

Positivismo jurídico e democracia radical

Leandro Gornicki Nunes¹

Recebido em: 18/2/2011

Aprovado em: 3/10/2011

Resumo: O presente texto tem como objetivo geral investigar as origens e os fundamentos do positivismo jurídico, com base no pensamento de Hans Kelsen. Em relação aos objetivos específicos, o trabalho procura verificar os limites epistemológicos do positivismo jurídico e a sua aplicabilidade no Direito do século XXI, tudo sem a pretensão de esgotar o assunto, que exige um aporte teórico muito mais amplo.

Palavras-chave: Teoria geral do Direito; epistemologia; positivismo jurídico.

Abstract: The present text has for general objective to investigate the origins and the beddings of the legal positivism, from the thought of Hans Kelsen. In relation to the specific objectives, the work looks for to verify the epistemologists limits of the legal positivism and its applicability in the Law of century XXI, everything without the pretension to deplete the subject, that demands one arrives in port theoretical much more ample.

Keywords: General theory of the Law; epistemology; legal positivism.

INTRODUÇÃO

No corpo do conhecimento científico muito já se escreveu sobre *positivismo jurídico*. Porém, considerando a flagrante crise de paradigmas existente na práxis jurídica no século XXI e a necessidade de uma revolução (KUHN, 1991, p. 219-224), conhecer o tema é fundamental, mormente quando se vê ameaçado o Estado de Direito², essa conquista da humanidade que, embora prevista na Constituição da República, vem sendo alvo das mais variadas idiosincrasias “moralistas” e fascistas.

Com isso, não se pretende defender o formalismo e negar a realidade socioeconômica do Brasil neoliberal para privilegiar o

legalismo rasteiro de algumas decisões judiciais que, infelizmente, constituem uma herança do *positivismo jurídico*. A prevalência de leis formalmente válidas, mas construídas artificialmente pelo Poder Legislativo, sem representar os interesses das massas miserabilizadas, ou seja, despregadas de uma *estrutura radicalmente democrática*³, implicará a permanência dos inconstitucionais abismos sociais existentes no país, não podendo os juízes ficar na condição de “escravos da lei”, quando se sabe, de antemão, que as leis em geral não estão (materialmente) em consonância com a Constituição da República, principalmente no que toca ao objetivo de erradicação da pobreza (CR, art. 3.º, III). Em síntese, não se pretende

¹ Advogado criminalista. Professor de Direito Penal e Criminologia na Univille. Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (USAL) e mestrando em Direito de Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

² Segundo Canotilho (1999, p. 24-25), trata-se da exigência de origem norte-americana de o Estado estar sujeito a uma Constituição, em que o poder constituinte deriva do povo, ou seja, o povo tem o direito de fazer uma lei superior (Constituição) da qual constem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites.

³ Ver Kozicki (2000).

fazer do Direito uma simples forma que aceita qualquer conteúdo (DALLARI, 2002, p. 82-86).

Como objetivo geral, o texto investigará as origens e os fundamentos do *positivismo jurídico*, com base no pensamento de Hans Kelsen, um dos seus maiores expoentes, ao lado de Austin e Hart. Por outro lado, tocante aos objetivos específicos, o trabalho procurará verificar os limites epistemológicos dessa forma de compreensão do Direito⁴ e a sua (in)aplicabilidade nas sociedades contemporâneas, tudo sem a pretensão de esgotar o assunto, que exige um aporte teórico muito mais amplo.

Enfim, não obstante o reconhecimento de que não há (a) resposta certa para o problema da aplicação do Direito, em face da sua importância à realização da democracia, é necessário um aporte teórico para a sua efetivação no plano político.

LIMITES EPISTEMOLÓGICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Sabe-se, desde Marx, que a ética e o Direito são simples sublimados da realidade econômica (condições materiais do modo de produção capitalista), e as classes hegemônicas (bloco dominante) disfarçam as suas ideologias transformando o seu interesse particular em interesse geral de toda a sociedade, fazendo do sistema ético-jurídico uma justificativa de sua dominação social. Assim, não há como deixar de reconhecer que o *positivismo jurídico* opera nessa lógica, permitindo que o sistema normativo exista independentemente da moral, da realidade econômica ou das formas de organização política. Isso restringe a visão de mundo dos profissionais do Direito, que passam a entendê-lo como um sistema autorreferente (COMPARATO, 2006, p. 350).

Entretanto, sendo inegável a influência do *positivismo jurídico* no discurso tradicional, devem ser conhecidos os limites epistemológicos dessa concepção do Direito, para extrair dela os melhores fundamentos para a concretização da *democracia radical*.

DELIMITAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN

Hans Kelsen foi um dos principais juristas da modernidade, sendo o autor da *teoria pura do Direito*, uma teoria jurídica purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, consciente da sua especificidade: a legalidade do seu objeto (normativa) (KELSEN, 2006, p. X). Segundo Warat (2004, p. 226), Kelsen deve ser visto, atualmente, como manifestação do senso comum teórico dos juristas; a *teoria pura do Direito* foi um sistema conceitual, destinado a fornecer tanto as normas metodológicas para a adequada produção do saber dogmático do Direito (epistemologia) como as categorias gerais desse modelo de conhecimento (dogmática geral).

A referida obra jurídica deu a Kelsen o título de principal representante do *positivismo jurídico*, uma doutrina fundada na ideia de que somente deve ser considerado Direito o conjunto de normas emanadas do Estado, sendo exclusivamente essas normas o seu objeto de estudo, sem um juízo de valor. Para o *positivismo jurídico* o Direito constitui produto da ação e vontade humana, de modo que nega a existência de um Direito Natural (*jusnaturalismo*). Em outras palavras, o que constitui o Direito para Kelsen é a sua validade, e não cabe a discussão em torno da sua justiciabilidade, pois o problema da justiça está na seara da ética, não se confundindo com o problema jurídico da validade (BOBBIO, 2007, p. 38-39). Analisando a

⁴ O Direito pode ser compreendido, basicamente, de três formas: a) compreensão jusnaturalista (Tomás de Aquino); b) compreensão positivista (Kelsen e Hart); c) compreensão hermenêutica (Dworkin).

compreensão do Direito pelo *positivismo jurídico*, Katya Kozicki (2000, p. 157) afirma que

Kelsen acreditava na necessidade de se criar uma ordem social baseada na autoridade e que fosse, ao mesmo tempo, legítima. Porém, a ciência jurídica deveria manter distância do processo de obtenção de tal legitimidade, pois estas considerações não são pertinentes à análise do ordenamento jurídico em si.

Certamente, um dos objetivos de Hans Kelsen era elevar o Direito ao patamar de “uma genuína ciência”, ou seja, *objetiva* e *exata*, não se limitando a raciocínios de política jurídica. A *teoria pura do Direito* é, segundo Kelsen, teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais, embora forneça uma teoria da interpretação. Seu *princípio metodológico fundamental* é a libertação da ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos, ou seja, tudo que não pertence ao seu objeto: o Direito. O Direito é um sistema de normas que regulam o comportamento humano (KELSEN, 2006, p. 1-5).

Dessa forma, é possível afirmar que Kelsen adota uma *epistemologia prática*, ou seja, já que não é possível uma percepção verdadeira da realidade, deve-se adotar um esquema conceitual para a ciência jurídica, não cabendo a ela construir a justificação do mundo ou da realidade normativa de uma sociedade dada. Dessa forma, o Direito pode ser justificado ou necessitar de justificação, mas essa justificação não é o objetivo da ciência jurídica. Tal postura de Kelsen pode ser classificada como neokantiana (KOZICKI, 2000, p. 157-158).

Fábio Konder Comparato (2006, p. 353), embora crítico fervoroso do *positivismo jurídico*, sintetiza e expõe bem o fundamento da *teoria pura do Direito*:

Na época moderna não há direito fora do Estado, e a legitimidade das normas jurídicas deve ser apreciada, exclusivamente, à luz da regularidade procedimental de sua gênese: dès que a norma foi editada pela autoridade competente e de acordo com as regras de procedimento prescritas, ele é legítima.

A doutrina kelsiana acabou sendo alvo de perseguições que, segundo seu autor, não atuavam apenas por motivos científicos, mas sobretudo em face de motivos políticos e, portanto, providos de elevada carga afetiva (KELSEN, 2006, p. XII). Nesse particular, é possível citar as discussões teóricas travadas com Santi Romano (2008), que afirmava ser insuficiente a concepção objetiva de Direito enquanto norma, e Carl Schmitt (2007), que afirmava ser do Presidente do Reich (*Reichspräsident*) a função de guardar a Constituição.

Independentemente da controvérsia que se instalou em torno da *teoria pura do Direito*, é possível dizer que uma das maiores contribuições de Kelsen para o mundo jurídico está no fato de ter construído uma teoria que dá à Constituição a mesma força que ela possui no mundo político, tratando-se da lei fundamental e suprema do Estado. Com a *teoria pura do Direito* o sistema jurídico passa a ser uma ordem fundada na hierarquia das normas. As normas jurídicas recebem sua validade de normas jurídicas superiores, sendo as últimas de natureza mais geral, até chegar ao ponto culminante da metáfora piramidal, ou seja, à *Grundnorm* (norma hipotética fundamental). Trata-se de uma norma que constitui o *fundamento de validade* de todas as demais normas do sistema. É um pressuposto e não pode ser posta em discussão, pois, embora seja o fundamento de validade das demais normas, não fornece o conteúdo destas (KOZICKI, 2000, p. 160-161).

Assim, diante da importância que o texto constitucional passa a ter para o mundo jurídico e para a política, saber se ela necessita e quem deve ser o *guardião da Constituição* é questão fundamental na construção de uma *democracia radical*, devendo-se retomar o debate entre Kelsen e Schmitt para o esclarecimento da questão.

O DEBATE DE KELSEN E SCHMITT: LIÇÕES CONSTITUCIONAIS ÀS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS

Inicialmente cumpre esclarecer que a retomada do debate travado por Kelsen (1881-1973) e Schmitt (1888-1985), no início da década de 1930, em torno da figura do *guardião da Constituição* não pode ser transposta direta ou apressadamente para os tempos atuais, pois tal debate foi constituído em um momento histórico de instabilidade econômica e política e, conseqüentemente, em uma conjuntura diversa (LORENZETTO, 2009, p. 1.925). Certamente tal debate, além de uma belíssima demonstração de técnica e retórica, é fonte valiosa de proposições de modelos políticos e jurídicos para as sociedades contemporâneas, de modo que suas lições devem ser aproveitadas, apesar das críticas geralmente feitas aos referidos juristas, vinculando-os ao nazismo⁵.

O livro *O guardião da Constituição (Der Hüter der Verfassung)*⁶, publicado em 1931, é

uma das principais obras de Carl Schmitt e, indubitavelmente, causou grande polêmica jurídica na época. Nesse trabalho, Schmitt questiona a função do Judiciário como guardião da Constituição. Segundo ele, é o Presidente do *Reich*, com fundamento no artigo 48 da Constituição de Weimar⁷, quem desempenha essa função, uma vez que o povo o escolheu, sendo assim a autoridade política capaz de defender os interesses deste. Schmitt entendia que a revisão das leis por um tribunal independente afrontava a soberania estatal, não sendo possível equiparar a Constituição a um simples conjunto de leis. Afirmava, portanto, que a Constituição é a decisão consciente de uma unidade política concreta, definidora da forma e do modo de sua existência.

Schmitt era defensor do *decisionismo político* e criticava o positivismo alemão tradicional ao enxergar uma ordem burguesa na estrutura estatal liberal; tinha a convicção de que todo o conceito de Direito é fundamentalmente político⁸. Para ele, a neutralidade do positivismo era um disfarce para os ideais liberais na filosofia política e jurídica, cujo objetivo era garantir a segurança e liberdade para a burguesia perante o Estado⁹. Na ótica schmittiana, um Tribunal Constitucional transfere poderes do Legislativo ao Judiciário, politizando este e prejudicando o equilíbrio constitucional do Estado de Direito. Há, desse modo, uma clara recusa ao controle concentrado de constitucionalidade, e

⁵ Schmitt explicitamente era um defensor da ideologia nazista, tendo até mesmo se filiado ao Partido Nacional-Socialista Alemão (NSDAP) em 1933. Para conhecer a visão política de Schmitt, ver: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992; _____. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁶ O referido trabalho foi publicado inicialmente em 1929, sob o título "Das Reichsgerichts als Hüter de Verfassung", no periódico *Archiv des öffentlichen Rechts*, XVI, p. 161-237.

⁷ "Artikel 48. [...] Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten". Tradução livre: "Artigo 48 [...] No caso de a ordem e a segurança pública do Reich serem perturbadas ou ameaçadas, o Presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para seu restabelecimento, se for necessário com auxílio das forças armadas" (DEUTSCHES REICH, 1919).

⁸ Cabe frisar que não se trata do político advindo da tensão traduzida por meio da heterogeneidade das forças sociais presentes em qualquer comunidade pluralista, e sim uma noção que se aproxima do *Freund* (amigo) e *Feind* (inimigo). Ver Schmitt (2007).

⁹ Ver Alves e Oliveira (2009, p. 5.632-5.647).

isso se deve à sua concepção de Constituição. Conforme Schmitt, a Constituição de Weimar era democrática, mas a democracia na sua visão não guarda nenhuma relação com a democracia de Kelsen. Para Kelsen, a maioria do povo é um instrumento útil para a realização da ideia básica da democracia: a *liberdade*. Para Schmitt, democracia é *igualdade*, que assim passa a ser o fundamento de todas as outras igualdades¹⁰.

Naquele ano, após ter contribuído para a inserção do controle concentrado de constitucionalidade das leis e dos atos normativos no Direito Positivo¹¹, Kelsen publicou uma resposta ao texto de Schmitt, que recebeu o seguinte título: *Quem deve ser o guardião da Constituição? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?)* (KELSEN, 2003). Nesse texto, Kelsen ressalta a importância de um Tribunal Constitucional para a democracia e assim se manifestou quanto à proposta de Schmitt de dar ao Presidente do *Reich* a legitimidade para “guardar” a Constituição, em prejuízo do Tribunal Constitucional:

[...] para tornar possível a noção de que justamente o governo – e apenas ele – seria o natural guardião da Constituição, é preciso encobrir o caráter de sua função. Para tanto serve a conhecida doutrina: o monarca é – exclusivamente ou não – uma terceira instância, objetiva, situada acima do antagonismo (instaurado conscientemente pela Constituição) dos dois pólos de poder, e detentor de um poder neutro. Apenas sob esse pressuposto parece justificar-se a tese de que caberia a ele, e apenas a ele, cuidar que o exercício do poder não ultrapasse os limites estabelecidos na Constituição. Trata-se de uma ficção de notável audácia, se pensarmos que no arsenal do constitucionalismo desfila também outra doutrina segundo a qual

o monarca seria de fato o único, porque supremo, órgão do exercício do poder estatal, sendo também, particularmente, detentor do poder legislativo: do monarca, não do parlamento, proviria a ordem para a lei, a representação popular apenas participaria da definição do conteúdo da lei. Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?” (KELSEN, 2003, p. 241-242).

Kelsen (2003, p. 287-288) complementou a sua crítica da seguinte forma:

[...] quando na Constituição de Weimar se prevê, ao lado de outras garantias, o presidente do Reich como garante da Constituição, manifesta-se a verdade elementar de que essa garantia só pode representar uma parte das instituições de proteção da Constituição e que seria uma sumária superficialidade esquecer, em função do presidente do Reich atuando como garante da Constituição, os estreitíssimos limites desse tipo de garantia e as muitas outras espécies e métodos de garantia constitucional!

Esse embate jurídico-político dos dois juristas aportou no Tribunal do Estado no caso *Prússia contra Reich*. E no dia 25 de outubro de 1932 o pensamento de Schmitt venceu, tendo o referido tribunal negado poderes para delimitar a atuação do presidente e do chanceler, que ficaram livres para agir contra qualquer instituição da República de Weimar. Assim, em 31 de janeiro de 1933, Hitler tornou-se chanceler sem cometer nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade. Entrementes, a

¹⁰ Ver Bahia (2004).

¹¹ Vale destacar que, sob a influência do positivismo de Kelsen, a *Oktoberverfassung* (apelido da Constituição austríaca de 1920) inovou o cenário jurídico ao inserir o controle concentrado de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, cuja função passou a ser de competência de um Tribunal Constitucional.

história demonstrou que a vitória de Schmitt foi efêmera e o sistema político de Weimar acabou permitindo que seu maior inimigo assumisse o poder e destruísse internamente o regime constitucional de 1919. Ainda, reconhecendo-se que ao longo da segunda metade do século XX os Estados democráticos adotaram o sistema constitucional de Kelsen, é possível afirmar que a grande vitória nesse debate teórico não foi de Schmitt (LORENZETTO, 2009, p. 1.925).

Além disso, interessante destacar que, no tocante

à jurisdição constitucional, tanto Schmitt como Kelsen atingiram conclusões bem distantes de seus pontos de partida: Kelsen, que se reconhecia como herdeiro da tradição labandiana, projetara e desenvolvera um sistema concentrado de controle de constitucionalidade que contrariava frontalmente os princípios do positivismo legal do século XIX; Schmitt, que sempre construía suas obras em contraposição a uma imagem da teoria positivista liberal, acabara por chegar justamente ao posicionamento defendido por Laband cinquenta anos antes: a revisão dos atos legislativos por um tribunal independente é uma afronta clara à soberania estatal¹².

Em síntese, como asseverado por Lorenzetto (2009, p. 1.938), a retomada desse debate cumpre a função de expor, ainda que sumariamente, como o liberalismo e seus valores não podem ser absolutizados, bem como a importância de uma reflexão pautada pela imanência para a crítica dos poderes, ainda que o projeto de Schmitt (antimoderno) pareça não ter mais espaço em nossos tempos. De qualquer modo, na busca por uma *democracia radical* as atuais compreensões jurídicas não permitem que o guardião da Constituição seja o *Reichspräsident* ou o *Bundesverfassungsgericht*, pois “a cidadania

não precisa de tutores” (OLIVEIRA, 2000, p. 213 e 263), e os cidadãos, legítimos intérpretes dela, podem, além de guardá-la, desenvolvê-la proceduralmente em suas relações diárias (BAHIA, 2004, p. 102).

A APLICABILIDADE DO POSITIVISMO JURÍDICO NO SÉCULO XXI E A DEMOCRACIA RADICAL

O discurso jurídico e as leis em geral podem ser um instrumento de intervenção e transformação para melhoria das sociedades contemporâneas em termos de uma *estrutura radicalmente democrática*, com o reconhecimento da igualdade e da liberdade como princípios jurídicos e políticos fundantes dessas sociedades. Ocorre que, em face da diversidade e multipolaridade das sociedades contemporâneas, as leis perdem seu *sentido aparente*, e dessa forma se instala uma *crise hermenêutica* jurídica. A dimensão plural das sociedades contemporâneas acaba tornando-as altamente complexas e, assim, proliferam-se os conflitos e instala-se uma *crise de sentido do Direito e da interpretação* que lhe é dada. Para a efetivação de liberdades e a construção da igualdade social é necessária uma nova visão do discurso jurídico, uma visão que extrapole o limite dos paradigmas jusnaturalista e positivista. Afinal, tais paradigmas são incapazes de diminuir a tensão estabelecida pela complexidade das sociedades contemporâneas (KOZICKI, 2000, p. 150).

Katya Kozicki aponta como um avanço à *perspectiva conservadora* a *perspectiva hermenêutico-crítica do Direito*, que pode ser definida como aquela que “procura equacionar, a partir de uma visão mais ‘aberta’ do universo jurídico, as questões que vêm sendo levantadas nas modernas sociedades complexas, no que se refere ao Direito, à política, à moral e à ética”. Uma hermenêutica e crítica do Direito

¹² Essas palavras são de Gilmar Ferreira Mendes na apresentação da edição brasileira do livro de Schmitt. Ver SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

possibilitariam a articulação entre o *discurso jurídico* e o *discurso político*, embora ainda não haja possibilidade de compreensão ampla do pluralismo, da contingência e da diversidade existentes nas complexas sociedades contemporâneas (KOZICKI, 2000, p. 151).

As contribuições de Kelsen ainda são valiosas para as ciências jurídicas. Entretanto mais importante do que o padrão metodológico deve ser o projeto político de qualquer teoria do Direito. E mais importante do que a descrição do projeto político é a sua realização. Afinal, segundo Popper, uma teoria científica é verdadeira apenas provisoriamente, enquanto aceita como tal (*critério da aceitação*). Segundo Bachelard, o cientista constrói seu objeto, e a ciência evolui quando ele não se deixa seduzir pelo saber já estratificado, mas o questiona e rompe com ele, partindo sempre de novas hipóteses, desmistificando-se a pretensão de verdade absoluta das ciências naturais e ideais. Com isso é possível afirmar que a neutralidade da ciência é uma ilusão, porque o objeto teórico é sempre ideológico (COELHO, 1991, p. 68 e 71).

Conforme lição de Luiz Fernando Coelho (1991, p. 71-72),

nas ciências sociais, a falsidade da idéia positivista de neutralidade é muito mais evidente, porque a construção do objeto teórico não se dá a partir de uma ótica externa, mas representa o ponto de vista interno de quem participa do objeto e, participando, o constrói não somente como objeto teórico, mas também como objeto real. Em outras palavras, a partir da epistemologia crítica verificou-se que a ideologia é inafastável do social, mais ainda, que o social se confunde com o ideológico, e o conhecimento que dele se tem passa a ser uma participação e também uma reconstrução; e destarte, do ponto de vista epistemológico, as ciências sociais, enquanto saber que aspira à hierarquia científica, não pode renunciar nem às exigências da cientificidade e nem à objetividade, a qual é todavia uma

objetividade valorativa, eis que o cientista social deve reconhecer e assumir seu ponto de vista de classe, voltado para a transformação da sociedade.

Pela consciência das limitações epistemológicas de qualquer ciência, mormente as sociais, fica evidente a impossibilidade de alcançar os objetivos de Kelsen, entre eles o de estabelecer uma unicidade de propósitos e sentidos, capaz de estabilizar as relações numa sociedade fragmentada em múltiplas possibilidades.

Essa fragmentação do social e o consequente esvaziamento de uma concepção abrangente de bem, característicos da modernidade, levam à necessidade de estabilização de algumas expectativas, função que deve ser desempenhada pelo ordenamento jurídico, segundo o positivismo kelsiano. Porém

a tentativa kelsiana de fechar as possibilidades de sentido, e compreender o direito numa perspectiva formal, não permite compreender a multiplicidade de facetas inerentes ao fenômeno jurídico. Ao igualar o Direito ao Estado, e ao reduzir a sua maior importância à noção de sanção, a análise deste autor deixa de levar em consideração que o ordenamento jurídico, para além de ser um instrumento de ordenação social, pode ser também um instrumento de emancipação (KOZICKI, 2000, p. 164).

Não se deve omitir que Kelsen foi um dos principais defensores da democracia. Mas a sua compreensão do Direito (positivista) não responde às questões vinculadas ao uso do Direito como instrumento efetivo da concretização de uma sociedade democrática, representando a *teoria pura do Direito* um efeito colateral negativo, pois “purifica” o sistema jurídico de princípios éticos e políticos na produção de decisões jurídicas de qualquer natureza. Como bem analisa Kozicki (2000, p. 165),

ao reduzir o problema da interpretação à adequação de sentidos possíveis dentro de uma moldura, significada pelo direito positivo, objetiva-se a desvinculação da decisão de qualquer fundamento supra-positivo de justificação. Nesta ótica, isola-se o direito positivo e seu aplicador em um casulo, instrumentos mecânicos de uma estabilização não valorativa do social.

Destarte, é possível afirmar que a *teoria pura do Direito*, malgrado o avanço que representou no século XX para as ciências jurídicas, é instrumento incapaz de emancipar os povos e concretizar a *democracia radical*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o nazismo e a devastação promovida no holocausto possuam como um de seus fundamentos a epistemologia tecnicista¹³, é importante ressaltar que Kelsen buscava uma epistemologia desprovida de valores para distinguir o Direito da ética e da política. Porém ele nunca planejou separar tais valores sociais no momento da sua construção pelo Poder Legislativo (LORENZETTO, 2009, p. 1926). E esse aspecto da obra de Kelsen não é bem avaliado por muitos críticos. Com efeito, Lima (2003) afirma que

o positivismo brasileiro reinante na grande parte das academias de direito do Brasil ignora o conjunto da obra de Kelsen, apenas reproduzindo passivamente parte de suas reflexões; reflexões estas que, empobrecidamente, não vão além de uma leitura desatenta da “Teoria Pura do Direito”.

Warat (2004, p. 233) destaca que a proposta purificadora de Kelsen não purificou o saber jurídico das significações ideológicas culturais,

mas mostra-o sem pudor e sem piedade. Há críticos que veem na simples legalidade positivista (formal) um fator de legitimidade política da norma jurídica que contribuiu decisivamente para o surgimento, no século XX, de um dos piores monstros que a humanidade conheceu: o Estado totalitário (COMPARATO, 2006, p. 363).

Sem embargo das possíveis críticas que são feitas ao *positivismo kelsiano*, o constitucionalismo necessita da teoria política democrática para garantir empiricamente a consistência dos textos que produz e que significam a sua razão de ser, mormente em sociedades oriundas da redemocratização dos anos 1980 na América Latina. Sem o componente da análise política, a aplicação das constituições e a visão possível de seus direitos, garantias e instituições pouco contribuirão para sua própria existência, enquanto referência democrática a ser efetivada (LIMA, 2003, p. 207).

É possível concluir, portanto, que não há como deixar de ver maior proximidade com a democracia em Kelsen do que em Schmitt. Mas não se pode olvidar que ambos não analisaram o papel preponderantemente político dos tribunais constitucionais no arco do poder do Estado, devendo-se perguntar: quem controla o controlador? O debate entre os juristas revela que a tensão política não se efetiva somente entre o governo e o parlamento, mas se dá, igualmente, entre governo, parlamento, Judiciário, administração pública e cidadãos. Tal debate demarca um importante fato na teoria do Direito político, mas não esgota o tema (LIMA, 2003, p. 209).

Dessa forma, é elementar concluir que, numa sociedade multipolar e altamente complexa como a que vivemos no século XXI, a construção da *democracia radical* e a diminuição das tensões existentes demandam uma nova compreensão do Direito. Tal compreensão não

¹³ Ver Bauman (1999).

pode desprezar as conquistas advindas do *positivismo jurídico*, mas deve ter a noção de que os limites epistemológicos dele são barreiras para a construção da *democracia radical*; assim, é preciso ter uma compreensão crítica das premissas do Direito, construindo o processo hermenêutico a partir do mundo da vida, sem cair nos vícios da compreensão do Direito *jusnaturalista*. Ou seja, deve-se buscar uma compreensão *hermenêutico-crítica* do Direito, consciente de que a *democracia* é uma realidade imperfeita que ideologicamente sempre exige avanços. E esses avanços devem ser a meta de todos os atores jurídicos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl Schmitt *versus* Weimar. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. **Anais...** p. 5.632-5.647.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de Sérgio Bath. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.
- _____. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: RT, 1999.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o “Guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 164, p. 87-104, out./dez. 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.
- _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DEUTSCHES REICH. **Verfassung. Die Verfassung des Deutschen Reichs, vom 11. August 1919**. Bonn: 1919.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro; KOZICKI, Katya. A exceção na teoria geral do Direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 8, n. 1, p. 35-48, jan./jun. 2008.

- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Teoria pura do Direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 266 p. Tese (Doutorado em Direito)–Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1991.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 203-209, jan./jun. 2003.
- LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardião da Constituição. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. **Anais...** p. 1.924-1.944.
- MAUS, Ingeborg. Gesetzbindung der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen. *In*: DREIER, R.; SELLER, W. (Orgs.). **Recht und Justiz im Dritten Reich**. Frankfurt: Suhrkamp, 1989.
- OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Tradução de Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006.
- _____. **La defensa de la Constitución**. 2. ed. Madri: Tecnos, 1998.
- _____. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- _____. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- _____. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.