

**A INTOLERÁVEL TOLERÂNCIA DE HANS KELSEN:
AS CONTRADIÇÕES PERFORMATIVAS DO PURISMO JURÍDICO**

**HANS KELSEN'S INTOLERABLE TOLERANCE:
THE PERFORMATIVE CONTRADICTIONS OF THE LEGAL PURISM**

José Ivan Rodrigues de Sousa Filho¹

RESUMO

Este artigo explicita criticamente as contradições performativas concernentes ao relativismo moral de Hans Kelsen. A fim de purificar cientificamente a doutrina jurídica, a *Rechtslehre* kelseniana adota como basilar assunção epistemológica a impossibilidade racional tanto de uma substância moral absoluta como de um critério formal absoluto de avaliação das morais relativas aos diversos tempos, espaços e estratos sociais. A pedra angular da doutrina jurídica kelseniana é, portanto, o não cognitivismo ético, conforme o qual as diversas moralidades não apresentam conteúdos racionais, sequer são suscetíveis de um julgamento racional de sua correção, pertencendo, antes, ao reino do inacessível à razão. Em última análise, Hans Kelsen elimina a razão prática (o tribunal supremo de todo direito e toda pretensão), abandonando a prática normativa ao arbítrio e à coerção. O relativismo moral kelseniano pretende encarnar, não obstante, uma moralidade da tolerância que provesse a base para a integração jurídica do pluralismo ético. Essa moralidade subjacente, porém, cede ao absolutismo jurídico, subtraindo o direito positivo do âmbito da crítica e da idealidade.

PALAVRAS-CHAVE: Hans Kelsen; Positivismo jurídico; Relativismo moral; Contradição performativa; Injustiça intolerável.

ABSTRACT

This paper critically underlines the performative contradictions linked to Hans Kelsen's moral relativism. To perform a scientific purification of jurisprudence, the Kelsenian *Rechtslehre* assumes as basic epistemological thesis the rational impossibility of both an absolute moral substance and an absolute formal criterion for the evaluation of the moralities related to various times, various spaces and various social strata. The cornerstone of the Kelsenian jurisprudence is therefore ethical non-cognitivism, according to which moralities have no rational content and cannot undergo a rational judgment of their correctness, belonging rather to a realm inaccessible to reason. Ultimately, Hans Kelsen denies the practical reason (the supreme court of every right and every claim), abandoning normative practices to will and coercion. The Kelsenian moral relativism, nevertheless, intends to constitute a morality of tolerance capable of providing a basis for the legal integration of the ethical pluralism. This underlying morality leads, however, to legal absolutism, removing the positive law from the scope of criticism and ideality.

KEYWORDS: Hans Kelsen; Legal positivism; Moral relativism; Performative contradiction; Intolerable injustice.

¹ Mestrando em direito constitucional pela Universidade Federal do Ceará, com apoio financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Bacharel em ciência jurídica pela Universidade Federal do Ceará. Licenciado em letras vernáculas pela Universidade Estadual do Ceará. Advogado

1. INTRODUÇÃO

A constelação pós-positivista da doutrina jurídica engendra uma tendência arbitrária a uma observação desdenhosa, pré-judicialmente impregnada, da *Rechtslehre* de Hans Kelsen. A doutrina jurídica kelseniana é injustificadamente observada como obsoleta, isto é, incapaz de prover contribuições relevantes ao horizonte hesitante da doutrina jurídica após 1945. Este artigo pode ser compreendido, em primeiro lugar, como uma refutação indireta da validade de tal observação desdenhosa, pois assume que a doutrina jurídica kelseniana não deve deixar de ser seriamente levada em consideração, sobretudo quanto a sua tese epistemológica basilar. É essa tese, para Kelsen, o fundamento metateórico de sua redução do direito (enquanto objeto da doutrina jurídica) à positividade jurídica. Trata-se da tese segundo a qual o direito deve ser compreendido, tanto pelo jurisconsulto quanto pelo jurista², como plenamente insuscetível de qualquer avaliação moral racional. Noutras palavras, trata-se da tese segundo a qual, porque a moral não é racionalmente acessível, a descrição doutrinal e a aplicação judicial do direito não devem importar-se com avaliações morais do direito positivo. Trata-se, em última análise, de um relativismo moral fundamentado em um não cognitivismo moral.

Tal tese epistemológica kelseniana, todavia, deve ser levada em consideração no sentido crítico de que sua insustentabilidade racional deve ser radicalmente explicitada, de forma que os desvios teóricos atuais e os desvios institucionais potenciais que ela funda sejam colocados em questão. Este artigo, pois, efetua uma crítica racional de tal tese epistemológica kelseniana que se desdobra na tematização das “contradições performativas” que enredam a *Rechtslehre* kelseniana, minando-lhe a sustentabilidade argumentativa e a consistência teórica. Essa crítica pode ser descrita como “discursiva”, pois recolhe o desenvolvimento discursivo da reviravolta pragmática tal como elaborado, principalmente, por Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas. Aqui, não são relevantes as profundas diferenças familiares entre Apel e Habermas, mas somente as assunções teóricas fundamentais desde as quais parte a “ética discursiva”.

A assunção epistemológica básica desde a qual este artigo articula a crítica racional da doutrina jurídica de Hans Kelsen (DJHK) é a “centralidade epistêmica da linguagem”, ou seja, a consideração da linguagem como mediação intransponível de todo o pensar e todo o agir e, pois, como grandeza transcendental: o acesso (conceptualmente limitado) às coisas do mundo objetivo e a iteração (normativamente guiada) com as pessoas do mundo

² Neste artigo, aparecem recorrentemente “jurisconsulto” e “jurista”. Com “jurisconsulto”, designa-se aquele cuja atividade é a doutrina jurídica. Com “jurista”, designa-se, geralmente, aquele cuja atividade é uma profissão jurídica e, especialmente, o magistrado.

intersubjetivo apenas são possibilitados e legitimados na e mediante a linguagem; a linguagem não é constitutiva do mundo objetivo ou do mundo intersubjetivo, mas é a esfera incontornável de expressabilidade de ambos. Além disso, assume-se aqui que a pragmática é a dimensão reflexiva da linguagem, isto é, a dimensão que possibilita a reflexão estrita sobre a consistência racional de pretensões de verdade e de validade³. Noutras palavras, a estrutura pragmática da linguagem possibilita a averiguação compreensiva de se os atores sociais observaram semanticamente os pressupostos pragmáticos universais da ação social argumentativamente articulada, ou seja, passível de ser argumentativamente interpelada, justificada e aceita; a inobservância semântica deles enreda a ação argumentativa em uma “contradição performativa”. Assim, toda ação argumentativa cujo conteúdo semântico rejeita um pressuposto universal⁴ da dimensão pragmática da linguagem é pragmaticamente inconsistente, quer dizer, argumentativamente autodestrutiva e logicamente ininteligível.

2. A PRIMEIRA CONTRADIÇÃO PERFORMATIVA DO PURISMO JURÍDICO: A NEGAÇÃO POTENCIAL DA INSTITUCIONALIDADE JURÍDICA

A DJHK é, para Frank Haldemann, teoricamente autodestrutiva porque seu formalismo metodológico-jurídico (cuja base epistemológica é, ao contrário do formalismo ético kantiano, o irracionalismo moral) “é compatível com um sistema arbitrário e opressivo (como o estado nazista) em que a norma fundamental vigente (por exemplo, o princípio do *Führer*) justifica o escárnio da mínima ideia de forma jurídica”. Desse modo, a DJHK “projeta a possibilidade de eliminar completamente o direito e a positividade”⁵, constituindo, pois, uma doutrina jurídica potencialmente antijurídica, ou seja, potencialmente destruidora da institucionalidade jurídica. Uma doutrina jurídica, entretanto, que instaurasse a possibilidade de propiciar a destruição do direito positivo seria racionalmente inaceitável, pois o direito positivo significa, como se verá adiante, uma esfera fundamental da prática moderna.

³ “Os atos de fala interpretam a si mesmos; eles têm uma estrutura autorreferente. O elemento ilocucionário estabelece, como uma espécie de comentário pragmático, o sentido no qual o que é dito está sendo usado. A percepção de Austin de que alguém faz algo dizendo algo tem um lado reverso: realizando um ato de fala, alguém também diz o que está fazendo” (HABERMAS, Jürgen. *Actions, speech acts, linguistically mediated interactions, and lifeworld*. In: COOKE, Maeve (ed.). *On the pragmatics of communication*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998, p. 217).

⁴ Segundo Karl-Otto Apel, os pressupostos incontornáveis do discurso racional são universais porque são “transcendentais”, em sentido kantiano. Segundo Jürgen Habermas, entretanto, tais pressupostos são apenas idealmente universais, isto é, universais apenas enquanto idealizações contrafactuais. Assim, enquanto Apel mantém (reelaborando-o pragmaticamente) o transcendentalismo kantiano, Habermas opera uma deflação dele.

⁵ HALDEMANN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on Nazi law. *Ratio Juris*, v. 18, n. 2, 2005, p. 174.

Embora Haldemann distorça, em parte, o conceito kelseniano de “norma fundamental” como condição heurística de possibilidade do conhecimento puro do direito, mediante a qual “não é afirmado qualquer valor transcendente ao direito positivo” (KELSEN, 1992, p. 204), é historicamente verificável que o formalismo metodológico-jurídico da DJHK resta totalmente impotente perante o descalabro da ordem e da segurança provocado pela ascendência de um regime totalitário. Se, por um lado, o formalismo metodológico-jurídico da DJHK ensaia uma solução heurísticamente sagaz ao problema fundamental da incerteza epistemológica⁶, ele se revela, por outro lado, uma solução institucionalmente perigosa (em uma medida lancinante) à conservação histórico-social do estado de direito e do direito estatalmente criado e aplicado.

O horizonte histórico do século vintecentista desvela que, sob o punho totalitário do regime nazista, o formalismo metodológico-jurídico da DJHK degenerou em uma armadilha epistemológica. Um jurista alemão que rejeitasse aplicar rigorosamente uma perversa lei penal nazista com base em juízos morais escaparia a seu *ethos* institucional e ultrapassaria o limite do direito positivo e do racionalmente cognoscível, pois juízos morais, na DJHK, são juízos tanto extrajurídicos quanto irracionais. O tolhimento epistemológico do jurisconsulto pela DJHK era ainda mais grave: cabia-lhe apenas descrever (e concatenar sistematicamente) as normas jurídicas positivas consoante seu sentido objetivo (e sua correlação hierárquica)⁷. Não lhe caberia jamais a crítica, pois não conhecia outro direito além do direito positivo, não conhecia o direito senão nos limites autoritários do direito positivo, sendo-lhe, em seu *ethos* institucional, totalmente indiferente a imoralidade (tolerável ou intolerável) do conteúdo de normas jurídicas expedidas pela autoridade competente com a observância do procedimento legal e socialmente eficazes.

O formalismo metodológico-jurídico kelseniano, erguido em uma base epistemológica relativista, implica, portanto, ínsita e potencialmente, uma autocontradição performativa⁸, uma velada negação da possibilidade real da institucionalidade jurídica,

⁶ “Como não podemos alcançar a ‘verdade absoluta’ [Haldemann refere-se à assunção epistemológica kelseniana do irracionalismo moral], a única solução é adotar um sistema de procedimentos que ofereça um método para estabelecer uma ‘verdade interna à legalidade’” (HALDEMANN, 2005, p. 174)

⁷ “[...] desde o ponto de vista de um conhecimento científico do direito positivo, a legitimação do direito positivo por uma ordem moral diferente da ordem jurídica é irrelevante, pois não cabe à ciência jurídica aprovar [*billigen*] ou reprovar [*mißbilligen*] seu objeto, mas apenas conhecê-lo e descrevê-lo. Embora as normas jurídicas enquanto prescrições deonticas [*Soll-Vorschriften*] constituam valores, a função da ciência jurídica, contudo, não é, em nenhum sentido, uma valoração [*Wertung*] ou avaliação [*Bewertung*], mas uma descrição neutra [*wertfrei*] de seu objeto” (KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 70).

⁸ Uma autocontradição performativa é, para Karl-Otto Apel, uma tentativa de negação das condições transcendentais e reais de possibilidade do discurso. Tais condições, no entanto, “estão necessariamente

negação subjacente à afirmação metodológica da radical separação heurística do direito em relação à moral e, assim, da indiferença jurídica à esdrúxula injustiça legal. Essa contradição performativa consiste em, na dimensão semântica do discurso doutrinal-jurídico, afirmar que o direito pode ser cognitivamente reduzido à positividade jurídica (Jürgen Habermas diria: à faticidade jurídica) e, na dimensão pragmática do discurso doutrinal-jurídico, possibilitar a destruição histórico-social da institucionalidade jurídica através do reconhecimento incondicional da juridicidade (ou validade jurídica) de práticas jurídicas esdruxulamente injustas.

A possibilidade real da institucionalidade jurídica pressupõe uma relação racional entre direito e moral que imponha aos procedimentos de criação legislativa e aplicação judicial e ao conteúdo das normas jurídicas uma mínima consistência moral (mediante sua submissão a um critério mínimo de correção moral) capaz de evitar a subversão da institucionalidade jurídica a partir da infiltração positiva de conteúdos que atinjam a soleira da injustiça extrema e a partir da incorporação de procedimentos legiferantes e jurisdicionais que possibilitem tal infiltração. Essa relação racional entre direito e moral, todavia, é repelida por Kelsen como uma impureza conceptual que minaria a autonomia científica da doutrina jurídica. Kelsen, no entanto, olvida que a pureza conceptual não só não é uma insuperável e essencial exigência de cientificidade, mas também engendra uma oclusão dogmática, um ensimesmamento acrítico e um solipsismo irracional que obstruem o diálogo interdisciplinar, a reabertura para o mundo vivido e a crítica racional (articulada argumentativamente e, pois, includente de todos os argumentos relevantes de todos os membros afetados das comunidades jurídicas) dos direitos positivos. Além disso, Kelsen olvida que a cientificidade jurídica não pode ser afirmada sob o preço da negação da justiça fundamental que o direito deve realizar (pois todo direito positivo incontornavelmente levanta a pretensão de ser fundamentalmente justo): em última análise, Kelsen parece conferir mais valor ao progresso científico que à integração social (que, modernamente, é centralmente dependente do direito). Kelsen assume, assim, um conceito radicalmente distorcido de ciência que desfigura a promessa moderna de *uma ciência autônoma para uma sociedade autônoma*, uma ciência capaz de, com seu desenvolvimento autônomo, contribuir na construção de “uma práxis autoconsciente em que a

presentes em quaisquer tentativas de negá-las como condição transcendental do sentido de tais tentativas” (HERRERO, Francisco Javier. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de (org.). *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 170): o discurso é a necessária e universal mediação da teoria e da prática racionais. O discurso e suas condições de possibilidade, logo, não poderiam ser negados ainda que se assumisse a irracionalidade como princípio condutor do pensar e do agir, pois tal assunção não se poderia articular, em um jogo de linguagem argumentativo, senão racionalmente.

autodeterminação solidária de todos possa reconciliar-se com a autorrealização autêntica de cada um” (HABERMAS, 1993, p. 399).

3. A SEGUNDA CONTRADIÇÃO PERFORMATIVA DO PURISMO JURÍDICO: A NEGAÇÃO ATUAL DA RAZÃO PRÁTICA

A correlação racional entre direito e moral (um critério de moralidade, racionalmente aceitável por todos, é necessário para que o direito não degenerem em injustiça intolerável) não se resume à dimensão concreta da conservação das instituições jurídicas vigentes (um direito positivo intoleravelmente injusto revela-se socialmente intolerável), mas estende-se também à dimensão conceptual do objeto jurídico; ou seja, a correlação racional entre direito e moral é não somente uma exigência real de estabilidade institucional do direito positivo, mas também *pressuposto racional do direito moderno*. Se, na modernidade social, o direito diferencia-se funcionalmente da moral (facticidade jurídica, legalidade), a autonomia jurídica, por sua vez, não se justifica intersubjetivamente sem um consenso racional a respeito de procedimentos democráticos que propiciem a tolerância recíproca das diversas e divergentes formas de vida – que, noutras palavras, propiciem a integração do pluralismo ético, não sua repressão sob uma ordem excludente e autoritária (validade jurídica, legitimidade).

Para Habermas, “na sociedade tradicional, a ética constituía uma parte das cosmovisões ontológicas e soteriológicas que formavam a base do consenso integrador dos sujeitos em um todo social” (OLIVEIRA, 2004, p. 145). Na sociedade moderna, as cosmovisões metafísicas e religiosas, porém, dilaceraram-se estruturalmente, compondo um pluralismo ético inesgotável, fragmentando-se, pois, a integração social baseada nelas; por conseguinte, uma ética capaz de abranger todos os atores sociais, centrando suas concepções concretas de vida boa, desaparece na modernidade⁹. O direito moderno aparece, pois, como uma estrutura social compensatória: se é irrealizável uma reconciliação dos motores internos da ação, o pluralismo ético marcando estruturalmente a modernidade, as implicações externas da ação devem ser reconciliadas para realizar-se a integração social de um “povo de diabos”. Assim, eliminar o direito e abandonar a sociedade moderna às múltiplas perspectivas éticas

⁹ Habermas adota a concepção weberiana de modernidade cultural como “a divisão da razão substantiva, expressa na religião e na metafísica, em três esferas autônomas”, a saber, ciência, moralidade e arte. Tal divisão é resultado da falência das “unificadas visões de mundo da religião e da metafísica” (HABERMAS, Jürgen. *Modernity versus postmodernity*. Translated by Seyla Ben-Habib. *New German Critique*, v. 22, 1981, p. 8). Em oposição a essas visões de mundo, as três esferas da cultura moderna são funcionalmente especializadas: a ciência levanta pretensões de verdade, concerne a questões de conhecimento e emprega a racionalidade cognitivo-instrumental; a moralidade levanta pretensões de correção, dedica-se a questões de justiça e moral e é conduzida pela racionalidade prático-moral; a arte levanta pretensões de autenticidade e beleza, devota-se a questões de gosto e desenvolve-se através da racionalidade estético-expressiva.

conotaria cortar o último elo racional da integração social. A coerção controlada monopolicamente pelo direito (estatal) exige, todavia, além da explicação sociológica da irrenunciável compensação jurídica na sociedade moderna, a justificação racional intersubjetivamente operante, quer dizer, discursivamente articulada em procedimentos institucionais deliberativamente democráticos, da aceitabilidade racional geral (perante todo membro afetado da comunidade jurídica) de pretensões de validade inscritas em normas jurídicas observadas como presumivelmente válidas, cuja legitimidade, portanto, só é aceita provisoriamente e pode ser argumentativamente derrotada a qualquer tempo mediante a impugnação (institucionalmente absorvida ou, se não houver possibilidades institucionais para a impugnação juridicamente regular, em desobediência civil) de qualquer membro interessado da comunidade jurídica.

A inconsistência pragmática da DJHK, portanto, precipita-se além da (ínsita e potencial) negação da possibilidade histórico-social da institucionalidade jurídica. Kelsen renuncia a um pressuposto irrenunciável do discurso racional: a razão comunicativa como “fórum inevitável [*unhintergebar*] de toda justificação” (HABERMAS, 2001b, p. 14). Ao eliminar a submissão tanto dos conteúdos como dos procedimentos de criação e de aplicação das normas jurídicas à crítica argumentativa não só na dogmática jurídica, mas também na adjudicação, eliminando, assim, a possibilidade de interpelar criticamente a legitimidade de conteúdos e procedimentos tais, Kelsen deixa de considerar que “a positivação não significa a eliminação da problemática da fundamentação, mas o deslocamento dos problemas de fundamentação” (NEVES, 1996, p. 96). Kelsen deixa de considerar, assim, que a positivação somente posterga e provisoriamente alivia a exigência estruturalmente irrecusável da fundamentação racional de normas jurídicas. Embora “só mandamentos *morais* (e normas jurídicas que, como os direitos humanos, apenas moralmente são justificáveis) exijam validade absoluta, quer dizer, reconhecimento universal” (HABERMAS, 2001b, p. 41), normas jurídicas levantam pretensões de validade que vinculam institucionalmente todos os membros de uma comunidade jurídica, sendo, assim, passíveis de interpelação argumentativa por cada membro afetado. Constituindo-se um argumento contra a presumida validade de uma norma jurídica, então se compõe uma carência de fundamentação que deve ser publicamente preenchida. Portanto, o alívio argumentativo que o direito positivo provê aos atores sociais, eximindo-os de justificar racionalmente sua conduta toda vez que ela fosse objetada como incorreta (basta aos atores sociais, através do direito positivo, a defesa de que sua ação é “legal”, ou seja, não viola qualquer norma jurídica), é meramente provisório: o direito positivo desempenha modernamente a função de generalizar estavelmente expectativas

comportamentais na sociedade complexa, mas essa estabilização geral não implica aniquilar a problematização racional da legitimidade das pretensões de validade relaxadamente inscritas nessas expectativas comportamentais. Se o alívio argumentativo fosse definitivo, isto é, se ele não apenas suspendesse, mas anulasse o dever de justificação racional, o direito positivo seria um refúgio poderosamente privilegiado para o arbítrio e a força, escapando ao esclarecimento argumentativo da crítica pública e à necessária mediação do discurso racional¹⁰.

O pressuposto universalmente incontornável da racionalidade comunicativa denota, para Habermas (2001b, p. 25), que “um sujeito que age intencionalmente é capaz de, em condições apropriadas, citar um motivo relativamente plausível pelo qual ele se conduziu, expressou-se, ou deixou de reagir, de determinada forma e não diferentemente”. A capacidade subjetiva de intersubjetivamente justificar intenções práticas corresponde, conforme Habermas, à liberdade constitutiva do agir racional: à autorrealização pessoal (moralmente incorporada pelos direitos humanos) e à autodeterminação interpessoal (politicamente consistente na democracia). Como a legitimidade do direito moderno reside, de um lado, em assegurar os direitos humanos e, de outro lado, em ser justificável ante todo membro da comunidade jurídica, de maneira que seus procedimentos de criação e de aplicação devem ser democraticamente articulados, residem no direito moderno tanto tendências opressivas como tendências emancipatórias, isto é, no direito positivo está decisivamente em jogo a liberdade humana. Isso implica que, na medida em que anula o uso prático da razão, subtraindo, assim, o direito e a moral do alcance epistemológico da crítica racional, Kelsen fecha os olhos para os potenciais jurídico-positivos, contraditórios, mas igualmente fortes e exigentes, de opressão e emancipação da humanidade.

Além disso, a racionalidade comunicativa projeta o ideal kantiano do reino dos fins, “ao qual se vinculam todos os seres racionais sob leis comunitárias, de forma que jamais se tratem reciprocamente só como meios, mas sempre como fins em si mesmos” (HABERMAS, 2001b, p. 27). Isso significa que a reconciliação entre autonomia privada e autonomia pública tanto é teoricamente possível como praticamente realizável. Negando o uso prático da razão, negando a capacidade racional de esclarecer o agir (avaliando a correção de normas morais e jurídicas), Kelsen nega, em última análise, a liberdade enquanto autonomia racional da vontade subjetiva para, independentemente de toda motivo empírico (de todo interesse egoísta

¹⁰ O discurso constitui “a forma *reflexivamente intransponível* de todo pensar, porquanto ele representa a instância última [...] na qual e diante da qual tem de justificar-se a responsabilidade comum dos homens por seu próprio pensar e agir, por suas teorias científicas, por toda fundamentação científica e filosófica e, em geral, por todas as pretensões que possam ser levantadas no mundo da vida” (HERRERO, Francisco Javier. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de (org.). *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.169).

e de todo cálculo estratégico), tanto efetuar-se como legisladora universal¹¹ como submeter-se às leis universais que estabelecer. Noutras palavras, as implicações últimas da base epistemológica da DJHK (o relativismo moral) anulam a fundamentabilidade racional¹² e a realizabilidade institucional do direito enquanto *autolegislação*:

Corretamente compreendida, a ideia de autolegislação engendra uma relação interna entre vontade e razão, de forma que a liberdade de todos – isto é, a *autolegislação* – depende da *igual* consideração da liberdade individual de cada indivíduo para tomar uma posição sim/não – ou seja, depende da *autolegislação*. Sob essas condições, apenas as leis fixadas no igual interesse de cada um podem contar com o razoável consenso de todos. (HABERMAS, 2001a, p. 767-768)

4. A TERCEIRA CONTRADIÇÃO PERFORMATIVA DO PURISMO JURÍDICO: A IMPUREZA MORAL

À DJHK pode-se opor outra objeção epistemológica: não constitui o relativismo moral (base epistemológica da DJHK¹³) uma *assunção metajurídica moralmente carregada*? Não significa o relativismo moral, em primeiro lugar, que *é bom* que nenhuma moralidade seja absolutamente boa ou má e que toda moralidade seja relativamente boa e má; e, em segundo lugar, que *é mau* que uma única moralidade seja absolutamente boa e que todas as demais moralidades sejam falsos arremedos do Bem Supremo? Se o relativismo moral da DJHK traduzir uma *assunção metajurídica moralmente carregada*, o edifício da DJHK, aparentemente racional e científico em termos puristas, quedará alicerçado (segundo a própria avaliação de Kelsen) na irracionalidade e na metafísica, as quais são, porém, sistematicamente combatidas por Kelsen e assumem, em sua doutrina jurídica, o aspecto do direito natural. Em última análise, se o relativismo moral da DJHK não expressar senão uma velada perspectiva moral, tal doutrina jurídica será um direito natural (tal como o compreende Kelsen).

Kelsen mesmo, entretanto, admite explicitamente que seu relativismo moral é uma *moralidade da tolerância*: “O princípio moral que fundamenta – ou do qual se pode deduzir – uma doutrina relativista de valores é o princípio da tolerância” (KELSEN, 2001, p. 24). Dessa

¹¹ “Autonomia da vontade [*Willen*] é a constituição da vontade através da qual ela é para si mesma uma lei (independentemente da constituição dos objetos do querer [*Wollen*]). O princípio da autonomia, portanto, é: não escolher senão de modo que as máximas da escolha sejam, ao mesmo tempo, incluídas no mesmo querer como lei universal [*allgemein*]” (KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 2. Aufl. Riga: Johann Friedrich Hartknoch, 1786, p. 87).

¹² Kelsen, contudo, postula que “não cabe à ciência jurídica legitimar o direito, não lhe cabe, de modo algum, justificar [*rechtfertigen*] – através de uma Moral absoluta ou de uma Moral relativa – a ordem normativa a ser conhecida e descrita por ela” (KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 71).

¹³ Somente admitindo que não há “a” moral absoluta e que há unicamente morais relativas (aos diversos tempos, espaços e estratos sociais), Kelsen pode afirmar a autonomia do direito em relação à moral, quer dizer, a preponderância do direito sobre qualquer moral, conservando o direito o ser direito apesar de toda (relativa) injustiça moral.

forma, Kelsen representa o relativismo moral que lhe fundamenta a doutrina jurídica como a perspectiva epistemológica adequada à construção jurídica de uma sociedade tolerante, na qual moralidades plurais convivam harmonicamente e somente se submetam ao direito positivo, assumido como condição reguladora de possibilidade da integração social.

A rejeição kelseniana do *absolutismo filosófico*, definido como “a opinião metafísica de que existe uma realidade absoluta” – o que denota afirmar “a possibilidade da verdade absoluta e de valores absolutos” (KELSEN, 1948, p. 906) –, corresponde à rejeição kelseniana do *absolutismo político*, definido como “a forma de governo em que todo o poder estatal concentra-se em um único indivíduo, a saber, o governante [*ruler*] cuja vontade é lei. Todos os outros indivíduos estão submetidos ao governante, sem participarem no poder dele, o qual, por isso, é ilimitado e, portanto, absoluto” (KELSEN, 1948, p. 908). Kelsen assume haver um evidente liame intrínseco entre ambos os absolutismos (categorialmente muito distintos), pois o governo absolutista apenas se justifica se se apresenta como “autorizado pelo único absoluto verdadeiro, pelo supremo ente super-humano, como seu descendente ou mandatário, ou como misticamente inspirado por ele” (KELSEN, 1948, p. 909). Haveria, ainda, para Kelsen, um evidente liame intrínseco entre relativismo epistemológico e democracia, liame que Kelsen aponta, contudo, mediante um argumento demasiado frágil e, em última análise, insuficiente: “quase todos os excepcionais cultores de uma filosofia relativista foram politicamente a favor da democracia, enquanto os sectários do absolutismo filosófico, os grandes metafísicos, foram a favor do absolutismo político e contra a democracia” (KELSEN, 1948, p. 911). Para não ser politicamente totalitário, Kelsen, pois, acolhe o relativismo epistemológico, o qual lhe parece, por assim dizer, irmão gêmeo da democracia.

Felix Oppenheim, entretanto, demonstra, por um lado, que inexiste uma conexão lógica entre relativismo moral e democracia. A democracia estabelece o valor *intrínseco* da liberdade individual¹⁴; a autocracia, porém, designa valor *intrínseco* a um interesse superior à liberdade individual (*e. g.*, ordem e paz). Porquanto democracia e autocracia são doutrinas do *fim último* do governo, exigindo a validade absoluta de um interesse político, elas não se coadunam com o relativismo moral, conforme o qual não é racionalmente possível validar valores intrínsecos.

¹⁴ Segundo Kelsen, a essência da democracia é a liberdade individual, concebida “como autodeterminação política do cidadão, como participação [*Mitwirkung*] na formação da vontade dominante [*herrschend*] no Estado”, e não como “negação absoluta do domínio [*Herrschaft*] e, portanto, do Estado” (KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1920, p. 28).

Oppenheim demonstra, por outro lado, que não há uma ligação lógica entre absolutismo moral e totalitarismo. O absolutismo moral assume a existência de intrínsecos juízos de valor; assume, por conseguinte, somente a possibilidade de provar que “algum tipo de absolutismo [político] é bom, ou, ao contrário, a democracia é desejável” (OPPENHEIM, 1950, p. 953). O absolutismo moral não implica, todavia, que um específico juízo de valor seja intrinsecamente válido: não afirma, particularmente, que a democracia seja a melhor forma de governo, sequer que a autocracia o seja. De forma ainda mais explícita, dir-se-ia que o absolutismo moral somente pode operar como a *premissa maior* (de natureza epistemológica) de um silogismo cuja conclusão declarasse a validade intrínseca (logicamente confirmada) da democracia ou da autocracia. Para que o absolutismo moral conduza epistemologicamente à autocracia ou à democracia, é necessária, ainda, uma *premissa menor* (de natureza política) que afirmasse valores autocráticos ou valores democráticos, respectivamente, como os fins últimos de toda constituição política.

Ainda que fosse desconsiderada a errônea assunção epistemológica kelseniana da existência de um evidente liame intrínseco entre relativismo moral e democracia, sua doutrina jurídica desvenda-se, afinal de contas, *moralmente impura* (porquanto constitui a doutrina jurídica que pretende servir a uma moralidade da tolerância) e *politicamente impura* (pois constitui a doutrina jurídica que se pretende a mais adequada à realização do ideal democrático).

Noutras palavras, ao afirmar que *não há* uma moral absoluta, Kelsen levanta a pretensão de que *não deve haver* uma moral absoluta, pois uma moral absoluta traduziria, para ele, intolerância ética com respeito às morais relativas, diversamente plasmadas no espaço, no tempo e no agrupamento social. Kelsen resvala, porém, com isso, em uma *contradição performativa*: enquanto, no plano semântico, ele assevera imperativamente que nenhuma norma moral deve pretender-se universalmente válida, ele assevera imperativamente, no plano pragmático, que é universalmente válida a norma moral segundo a qual nenhuma norma moral deve pretender-se universalmente válida a fim de que prospere a tolerância ética. O relativismo moral kelseniano aponta, na verdade, a uma moralidade subjacente como seu pressuposto fundamental de inteligibilidade.

5. A QUARTA CONTRADIÇÃO PERFORMATIVA DO PURISMO JURÍDICO: DO RELATIVISMO MORAL AO ABSOLUTISMO JURÍDICO

A constituição autodestrutiva da DJHK reside, ainda, em que o relativismo moral traduz-se em uma tentativa defeituosa e potencialmente nefanda de fundamentar uma doutrina

jurídica pluralista e democrática: é que, paradoxalmente, o relativismo moral cede e curva-se ao *absolutismo jurídico*. Quando o direito desprende-se radicalmente da moral, no sentido de que a validade das normas jurídicas não é prejudicada sequer em razão da injustiça intolerável (em razão da inaceitabilidade racional intersubjetivamente operante) de seus conteúdos e seus procedimentos de criação e aplicação, o direito desnatura-se em uma intransponível trincheira contra a argumentação racional, contra a averiguação democrática da aceitabilidade racional de normas abstrata e geralmente vinculantes, sistematicamente organizadas, burocraticamente inafastáveis, coercitivamente executáveis e socialmente monopolizadoras da coerção legítima, contra a autodeterminação autoconsciente mediante a deliberação democrática em “discursos práticos”. O direito degenera, assim, em uma instância totalitária, injustificadamente fechada à crítica racional.

Kelsen reconhece que o direito pode encarnar (e, de fato, não raro, encarna) a moral (os interesses estratégicos) do estrato social dominante. A DJHK, porém, exclui a possibilidade de insurgência crítica judicial e doutrinal-jurídica contra o direito positivo, o qual é, portanto, racionalmente inquestionável ao jurista e ao jurisconsulto: Kelsen não observa as pretensões de validade levantadas por uma norma jurídica formalmente inatacável como *pretensões*, mas como *imposições* inexoráveis, como imperativos que devem ser, por assim dizer, cegamente aplicados pelo jurista e objetivamente descritos pelo jurisconsulto. Assim, o relativismo ínsito à moral dominante, enquanto moral relativa a um estrato social (o estrato social dominante), a um espaço e a um tempo, transmuda-se em absolutismo quando ela se reveste da forma jurídica, quando seus conteúdos se infiltram em normas jurídicas. Tornando-se a moral dominante em *lei positiva*, a correção de seu conteúdo é juridicamente indiferente, e ela deve prevalecer contra qualquer outra moral, ainda que, segundo o ponto de vista de outra moral, ela constitua a mais infame perversão e a mais escarnecedora degradação da humanidade (cf. KELSEN, 1992, p. 70).

A metódica pureza da DJHK desnuda-se, pois, como deliberada alienação: para alcançar autonomia científica, a doutrina jurídica deve “fazer de conta” que a moral dominante é a moral da tolerância e não renega o ideal democrático. Noutras palavras, a DJHK deve “fingir” que toda moral é tolerante e democrática, não havendo a possibilidade de a prática jurídica ser dominada por uma moral excludente e totalitária, possibilidade que se atualizou, entretanto, por exemplo, sob o domínio nazista.

6. AS INTOLERÂNCIAS DA TOLERÂNCIA

Segundo Frank Haldemann, a vantagem prática de Gustav Radbruch sobre Hans Kelsen, isto é, do *não positivismo includente* (somente a extrema injustiça fulmina a validade jurídica) sobre o *positivismo excludente* (nenhuma injustiça, inclusive a injustiça intolerável, elimina a validade jurídica)¹⁵, consiste em:

(1) Sob um regime totalitário, o juiz pode oferecer resistência à intolerável injustiça legal mediante argumentos estritamente jurídicos, fundamentados no conceito de direito e, portanto, institucionalmente legítimos, sem se expor à sagaz acusação de violar o direito ao negar-se a aplicar cegamente a injustiça legal¹⁶. Para Kelsen, porém, “um juiz que se recusa a aplicar leis más (corretas, todavia, do ponto de vista procedimental) viola o direito e, pois, ultrapassa o limite de sua função judicial” (HALDEMANN, 2005, p. 174-175);

(2) Após o fracasso de um regime totalitário, a restituição dos usurpados direitos das vítimas, quando não há uma lei que a autorize, apenas é possível por intermédio do conceito de justiça substantiva. Em resumo, “[e]m tempos de mudança política e jurídica, um conceito de direito indiferente ao conteúdo do direito não provê qualquer orientação ou solução, precisamente porque é essencialmente indiferente a questões de justiça substantiva” (HALDEMANN, 2005, p. 175).

Assim, é intolerável e intolerante na DJHK (que pretende encarnar uma ciência jurídica para a tolerância democrática das moralidades fragmentadas, racionalmente incomensuráveis, de uma modernidade plural) sua apatia e vulnerabilidade ante a mais insuportável injustiça e o mais nefando legado da legalidade irreprensivelmente formalizada e irresistivelmente eficaz dos regimes autocráticos. Radbruch, reconhecendo a incapacidade da DJHK de resistência *jurídica* à autocracia, escusa aos juízes alemães o não terem oferecido oposição às legais atrocidades nazistas, o terem operado como simplórias ferramentas dos legais crimes nazistas: “poderiam juízes que, extremamente desfigurados pelo positivismo dominante, não conheciam outro direito além do direito legal ter a intenção de, na aplicação

¹⁵ Para uma revisão das correntes contemporâneas de positivismo e naturalismo jurídicos do ponto de vista da relação entre direito e moral, cf. Alexy (2008, p. 78-86).

¹⁶ Faz-se oportuna aqui uma breve digressão a respeito da ambiguidade que Radbruch realiza na locução “*gesetzliches Unrecht*”, empregada no título de seu artigo “*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*” (“Injustiça legal e direito supralegal”), artigo diversas vezes referido por HALDEMANN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on Nazi law. *Ratio Juris*, v. 18, n. 2, 2005, p. 162-178.

A expressão “*gesetzliches Unrecht*” admite duas traduções em português: (1) “injustiça legal” (tradução ortodoxa) – o vocábulo alemão “*Unrecht*” corresponde rigorosamente ao vocábulo português “injustiça”; (2) “não direito legal” (tradução heterodoxa) – “*Unrecht*” compõe-se do prefixo negador “*un*” e do vocábulo primário “*Recht*”, o qual corresponde rigorosamente a “direito”.

Pode-se cogitar que tal ambiguidade serve ao propósito de sublinhar a opinião de Radbruch de que (somente) a injustiça extrema é não direito, isto é, de que o direito degenera em simplória injustiça legalizada quando atinge o umbral da injustiça intolerável.

de leis positivas, violar o direito [supralegal]?” (RADBRUCH, 1990b, p. 92). Segundo Radbruch, portanto, o positivismo jurídico opera como uma bitola epistemológica que incapacita epistemicamente os juristas de compreenderem a inaceitabilidade racional de normas jurídicas que forjam injustiças intoleráveis em condições institucionais de dominação autocrática.

É, ainda, intolerável e intolerante na DJHK (que pretende constituir a encarnação científico-jurídica da tolerância democrática como fim último da comunidade política) que, reconhecendo o direito positivo como incontrastável sobreposição da moralidade do estrato social dominante, não adote, contudo, um critério ético que elimine o arbítrio totalitário sobre os estratos sociais submetidos. É intolerável e intolerante na DJHK que, admitindo a preponderância de um estrato social na (estratégica) determinação dos conteúdos das normas jurídicas do direito positivo, exima-se de refrear o capricho e o absurdo que se podem instaurar através de tal determinação. Assim, no final das contas, o direito positivo é direito meramente se preenche a condição fática de ter “o poder de impor-se [*sich durchsetzen*]” (RADBRUCH, 1990a, p. 78).

A DJHK é, afinal, intolerável e intolerante em que apenas admite o *voluntarismo legal*: “Normas que prescrevem comportamentos humanos somente podem partir de uma vontade; e essa só pode ser humana, se se exclui a especulação metafísica”, pois “[a] razão humana pode compreender e descrever, não prescrever” (KELSEN, 2001, p. 22). Kelsen, portanto, apenas substitui a vontade divina do direito natural metafísico (acessível somente pela revelação, por intermédio de homens santos) pela vontade humana do direito positivo puro (moralmente indiferente, mas não moralmente neutro). Por mais irracional e voluntarista, pois, que o direito positivo se manifeste, o cientista jurídico deve descrevê-lo racional e acriticamente; e mesmo sobre um conteúdo arbitrário e perverso, estende-se um manto de emplumado e rígido cientificismo.

7. CONCLUSÃO: O ELO EPISTEMOLÓGICO ENTRE ABSOLUTISMO JURÍDICO E TOTALITARISMO NAZISTA

É equivocado atribuir à DJHK a responsabilidade histórica pela barbárie legalizada pelo nazismo, como se a DJHK fosse a causa histórica próxima ou remota da emergência e da expansão do regime hitlerista. Não há qualquer relação causal histórica plausível entre Kelsen e Hitler: Kelsen não desencadeia Hitler, Kelsen não é o gérmen de Hitler.

Afirmar que o juspositivismo kelseniano não é a causa histórica do nazismo, porém, não importa afirmar que inexistente alguma conexão epistemológica entre a DJHK e o nazismo,

ou afirmar que o cientista jurídico não pode, a partir do nazismo, formular qualquer avaliação epistemológica do juspositivismo kelseniano. É, antes, conjecturável que o nazismo refute a DJHK, ou seja, que Hitler reduza ao absurdo a *Rechtslehre* kelseniana.

O que, no nacional-socialismo, refuta a DJHK é a explicitação histórica do equívoco epistemológico da redução doutrinária do direito cognoscível à faceta fática ou autoritária do direito; é, noutras palavras, a atualização histórica do equívoco epistemológico da exclusão científica da cognoscibilidade da faceta ideal ou crítica do direito. Assumindo que “lei é lei”, a despeito de seu conteúdo perverso, assumindo, portanto, que “lei é lei” irrestritamente, a DJHK apresenta, por um lado, vocação epistemológica para reconhecer a validade jurídica da extrema injustiça legalizada; apresenta, por outro lado, incapacidade epistemológica para prover o jurisconsulto e o jurista com argumentos propriamente jurídicos (institucionalmente vinculantes) contra a mais intolerável injustiça: sob a bitola juspositivista, o jurisconsulto e o jurista são incapazes de conhecer outro direito além dos mandamentos expedidos pela competente autoridade estatal. Nesse sentido, Arthur Kaufmann observa como a amarga experiência histórica do nazismo significa o desvelamento e a efetivação do perigo inerente e, entretanto, latente ao positivismo jurídico enquanto estreitamento epistemológico da filosofia jurídica:

Numerosas gerações de juristas foram educadas no positivismo jurídico, como se resultasse impossível um conhecimento científico dos valores e como se o princípio mais importante de qualquer profissão relacionada com o direito fosse a identidade entre direito e lei. Com isso, a ciência desarmou os juristas perante a injustiça e os crimes [legalmente] legítimos, mantendo-se com as mãos atadas, enquanto os tribunais prosseguiram com suas decisões, enchendo de novo o campo de espinhos e ervas daninhas. Os poucos homens de letras que [...] preveniram contra o positivismo jurídico [...] eram como D. Quixote, puros loucos, já que falavam do perigo do positivismo jurídico tendo em conta o magnífico trabalho legislativo da virada do século; como sempre, os loucos aparecem como os mais razoáveis. (KAUFMANN, 2000, p. 18-19)

Pode-se afirmar conclusivamente, portanto, que o totalitarismo nazista levou às últimas consequências as contradições performativas que atravessam estruturalmente a *Rechtslehre* kelseniana, expondo, sobretudo, a ameaça institucional potencialmente inscrita nela e seu irracionalismo moral cegamente sancionador do arbítrio e da força.

8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Modernity versus postmodernity. Translated by Seyla Ben-Habib. *New German Critique*, v. 22, 1981, p. 3-14.

_____. *El discurso filosófico de la modernidad: doce lecciones*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1993.

_____. Actions, speech acts, linguistically mediated interactions, and lifeworld. In: COOKE, Maeve (ed.). *On the pragmatics of communication*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998, p. 215-256.

_____. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles?. Translated by William Rehg. *Political theory*, v. 29, n. 6, 2001a, p. 766-81.

_____. *Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft*. Stuttgart: Reclam, 2001b.

HALDEMANN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on Nazi law. *Ratio Juris*, v. 18, n. 2, 2005, p. 162-178.

HERRERO, Francisco Javier. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de (org.). *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 163-192.

KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 2. Aufl. Riga: Johann Friedrich Hartknoch, 1786.

KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Traducción de Emilio Eiranova Encinas. Madrid: Marcial Pons, 2000.

KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: Mohr, 1920.

_____. Absolutism and relativism in philosophy and politics. *The American political science review*, v. 42, n. 5, 1948, p. 906-914.

_____. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

_____. *O que é justiça? A justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. *Lua nova*, v. 37, 1996, p. 93-106.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, Direito e democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In: MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 145-176.

OPPENHEIM, Felix. Relativism, absolutism, and democracy. *The American political science review*, v. 44, n. 4, 1950, p. 951-60.

RADBRUCH, Gustav. Fünf Minuten Rechtsphilosophie. In: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). *Radbruch Gustav: Gesamtausgabe*. Bd. 3, Rechtsphilosophie. 3. Bearb. von Winfried Hassemer. Heidelberg: Müller, 1990a, p. 78-79.

_____. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). *Radbruch Gustav: Gesamtausgabe*. Bd. 3, Rechtsphilosophie. 3. Bearb. von Winfried Hassemer. Heidelberg: Müller, 1990b, p. 83-93.