa experiência de Kelsen com interpretações equivocadas da obra, com traduções que operaram sobre ela muitas alterações, foi decisiva na escolha pela manutenção do estilo aparentemente repetitivo próprio do alemão e de traduções que preferem correr o risco de espelhar muito literalmente o texto original.

²⁶ KNIGHT, Max. Preface. In: KELSEN, H. *Pure theory of Law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009. p. v.

GENERALISMO UNIVERSALISTA E SENTIDO POLÍTICO DA TEORIA PURA

A teoria pura de Kelsen é teoria geral que guarda notas da teoria do conhecimento de Immanuel Kant, mas não sua filosofia moral. Seu cosmopolitismo realiza a interessante operação de opor ao absolutismo axiológico o universalismo relativista, numa espécie de teoria geral da diferença. Boa parte de suas principais teses repousa sobre o generalismo universalista, o qual representa uma das dimensões mais importantes da reflexão de Kelsen sobre a missão e os limites da ciência do direito.²⁷ As teses da ciência consolidada na *Teoria pura* são conhecidas: a hierarquização das normas remontada à norma fundamental de um ordenamento, a identificação do Estado com o direito (ou a dissolução daquele neste), a exclusão da noção de direito (e, portanto, de Estado) de qualquer referência a valores, em especial aos de justiça, porque irracionais, a impossibilidade de que o direito sirva de instrumento de fixação ideológica ou política, a substituição do princípio da causalidade das ciências naturais pelo da imputação, que orienta especificamente a ciência do direito e a elaboração de um modelo normativo geral (e de submodelos) válido para todas (ou quase todas) as ordenações jurídicas. Como método, Kelsen estabeleceu as condições mínimas para a elaboração de uma ciência do direito: a colocação entre parêntesis dos conteúdos “nominais” desta ou daquela ordenação em favor do estudo das estruturas formais das ordenações.

Tem-se em conta que não é possível tratar de argumentos teóricos sem aludir ao que estava em jogo quando a teoria foi produzida e recebida. Menos para dizer sobre o significado dado pelo autor à obra, do que para dizer sobre aquele que lhe foi dado pelo contexto que a recebeu. Sobre isso, tomar-se-á a indicação do próprio Kelsen de que o período de produção da teoria pura não era o mais próprio para sua recepção. Segundo o autor, a teoria que vinha construindo desde 1911, com *Problemas capitais de teoria do Direito Público*, não poderia encontrar boa acolhida em 1934, quando chegaria ao público com o nome de *Teoria pura*, num contexto de instabilidade política e cultural. Para Kelsen, a teoria pura só seria reconhecida em uma época de normalidade e de equilíbrio social.²⁸

Em 1934, iniciava-se o Terceiro Reich de Hitler. No ano seguinte, o nazismo iniciaria o processo que culminaria com o extermínio de milhões de judeus.

²⁷ GOYARD-FABRE, S. *Filosofia crítica e razão jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 111.

²⁸ KELSEN, H. Prefácio à primeira edição. In: _____. *Teoria pura do Direito*. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

Os próximos anos seriam, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, ainda mais tormentosos. De fato, já na República de Weimar, contexto de formação de Kelsen, não havia falar-se em estabilidade. A orientação democrática e liberal da Constituição de Weimar não foi recebida sem resistência.

Nesse contexto, o pensamento de Kelsen encontrava forte resistência. A Constituição adotara o Estado de Direito, embora essa escolha não tivesse sido acompanhada pelo pensamento em vigência à época. A teoria do direito tradicional continuava a seguir o modelo do Direito de Estado.²⁹ A chamada Escola Alemã do Direito Público, de Gerber, Laband e Jellinek havia se esforçado para construir uma teoria do Estado adaptada às mudanças históricas e ao declínio do modelo então vigente na Alemanha, de traço senhorial e feudal. À ordem política caracterizada pela hierarquia, pela supremacia das famílias tradicionais e da nobiliarquia, deveria seguir-se um modelo de Estado de base legal. Essa transição não se deu, entretanto, sem recurso a um elemento autoritário, pois o Estado seguia visto como uma instituição “natural” que encarnava a nação. Os atributos outrora associados ao imperador foram atualizados no Estado, o qual se legitimou, então, por sua substância. A operação fixou sua correspondência com os interesses e sentimentos populares, estabelecendo o Estado pelo vínculo emotivo e pela representação fundada na comunhão do povo com as instituições, em vez de, por vias procedimentais, fundar uma representação formal.

A oposição entre Estado de Direito e Direito de Estado havia gerado um debate que, em princípio, se apresentava apenas metodológico, mas que continha questionamentos ideológicos e políticos. Para Jellinek, o Estado tinha uma dimensão dual: ao lado da face normativa e institucional, possuía natureza física, isto é, além de ser institucionalidade e juridicidade, o Estado era um ser em si mesmo, o qual, mediante normas de direito, se autorregulava em suas relações com os cidadãos. Esse ponto era incompatível com a tese kelseniana de que o Estado não contém qualquer faticidade pré-jurídica, porque, ainda que as ações de seus órgãos e instituições sejam da ordem dos fatos, elas só existem em razão do direito. O Estado está no tempo na medida em que, como um artifício

²⁹ Essa foi a grande dicotomia do período no campo da teoria do Direito. MÜLLER, I. *Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht*. *Leviathan*, n. 7, 1979, p. 309 e ss; e WALTHER, M. *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im “Dritten Reich” wehrlos gemacht? Zur Analuse und Kritik de Radbruch-These*. In: DREIER, R.; SELLETT, W. (Org.). *Recht und Justiz im “Dritten Reich”*. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 1989. p. 323-354.

jurídico, é como construção e, como tal, dependerá sempre de conjunturas históricas, jamais podendo pretender-se acima do devir histórico em nome de uma configuração necessária, ou natural.

O caráter antimetafísico da concepção de Estado de Kelsen distingue seu positivismo daquele do século XIX, seja da Escola da Exegese ou da Jurisprudência dos Conceitos, seja da Escola Alemã. Entre as concepções idealizadas de Estado daquelas, e a pretensão desta de validar um esquema análogo para o Direito Público, o esquema de Kelsen se apresentava como uma forma de antiestatismo. Por esse motivo, sua teoria do direito e, por consequência, sua teoria política anti-metafísica foram duramente criticadas durante a República de Weimar. Poucos autores prescindiriam do estatismo numa Alemanha derrotada pela Primeira Guerra e marcada pela nostalgia. Assim, durante a República de Weimar, as teses de Kelsen eram minoritárias, e constantemente atacadas pelo estatismo, pelo nacionalismo e pelo autoritarismo nostálgico.

Tendo sido um instituto da Constituição de Weimar o instrumento mobilizado para normalizar a exceção do nazismo, a *Teoria pura* pode ser lida como uma longa resposta de Kelsen ao “assalto à razão” que representava o contexto de “tentação das ideologias”, propício ao surgimento dos regimes totalitários e ditaduras que resultariam nas duas Guerras Mundiais.³⁰

A posição intelectual de Kelsen, contrária a absolutos, é tributária de sua formação e se manteve por toda sua longa e produtiva carreira.³¹ Mesmo no exílio a que fora forçado pela perseguição nazista, Kelsen manteve os traços do intelectual da Viena na qual se formou. Estudou e lecionou na Universidade de Viena no começo do século e herdou a tradição de reunião de várias nacionalidades e línguas em torno do Estado multinacional que o Império Austro-Húngaro reunia.

De certa forma, a queda do Império não representou somente uma derrota militar, mas a ascensão dos particularismos que opuseram austríacos, húngaros,

³⁰ SQUELLA, Augustin. ¿Qué queda de la teoría pura del derecho? Belo Horizonte: Del Rey, 2006 apud MATOS, A. Prefácio. In: _____ (Org.). *Contra o absoluto*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 14.

³¹ Em 1930, dirigiu-se à Alemanha, mas sua origem judaica e sua imagem pública de redator e guardião judicial da primeira Constituição democrática da Áustria o tornaram vulnerável à perseguição nazista. Após buscar refúgio em outros países, chegou aos Estados Unidos em 1940, onde se estabeleceu e se aposentou como professor da Universidade da Califórnia, vindo a falecer em 1973.

romenos, sérvios, búlgaros etc. O “cosmopolita Kelsen”³² respondeu aos eventos com uma teoria “igualmente cosmopolita”. Com sua teoria geral do direito, resistia aos particularismos dos nacionalismos e aos seus modos de construção de identidades por meio da negação da diferença.³³ Com isso, antecipou, ao mesmo tempo, as consequências dessas ideologias. De fato, o que separa o generalismo universalista de Kelsen do absolutismo ideológico dos movimentos que lhe foram contemporâneos é a astúcia de Kelsen de, ao aproximar-se da realidade, antever suas possibilidades e oferecer-lhe uma resposta teórica. Em que pesem as tradicionais acusações de que a teoria pura teria fornecido as bases teóricas para o nazismo, e que Kelsen era uma espécie de irrealista ingênuo, a ideia de que a teoria pura foi uma resposta é poderosa.

Não é incomum que contextos que sucedem a circunstâncias históricas em que os homens demonstram seu potencial destrutivo produzam pensamentos investidos em apontar a necessidade de conter, por meio da razão, os avanços da vontade humana. Não foi outra a natureza do argumento histórico filosófico contido na obra de Kant diante dos descaminhos de terror da Revolução Francesa. Cada uma das duas edições da *Teoria pura* foi produzida após guerras mundiais. Em ambas, o generalismo universalista característico daquele tipo de pensamento, e típico do esclarecimento do século XVIII, é vertebrado pela razão científica capaz de tornar o direito autônomo diante da vontade política. Dessa maneira, a missão da teoria pura pode ser remontada ao episódio de apropriação nazi do Art. 148 da Constituição de Weimar, ao qual se atribui a legitimação jurídica da exceção do regime nazista.³⁴ Isto é, impedir que o direito se tornasse instrumento de usos ideológicos e, com isso, impedir a atualização de seus efeitos devastadores.

A teoria do conhecimento à qual recorre a ciência do direito de Kelsen torna possível lidar com a constatação de que homens creem no que sentem. Mesmo de boa-fé, advogam suas crenças como se fossem verdades, levando-as

³² Sobre essa inscrição intelectual de Kelsen, talvez a melhor definição seja o paralelo entre a orientação católica do viennense e a personalidade universalista de Kelsen. KUNZ, Josef. *La teoría pura del derecho: cuatro conferencias en la escuela nacional de jurisprudencia*. México: Nacional, 1974. p. 11-12.

³³ MATOS, A. Prefácio. In: _____. *Contra o absoluto*, p. 15.

³⁴ *Ibid.*, p. 13.

às últimas consequências. Ao se moverem de forma interessada, podem chegar a adotar quaisquer meios para ver contemplados seus interesses. Para a teoria pura importa, portanto, saber que tudo quanto for conhecido passará pelos filtros impuros da experiência humana. Assim, conhecer um objeto depende do reconhecimento de que ele será reconstruído pelas crenças e interesses do sujeito. Depende da ciência reconstruí-lo de forma pura, científica.

Por supostamente advogar a obediência à lei, independentemente de seu conteúdo, a teoria de Kelsen teria sido cúmplice do poder que realizou a obra de destruição da Europa a partir da década de 1930. Trata-se de uma tese popular entre os juristas que, no pós-guerra, procurando devolver ao direito um componente de justiça, se mantiveram fiéis aos postulados jusnaturalistas.³⁵ E não se restringe ao pensamento de Kelsen, reunindo sob a acusação a orientação positivista como um todo.

Sob o nazismo, a teoria do “perigoso judeu liberal” foi objeto de desprezo geral. Não obstante, no pós-Segunda Guerra, se imporia às teses kelsenianas toda culpa pelas práticas do nazismo. Boa parte dos professores que escreveram textos de exaltação ao Führer como suprema fonte do direito alemão dirão que tudo se deveu a uma espécie de ofuscamento operado sobre suas consciências pelo pensamento kelseniano e seu suposto lema de que lei é lei, não podendo ser atacada e devendo ser rigorosamente cumprida. Foram os casos de Hermann Weinkauff e Karl Larenz. Havia também quem, como Gustav Radbruch, buscasse uma maneira de reprovar as ações dos funcionários e juízes e, ao fazê-lo, conduzisse a argumentação atacando as teses por eles mobilizadas. Isto é, para reprovar as ações do nazismo, atacavam as teses que os atores do nazismo utilizavam para se defender e, com isso, atacavam as teses de Hans Kelsen.

Consolidou-se uma leitura de Kelsen que confundia, propositadamente, validade jurídica com obrigação moral. Quando o positivismo kelseniano traçou sua teoria da validade do direito, pretendeu oferecer um critério que permitisse diferenciar o direito dos demais sistemas de normas, isto é, distinguir, no plano da descrição, as normas jurídicas das normas morais, religiosas e sociais. Mas, em razão da separação conceitual entre direito e moral, confundiu-se a autonomia das normas que definem a validade com a obrigação moral de obe-

³⁵ MATOS, A. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, D; DUARTE, E. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 103-127.

decer ao direito. A tese de Kelsen afirma que as normas de validade são estabelecidas autonomamente por cada sistema normativo, pelo que uma norma jurídica não deixa de ser válida (jurídica) por não ser moral, da mesma forma que uma norma moral não é menos válida (moral) por não ser jurídica. Kelsen jamais afirmou a exigência moral de obedecer a normas jurídicas ou a obrigação jurídica de obedecer a normas morais. Aqueles que, durante o nazismo, sentiram-se impelidos a obedecer às normas jurídicas do regime, fizeram-no por outro motivo.

Também a doutrina jurídica alemã do pós-guerra responsabilizou Kelsen pela submissão dos juristas aos ditames do nazismo. Essa ideia pôs a possibilidade de renascimento do jusnaturalismo de base religiosa. Entretanto, a bibliografia sobre o assunto está assentada na posição de que o nazismo não só se distanciou verbalmente do positivismo, negando-lhe compatibilidade com o povo ariano, como as estratégias adotadas pelo regime para legitimar seus crimes foram todas veementemente antipositivistas. De sorte que se fala num “embuste do positivismo” para tratar das estratégias discursivas da teoria do direito do pós-guerra³⁶ e para livrar de responsabilidade autores e funcionários do regime, os quais nunca foram kelsenianos ou positivistas.³⁷ Superada a tese de responsabilidade do positivismo do episódio do nazismo, a qual não resiste ao exame histórico, evidencia-se a razão final da acusação: determinar como fundamento de cientificidade a inscrição jusnaturalista do pensamento e excomungar do campo científico toda orientação positivista.

Como se viu, não surpreende a presença da epistemologia de matriz kantiana em uma obra cujos momentos de publicação sucedem a contextos de guerras mundiais. Sabe-se da dimensão finalística da filosofia kantiana e que, historicamente, os pós-guerra são momentos que acolhem argumentos histórico-filosóficos. Ao se pretenderem adequadas a quaisquer circunstâncias, tais teorias tendem a supor que o universal tem morada em qualquer lugar, sendo uma perspectiva teórica alentadora para o futuro de um cenário cujo presente

³⁶ RÜTHERS, B. *Geschönte Geschichten, Geschönte Biographien: Sozialisationskohorten*. In: *Wendeliteraturen – ein Essay*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 93. Apud GARCIA AMADO, J. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? In: MATOS, A. (Org.). *Contra o absoluto*, p. 236.

³⁷ GARCIA AMADO, J. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen?, p. 236.

é a destruição. Entretanto, surpreende que uma tradição filosófica que tem essa consequência normativa seja a escolha de um autor como Kelsen.

Reagir ao absoluto, mesmo quando aparentemente benfazejo, como nas justificações da validade do direito associadas a uma concepção de justiça, típicas da jurisprudência positivista tradicional,³⁸ é uma espécie de missão de Kelsen. Objetivo, aliás, associado ao desejo de realizar completamente o projeto positivista, livrando-o do resíduo de direito natural irracional que, para ele, é a ideia de justo. Assim, não obstante o caráter generalista universalista do projeto de Kelsen, qualquer recurso ao absoluto e, portanto, a uma consequência finalista ou normativa da *Teoria pura* é algo expressamente rechaçado pelo autor.

Entretanto, a legitimação de um sistema de pensamento depende de certo número de condições. Não podendo contar com um fundamento moral, Kelsen funda sua teoria pura no objetivo de distanciar dela o direito e, com isso, neutralizar os usos políticos das formas jurídicas, bem como indicar a inviabilidade de fixar como absolutos valores que são sempre, por natureza, relativos. A legitimação teórica de seu sistema, desde uma epistemologia em cujo centro está uma discussão sobre o limite da possibilidade de conhecer sem recurso à metafísica (no caso de Kelsen, ao justo), denuncia o desejo de participar da realização de uma ordem que abra caminho para a coexistência pacífica de valores plurais. A adoção de tal epistemologia pode indicar, portanto, o desejo pela ordem que melhor exponha suas preocupações.

Kelsen põe ambas as edições da *Teoria pura* em diálogo com as consequências que ele atribui ao cenário de pós-guerras.³⁹ Isso poderia não ter importância. Mas é possível notar que os momentos que sucedem conflitos políticos que assumem a dramática expressão violenta das guerras são dados a produzir pensamentos em pânico. E isso não é verdadeiro somente acerca das Grandes Guerras Mundiais. Note-se o exemplo da Revolução Francesa e o pensamento de um autor como

³⁸ A expressão *jurisprudência tradicional* é de Kelsen, utilizando-a o autor sempre que quer se referir à tradição da jurisprudência que antecede ou resiste à teoria pura e que, portanto, não participa de seus postulados de pureza metodológica e de autonomia face a valores.

³⁹ “Antepus a esta segunda edição o prefácio da primeira. Com efeito, ele mostra a situação científica e política em que a *Teoria pura do Direito*, no período da Primeira Guerra Mundial e dos abalos por ela provocados, apareceu, e o eco que ela então encontrou na literatura. Sob este aspecto, as coisas não se modificaram muito depois da Segunda Guerra Mundial e das convulsões políticas que dela resultaram.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. xvii.

Joseph de Maistre, cujo reacionarismo alarmado é exemplar da relação que se pretende fazer.

Quando se fala em reacionarismo alarmado, ou em pensamento em pânico, faz-se referência a duas coisas. O pânico se deve à atitude compreensível de querer, com máxima rapidez, explicar os acontecimentos e postular, por meio das explicações, formas de impedir repetições futuras. Os autores estão ou envolvidos com isso, ou com a antipática missão de sanear suas produções anteriores que fracassaram em antever, prevenir ou impedir tais acontecimentos. O resultado é frequentemente um pensamento que quer algo do passado. Mas não de forma conservadora, vinculada à regularidade da história. O reacionário não quer voltar ao momento que antecede a revolução. Ele recusa esse momento maldito que, afinal, franqueou sua possibilidade. Nesse ponto – e só nesse –, um reacionário está mais perto de um revolucionário do que de um conservador. Ele quer romper, só que para trás.

Kelsen é um autor do pós-Primeira Guerra, na qual atuou como conselheiro jurídico do Ministério da Guerra Austro-húngaro. Sua experiência não foi de trincheira, como a de um autor como Louis Ferdinand Céline, que, a par de ser um grande ficcionista, apresentou sobre a experiência da guerra reações análogas em gravidade às de De Maistre, do qual era voraz leitor. Obviamente, esses contextos não produzem só o desejo pelo Deus temível do Antigo Testamento de De Maistre, ou o colaboracionismo infame de Céline. Mas parecem fazer terreno fértil para uma opção teórica que é, no Direito, recorrente: as formas teóricas que surgem nesses momentos apresentam o retorno à metafísica jusnaturalista e o desejo de fixar o direito desde um absoluto justo.

Isso se evidencia nas formas segundo as quais a *Teoria pura* foi recebida em ambos os pós-guerras. Após a Primeira Guerra, os abalos sociais por ela provocados impactaram também a acolhida de uma teoria que pretendia isolar a reflexão sobre o direito de imprecisões políticas por meio do tratamento científico. Após a Segunda Guerra, os limites entre ciência e política voltam a ser borrados no campo do conhecimento sobre o direito. Reconhecida a potência argumentativa e legitimadora de posições do direito no embate político, os horrores da guerra voltam a provocar nos teóricos o desejo de prescrever ao direito um conteúdo, protegê-lo por meio da moral de apropriações violentas.

Para Kelsen, uma opção assim não é mais do que fixar uma moral em detrimento de outras. Para Kelsen, isso pode ter perigosa importância política. Por isso recebe o nome de política jurídica. E pretender fazê-lo revestindo a reflexão de *status* científico é uma aberração. Se uma ciência objetiva reduz-se a descrever de forma isenta seu objeto, a operação de moralizar de forma parcial, mas científica, o direito é uma contradição em termos.

Talvez seja possível supor que, segundo o preceito kelseniano de que ciência do direito é o mesmo que teoria pura do direito, o gesto de fixar um conteúdo moral geral para o direito, denominando-o justo e revestindo-o de *status* científico, é análogo ao de justificar uma posição política abjeta reivindicando para ela alguma sorte de juridicidade. São todos gestos de *política jurídica*. É por meio dessa operação intelectual que Kelsen é capaz de acolher o Kant da *Crítica da razão pura*, mas não o da *Metafísica dos costumes*. Em Kelsen a razão é uma só, mas os valores não.

Proteger o direito para Kelsen é garantir que ele possa ser descrito sem que a forma da descrição necessite recorrer a seu conteúdo. E só assim esse conteúdo, que varia de ordenamento para ordenamento, pode ser descrito. Precisamente por esse motivo, a teoria de Kelsen é geral e mobilizável para apreciação de qualquer ordenamento. Entretanto, exatamente por ser generalista, ela é tolerante. Os diferentes usos dessa tolerância à variedade de valores, o relativismo axiológico kelseniano, têm um episódio famoso no Brasil.

PARECER DE KELSEN ACERCA DA COMPETÊNCIA
DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1933

Em outubro de 1933, Kelsen elaborou um parecer acerca da competência da Assembleia Constituinte, que seria instaurada logo depois, em 15 de novembro do mesmo ano. Trata-se de um documento famoso, embora ainda pouco estudado. Nele, Kelsen oferece argumentos de teoria pura,⁴⁰ refletindo sobre a soberania da

⁴⁰ "Respondo aos quesitos, não do ponto de vista político ou de direito natural, mas exclusiva e unicamente do ponto de vista do direito positivo."

Constituinte, concluindo pela identificação entre o Regimento⁴¹ posto em 5 ou 7 de abril de 1933⁴² por Decreto do Governo Provisório⁴³ e a norma fundamental. Dessa maneira, a Constituinte seria posta por aquele governo a partir daquela norma, razão pela qual não se caracterizaria, por tratar de norma hierarquicamente superior, ingerência do Governo Provisório na Assembleia Constituinte. Tampouco haveria prejuízos à sua soberania, pois, afinal, de acordo com a teoria monista de Direito Internacional de Kelsen, não há falar-se nem na soberania daquela Assembleia, nem na soberania dos Estados Nacionais.

Kelsen responde a cinco quesitos ao logo do parecer. O primeiro interpela sua posição acerca da possibilidade de o Governo Provisório, sendo governo de fato, originado de uma revolução, impor um regimento à Assembleia Nacional Constituinte. O ponto aqui é se isso representaria uma ofensa à soberania da Assembleia e se essa, por definição soberana, não poderia rejeitar o regimento. Ao primeiro quesito, Kelsen respondeu que “não existe diferença essencial entre um governo de fato e um governo *de jure* em direito das gentes e menos ainda no domínio do direito constitucional”. E que o Governo Provisório era a *mais alta autoridade legislativa*, em razão mesmo de ser decorrência direta da Revolução de 1930.

A interpretação de Kelsen acompanha um ponto que se tornou popular na interpretação que se consolidou da Revolução de 1930. Desde 11 de novembro de 1930, o líder da revolução e chefe do Governo Provisório, Getúlio Vargas, baixou decreto,⁴⁴ assinado pelos novos ministros, e vigente à época da Constituinte, que dava ao governo o direito de exercer não apenas o Poder Executivo, mas também plena autoridade legislativa, “até que, eleita a Assembleia Constituinte,

⁴¹ “Deduzo as minhas conclusões admitindo que para a situação da competência da Assembleia Nacional Constituinte não pode ser considerada outra norma de direito que o Regimento 22.621, de 7 de abril de 1933.”

⁴² A todo momento o texto do parecer se refere ao Regimento de 7 de abril, quando só se encontra um regimento decretado em 5 de abril de 1933 e publicado no DO no dia 8 de abril de 1933, o qual só tem 5 artigos, 97 menos do que as referências feitas ao longo do parecer.

⁴³ O Governo Provisório pôs, por meio do Decreto 22.621, de 7 de abril de 1933, o Regimento da Assembleia Nacional Constituinte.

⁴⁴ NOGUEIRA FILHO, Paulo. *Ideais e lutas de um burguês progressista*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1965. p. 741-743.

estabeleça esta a reorganização constitucional do país”.⁴⁵ Por meio desse decreto a revolução começava a, pelo direito, legitimar-se. O lapso entre o momento em que tem início a revolução e instauração da Assembleia não é lido meramente como processo revolucionário, mas como se a ruptura se afirmasse por meio daquele governo novo, e não por meio do movimento que o instaurou. Por esse motivo, o Governo Provisório foi lido como a mais alta autoridade legislativa. De um ponto de vista de teoria pura, a lei que ele punha era hierarquicamente superior a todas as outras.

Por esse motivo, dependeria “sem dúvida” de aquele governo determinar *a convocação e a competência da Assembleia Nacional Constituinte*. Obviamente, o fato de o instrumento legislativo que instaura a Assembleia ser um decreto não representa prejuízo para sua identificação como norma, haja vista que o Governo Provisório, em razão de sua excepcionalidade natural, acumula as funções legislativas e governa por decreto. Acerca da suposta incursão na autoridade da Assembleia Constituinte, Kelsen afirma sua concepção de soberania,⁴⁶ que, “no verdadeiro sentido da palavra”, não poderia ser enquadrada no domínio do direito positivo. Para afirmá-lo, o autor avança argumentando que “nem mesmo o Estado como tal é soberano, pois acima dele se encontra o direito das gentes, que lhe confere direitos e obrigações”. Assim, sequer haveria falar-se em soberania nacional, pois o direito das gentes, ou o direito internacional, é hierarquicamente superior ao direito posto pelos Estados Nacionais. E como para Kelsen direito e Estado são uma coisa só, não há falar-se em soberania do Estado e, por esse motivo, em prejuízos a ela.

⁴⁵ SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Getúlio a Castelo* (1930-64). São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 46.

⁴⁶ A investigação sobre a soberania, que veio a público em 1920 com o título *O problema da soberania*, levou Kelsen à ideia de unidade entre direito e Estado, o que o conduziu ao conhecimento de que o direito só pode ser pressuposto como direito positivo. Isso, por seu turno, recuperou a investigação sobre duas dimensões do *geral* no tema dos sistemas de normas: a possível relação entre os sistemas de normas, já enfrentado em 1914, e a necessária *unidade* sistemática de todo o direito positivo, entendido como o todo das normas supostamente válidas. Essas são duas teses centrais da teoria pura e, não por acaso, o livro sobre o problema da soberania trouxe, em seu subtítulo, a primeira aparição da expressão “teoria pura do direito”. Está nele também o primeiro aproveitamento kelseniano da doutrina da estrutura hierárquica de Adolf Merkl, que organiza o ponto da norma fundamental.

Em suma, o ponto de Kelsen é que a Assembleia tem natureza de órgão do Estado,⁴⁷ o Estado é igual ao direito, o direito põe a Assembleia, que é, portanto, uma previsão normativa hierarquicamente inferior à lei que lhe pôs. Mas nada disso importa quando o que se discute é incursão na soberania, porque nem o Estado é soberano. Ainda assim seria o caso de saber se a Assembleia Nacional Constituinte possui qualidades de órgão originário e supremo, a quem cabe fazer as leis e cuja competência é ilimitada. Em tal circunstância, não seria o Governo Provisório competente para impor limites à atividade da Constituinte. Mas esse seria o caso de uma Assembleia que tivesse sido originada diretamente da revolução. Nesse caso, ela seria constituinte do direito e não mais o Governo Provisório. Para Kelsen, não é o que ocorre no Brasil de 1933. Segundo o autor, a existência legal e a competência da Assembleia Nacional Constituinte fundam-se no regimento de 7 de abril de 1933. Ela é um órgão criado por um outro órgão, tendo se formado pelo caminho legal, isto é, por uma previsão legal que lhe é superior. E isso não se modifica pela circunstância de a Assembleia ter o nome de “Assembleia Nacional Constituinte”.

Portanto, a Assembleia não possuiria outro direito além dos que lhe foram outorgados pelo regimento de 7 de abril de 1933. Por isso, ela não poderia revogar o regimento e substituí-lo por outro. O regimento obriga a Assembleia Nacional Constituinte no sentido em que lhe regula e lhe determina a competência. De sorte que o regimento não pode ofender a competência da Assembleia, porque é ele quem lhe atribui e delimita a competência. Mais do que isso, segundo Kelsen, o regimento era um elemento essencial da organização naquele tempo vigente. E, em razão disso, a Assembleia não teria o caráter de criadora da Constituição, mas de executora da elaboração da Constituição. A rigor, o que se dava era o contrário do que o sugerido no quesito I: ofendendo as disposições do regimento, a Assembleia ofenderia a organização em vigor. A única hipótese em que a Assembleia poderia revogar ou substituir o regimento seria mediante circunstâncias que revogassem a “organização”, a saber, outra revolução. Nesse caso, a Assembleia tornar-se-ia “um órgão sob todos os pontos de vista constituinte, isto é, originário e supremo criador da Constituição”.

⁴⁷ “Ainda menos se poderia dizer que qualquer órgão do Estado seja soberano.”

No quesito II, Kelsen é interpelado sobre os art. 101 e 102, constantes das disposições gerais do referido regimento, os quais limitam a competência da Assembleia Nacional Constituinte, vedando-lhe discutir e votar projetos de lei. A ela incumbiria apenas tratar das questões referentes à elaboração da Constituição, eleição do Presidente da República e aprovação dos atos do Governo Provisório. Arguiu-se no quesito II se tal limitação não representaria nova ofensa à soberania da Assembleia, a que Kelsen respondeu que os art. 101 e 102 significam a limitação da competência da Assembleia; não existe, porém, incursão na soberania, pois, de acordo com os motivos por ele anteriormente salientados, a Assembleia nem é soberana, no verdadeiro sentido da palavra, nem é órgão originário e supremo criador da Constituição.

No mesmo quesito, arguiu-se sobre a eleição do Presidente da República, que, prevista pelo regimento, importaria a adoção da Assembleia pelo regime republicano e, novamente, uma ofensa à sua soberania. A isso Kelsen respondeu que a disposição que se refere à eleição do Presidente da República significa igualmente a limitação da competência da Assembleia, que tem poderes para adotar a forma de estado republicana, mas não a incursão na soberania pelas mesmas razões que expusera anteriormente.

No quesito III, está em questão o art. 14 do regimento, que dispõe sobre a forma do compromisso a ser prestado pelos deputados à Assembleia de observar para a Constituição a forma federal. A expressão contida no regimento é “Constituição Federal”, a qual faria prejudicar a adoção obrigatória “regime federativo”, o que representaria nova ofensa à soberania da Assembleia. A isso Kelsen respondeu que o caráter federativo da futura Constituição representa a forma republicana do Estado. Representa também uma necessária limitação à atividade legislativa da Assembleia, cuja não observância equivaleria à quebra da organização em vigor.⁴⁸

⁴⁸ Kelsen segue dizendo que “as disposições do regimento de 7 de abril de 1933 que se referem à forma republicana do Estado e ao caráter federativo da futura Constituição são previstas, não direta, mas indiretamente. É um método jurídico-técnico que, apesar de ser muito duvidoso, é sempre possível e, infelizmente, representa, não raro, o meio de dar expressão à vontade legislativa”. Dessa forma, o autor afirma, ainda que com ressalvas, que o dito “método jurídico-técnico” pode ser um caminho de acesso à inspiração da legislação. Com isso, Kelsen demonstra considerável tolerância com um caminho que é oposto aos meios do chamado formalismo, do qual é frequentemente acusado.

O quesito IV trata abertamente do objetivo de conter o avanço do Governo Provisório, ou de legitimá-lo por meio da resposta de Kelsen. A questão que se coloca refere-se a um governo que, tendo sido originado de uma revolução para ser provisório, não sendo pensado com vistas à instituição de um regime ditatorial “permanente”, ao convocar uma Assembleia Constituinte, transmitiria a ela, por essa circunstância, a plenitude de seus poderes, razão pela qual ela se tornaria soberana. A isso Kelsen responde que as capacidades do poder de um governo originado de uma revolução não podem ser determinadas do ponto de vista do direito positivo pelos objetivos que teve o movimento revolucionário no início. A denominação de um governo como “provisório” tem geralmente uma significação política e de nenhum modo uma de direito positivo. Kelsen segue na resposta com as teses da primeira edição da teoria pura, de que um governo possui os poderes que quer possuir sob a condição de que possa obter geralmente a obediência às suas prescrições. É o princípio da efetividade que vale para um governo originado de uma revolução como princípio de direito positivo. A indicação sobre as intenções do movimento revolucionário é fundamento suficiente para que possa obrigar o governo a transmitir a totalidade dos seus poderes a uma Assembleia Nacional Constituinte por ele próprio criada.

O tema segue no quesito V, no qual se argui sobre o Governo Provisório continuar a conservar os poderes ditatoriais que tinha conquistado por meio da vitoriosa revolução após promulgada a Constituição, ao que Kelsen responde com um categórico “a resposta a este quesito é dada já na resposta ao quesito IV”. De acordo com as conclusões de Kelsen, o teor da futura Constituição já estava prejudgado pelo regimento de 7 de abril de 1933. Não há falar-se em incursão na soberania, porque nem o Estado é soberano, de sorte que há, antes de mais nada, o emprego impróprio do termo. Além disso, e talvez mais importante, a Revolução de 30 se realizou por meio do direito. Direito posto pelo Governo Provisório, o qual, por seu turno, pôs a Assembleia. A julgar pelas considerações de Kelsen, o resultado do parecer é de que a nova ordem não seria posta pela Constituição de 1934, mas já havia sido posta desde a expedição do primeiro decreto de Vargas.

Até agora não se tem controle sobre as circunstâncias de solicitação do parecer. A pedido de Tercio Sampaio Ferraz, o texto foi disponibilizado pelo Kelsen-Institut e publicado no Brasil em 1995 na *Revista Trimestral de Direito Público*.⁴⁹ Posteriormente, foi inserida como anexo na tese de doutorado de seu então orientando, Ari Marcelo Sólón.⁵⁰ Em ambas as publicações, a análise oferecida é a mesma e de autoria deste último, sendo dedicada a uma reflexão jusfilosófica sobre Kelsen. Na dissertação de mestrado de Roseli Torrezan,⁵¹ esboça-se uma apreciação circunstanciada do parecer, provavelmente interrompida pela ausência de fontes que sobre ele forneçam mais dados.

Tal como foram formulados, os quesitos não poderiam ter prestado pior serviço à Constituinte, ou favorecido tanto a autoridade do Governo Provisório. Ou se desconhecia a concepção kelseniana de soberania, recorrendo constantemente ao termo para reconhecer à Assembleia o que de um ponto de vista kelseniano ela não tem, ou se controlava de forma aguda as possíveis adulterações da vontade de tolerância da teoria pura. Ou a solicitação dirigida a Kelsen representa mais uma derrota do constitucionalismo liberal brasileiro da década de 1930, ou a escolha do liberal e democrata Kelsen para legitimar a ingerência de um governo de exceção sobre o momento de constitucionalização da ordem foi deliberada e, àquela altura, operada por alguém ligado ao Governo Provisório e dotado de clarividente astúcia político-jurídica.

Apesar de constantemente reafirmar a necessidade de tratar o direito desde um ponto de vista politicamente neutro, o vínculo de Kelsen com a legalidade liberal e com a teoria democrática são conhecidos. Kelsen é autor de uma teoria da democracia,⁵² na qual afirmou tratar-se da forma de governo mais afinada com o relativismo axiológico, operador teórico da necessidade de impedir que

⁴⁹ KELSEN, Hans. A competência da Assembleia Nacional Constituinte de 1933/34. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 5-8, 1995.

⁵⁰ _____. A competência da Assembleia Nacional Constituinte de 1933/34 (Parecer). In: SOLÓN, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 215-219.

⁵¹ TORREZAN, Roseli. *O Governo Provisório na Constituinte de 1933/34*. São Paulo, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie.

⁵² KELSEN, Hans. *A democracia*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

o cientista do direito se imiscuísse com a política e participasse da fixação de valores particulares como absolutos.

De sua afinidade liberal o autor também ofereceu, ao longo de sua vida profissional, diversas manifestações. Quando, ao final das primeiras décadas do século XX, o “colapso de Weimar” deu lugar a um governo por decreto presidencial, Kelsen, pouco antes do exílio, vislumbrou onde terminaria a linha de raciocínio de seu opositor, Carl Schmitt, então o mais importante jurista da direita alemã. Consta do clássico ensaio de 1930 o argumento de Kelsen de que a revisão constitucional dos atos do Executivo pelos juízes era o caminho lógico para garantir que a ação do governo obedecesse a limites legais.⁵³ Curiosamente, o texto em que argumenta em favor de uma revisão que garantisse o princípio da “máxima legalidade” precede o texto do parecer em apenas dois anos.

O que se evidencia sobre a posição de Kelsen no episódio narrado acima é verdadeiro sobre a teoria liberal em geral. O princípio da legalidade obedece à necessidade liberal de estabelecer limites jurídicos à ação dos chefes de governo.⁵⁴ De fato, pelo menos dois componentes são centrais à teoria liberal, que se desenvolve quando da resistência às formas absolutas de governo: uma teoria do poder e uma teoria da justiça. Assim, o liberalismo se desenvolveu, em todas as suas expressões, como uma teoria sobre como a autoridade se constitui e uma teoria sobre as formas de constrangê-la.⁵⁵

Entretanto, esses são todos argumentos de circunstância. Eles resistem porque a dimensão universalista do pensamento de Kelsen, que já foi salientada e será desenvolvida adiante, é um dos elementos cardeais da teoria liberal clássica. Também o debate contemporâneo indica que, como um corpo de ideias e aspirações, o liberalismo é profundamente universalista. É egresso da compreensão do esclarecimento acerca dos direitos naturais e da razão humana. Mas se deve, sobretudo, à presunção de superioridade de sistemas sociais, econômicos e políticos construídos desde ideias e experiências liberais, decorrente ascensão

⁵³ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵⁴ DUZENHAUS, David. Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons? *The American Political Science Review*, v. 91, n. 1, p. 127, mar. 1997.

⁵⁵ STAR, P. North America. In: THE EUROPAEUM co-sponsored conference Liberalism in East and West. Geneva: Graduate Institute, 2009. p. 15.

de Estados liberais democráticos ao final do século XVIII como os Estados mais ricos e poderosos.⁵⁶

Embora liberal e democrata, e embora os problemas que envolvem a atividade discricionária de um governo provisório lhe calassem fundo nos anos 1930, Kelsen produziu um parecer sobre a competência da Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1933 para auxiliar a mensurar o quão soberana face ao Governo Provisório era a Assembleia. Nele, reconheceu ao Governo de exceção chefiado por Getúlio Vargas a possibilidade jurídica de intervir na atividade da Constituinte.

O contexto de tal solicitação ainda é incerto, mas a conclusão do parecer dá suporte à tese do Governo Provisório de que, tendo sido um instrumento normativo revolucionário que pôs a Constituinte, seria ele o soberano, não ela. Não causa espanto que a legalidade imposta aos atos do governo, característica da teoria constitucional, não valesse antes de posta a Constituição. Mas é de se estranhar que a tese da possibilidade de ingerência do chefe do Governo Provisório sobre os atos da Constituinte fosse procurar, e viesse a encontrar, abrigo em um teórico liberal e democrata.

Talvez se tenha operado no Brasil uma curiosa equivalência entre o positivismo sociológico e o jurídico. Uma das finalidades daquele é organizar a sociedade, ao passo que o objetivo deste é organizar o conhecimento do direito. Caso se tenha equivocadamente inscrito Kelsen, porque reconhecidamente positivista, no primeiro tipo, a solicitação de um parecer seu para reconhecer poderes ao Governo Provisório não surpreenderia. Como consequência, embora os referidos positivismos correspondam a orientações teóricas distintas, pertinentes a campos diferentes e que, sobretudo, não visam aos mesmos resultados, Kelsen poderia ter sido lido como um positivista cuja teoria se prestaria a fundamentar formas (autoritárias) de Estado.

A par do flagrante equívoco de confundir o positivismo sociológico com o jurídico, o parecer efetivamente reconheceu poderes ao Governo Provisório e o fez desde as teses clássicas da teoria pura. Importa, portanto, saber que dimensão da teoria pura de Kelsen deu passagem a uma interpretação desse tipo. Possivelmente, uma das características mais tipicamente liberais de seu pensamento, o generalismo universalista.

⁵⁶ DWORKIN, R. Concluding debate. In: THE EUROPAEUM co-sponsored conference Liberalism in East and West, p. 145.

O que permitiu que a teoria do direito de Kelsen tivesse a pretensão de servir à interpretação de quaisquer ordenamentos jurídicos existentes e vindouros, isto é, o que lhe permitiu propor a universalidade da teoria pura, foi o fato de que toda apreciação deve submeter os conteúdos variáveis a um esquema constante, lógico. Em razão desse objetivo, e por ser fiel a ele, Kelsen teria podido identificar em um decreto do Governo Provisório a norma fundamental a reger a ordem social brasileira em 1933. E, em respeito ao postulado de neutralidade da ciência e do cientista, pôde fazê-lo a despeito de suas convicções pessoais.

Cada um desses aspectos precisa de desenvolvimento próprio. O que se pretendeu fazer foi examinar o universalismo, como o que caracteriza a afinidade liberal da teoria pura e, ao mesmo tempo, a torna vulnerável a apropriações espúrias, isto é, antiliberais. Sobre esses usos no Brasil, analisou-se o parecer de Kelsen acerca da competência da Assembleia de 1933 tão detidamente quanto possível, tendo em vista a ausência de documentos que elucidem seu contexto de solicitação, assim como suas consequências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presença de Kelsen no pensamento jurídico brasileiro antecipou um equívoco de interpretação. A influência de Kelsen no Brasil, quando dos eventos que antecedem a elaboração da Constituição de 1934, se verifica no parecer produzido por Kelsen no contexto que antecede à Constituinte de 1933. Tal parecer, ao versar sobre os limites da competência da Assembleia, indicou que a norma posta pelo Governo Provisório tinha precedência hierárquica face às decisões e escolhas da Constituinte. Dessa forma, segundo Kelsen, a norma fundamental a reger a organização social brasileira seria aquela posta pelo Governo Provisório, que teria, portanto, a possibilidade de intervir nas atividades da Constituinte.

Entretanto, Kelsen foi um autor que dedicou sua vida intelectual a pensar a característica do direito que mais coloca desafios à reflexão científica sobre o fenômeno jurídico: os fatos de que o direito vertebra ordens políticas e que os homens que pensam essas ordens, mesmo quando tentam fazê-lo de forma técnica e com isenção, são quase sempre muito próximos das burocracias do Estado. A ideia mesma de que seu pensamento seria responsável pela legiti-

mação da experiência autoritária do país entre as décadas de 1960 e 1980 não é problemática, se o enfoque da acusação repousa sobre os usos da teoria pura, e não sobre ela mesma. Mas o parecer, ao legitimar juridicamente um governo de exceção, recoloca o problema das implicações autoritárias de uma teoria liberal e democrática em duas frentes: em primeiro lugar, porque o pensamento jurídico brasileiro teria se apropriado do pensamento de Kelsen, para fins legitimadores do autoritarismo, antes das operações que, de forma análoga, mobilizaram-no no contexto do pós-Segunda Guerra; em segundo, porque impõe a revisitação ao parecer problematizando o fato de que tal resultado teria sido produzido por um texto de circunstância, o que afastaria a tese de que são os usos, e não a teoria pura, que legitimam ordens autoritárias.

Procurou-se verificar, em que pese o caso brasileiro, a procedência das teses de que a teoria pura fornece, de fato, fundamento teórico para formas autoritárias de Estado. A pesquisa que melhor poderia lançar luz sobre o episódio é a de reconstituição da rede de atores envolvidos com a vida pública brasileira em 1933. Essa pesquisa ainda está por fazer. É esse o campo de investigação para o qual este estudo pretende contribuir. Entretanto, o espaço disponível em um artigo acadêmico não suporta uma pesquisa dessa natureza. Assim, analisou-se a possibilidade de remontar ao generalismo universalista a razão das consequências do pensamento de Kelsen contrárias às suas posições.