

“UM GOVERNO REVOLUCIONÁRIO POSSUI OS PODERES QUE QUER POSSUIR”: A TEORIA PURA DO DIREITO ENQUANTO TEORIA DA VIOLÊNCIA DIANTE DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE BRASILEIRA DE 1933/34*

“A REVOLUTIONARY GOVERNMENT POSSESSES THE POWERS WHICH IT WANTS TO POSSESS”: THE PURE THEORY OF LAW AS A THEORY OF VIOLENCE BEFORE THE BRAZILIAN NATIONAL CONSTITUENT ASSEMBLY OF 1933/34

ANDITYAS SOARES DE MOURA COSTA MATOS**

RESUMO

Este artigo pretende discutir as relações entre direito, violência e revolução a partir da premissa de que o dado característico da experiência jurídica é a sua efetividade, ou seja, o fato de se impor ou não, com o que o direito passa a ser entendido como estrutura monopolizadora da violência. Para tanto, é

ABSTRACT

This article intends to discuss the relations between law, violence and revolution from the premise that the characteristic datum of juridical experience is its effectiveness, namely, the fact of imposing itself or not, wherewith the law happens to be understood as a monopolistic structure of violence. Therefore,

* Este trabalho integra as investigações do Projeto de Pesquisa por mim coordenado e intitulado: “O estado de exceção no Brasil contemporâneo: para uma leitura crítica do argumento de emergência no cenário político-jurídico nacional”. Tal projeto contou com auxílio financeiro da Pró-Reitoria de Pesquisa da Universidade Federal de Minas Gerais por meio de seu Edital n° 02/2011, destinado aos Doutores recém-contratados da UFMG, razão pela qual agradeço o apoio recebido.

** Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito e Justiça pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Filosofia do Direito e disciplinas afins na Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Professor Titular de Filosofia do Direito no curso de Graduação em Direito da FEAD (Belo Horizonte/MG). Diretor da *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. E-mail: andityas@ufmg.br.

feita uma leitura da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen sob a chave interpretativa das teorias da violência. De maneira a confirmar tal entendimento, francamente minoritário nos estudos kelsenianos, é analisado o parecer que Kelsen ofereceu à Assembleia Nacional Constituinte Brasileira em 1933, no contexto da revolução de 1930 que levou Getúlio Vargas ao poder. Além de apresentar na íntegra esse raro documento, o presente trabalho o analisa pormenorizadamente com o objetivo de demonstrar a tese central que, ao que me parece, caracteriza a teoria jurídica kelseniana, segundo a qual é impossível dissociar direito e violência, o que se torna especialmente claro em momentos revolucionários.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil. Revolução de 1930. Assembleia Nacional Constituinte. Constituição de 1934. Parecer de Kelsen. Direito e violência.

a reading of Hans Kelsen's Pure Theory of Law is made under the interpretative key of the theories of violence. So that to confirm such understanding, frankly in the minority of kelsenians studies, the Legal Opinion which Kelsen offered to the Brazilian National Constituent Assembly in 1933, in the revolution of 1930's context that brought Getúlio Vargas to power, is analyzed. Besides presenting that rare document in its entirety, the present work analyzes it in detail, with the purpose to demonstrate the central thesis which, it seems to me, characterizes the kelsenian juridical theory, whereby it is impossible to dissociate law and violence, what becomes especially clear in revolutionary moments.

KEYWORDS: Brazil. Revolution of 1930. National Constituent Assembly of 1934. Kelsen's Legal Opinion. Law and violence.

1 INTRODUÇÃO

Se uma teoria científico-social tem a função de oferecer instrumentos para interpretarmos o mundo, podemos afirmar de modo simétrico que uma teoria se esclarece, talvez até mesmo para além das previsões de seu autor, quando confrontada com a realidade que pretende descrever. Nesse sentido, é preciosa a intervenção de Hans Kelsen em um momento particularmente conturbado da história constitucional brasileira, quando se discutia a juridicidade dos procedimentos que tornaram possível a promulgação da Constituição de 1934, tida como um dos documentos constitucionais mais avançados da época em termos de proteção dos direitos sociais, ainda que tenha se caracterizado por fortalecer e centralizar o Poder Executivo no Brasil.

Neste artigo pretendo refletir sobre alguns pontos do Parecer emitido por Kelsen quando foi chamado a se pronunciar sobre a regularidade jurídica do processo de feitura dessa Constituição. Minha tese é que, ao analisar a situação jurídico-constitucional brasileira de 1933, Kelsen aplica sua Teoria Pura do Direito de modo a revelar que ela se identifica, no fundo, com uma teoria da violência. Isso porque Kelsen parte do pressuposto de que o poder jurídico é aquele capaz de se impor por meio de atos empíricos

de monopolização da força, tal como ocorreu no Brasil graças à Revolução de 1930, comandada por Getúlio Vargas.

Assim, o presente artigo se organiza em três momentos. No primeiro, apresento rapidamente a história constitucional brasileira do início dos anos 30, de maneira a oferecer ao leitor os elementos mínimos para a compreensão do cenário político-social no qual Kelsen escreveu seu Parecer, reproduzido integralmente na sequência. Justifico minha escolha, já que tal Parecer é dificilmente acessível e desconhecido em quase todo o mundo. Ademais, seria inadequado selecionar apenas algumas partes do Parecer e comentá-las, visto que o texto é conciso e extremamente bem articulado, de maneira que qualquer recorte correria o risco de desestruturar seus argumentos. Em um terceiro momento, bem mais extenso do que os outros dois, tento ler o Parecer de Kelsen com base na ideia de que a Teoria Pura do Direito corresponde a uma teoria da violência, postura que defendi pormenorizadamente em outro escrito,¹ mas que, admito, é muito particular e mesmo minoritária. Todavia, parece-me uma interpretação legítima da doutrina kelseniana, e a maneira como Kelsen analisa a situação jurídico-constitucional brasileira de 1933 prova que minha exegese está, em linhas gerais, correta. Dessa maneira, o comentário do Parecer de Kelsen vale como um estudo de caso para se verificar a coerência da minha leitura da Teoria Pura do Direito enquanto teoria da violência.

2 A SITUAÇÃO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO BRASIL EM 1930/1934

Em 1930, o então Presidente da República Brasileira, o paulista Washington Luís, indicou outro político do Estado de São Paulo, Júlio Prestes, para sua sucessão, quebrando assim o pacto governativo mantido entre as oligarquias de São Paulo e de Minas Gerais, a qual ficou conhecida na história brasileira como a “política do café com leite”, em razão da alternância no poder de Presidentes de São Paulo, Estado Federado cuja economia se baseava no café, e de Minas Gerais, Estado majoritariamente agrícola em que a

1 MATOS, *Kelsen e a violência*.

economia estava fundava na criação de gado. O resultado dessa quebra de acordo foi a revolta dos Estados Federados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba, que lançaram, sob a chancela da Aliança Liberal, a candidatura de Getúlio Vargas à presidência da República. Getúlio Vargas (1882-1954), natural de São Borja, cidade do Estado do Rio Grande do Sul, era o ex-Ministro da Fazenda do governo Washington Luís. Logo ele ocuparia o lugar de “Presidente-ditador”, representando por anos o papel mítico de caudilho populista e “iluminado” capaz de mudar os rumos da política brasileira.

Ocorre que a Aliança Liberal de Getúlio Vargas foi vencida nas urnas. Nada obstante, o país estava mergulhado em grave caos e desordem econômica, com o que Vargas, apoiado por jovens tenentes das Forças Armadas, iniciaram a chamada Revolução de 1930, derrubando o governo constitucional. A partir de então, Vargas governou o país com base em seus próprios Decretos e de maneira autocrática. Auxiliado por seus tenentes, que tomaram os postos dos Governadores dos Estados Federados ao agirem enquanto interventores federais, Vargas dissolveu o Parlamento em todos os seus níveis (federal, estadual e municipal).

O autodenominado Governo Provisório de Getúlio Vargas já durava mais de um ano quando foi questionado pela Revolução Constitucionalista nascida em São Paulo, mas rapidamente esmagada pela superioridade militar de Vargas e seus apoiadores. Nada obstante, Getúlio Vargas percebeu a necessidade de legitimar seu poder mediante uma nova Constituição, até mesmo porque existiam questionamentos anteriores ao movimento paulista. Nesse sentido, por meio do Decreto Federal nº 22.621/1933, Vargas preparou os trâmites para a composição de uma nova Assembleia Nacional Constituinte,² responsável por promulgar a segunda Constituição republicana do país, datando a primeira de 1891.

2 Os constituintes não foram nomeados por Vargas, tendo sido eleitos por um processo complexo e plural que incluía até mesmo constituintes classistas. Todavia, a análise de tal processo foge ao escopo do presente trabalho, que não se pretende histórico, objetivando apenas analisar a ideia de violência no pensamento de Kelsen tendo por pano de fundo seu Parecer sobre a Constituição de 1934.

A Constituição de 1934 nasceu recheada de paradoxos. Ao mesmo tempo em que indicava, ao menos simbolicamente, a retomada da democracia representativa no Brasil, centralizou e fortaleceu a União Federal em detrimento dos Estados, muito embora os Municípios tenham ganhado a autonomia político-jurídica que até hoje os caracteriza. Por outro lado, ainda que tenha avançado muito no que diz respeito aos direitos sociais, com a criação do salário mínimo e das férias anuais remuneradas, a extensão do direito de voto às mulheres e a instituição da Justiça do Trabalho, aproximando-se assim da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, a Constituição brasileira de 1934 flertou abertamente com o fascismo italiano e o modelo corporativo de Estado.

É nesse contexto que Hans Kelsen, tido como um respeitável professor vienense de Direito das Gentes exilado em Genebra,³ é consultado em 1933 sobre a regularidade jurídica do estranho procedimento ideado por Vargas, consistente na convocação por Decreto de uma Assembleia Nacional Constituinte, a qual estaria por este mesmo instrumento limitada, com o que surgiram dúvidas e críticas sobre a óbvia intromissão do Poder Executivo na esfera “soberana” do Poder Legislativo. Kelsen elabora então o Parecer intitulado *A Competência da Assembleia Nacional Constituinte de 1933/34*, primeiramente publicado no Brasil na revista *Política*, em janeiro de 1934. Uma cópia dessa publicação original foi remetida pelo *Hans Kelsen-Institut* de Viena ao Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Jr., da Universidade de São Paulo, com o que esse raríssimo documento da história constitucional brasileira pôde ser reeditado

3 A titulação de Kelsen contida no Parecer não deixa de ser reveladora do difícil momento pelo qual ele passava: “Hans Kelsen, antigo Professor da Universidade de Viena, era Catedrático da de Colônia, quando se viu obrigado a deixar a Alemanha em virtude dos últimos acontecimentos políticos desenrolados nesse país. Ocupa, atualmente, a Cátedra de Direito das Gentes no Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais de Genebra”. Em uma decisão do Ministério da Fazenda do Governo Vargas relativa à emissão de apólices da dívida pública federal ocorrida antes da promulgação da Constituição de 1934, tal ato é justificado mediante longo voto do então Ministro da Fazenda, texto em que Kelsen é apresentado como “antigo professor da Universidade de Viena, actualmente leccionando em Genebra e autoridade de fama universal” (DOU, 02 mai. 1935, n. 22, p. 8.073).

na *Revista Trimestral de Direito Público* em 1995, acompanhado de um comentário do Prof. Dr. Ari Marcelo Solon, no qual ele se detém sobre os aspectos de Direito Internacional discutidos no Parecer, apresentado a seguir na íntegra, com a ortografia atualizada segundo a atual norma aplicável.

3 O PARECER DE KELSEN

Respondo aos quesitos, não do ponto de vista político ou de direito natural, mas exclusiva e unicamente do ponto de vista do *direito positivo*. Deduzo as minhas conclusões admitindo que para a situação e competência da Assembleia Nacional Constituinte não pode ser considerada outra norma de direito que o Regimento 22.621, de 7 de abril de 1933.

Quesito I

O Governo Provisório, por Decreto 22.621 de 7 de abril de 1933, baixou o Regimento da Assembleia Nacional Constituinte.

1. O Governo Provisório, que é governo de fato, originado de uma revolução, tem o direito de impor um regimento à Assembleia Nacional Constituinte?

2. O fato de ter o Governo Provisório imposto um regimento à Assembleia Nacional Constituinte não representa uma ofensa à soberania da dita Assembleia, que por definição, por ser constituinte, é soberana?

3. Obrigará juridicamente este regimento a Assembleia Nacional Constituinte e não poderá a dita Assembleia rejeitar o regimento, adotando um que for por ela elaborado?

Resposta

1. 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. Admitindo que o Governo Provisório é a *mais alta autoridade legislativa* que saiu diretamente da revolução, sem dúvida daquele

governo depende determinar a *convocação e a competência da Assembleia Nacional Constituinte*.

2. A promulgação do citado regimento não significa a incursão na “soberania” da Assembleia Nacional Constituinte. A concepção da soberania, no verdadeiro sentido da palavra, de nenhum modo pode ser enquadrada no domínio do direito positivo. Nem mesmo o Estado como tal é soberano, pois acima dele se encontra o direito das gentes, que lhe confere direitos e obrigações. Ainda menos se pode dizer de qualquer órgão do Estado que seja soberano. Quanto à Assembleia Nacional Constituinte, seria questão de saber se ela possui as qualidades de um órgão originário e supremo, a quem cabe fazer as leis e cuja competência é ilimitada. Seria, então, só o caso de uma Assembleia Nacional Constituinte que tivesse sido originada diretamente da *revolução*. Mas isso não dá. 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 e *formou-se pelo caminho legal*. Não pode modificar isso a circunstância de a Assembleia ter o nome de “Assembleia Nacional Constituinte”. Deste nome não podem ser deduzidas quaisquer qualidades de direito.

3. A Assembleia Nacional Constituinte não possui outros direitos além dos que lhe foram dados pelo Regimento de 7 de abril de 1933. Por isso ela não tem o direito de revogar o regimento e substituí-lo por outro. O regimento obriga a Assembleia Nacional Constituinte no sentido em que lhe regula a função e especialmente lhe determina a competência. O regimento é um elemento essencial da organização naquele tempo vigente. Em relação àquela organização, a chamada Assembleia Nacional Constituinte não tem o caráter de criadora da Constituição, mas de executora da elaboração da Constituição. Ofendendo as disposições do regimento, ofenderá assim a organização em vigor. Em dependência das circunstâncias poderá valer isso como uma tentativa para, *por meio da revolução*, tornar-se um órgão sob todos os pontos de vista constituinte, isso é originário e supremo criador da Constituição.

Quesito II

O regimento baixado pelo Governo Provisório em seus arts. 101 e 102 (Disposições gerais) limitam a competência da Assembleia Nacional Constituinte, vedando-lhe discutir e votar qualquer “projeto de lei”. A Assembleia Nacional Constituinte deverá tratar unicamente das questões referentes à elaboração da Constituição, eleição do Presidente da República e aprovação dos atos do Governo Provisório.

1. A limitação da competência da Assembleia Nacional Constituinte não representa nova ofensa à soberania da dita Assembleia?

2. A eleição do Presidente da República, prevista pelo regimento, não faz prejudicar a adoção obrigatória, pela Assembleia Nacional Constituinte, do regime “republicano”, regime de novo imposto pelo Governo Provisório? Essa imposição não representa nova ofensa à soberania da Assembleia Nacional Constituinte?

Resposta

1. Os arts. 101 e 102 do Regimento de 7 de abril de 1933 significam a limitação da competência da Assembleia Nacional Constituinte. Não existe, porém, a incursão na soberania, pois, de acordo com os motivos acima salientados, a Assembleia Nacional Constituinte nem é soberana, no verdadeiro sentido da palavra, nem é órgão originário e supremo criador da Constituição.

2. A disposição do Regimento de 7 de abril de 1933 que se refere à eleição do Presidente da República significa igualmente a limitação da competência da Assembleia Nacional Constituinte em vista de que esta tem os poderes para adotar só uma Constituição que for republicana. Quanto à forma de Estado, o teor da futura Constituição está já prejudicado pelo Regimento de 7 de abril de 1933.

Quesito III

O art. 14 do mesmo decreto, dispondo sobre a forma

do compromisso a ser prestado pelos deputados à Assembleia Nacional Constituinte, contém o compromisso de observar a Constituição “Federal” que for adotada.

1. A expressão Constituição “Federal” não faz prejudicar a adoção obrigatória pela Assembleia do regime “federativo”?

2. A imposição do regime federativo não representa nova ofensa à soberania da Assembleia?

Resposta

1. e 2. O que foi dito a respeito do quesito, II, 2º, refere-se igualmente ao caráter federativo da futura Constituição. Aquele caráter representa, do mesmo modo que a forma republicana do Estado, uma limitação à atividade legislativa da Assembleia Nacional Constituinte. Ultrapassar o limite significaria a quebra da organização em vigor. 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*.

Quesito IV

Um Governo Provisório, originado de uma revolução, que não tinha por objetivo a instituição de um regime ditatorial “permanente”, tendo convocado a Assembleia Nacional Constituinte, não tem por essa circunstância transmitido a plenitude de seus poderes à dita Assembleia, que se tornará assim soberana?

Resposta

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. *Um governo formado por meio revolucionário 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 não 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.

Quesito V

Com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte poderá o Governo Provisório continuar a conservar os poderes ditatoriais que tinha conquistado por meio da vitoriosa revolução?

Resposta

A resposta a este quesito é dada já na resposta ao quesito IV.

Genebra, 14 de outubro de 1933.

4 A TEORIA PURA DO DIREITO COMO TEORIA DA VIOLÊNCIA

Entendo que o grande mérito da Teoria Pura do Direito consiste em ter revelado, mediante instrumental filosófico-jurídico, o caráter originalmente violento do direito. Em outras palavras: a Teoria Pura do Direito, mais do que um realismo jurídico de matriz imperativista, é um *ultrarrealismo crítico* que desvenda não a relação entre direito e violência, mas sim a mútua conversibilidade entre ambas as instâncias.

A caracterização do direito enquanto violência não é nenhuma novidade, e a bibliografia sobre o assunto tem crescido exponencialmente nas últimas décadas no contexto dos estudos sobre estado de exceção e biopolítica (Schmitt, Foucault, Agamben,

Esposito etc.), inclusive tendo ultrapassado, com notável vantagem, o âmbito marxista em que a tese foi primeiramente discutida com seriedade, desde o próprio Marx, passando por Georges Sorel, chegando à Escola de Frankfurt e encontrando sua máxima realização, a meu ver, no obscuro – mas brilhante – artigo *Kritik der Gewalt (Crítica da Violência)* de Walter Benjamin, cujas principais ideias são retomadas em seu célebre último escrito, *Über den Begriff der Geschichte (Sobre o Conceito de História)*.

Todavia, conquanto valiosas, tais aproximações teóricas – sejam as contemporâneas, sejam as “clássicas” marxistas – são externas ao direito. O procedimento comum a todas elas consiste em tomar o direito enquanto objeto e desconstruí-lo fora de seu específico contexto. De modo mais simples: a essas teorias não-jurídicas parece fácil, e mesmo necessário, negar ao direito todo e qualquer caráter *jurídico*, entendido este último termo como algo oposto à pura violência. Nada obstante, a situação é bem diferente quando Kelsen, por muitos considerado o mais importante jurista do século XX, chega à conclusão de que o direito nada mais é do que violência organizada.

Para tanto, torna-se necessário relembrar que a principal estrutura operativa da Teoria Pura do Direito é o conceito de validade. O cientista do direito que deseja descrever – e não avaliar – o seu objeto de estudo deve se perguntar não sobre justiça, mas sim sobre validade.⁴ É exatamente com tal asserção que Kelsen inicia, de maneira objetiva, seu Parecer sobre a Assembleia Nacional Constituinte do Brasil em 1933/1934. Trata-se então de fazer uma análise científica e não política acerca das condições técnicas mediante as quais a nova Constituição brasileira será posta. Para tanto, a única categoria a ser considerada é a da validade. De fato, Kelsen descreve a validade como a específica forma de existência das normas. Em uma grosseira aproximação com a Biologia, a validade

4 “Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de Justiça. O fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva” (KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 55).

estaria para as normas assim como a vida está para os organismos.

Tendo em vista a centralidade do conceito de validade, Kelsen se apressa a fornecer-lhe uma caracterização objetiva: válida é a norma que está em conformidade com aquelas que lhes são superiores, de modo que, por exemplo, uma sentença judicial (norma individual) só é válida – e, nesse sentido, existe juridicamente – se for conforme à lei. É por isso que Kelsen afirma em seu Parecer que as competências da Assembleia Nacional Constituinte são válidas na medida em que derivam de outra norma, no caso, o Decreto nº 22.621, de 5 de abril de 1933, que “dispõe sobre a convocação da Assembleia Nacional Constituinte; aprova seu Regimento Interno; prefixa o número de Deputados à mesma e dá outras providências”. Mas aqui se coloca um grave problema, pois se trata de um Decreto editado pelo Poder Executivo e, a partir do qual, irá se pôr uma nova Constituição. À primeira vista isso parece subverter a estrutura teórica pensada por Kelsen, segundo a qual as normas inferiores se fundam em outras de hierarquia superior e assim sucessivamente, até que se chegue à Constituição, último fundamento *positivo* de validade de todo o ordenamento jurídico. Irei deixar esse problema em suspenso, abordando-o mais à frente, já que para entender que não se trata, na verdade, de um problema, é preciso avançar um pouco mais na compreensão da teoria kelseniana.

Na Teoria Pura o direito constitui-se como sistema hierárquico e dinâmico no qual a norma jurídica vale devido à sua localização na tessitura da pirâmide normativa (*Stufenbau*). Seu conteúdo não tem qualquer relevância quando se trata de arguir acerca da validade, isto é, de sua específica existência. Essa estruturação foi pensada por Kelsen com base no postulado filosófico kantiano que garante a radical separação entre o mundo da natureza e o mundo da cultura ou, em outras palavras, entre fato e valor, *Sein* (ser) e *Sollen* (dever-ser). Kelsen aceita a evidência segundo a qual a realidade em si, na sua dimensão puramente factual, não apresenta qualquer valor, sendo o homem que imprime ao real, por meio de atos de vontade, certos qualificativos valorativos, tais como bom e mau, certo e errado, justo e injusto. Assim, não sendo o valor imanente à realidade – uma árvore não é naturalmente bela, da mesma maneira que o fato social do homicídio não é naturalmente

mau –, conclui-se que uma norma, ou seja, uma estrutura que define e protege certo valor, só pode derivar de outra norma. Funda-se desse modo o chamado *método normológico*, segundo o qual uma norma encontra sua validade apenas em outra norma, tornando normativamente inviável o apelo ao mundo do ser.

Mas se Kelsen pretende – como anuncia enfaticamente logo no primeiro parágrafo da primeira página da edição definitiva da *Teoria Pura do Direito* – descrever o direito positivo,⁵ quer dizer, o direito posto por atos humanos de vontade – e não aquele simplesmente pressuposto, que Kelsen identifica com o direito natural –, é preciso que a cerrada estrutura do método normológico abra espaço para o mundo do ser. Não, contudo, com o fim de fundamentar ou validar normas, à semelhança do que faz a doutrina jusnaturalista, mas sim garantindo a acoplagem da estrutura cognoscitiva normológica aos elementos da realidade – quais sejam, os ordenamentos jurídicos reais – que a teoria objetiva descrever. Isso ocorre mediante a afirmação de que, muito embora a eficácia não seja um elemento da validade, é uma condição, ainda que mínima, para sua existência.

Assim, ao lado do conceito central de validade, emerge outro, tão importante quanto o primeiro: eficácia. De acordo com Kelsen, uma norma jurídica se mostra eficaz quando é cumprida espontaneamente pelos seus destinatários mediatos (secundários), quer dizer, a população de maneira geral, ou, em caso contrário, aplicada de modo forçado aos recalcitrantes pelos órgãos jurídicos competentes para tanto, que são, na verdade, os destinatários imediatos (primários) da norma. De modo muito simples, pode-se dizer que uma norma é eficaz quando a população a cumpre ou, inexistindo tal cumprimento espontâneo, sua parte sancionatória – que integra o conceito de norma para Kelsen – é aplicada por atos de juízes, administradores públicos, policiais etc.

Diferentemente da validade, que enquanto conceito formal não tem graus – uma norma jurídica é válida ou inválida, *tertium non datur* –, a eficácia comporta graus de intensidade. Isso me parece

5 “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial” (KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 1).

totalmente consequente com a natureza sociológica do conceito de eficácia, que para sua materialização depende de atos e fatos reais. Uma norma pode ser mais ou menos eficaz do que outra, a depender das circunstâncias, sempre sujeitas a mudanças de acordo com o evoluer histórico. No entanto, duas situações são igualmente impossíveis: 1) uma norma não pode ser totalmente eficaz, em 100% dos casos, pois tal acarretaria a fusão entre os conceitos de validade e de eficácia e, no limite, integrando ordem jurídica e ordem natural, ser e dever-ser, geraria uma contradição lógica, pois uma norma sempre e totalmente cumprida seria inútil. Em tal situação estar-se-ia diante de uma ordem natural que inadmita o “descumprimento”: uma norma integralmente eficaz expressaria uma “lei” da natureza – como a da gravidade – e não uma lei jurídica; 2) por outro lado, falar em uma norma que jamais é eficaz, quer dizer, que apresenta grau zero de eficácia, também redundaria em contradição lógica, visto que uma norma que ninguém cumpre – nem destinatários primários ou secundários – equivale a uma norma inexistente, meramente pensada e, portanto, alheia ao foco de uma teoria científica do direito, que tem por objeto o direito positivo, ou seja, o direito existente criado por atos humanos de vontade.

Kelsen resolve ambos os problemas admitindo que, muito embora a eficácia não seja um elemento da validade, é uma sua condição, ainda que em grau mínimo. Desse modo, para ser válida a norma precisa apresentar certo grau (mínimo) de eficácia, sem o que é inexistente, não podendo ser descrita por uma teoria radicalmente realista como a Teoria Pura do Direito. Assim, Kelsen consegue explicar com sucesso o intrincado fenômeno do desuso (*desuetudo*), que havia preocupado e confundido muitos juristas. Segundo afirma, o desuso consistiria na perda da validade de uma norma outrora válida devido à sua falta de uso (costume negativo), visto que, em tal hipótese, aquele mínimo de eficácia não se verificaria na realidade, tratando-se, portanto, de uma norma inexistente.⁶ É importante

6 “O desuetudo é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume. Se a eficácia, no sentido acima exposto, é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo, mas também das normas jurídicas em singular, então

frisar que Kelsen não define qual seria o grau mínimo de eficácia, já que essa tarefa cabe a cada ordenamento jurídico real, que o faz de maneira geral (mediante normas de sobredireito que conceituam o desuso) ou particular (deixando tal definição aos órgãos de aplicação do direito, como ocorre no Brasil, onde são os juízes que dizem quando uma norma jurídica “caiu em desuso”). Toda essa refinada construção, que relaciona validade e eficácia, vale não apenas para a norma isoladamente considerada, mas também – e, segundo me parece, principalmente – para o ordenamento enquanto um todo.⁷ E aqui retomamos o problema deixado sem resposta acima.

Para ser válido, um ordenamento precisa ser globalmente eficaz, pois do contrário o que haveria seria um desuso geral da ordem jurídica, o que, em linguagem política, pode ser chamado de revolução, e em linguagem sociológica, de anomia. Kelsen sublinha várias vezes no Parecer o *fato da revolução*. É esse o evento fundador da Constituição de 1934. Ele percebe com clareza que o poder político-jurídico existe enquanto – e apenas enquanto – se impõe. Por isso Kelsen nega haver uma usurpação da soberania do Parlamento por parte do Poder Executivo, ao impor limites muito estritos para a feitura da Constituição de 1934. Armado de um realismo surpreendente, Kelsen percebe que o fato jurígeno é a Revolução de 1930, e somente aqueles que dela saíram vencedores – e exatamente por terem sido vencedores – podem dar origem ao direito. Nesse sentido, a Assembleia Constituinte convocada por Getúlio Vargas é apenas um órgão derivado. O verdadeiro centro do poder é o grupo que, violentamente, tomou e manteve o poder. Trata-se de uma constatação puramente técnica e não valorativa. Prova disso é que Kelsen admite que a Assembleia Nacional Constituinte brasileira poderia estar completamente livre para criar a Constituição. Mas,

a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da desuetudo” (KELSEN, *Teoria pura do direito*, pp. 238-239).

7 “Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas” (KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 237).

para tanto, ela deveria ter feito a revolução – como ocorreu, por exemplo, na França em 1789-1792 – e não, ao contrário, ter sido composta e convocada por quem realmente a fez, ou seja, Vargas e seus tenentes.

A explicação para essa conclusão leva ao centro do meu discurso sobre a Teoria Pura do Direito como teoria da violência, surpreendentemente iluminado por essa circunstância da história constitucional brasileira. Com efeito, pode-se pressupor a norma fundamental (*Grundnorm*) apenas se a primeira ordem social organizada sob um mínimo de coatividade for tida como globalmente eficaz, já que o comando constante da norma fundamental preceitua que as normas jurídico-positivas integrantes dessa ordem devem ser cumpridas.⁸ Definitivamente, o que importa saber é se a ordem coercitiva sob análise consegue ser duradoura. Satisfazendo tal requisito, como fez o governo de Vargas, a ordem em questão será considerada jurídica.⁹ Por isso Kelsen inicia o Parecer admitindo que não há diferença entre governo jurídico e governo de fato. Ambos só são “governos” *se e enquanto* mantêm a efetividade da ordem jurídica fundada. Mas isso não significa que a eficácia integre a validade – apressa-se Kelsen a completar –, dado que um fato não pode ser o fundamento de validade de uma ordem normativa: “A norma fundamental refere-se apenas a uma ordem coactiva regular e globalmente eficaz. Esta eficácia não é o seu fundamento de validade”.¹⁰

Críticos como Renato Treves¹¹ e Mario Losano¹² atacam a Teoria Pura do Direito ao dizer que o ponto inicial mediante o qual se torna possível a descrição do sistema – qual seja, a norma fundamental – não pode ser pressuposto sem uma operação sociológica, característica do mundo do ser, verificando-se a eficácia

8 KELSEN, *A justiça e o direito natural*, p. 169.

9 KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 53.

10 KELSEN, *A justiça e o direito natural*, p. 172.

11 TREVES, *Kelsen y la sociología*.

12 Cf. o estudo introdutório de Mario Losano contido em KELSEN, *O problema da justiça*.

global, ainda que mínima, do primeiro ordenamento jurídico historicamente considerado. Desse modo, a rígida distinção entre ser e dever-ser estaria perdida e a Teoria Pura poderia ser reconduzida à Sociologia, residindo aí seu fracasso. No entanto, parece-me que essa leitura desconsidera a verdadeira natureza da Teoria Pura do Direito, bem como a função nela desempenhada pela norma fundamental. Segundo entendo, a Teoria Pura do Direito é uma teoria da violência que demonstra – talvez pela sua própria derrocada – ser impossível pensar o direito alheio a um contexto geral de força, como aquele que caracterizou o Brasil no início dos anos 1930. Nessa perspectiva, cabe à norma fundamental o papel de transformar a violência que fundou a ordem jurídica em força juridicamente qualificada, característica do sistema centralizado e monopolizador da coerção que recebe o nome de Estado/direito. Na norma fundamental está pressuposto o ato de poder fundador do ordenamento jurídico, de maneira que, ao se impor, o poder coercitivo funda a juridicidade.¹³

O cientista do direito pode pressupor a norma fundamental de certo ordenamento jurídico somente quando está diante de uma ordem coercitiva globalmente eficaz. Como visto, essa necessidade de eficácia global para a pressuposição da norma fundamental levou alguns críticos a sustentarem que Kelsen teria desrespeitado a divisão entre o mundo do ser e o do dever-ser, já que a norma que confere validade ao ordenamento jurídico dependeria de um fato. Mas se é verdade que o abismo entre facticidade e normatividade parece quase insuperável, também o é que a ponte capaz de permitir tal transposição radica-se na norma fundamental.¹⁴ O ordenamento jurídico consiste em um agregado unitário e sistemático de normas, não em uma concatenação de fatos que, ao final, repousam sobre o poder.¹⁵ Todas as doutrinas que buscam o fundamento de validade

13 Para uma leitura crítica da norma fundamental enquanto “ato de poder”, cf. MATOS, *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, pp. 71-74. Acerca da natureza da norma fundamental, cf. MATOS, *A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico*. Este último trabalho conta com tradução ao inglês: MATOS, *An alternative approach to the basic norm*.

14 HONORÉ, *The basic norm of society*, p. 102.

15 LUF, *On the transcendental import of Kelsen’s basic norm*, p. 222.

do direito em sua efetividade são desprovidas de valor científico, pois desconsideram o axioma básico segundo o qual uma norma só pode se fundar em outra norma, e um fato em outro fato. Caso contrário, seria preciso admitir a “falácia naturalista”, consistente na *crença* de que o valor (norma/dever-ser) é imanente à realidade (fato/ser), algo absolutamente inaceitável para uma teoria jurídica materialista, antimetafísica e empirista como a de Kelsen.¹⁶ A eficácia é condição factual e não fundamento lógico de validade, de modo que, no pensamento de Kelsen, a norma jurídica e o ordenamento são válidos *se* eficazes e não *porque* eficazes.¹⁷ Para Goyard-Fabre, a norma fundamental equivale a um cânon do exercício da razão que, enquanto exigência transcendental *a priori*, fornece às normas do sistema a sua radicalidade pura.¹⁸ Avulta assim a função da norma fundamental, consistente em conferir inteligibilidade especificamente jurídica às normas de dado ordenamento social. Todavia, isso só é possível quando se verifica a eficácia global de sua primeira Constituição, representativa do fato material que cria o sistema a ser descrito pela ciência do direito,¹⁹ o qual, no caso brasileiro, radica-se no fato da Revolução de 1930.

Tony Honoré aponta dois problemas relativos à validação da primeira Constituição histórica por parte da norma fundamental. Ambos parecem-me insubsistentes e revelam, mediante sua correta compreensão, a verdadeira natureza da Teoria Pura do Direito enquanto teoria da violência. O primeiro se refere ao fato de que as Constituições originárias de vários Estados foram postas de maneira violenta e arbitrária por pessoas ou grupos que não tinham autorização ou legitimidade para tanto, tendo surgido graças a usurpações, conquistas e golpes de Estado que dificilmente seriam

16 RAZ, *Kelsen's theory of the basic norm*, p. 49-51. Esse ponto é central na doutrina kelseniana. Para aprofundamentos, cf. CONTE, *Hans Kelsen's deontics*; Sosoê, *La distinction de l'être et du devoir-être dans la théorie pure du droit* e Wright, *Is and ought*.

17 AFONSO, *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*, p. 260.

18 GOYARD-FABRE, *De l'idée de norme à la science des normes*, p. 231.

19 HAMMER, *A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law?*, p. 192.

vistos como legítimos nos dias de hoje.²⁰ Foi exatamente isso que ocorreu no Brasil sob o governo de Vargas nos anos 1930. Para responder a Honoré, é necessário lembrar uma vez mais que a Teoria Pura do Direito é absolutamente formal. Para se pressupor a norma fundamental, basta a eficácia global da primeira Constituição histórica. É tarefa estranha à ciência jurídica a descrição dos meios utilizados pelo poder para se impor. Nas palavras de Kelsen: “*Coercion is to be applied under certain conditions and in a certain way, namely, as determined by the framers of the first constitution or by the authorities to whom they have delegated appropriate powers*”.²¹ Por isso Kelsen conclui que o Governo Provisório de Vargas “possui os poderes que quer possuir”, sob a condição de que possa obter obediência às suas prescrições. Esta pode não ser uma visão simpática do direito, mas é realista.

A segunda crítica de Honoré baseia-se na constatação de que não há qualquer motivo para se considerar válida a cadeia de autorizações e de transferências de poder que conecta os fundadores de determinada ordem jurídica aos atuais detentores do poder de criar direito válido. Para justificar essa crítica, Honoré julga necessário pressupor que a transmissão do poder mediante cadeias históricas de competência é algo indiscutível, o que lhe parece absurdo.²² Todavia, ainda que tal transmissão seja eticamente questionável, corresponde exatamente à realidade, que não tem nenhuma obrigação de ser ética, como o prova a estrutura jurídica utilizada pelo governo brasileiro em 1933 para “transferir” o poder revolucionário para um *locus* de legitimidade constitucional, daí advindo essa estranha conformação mediante a qual um Decreto do Executivo torna possível e limita os trabalhos de uma suposta Assembleia Nacional Constituinte que, na verdade, não o é. Como bem se expressa Kelsen no Parecer, dar o nome de “Assembleia Nacional Constituinte” a certo grupo de pessoas não os torna, como

20 HONORÉ, *The basic norm of society*, p. 102.

21 Tradução: “A coerção precisa ser aplicada sob certas condições e de certa maneira, a saber, como determinada pelos quadros da primeira Constituição ou pelas autoridades às quais foram delegados poderes apropriados” (KELSEN, *Introduction to the problems of legal theory*, p. 57).

22 HONORÉ, *The basic norm of society*, p. 103.

num passe de mágica, constituintes. Na verdade, os verdadeiros constituintes são aqueles que venceram a Revolução de 1930 e, portanto, puderam impor a Constituição de 1934. Todo o resto é retórica.

Mas por quê? Ora, as pessoas cumprem os comandos normativos postos pelas autoridades competentes porque pressupõem, talvez até mesmo de modo inconsciente, autorizações anteriores válidas. Quando não é possível pressupor tais autorizações, isso significa que se está diante de uma revolução, hipótese expressamente tratada por Kelsen na *Teoria Pura do Direito*. As revoluções, como a brasileira de que estou tratando, acontecem quando determinado sistema jurídico se extingue para dar lugar a um novo ordenamento, informado por outra norma fundamental, hipótese que Kelsen aponta no Parecer ao indicar que os poderes e as competências da Assembleia Nacional Constituinte brasileira seriam ilimitados apenas se ela tivesse feito a sua própria revolução. Em síntese: a transmissão da titularidade do poder é sempre pressuposta como válida, a não ser naquelas situações em que a eficácia global deixa de existir e o ordenamento em questão desaparece diante de um novo sistema de normas. Este, à semelhança do antigo, também contará com uma norma fundamental validante e propiciadora de novas transmissões do poder político-jurídico. Estados que inicialmente não aceitavam a existência de outros como jurídica – por exemplo, os Estados Unidos da América em face da recém-nascida União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, definida pelos estadunidenses como uma reunião de *gangsters* – passam, com o tempo, tendo notado que os novos Estados são capazes de manter um alto grau de eficácia na aplicação das sanções jurídicas, a tê-los como perfeitas ordens jurídicas.²³

Tudo isso significa que a violência é *meio absoluto* para o direito, servindo enquanto seu elemento de definição estrita. Sabendo que os fins que os ordenamentos jurídicos podem almejar – *próprios, por exemplo*, de Estados socialistas ou capitalistas – são *infinitos*, o direito se define apenas mediante seu meio específico, qual seja, a

23 KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 55.

monopolização da coerção. Aqui o pensamento de Kelsen se encontra com o de Walter Benjamin, que soube expor de maneira aguda o vínculo ineludível entre direito e violência, esta entendida enquanto meio e não fim do direito. Para Benjamin, não há qualquer sentido na tentativa de definir o direito mediante certo plexo de valores agrupados sob o signo altamente indeterminado da justiça. Ao direito positivo pouco importa se outras ordens normativas – postas por um grupo de criminosos ou por um partido revolucionário, por exemplo – visam com suas ações certas finalidades que podem ser razoavelmente definidas como justas. Na verdade, o que o direito não suporta é que ordenações concorrentes tendam a interferir em sua monopolização da violência. Não importa a justeza de certa reivindicação coletiva; importa apenas se ela se aparelha ou não mediante o uso da violência, monopólio da ordem jurídica.²⁴

Sem a violência que põe a primeira ordem normativa globalmente eficaz não é possível pressupor a norma fundamental, visto que para tanto se necessita de um mínimo de eficácia, conforme notou Kelsen. Nesse contexto, julgo significativo que Carl Schmitt se refira ao direito como a “forma da guerra formalmente correta”,²⁵ opinião compartilhada por Kelsen, para quem “o direito é uma organização da força”.²⁶ Para além de suas múltiplas oposições, Kelsen e Schmitt tendem a inscrever a violência no *nómos*.²⁷ Ambos alçam a violência à categoria de experiência jurídica básica, de modo que, ao final, o direito é sempre violência – ou sempre é *também* violência –, tendo que conviver com a constante tentativa de superação e/ou mitologização desse seu caráter abissal, o que se dá mediante a adoção de uma retórica oficial e do recurso a estruturas simbólicas, tais como a Constituição. Tal, me parece, está perfeitamente claro no Parecer de Kelsen dedicado a analisar a competência para se criar uma nova Constituição no Brasil. Segundo Kelsen, o direito – e, por conseguinte, o Estado – somente

24 BENJAMIN, *Para uma crítica da violência*, pp. 124-127.

25 SCHMITT, *Glossarium*, entrada de 12 de outubro de 1947.

26 KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, p. 29.

27 GIACOIA JUNIOR, *Sobre direitos humanos na era bio-política*, p. 290.

se define a partir do momento em que se dá a monopolização da violência, que passa então a ser organizada, ou seja, “normalizada” juridicamente. Sem monopólio da violência não há direito e Estado, mas apenas revolução, situação precária que se verifica quando duas ou mais ordens sócio-normativas – mas ainda não *jurídicas* – lutam para se impor enquanto única autoridade criadora de direito, isto é, “soberana”. Daí ser fácil concluir que Kelsen só enxerga direito onde o Estado monopoliza a violência.

Aqui é possível perguntar se Kelsen concebeu a Teoria Pura do Direito enquanto uma teoria da violência. A resposta simples seria “não”. O principal objetivo de Kelsen não era discutir e criticar o caráter violento do direito, circunstância que ele toma enquanto pressuposto e que comparece como pano de fundo indiscutido em sua teoria jurídica. Talvez Kelsen não tenha percebido que o pressuposto violento do qual partiu viciou e contaminou toda a sua teoria, quer dizer, todo o seu intento analítico tendente a apresentar de maneira pura o objeto chamado “direito”, com expressa desconsideração de sua dimensão originária. Todavia, como toda origem, a dimensão genético-violenta do direito não é um ponto cronológico do qual se parte, mas sim *tempo genealógico* em que se fundem passado, presente e futuro. É por isso que, no caso brasileiro, Kelsen pôde admitir o aparente absurdo de um Decreto Presidencial que funda uma Constituição. Só a força, legítima ou não, põe o direito.

Um outro aspecto a ser notado no Parecer é a resoluta negação de Kelsen da tradicional ideia de soberania. Com efeito, em sua obra Kelsen não poupa argumentos para desconstruir o Estado-substância calcado na ideia de soberania, demonstrando tanto histórica quanto conceitualmente que essa “forma” não passa de um outro *nomem* do direito. Apesar disso, a tese da identidade entre Estado e direito acaba se resolvendo em um nominalismo estatal que pressupõe um essencialismo jurídico.²⁸ De fato, a consequência lógica do projeto iconoclasta kelseniano – que nega realidade ao Estado soberano, compreendido apenas como um conjunto de relações, ou seja, um sistema compartilhado

28 SOMEK, *Stateless law*, pp. 762-763.

de significados – seria aplicar a mesma conclusão à outra face do Estado, ou seja, o direito. Entretanto, esse ousado passo não é dado por Kelsen, que concede às formas jurídicas um *status* ontológico que elas não possuem.²⁹ Se radicalizadas, as teses kelsenianas levam à compreensão de que o direito é tão fantasmagórico quanto o Estado, é tão metafórico e tão “linguístico” como qualquer outra convenção social. Para além dos símbolos míticos (Estado) e linguísticos (direito) existe apenas a luta dos homens uns contra os outros, há somente violência organizada e estabilizada sob forma jurídica. Segundo me parece, esta é a mensagem final da Teoria Pura do Direito, em especial quando ela exige a eficácia global do primeiro ordenamento jurídico enquanto condição para se pressupor a norma fundamental, momento inicial – e não terminal – da cadeia de validação objetiva necessária à descrição científica do direito. Não tenho dúvida de que essa visão sombria da realidade social, que emerge de uma leitura verdadeiramente crítica da Teoria Pura do Direito, poderia servir para integrar Kelsen em uma linhagem de pensadores realistas e pessimistas que inclui Maquiavel, Hobbes, Schmitt, Freud e Luhmann.

Se descrever o direito funcionalmente é mais importante do que buscar sua inexistente substância, pressuposto metodológico que guia a redação de todo o Parecer ora analisado, parece-me que Estado e direito coincidem, revelando-se ambos como expressões de um monismo funcional que se nega a reconhecer a existência

29 “Kelsen stopped short of radical deontologization. Only the state is eliminated from the ‘two-sided thing’, while ‘the law’ stays in place. Contrary to his own insight, Kelsen presents the legal system as if it were an institutional fact, which is composed of valid norms. [...] This interpretation of the legal system overlaps with, and is reinforced by, the view of the norm as an abstract object. It is more than merely ironic that Kelsen, in his attempt to avoid the hypostatization, resorted to the crudest hypostatizations of all: the ontological supposition of the realm of ‘norms’” (SOMEK, *Stateless law*, p. 773). Tradução: “Kelsen parou cedo no que diz respeito à desontologização radical. Apenas o Estado é eliminado da ‘forma-de-dois-lados’, enquanto ‘o direito’ permanece. Ao contrário de sua própria percepção, Kelsen apresenta o sistema jurídico como se ele fosse um fato institucional, que é composto por normas válidas. [...] Esta interpretação do sistema jurídico coincide com – e é reforçada – pela visão da norma como um objeto abstrato. É mais do que simplesmente irônico que Kelsen, em sua tentativa de evitar a hipostasiação, tenha recorrido à mais crua de todas as hipostasiações: a pressuposição ontológica do reino das ‘normas’”.

de qualquer ordem real autônoma – ou “concreta”, como queria Schmitt – na qual se fundamente, em última instância, o ordenamento jurídico. Por estarem ligados, os conceitos kelsenianos de Estado e direito levam às mesmas conclusões. A exemplo do Estado, o direito não tem substância, sendo antes um símbolo, visto que “[...] *la funcionalización del estado implica que hay un solo orden – una sociedad política – que tiene al derecho por forma simbólica*”.³⁰

Após essa releitura de Kelsen com base em seu Parecer brasileiro, ele poderia ser visto por alguns como um cínico realista que somente teria a dizer que o poder existente é o único poder válido. Minha conclusão, contudo, é diametralmente oposta, apontando para a tarefa própria de kelsenianos críticos, qual seja: demonstrar o caráter irreal, ideológico e profundamente desmobilizador, característico não apenas do direito, mas também de sua cognição “científica”. A compreensão radicalmente realista que Kelsen oferece do direito no Parecer é capaz de trazer à luz a inexistência de padrões científicos ou transcendentais capazes de legitimar a criação jurídico-normativa, desmascarando a natureza ideológica, e mesmo mitológica, das tentativas cada vez mais insistentes de reduzir a violência do direito a tábuas ideais de raciocínio e justificação, bem ao gosto do jusmoralismo e das correntes “argumentativas” dos dias de hoje. Não se trata, por óbvio, de incensar e enaltecer a violência enquanto face necessária do direito. Aqui permanece válido o propósito descritivo e não prescritivo propugnado por Kelsen nas primeiras linhas do Parecer. Todavia, responder à importantíssima pergunta que autores como Walter Benjamin e Giorgio Agamben se põem – se é possível ou não uma vivência coletiva que abra mão da violência jurídica, seja desativando-a, seja dando-lhe um novo uso – só me parece possível se, antes de tudo, o direito for encarado como ele é. Nessa perspectiva, a teoria jurídica de Hans Kelsen permanece insuperável e o Parecer que ele ofereceu ao Brasil em 1933 é uma boa prova disso.

30 LINDAHL, *El pueblo soberano*, p. 66.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1984, 312 p.

BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Org., apresentação e notas Jeanne Marie Gagnebin. Trad. Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas Cidades/Editora 34, pp. 121-156, 2011, 171 p.

BRASIL. Aviso n. 9, de 11 do corrente, relativamente à autorização da emissão de apolices da dívida pública federal. In: *Diário Oficial da União* (DOU), pp. 8.701-8.704, 02 mai. 1935.

BRASIL. *Decreto nº 22.621, de 05 de abril de 1933*. Disponível no Portal Eletrônico da Câmara dos Deputados da República Federativa do Brasil. Acesso em 17 set. 2013.

GIACOA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era biopolítica. In: *Kriterion: revista de filosofia*, v. XLIX, n. 118, pp. 267-308, jul./dez. 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. De l'idée de norme à la science des normes: Kant et Kelsen. In: AMSELEK, Paul (org.). *Théorie du droit et science*. Paris: Presses Universitaires de France, pp. 211-232, 1994.

HAMMER, Stefan. A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law? In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon, pp. 177-194, 2007, 627 p.

HONORÉ, Tony. The basic norm of society. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon, pp. 89-112, 2007, 627 p.

KELSEN, Hans. A competência da Assembleia nacional constituinte de 1933/34. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 9, pp. 05-11, 1995.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1963, 175 p.

KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon, 1992, 214 p.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. Estudo introdutório de Mario G. Losano. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 149 p.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 637 p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997, 427 p.

LINDAHL, Hans. El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder político en la democracia. In: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 94, pp. 47-72, 1996.

LUF, Gerhard. On the transcendental import of Kelsen's basic norm. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trad. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon, pp. 221-234, 2007, 627 p.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 58, pp. 41-84, janeiro/junho de 2011.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. An alternative approach to the basic norm: logical-transcendental hypothesis, fiction or scientific postulate? In: *Jura*, v. 18, n. 2, pp. 137-147, 2012.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 330 p.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Kelsen e a violência: uma leitura crítica das "limitações" da teoria pura do direito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs.).

Hans Kelsen: teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, pp. 253-279, 2013, 334 p.

RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon, pp. 47-67, 2007, 627 p.

SCHMITT, Carl. *Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951.* Ed. Fr. von Medem. Berlin: Duncker & Humblot, 1991, 364 p.

SOMEK, Alexander. Stateless law: Kelsen's conception and its limits. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, pp. 753-774, 2006.

SOSOË, Lucas. La distinction de l'être et du devoir-être dans la théorie pure du droit. In: *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen*, n. 9, pp. 65-81, 1986.

TREVES, Renato. Kelsen y la sociología. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 195-214, 1989, 374 p.

WRIGHT, Georg Henrik von. Is and ought. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon, pp. 365-382, 2007, 627 p.

Recebido em 14/10/2013.

Aprovado em 12/05/2014.

