
Hans Kelsen e seu contributo para um Direito Penal democrático

Hans Kelsen and his contribution to a democratic criminal law

Samuel Ebel Braga Ramos¹

Ana Carolina de Godoy Dal Lin²

Resumo: O texto aborda a doutrina de Hans Kelsen para além da sua teoria pura, demonstrando a faceta do autor em sua preocupação com os valores democráticos inerentes a liberdade e igualdade, confluindo para a construção de um Direito Penal pautado na limitação do amplo poder punitivo e atento nas garantias do indivíduo. Demonstra-se, ao final, a importância do pensamento *kelseniano* para a delimitação do *jus puniendi*, voltando os olhos ao ser humano como destinatário das normas e detentor do amplo fomento democrático ao corpo social.

Palavras-Chave: Democracia. Direito Penal. Hans Kelsen.

Abstract: The text approaches Hans Kelsen's doctrine beyond its pure theory, demonstrating the author's facet in his concern with the democratic values inherent to freedom and equality, converging to the construction of a Criminal Law based on the limitation of the broad punitive power and attentive to the guarantees of the individual. Finally, the importance of Kelsen's thought for the delimitation of the *jus puniendi* is demonstrated, turning the eyes to the human being as the recipient of the norms and holder of the broad democratic promotion to the social body.

¹ Doutorando em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Direito (2019). Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Sistema Criminal e Controle Social do PPGD/UFPR. Advogado em Curitiba/PR. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8687113410420623>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6179-7637>. Endereço: Rua Carneiro Lobo, 570, conj. 405 – Batel – Curitiba/PR. Fone: (41) 98807-3377.

² Mestranda em Direito Penal na Universidade de Lisboa. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6002344226822177>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1731-2137>. Endereço: Rua Carneiro Lobo, 570, conj. 405 – Batel – Curitiba/PR. Fone: (41) 99979-0202.

Keywords: Democracy. Criminal Law. Hans Kelsen.

Introdução; **1.** Um outro Kelsen; **2.** Conteúdo democrático na concepção *Kelseniana*; **3.** Um Direito Penal democrático? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Inegável a importância dos perenes estudos e escritos de Hans Kelsen. O jurista austríaco transitou em diferentes vertentes do Direito, com maestria e dinamismo ímpar, brindando o leitor com densas linhas.

Neste artigo, e em um recorte metodológico, será usufruída da compilação realizada por Óscar Correas em sua obra *El outro Kelsen*³. Correas aglutinou textos sobre e do próprio Kelsen, instigando o debate em apresentar a possibilidade, nas palavras do compilador, “*de não poder haver apenas um Kelsen*⁴”.

Nesta direção, buscar-se-á a face *Kelseniana* preocupada com os valores democráticos para além da fama de sua *Teoria Pura do Direito*. Mui necessário, assim, um olhar aos fundamentos políticos e filosóficos que dotaram Kelsen a atribuir o status de Ciência para o Direito. Para tanto, o estudo feito por Correas se mostra fundamental para o caminhar desta ideia.

Com substrato na obra de Correas, Kelsen será introduzido como um jurista com zelo aos valores da democracia, da liberdade e igualdade. Com este conteúdo, imediatamente o Direito Penal volta seus olhos e busca amparo em tais ideias, no intento de valorizar os pensamentos por vezes esquecidos do jurista.

Ao longo do texto serão explicitados os conceitos e debates fundamentais sobre a doutrina de Kelsen e seu conteúdo democrático, para ao final promover a intersecção com o Direito Penal, braço da força estatal e controle do cidadão.

³ CORREAS, Óscar. **El Otro Kelsen**. Compilador: Oscar Correas. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

⁴ *Op. cit.*, p. 07.

A conclusão esperada é a unânime importância do conteúdo democrático no Direito Penal, limitando o poder estatal em seu *jus puniendi*, emergindo o ser humano como destinatário das normas e o aproveitar dos ideais democráticos de Kelsen para a construção de um corpo social igualitário.

1. Um outro Kelsen

Oscar Correas, com sua singular maestria, - e como já está insinuado -, apresenta uma outra face de Hans Kelsen. Dos lados mais ocultos da sua teoria pura do Direito, do porquê ela é assim denominada, seus entendimentos sobre o homem e a mente humana quando inserida num contexto social⁵.

Em princípio, emergiu à crítica ao que toca a denominação do jurídico: “*Por que existe uma tentativa de tornar o Direito uma ciência?*”. De entrada, não há motivos de se denominar uma teoria, majoritariamente política, em uma concepção pura. Adjetivar o Direito como algo puro, lógico, científico, acaba, na concepção de Correas, por ocultar o que na realidade seria a ideia de baixo prestígio da política, que nada mais é do que uma tentativa de não confissão do poder dotado por quem a exerce⁶.

A resposta ao questionamento acima se alicerça em uma razão claramente política: *a ideologia jurídica não deve continuar a passar por ciência* e, portanto, ocultar sob seu prestígio o que nada mais é do que a tentativa de justificar o poder exercido por “alguém” que não quer confessar que o faz. A razão para fundar uma ciência pura do direito não é justificar todo o poder, mas, ao contrário: *retirar qualquer justificação “científica” de qualquer poder*. A Teoria Pura acaba por ser uma densa reflexão da relação entre *Direito e poder*. A pureza trazida em seu título faz referência à ciência que embasa sua concepção, mas não à teoria em si, o que explica a sinuosidade da sua conexão⁷.

⁵ CORREAS, Óscar. El Otro Kelsen. In: **El Otro Kelsen**. Compilador: Oscar Correas. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 27-46.

⁶ *Op. cit.*, p. 29.

⁷ Nas palavras de Correas: “*Me parece que las cosas comienzan a aparecer de otra manera si pensamos el libro que el llamo Teoria pura del derecho como una teoria -una filosofia- de ninguna manera “pura”, que, por razones politicas. intentó fundar una ciencia pura.*” *Em Op. cit.*, p. 28.

Isso também se explica quando internalizada a compreensão de que toda ciência se baseia em uma filosofia. *Correas* expõe que supostos *Kelsenistas* tendem a afirmar que uma ciência jurídica não se fundamenta em uma filosofia do Direito e que uma ciência apolítica não pode, ao mesmo tempo, ser política. São indivíduos que seguem uma linha de pensamento divergente do que deveria, no entendimento de *Correas*, ser a interpretação das ideias de Kelsen⁸. Assim, pode-se dizer que Hans Kelsen passa a tecer uma filosofia política, o que reflete a essência deste “*outro Kelsen*”.

Correas afirma que a teoria pura do direito deve ser lida como sendo a segunda parte do pensamento de Kelsen, já que a primeira corresponderia a seu pensamento filosófico-político de um momento inicial de seu estudo, e a última à teoria política que dita a legitimidade ou não da justiça das normas, que vem a partir de uma inserção da lógica no seu pensamento⁹.

Há de se compreender que Kelsen entendeu que o homem é mau por natureza, mas perante a repressão da sociedade, consegue subsistir. Esta linha de pensamento se alinha à de *Thomas Hobbes*, em uma bela analogia à sua famosa filosofia de que “*o homem é o lobo do homem*”¹⁰. Aqui subsiste, além disso, uma crítica à pensadores que seriam pertencentes ao grupo dos “otimistas”, que enxergam um bem nato no ser humano. A crítica de Kelsen foi de que tal crença acaba por ser nada mais que ingenuidade. Os exemplos destacados para nomear estes que creem na inocência são Karl Marx, Jean Jacques Rousseau e o próprio cristianismo. A ideia por eles defendida é a de que a corrupção do homem não é inerente às suas vontades, mas imputada pelas atitudes da sociedade.

O problema também se encontra nas soluções dos empecilhos do Estado que para os otimistas seria, respectivamente, a anarquia, a redenção e a submissão ao governante. Kelsen, por sua vez, acreditou que, por mais que tudo dentro de um Estado esteja relacionado, ainda são coisas diferentes que assim devem permanecer, não sendo a dissolução do Direito um meio efetivo de resolução.

Kelsen, em passos largos, professou ser o homem um ser de pulsões egoístas e violentas, mas também educado e reprimido. Neste momento se molda um conceito de dualidade do Estado, uma vez que seria como um mal necessário, mas que controlado pelo próprio

⁸ *Op. cit.*, p. 29.

⁹ *Op. cit.*, p. 45.

¹⁰ Em HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3 ed. São Paulo: Ícone, 2017.

mecanismo do Direito. Não se pode olvidar, entretanto, que, ao passo em que há uma necessidade de controle estatal, de triagem da sociedade por meio das leis, a liberdade para Kelsen tem um valor supremo. Assim, o belíssimo paralelo é estabelecido quando surge a ideia de que a contrariedade entre a liberdade e a submissão cria, justamente, o maior bem do homem: *a democracia*.

Portanto, se a liberdade é a aspiração ideal, *a democracia é a sua possibilidade histórica, o homem que quer ser livre e político só a tem como saída*. Isso se liga diretamente com a abominação de Kelsen ao homem que governa o outro com base nas suas vontades. Para ele, não há nenhuma ciência, nem mesmo aquela que estuda as normas, que possa justificar o poder. Quem o exerce deve, através delas, confessar que o faz por meio de sua vontade, confessar sua autoridade e assim que busque legitimação no consenso, mas não na ciência ou na natureza. A explicação da normatividade deve ser buscada na conjunção da sociedade e do inconsciente, sendo a liberdade e a igualdade reações frente à coerção inserida pelo governante em toda sociedade.

Justamente nesta linha igualitária, que Kelsen propõe o seguinte questionamento: *Se homem é como eu, então de onde vem o seu direito de me governar?* A solução, em resposta, é uma sociedade que só se origina na individualidade e a pretensão ao poder se deriva justamente do caráter corrompido inerente ao ser, que detém ideias negativas de resistência já enraizadas no espírito humano¹¹.

El Outro Kelsen também mostra a face do jurista quanto a imperfeição humana e a maldade, em conexão à ideia anteriormente pincelada quando do debate sobre o caráter natural do homem. A admiração pelo paralelo entre os povos primitivos e sua visão de mundo, bem como a diferença entre a imposição e a causalidade sempre lhe pareceu interessante quando da explicação do que veio a se desenrolar historicamente. Descortina-se, assim, a ideia de combate às utopias defendidas por Marx, Rousseau e o cristianismo. *A liberdade e a igualdade são, de fato, sentimentos positivos e que abastecem a democracia*, mas, quando se trata da contrariedade ao totalitarismo, os dados primitivos do homem aparecem numa atuação quase que *antiestatal*, dessa vez com um sentido negativo¹².

¹¹ *Op. cit.*, p. 30.

¹² *Cf. Op. cit.*, p. 33.

A comparação entre o homem nascer bom e nascer ruim se relaciona diretamente com a tentativa de entender o direito positivo com o direito natural, sendo coisas diferentes, de causas diferentes, baseadas em fundamentos diferentes. Dessa forma, é através dessa crítica que Kelsen mostra e comprova o lado negativo do homem. Se o capitalismo é o “vilão” de Marx, do socialismo e comunismo, entende-se que é porque há outro homem por trás de toda a operação, que enxerga os demais como seus trabalhadores, seus inferiores, na que pretende que estes trabalhem para ele, numa posição de poder. *O intuito maldoso do capitalismo vem, justamente, da corrupção inerente ao homem.*

Quanto a possibilidade de mudança da natureza humana, Kelsen entendeu que não se sabe ao certo se é ou não mutável. No entanto, para que se atenha a realidade, é preciso enxergar a experiência que já é consolidada, que já vivenciamos, de modo a evitar cair em fantasias utópicas como o marxismo. Com isto, tem-se que o Estado é uma coerção gerada pela sociedade, e que existem aqueles que defendem a democracia, e aqueles que se opõem ao totalitarismo. Importante salientar que são grupos diferentes na visão de Kelsen, mas ambos combatem a sociedade como qualquer outro ato social, sendo os primeiros para defender a democracia e os segundos para combater a coerção. *A justiça, ao final, é a felicidade social.* Entretanto, a felicidade também não pode ser banalizada, já que o estado feliz de um é diferente do de outro. Daí se forma a concepção de que a sociedade é formada por individualismos.

Nesse entendimento, a autocracia seria o emocional, enquanto a democracia seria o racional. A primeira se baseia no direito, e a segunda o abomina. Dessa forma, é constatado que o governante autocrático não se liga às leis, apenas as promulga, mas sempre conduzindo de forma que possa fazer quantas exceções desejar, o que conflita diretamente com a ideia de positivismo, falhando a teoria *kelsiana* na visão de Correias¹³.

A filosofia de Kelsen perpassa por uma construção entre a democracia e o totalitarismo, partindo da natureza do homem em seu primitivo até sua psicologia aplicada socialmente, sempre levando em consideração sua natureza e os reflexos das vontades quando aplicados a partir de uma posição de poder. Numa retomada insurgente, ressurgiu uma nova crítica à igreja, quando se fala no repúdio a superioridade de um homem em relação ao outro- não deve haver um Deus, um Estado autoritário, uma sociedade majoritária.

¹³ *Op. cit.*, p. 36.

Ainda no catolicismo, para Kelsen, *a religião também se trata de uma forma de controle, bem como é a política*, e o homem deverá conhecer estes mecanismos para que os processos autoritários e políticos sejam evitados. A massa é, simplesmente, um conjunto de pessoas que substituíram seu ideal por aquele imposto pelo condutor, que o insere na sua personificação de Estado de forma que todos se identifiquem, e isso acarreta um regresso ao estado natural, primitivo do homem.

Os textos de Kelsen, na concepção de *Correas*, mostram uma parte mais acadêmica do jurista, que aparece em uma vida dedica a defender a democracia sempre fundada na filosofia e em uma concepção do ser homem, dissipando misticismos que evoluem a fetiches religiosos e políticos. As duas faces do austríaco parecem se distribuir entre uma leitura mais política e filosófica, e uma científico-metodológica, devendo a teoria pura do direito ser lida com um viés da filosofia.

A conclusão é de que, apesar de apresentar dois momentos, duas linhas de inteligência, o segundo Kelsen sempre reproduziu o primeiro. Houve uma preocupação do jurista, em um momento mais final de sua vida, quanto a pretensão de se aplicar a lógica ao Direito, advinda principalmente das ideias de seu colega Ulrich Klug.

Klug teve como intuito convencer Hans Kelsen de que essa dinâmica seria efetivamente possível, mas foi imediatamente frustrada pela concepção *kelseniana* de que as normas são produtos da vontade, e assim arbitrárias. Seu conteúdo depende de quem exerce o poder, como já bem explicado ao longo da obra. E mais, também não diz respeito a Kelsen ser um clássico, um arcaico, mas realmente a automatização do direito, por exemplo pela informática, nunca será efetiva por si só - ela sempre dependerá de um órgão legitimador.

Toda norma depende da triagem por órgãos governamentais, a alimentação de dados por um sistema no caso concreto vai ser incompleta se não houver essa aprovação para ser promulgada por um órgão. E isso, por sua vez, depende dos parlamentares que o integram, que são obviamente homens dotados de vontades e elementos subjetivos que influenciarão a tomada de decisão pela legalidade ou não da lei. *Por trás da norma sempre tem uma vontade de poder.*

Assim, Kelsen passa seus últimos momentos estudando a lógica. Como bem apontou *Correas*, morreu denunciando o Estado, o poder daqueles que se ocultam. Se antes lutava contra

Deus, a natureza, a sociedade, os partidos e classes, que tentavam justificar um direito ao poder, agora luta contra as máquinas que pretendem nos fazer acreditar que a norma pode ser lógica¹⁴.

Tem-se, portanto, que a tarefa dos juristas, conforme Correias se convence através deste *outro Kelsen*, é uma tarefa política. Se o que se fala é da criação do Direito pelo legislador, é inegável que haja política no ato. É um juiz que tem a capacidade de eleger uma das diversas interpretações possíveis, para criar uma lei individual, para aquele caso concreto. *Aqui é provada a não cientificidade do Direito*: a ciência é disposta a partir de seletas possibilidades oferecidas, mas o jurídico vem da filosofia, da interpretação. *O poder criará direitos*.

2. Conteúdo democrático na concepção Kelseniana

Pertinente, aqui, a observação de dois pontos marcantes: a aplicação de uma pesquisa do subjetivo, ou seja, das crenças e vontades como meio de controle social, e, mais, o dualismo entre a política e a filosofia. Essa análise recortada de Kelsen se funda ao paralelo do que seria essa atuação política no Direito, que o jurista tanto foge, mas também, tanto se baseia.

A política se apresenta como um ato de exercer o poder que é ocultado por aqueles que o praticam, de modo a inserir indiretamente suas vontades na sociedade. A linha traçada entre a religião e alguma linha de sistema político, por exemplo, parece completamente ilógica, mas quando se trata de meios coercitivos disfarçados de libertários, enxerga-se completamente o sentido de tal aglutinação - que, *prima facie*, verifica-se no cenário Brasil atual.

Nas linhas delimitadas, entende-se pertinente a análise da política também enquanto uma criação de normas “individuais”, não só através do olhar do ofício originário do legislador, mas também por meio da jurisprudência, da escolha de uma só interpretação do juiz que irá criar uma determinação quase que legislativa para aquele caso concreto.

Avançando nas linhas gerais, a comparação que se faz é quase que de uma cooperação, isto é, onde as duas partes se beneficiam, entre o Direito, do qual a base é a filosofia, e a política, que se fundamenta majoritariamente na psique e em uma concepção de poder. A questão do dualismo é inserida quando se entende que, praticamente, um não sobrevive sem o outro. Trata-se, no entanto, de uma relação que não pode, por excessos de subjetivismos

¹⁴ *Op. cit.*, p. 39.

e vontades, tornar-se um parasitismo, *do qual o Estado suga a liberdade e individualidade de seus cidadãos.*

Percebe-se que é neste ponto que se uma faz grande análise da democracia em análise a Kelsen: *a possibilidade histórica do homem ser livre e independente, mesmo quando subordinado a um Estado governante.* De extrema inteligência se colocar que, em uma sociedade, ou em um mundo que se tem uma espécie má por natureza, ou então, sedenta por controle desde o berço, a saída é um intermédio entre o que se deseja e o que se tem. Como se fosse proposta uma triagem daquilo que é utópico e aquilo que é possível. E esta também é outra interessantíssima crítica de Kelsen, que novamente remete ao tema inicial: *o combate às falsas utopias.*

O que se comprova a partir da falsidade da plenitude social é justamente o que também prova a tese da maldade inerente ao homem: nenhum sistema é construído com o intuito de que todos se beneficiem, e nenhum mecanismo político está hábil a satisfazer a vontade de todos. A ramificação da sociedade em partidos pretende destrinchar e agrupar tais interesses, mas inevitavelmente, estarão todos subordinados às vontades de uma maioria, influenciada por um governante poderoso.

E então se propõe novamente a ideia da inocência, do otimismo daqueles que creem em uma corrupção do homem unicamente pela sociedade, em combate com a racionalidade daqueles que enxergam a malícia nas atitudes de um autoritário disfarçado de legislador.

É certo que a teoria político-filosófica-jurídica de Kelsen se auto comprova em um ciclo quase que infinito de teses subjetivas e práticas, bem como psicológicas quando averiguadas diante das massas controladas, uma vez que a própria explicação de um dos pontos levantados em sua teoria acaba por justificar o outro, o que, inclusive, remete a busca pelo caráter puro de suas obras.

Em um avanço na literatura de Kelsen inerente a democracia, adentra-se ao debate promovido pelo autor quanto ao conceito de Estado e sociologia, onde tece crítica aos sociólogos e seu campo de estudo, principalmente a Max Weber, afirmando que acabam sempre realizando uma confusão de conceitos quando tratando da essência do Estado. Kelsen faz referência ao estudo *weberiano* da conduta humana, a qual sempre está conectada a um objetivo, ligando o conteúdo da racionalidade ao do pensamento, que pode ocorrer de diversas formas. Para exemplificar, Kelsen cita um físico e seu experimento, um comerciante e a venda realizada.

No primeiro caso, os meios de raciocínio se dão por meio das leis da física, enquanto o segundo trata de normas jurídicas às quais se dá uma interpretação¹⁵.

Fazendo nova referência a Weber, o Estado seria interpretado por meio do mecanismo de raciocínio da sociologia compreensiva, aparecendo como um tipo ideal, uma construção conceitual feita a partir de um sistema de objetivos, de interpretação das ações humanas- e, para o autor, compreender o Estado como comportamentos humanos só seria possível dentro deste sistema planejado, construído. O que se deduz disso é que os homens, geralmente agem com propósitos racionais.

Entretanto, se Weber considera que o entrelaço das ações individuais do homem resultam no Estado, e que cada conduta busca um objetivo racional, quais seriam os fins pretendidos por estes indivíduos que constroem o Estado com seus atos? A resposta se daria em que a relação social, mesmo se tratando de formações como Estado e Igreja, na probabilidade da existência de reciprocidade do comportamento social em sua forma final. Assim, a essência do Estado poderia ser encontrada, especificamente, nos elementos constitutivos de cada ação.

A conclusão *weberiana* quanto ao tema é de que o Estado, em seu caráter social, deixa de existir quando desaparece a probabilidade de que ocorram ações sociais específicas com um só sentido. Assim, por Estado, já não mais se entende ser este o sentido da ação, mas a própria ação em si, ou mesmo sua possibilidade. E aqui se retoma o conceito de ser um sistema de objetivos, entendendo Kelsen que há uma análise pitagórica de que sua existência é sua validade.

Ainda, no que toca o ordenamento jurídico, seria este o efetivo sentido de cada ação, das quais as possibilidades de desenvolvimento resultam na existência sociológica do Estado. *O Direito, por sua vez, é a realização da concretização do Estado, uma ordem de recursos definidos, e esta, se traduz como um conteúdo de significados das relações sociais.*

Além disso, sendo a ordem análoga às normas, e para que o significado de um comportamento seja considerado o ordenamento em si, o agente necessita agir de acordo com as leis que estabeleçam sobre esta ação um sentimento de dever, portanto sua validade apenas se encontraria em seu caráter de imperatividade. Aqui Kelsen entendeu que haja uma tradução inadmissível de conceitos na teoria de Weber, que trata aquilo que, para ele, seriam possibilidades de eficácia da norma, como sua própria validade, e o sentido como o dever.

¹⁵ KELSEN, Hans. El Concepto de Estado de La Sociologia Comprensiva. In: **El Otro Kelsen**. México, 1982, p. 278.

Assim, o conceito de Weber estaria sempre tratando não das essências destes conceitos, mas apenas acerca do cumprimento e violação de normas do ordenamento jurídico, sendo todas suas concepções obrigatoriamente interligadas para que possam ser válidas.

Dessa forma, Kelsen critica novamente o pensamento *weberiano*, aduzindo que a ausência dessa relação permanente entre o sentido, a ação e o Estado, acarreta uma impossibilidade da sociologia, uma vez que tudo que é social depende e está conformado ao agir humano, frente ao qual as circunstâncias específicas e regularidades da ação em si tem apenas um caráter secundário. Ainda, para Weber, uma ordem somente é um Estado quando está garantida externamente por um quadro de coação instituída por indivíduos encarregados de obrigar sua observância ou castigar sua violação, o que torna o Direito um mecanismo coercitivo, de acordo com suas definições e interligações¹⁶.

Para Kelsen, o pensamento do sociólogo alemão acaba por estabelecer a administração estatal como um quadro de coação, englobando nesta relação as figuras de autoridade como chefes de Estado, príncipes, gerentes, chefes de família e, até mesmo, os superiores do poder religioso, formando assim diversos ordenamentos reguladores.

A partir disso, entende-se que o ordenamento jurídico, sendo uma das associações administrativas, possa ser visto como algo que controla, dentro de seu ramo, os integrantes que nele atuam, de exemplo os magistrados ou funcionários do poder executivo (e aqui se pode incluir a jurisprudência como ferramenta e meio de alcance do objetivo das ações advindas destas figuras). Em Weber, uma associação sempre será, de alguma forma, uma associação de dominação, o que acaba a quase igualizar o Direito ao Estado, determinando que o Estado seja o próprio ordenamento jurídico.

Kelsen compreendeu o Direito como uma ordem, sendo este termo referente a um conjunto de normas que detém relações específicas entre si. Para além disso, o Direito seria não só um agrupamento de regras, mas o próprio ordenamento jurídico, um sistema unitário que regula a conduta humana, o que nitidamente difere de Weber. Em resumo, o jurista estabelece uma tríade para descrever seu conceito de Direito, assim sendo: *a norma, sua pluralidade e as relações estabelecidas entre elas*.

¹⁶ ORDÓÑEZ, Ulises Schmill. El Concepto del Derecho em las Teorias de Weber y de Kelsen. In: **El Outro Kelsen**. México, 1982, p. 177.

Com isso, tem-se que as normas funcionam como um esquema de interpretação, apresentando duas funções específicas: *o sentido subjetivo, que é agregado a uma conduta, e o objetivo, que se origina na própria existência da norma a partir de sua redação*. De qualquer maneira, o Direito sempre acabará sendo o conjunto de todas estas reunidas sistematicamente, no qual o nascimento da próxima depende da anterior.

Portanto, ao entender a coerção, Kelsen difere de Weber quando determina que o Direito, por si só, sendo um ordenamento normativo, *é uma ordem coercitiva*, e as sanções nele implícitas não são estranhas à ordem que as garante. Assim, entende-se que os integrantes do sistema estão obrigados a seguir a norma, ou então cessar as condutas que as contrariem mediante uma pena. *Há uma coerção necessária para o exercício final da democracia, do Estado como um todo na coletividade*, o que, assim, chega-se na ideia da forma rígida do Estado desenhado em seu *jus puniendi*, em sendo o Direito Penal.

3. Um Direito Penal democrático?

Vários autores explicitam uma definição para o Direito Penal, manifestando sua convicção ou juízo de valor sobre aquilo que entendem sobre a matéria. Para *Paulo César Busato*, o Direito Penal se exterioriza como um conjunto de normas estabelecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados socialmente graves ou intoleráveis e que ameaça com reações repressivas como penas ou as medidas de segurança¹⁷. *René Ariel Dotti* aponta que a missão do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade¹⁸.

Ao Direito Penal, a ação encontra local de destaque quando da verificação de atribuição de responsabilidades àquele que com seu comportamento lesivo viola normativas penais. Kelsen entendeu que o sentido de uma ação, não é o objetivo pensado pelo agente, nem uma ideia conceitual no sentido subjetivo. A sociologia constrói um esquema interpretativo que

¹⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 01.

¹⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 77.

corresponde a uma ação exclusivamente racional e, *tudo aquilo que diferir do fim buscado é considerado como um “desvio”, um comportamento humano irracional*¹⁹.

A compreensão da ação como a representação do comportamento humano guarda estreita vinculação em regras que dão significado a ela. É aqui que o conceito de ação aparece, não para indicar um gênero ao qual os substratos ou os conteúdos da ação são possíveis, mas para representar um limite, uma fronteira que distingue a ação dos simples acontecimentos naturais. Em um olhar incipiente, podemos efetuar a delimitação da diferença entre ações e atos dizendo que os atos, simplesmente, acontecem, enquanto as ações têm um significado social²⁰.

Para sabermos, então, em que sentido a palavra ação aparece no termo *ação punível*, dependemos dessas passagens e da linguagem da vida. Assim, a ação é algo capaz de sustentar o atributo de punível, e, visto que punível só pode ser culpado, sendo culpado, apenas algo ilícito, a ação é algo que pode admitir os atributos de ilicitude, culpa e punibilidade. Conseqüentemente, a pergunta sobre o conceito de ação se lê melhor desta forma: que relação entre vontade e ação é compatível com os atributos de ilegalidade, culpa e punibilidade²¹?

Em uma abordagem clássica *kelseniana*, o autor impõe a importância de se comparar a incidência dos termos sociológicos no direito e vice-versa, sempre buscando rastrear os erros que tais intercâmbios resultam. É nessa linha que surge a contraposição entre a jurisprudência e a sociologia, embasada pela contrariedade do ser e dever ser, que são determinações gerais do pensar por meio das quais se pode enxergar todos os objetos. Assim, entende-se que o primeiro conceito se relaciona ao segundo no sentido de que ele ainda não é, nem nunca foi o que deveria. O dever, sua materialização, vem a partir da efetivação de uma conduta futura, mas que, no presente, é inexistente²².

¹⁹ KELSEN, Hans. El Concepto de Estado de La Sociologia Comprensiva. p. 272.

²⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales**. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 160.

²¹ Radbruch afirma que “*De ello se sigue que el concepto de acción viene ya necesariamente definido por los conceptos de antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, de suerte que quien establece correctamente antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad no puede menos que haber hecho correcto empleo del concepto de acción. Por ende, criterios distintos sobre la punibilidad o impunidad de un determinado supuesto de hecho son siempre y nada más que consecuencia de un desacuerdo acerca de aquélla, no del concepto de acción, por cuyo motivo la determinación de este último puede tener influjo en la subsunción de casos particulares en la ley penal, sólo en la medida en que supone necesariamente decidirse por determinados conceptos de la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, no porque configure sobre dicha base su concepto de acción*”. RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el Sistema del Derecho penal**, p. 107.

²² KELSEN, Hans. Acerca de Las Fronteras Entre el Método Jurídico Y el Sociológico. In: **El Otro Kelsen**. México, 1982, p. 297

Neste momento, Kelsen, em alusão a Simmel, levanta que *quando propõe que o ser não pode ser demonstrado, mas apenas sentido, experimentado, mas não deduzido conceptualmente*. O dever ser, da mesma forma, haverá de ser demonstrado logicamente, por meio da atribuição de outro dever ser, de maneira que um justifique o acontecer do outro²³.

Um conceito importante para a comparação entre a vontade e o dever ser é o não-ser. É por meio dele, aduz Kelsen, que os deveres ser são extintos, ao passo em que a incidência do fenômeno *força normativa do fático* passa a guiar a existência das normas por meio da concordância popular, do cumprimento e aceitação daquela regra por um coletivo.

O Direito Penal é composto por normas jurídicas (não por normas morais, religiosas ou de outra índole). As normas jurídicas tratam, direta ou indiretamente, dos fatos externos, não dos pensamentos ou desejos não aflorados ao exterior, porque o Direito penal em geral “é uma ordem de coexistência humana e não um sistema de salvação pessoal ou um caminho para a perfeição”, ou seja, o Direito tem por finalidade obter a convivência pacífica e ordenada dos membros da comunidade que rege; convivência que somente se vê afetada por condutas exteriorizadas —ativas ou omissivas, com consequência na esfera dos direitos alheios—, não por atitudes internas, e, naturalmente, não por todas as condutas exteriorizadas²⁴.

Hassemer citou que o *Direito é a correspondência entre ser e dever-ser*. O autor frisou que esta frase define corretamente a hermenêutica jusfilosófica. Ela é a tese central do trabalho que na literatura alemã integrou a variante metodológica e jusfilosófica da hermenêutica jurídica. A correspondência é fundamentada ontologicamente no analogismo entre ser e conhecimento. Qualquer jurisprudência possui estrutura analógica, ela é um dispor da correspondência entre a situação fática e a norma²⁵.

Neste pensar, portanto, *Cussac*, *Busato* e *Cabral* apresentam que as normas penais se ocupam, direta ou indiretamente, de certos fatos (condutas e, com frequência, resultados), dos quais se estima que atentem de maneira mais grave à tranquila convivência dos cidadãos, por atacar aos bens jurídicos tidos socialmente como mais valiosos (como os de matar, roubar, estuprar, por exemplo, que lesionam a vida, o patrimônio e a liberdade sexual, respectivamente),

²³ KELSEN, Hans. Acerca de Las Fronteras Entre el Método Jurídico Y el Sociológico. In: **El Otro Kelsen**. p. 299.

²⁴ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2017, p. 30.

²⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 14.

ou seja, aqueles comportamentos que o legislador, fazendo eco a um sentimento geral, atribui um significado delitivo, sem o qual seriam penalmente irrelevantes²⁶.

Uma compreensão indispensável na visão de Kelsen é a de que o dever ser se deriva do ser, sendo impossível sua contraposição. O dever ser é a manifestação psíquica-volitiva do ser, porque *o querer* acaba por se materializar como sendo o conteúdo, a essência do dever. E ainda, o querer não pode ser um dever, muito menos pode ser a ação em si, uma vez que, e aqui conflita novamente o ser com o dever, as ideias de querer e poder são institutos diferentes. Querer agir se distancia de poder fazê-lo, de modo que não podem ser vistos como sinônimos seus conceitos base. Kelsen concluiu na seguinte ilustração: *posso querer o que devo, mas não posso dever o que é devido, vez que isso resultaria em uma lógica de querer-querer*.²⁷

Com esta compreensão do pensamento *kelseniano*, tem-se a busca do entendimento da concepção da ação – aquela importante ao Direito Penal – enquanto uma compreensão dos sentidos que ela representa em um recorte de mundo, delimitando a força do poder punitivo e trazendo a análise detalhada da resolução do caso concreto como forma do justo.

E é neste ponto que a *concepção significativa da ação* apresentada pelo Prof. *Vives Antón* ganha importância.

No Direito Penal, a doutrina da ação estava vinculada a um modelo no qual a ação era concebida como um fato composto, ou seja, como a reunião em uma visão cartesiana consistente no fato físico e outro mental, ou seja, um ato de vontade e um movimento do corpo. Todavia, esse esquema pode ser repensado, uma vez que a própria filosofia da ação passa a ser entendida não em termos do que os homens fazem, mas, sim, *do significado do que eles fazem*. Desse modo, *Vives Antón* passa à investigação de um novo e significativo conceito de ação no qual concebe as ações como interpretações que, conforme os diferentes tipos de regras sociais existentes, podem ser dadas ao comportamento humano. Desse modo, o autor define a ação não como um substrato do comportamento humano capaz de receber um significado, mas como um significado que, de acordo com certas normas, pode ser atribuído ao comportamento.

²⁶ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, p. 30.

²⁷ KELSEN, Hans. Acerca de Las Fronteras Entre el Método Jurídico Y el Sociológico. *In: El Otro Kelsen*. México, 1982, p. 307.

Com base nisso, tem-se a gênese da percepção de que a ação deve ser valorada dentro do contexto humano em que ocorre. A interpretação da ação para se obter o seu significado e a profundidade de valor que é admitida, deve ser retirada do contexto social, cultural e político dos participantes do grupo contextual em que ocorreu o fato.

Este novel intento para uma nova concepção dogmática para o delito se apresenta como a mais democrática e promissora teoria nos tempos atuais. E é aqui que, mais uma vez, os ideais de Kelsen se aglutinam no que se espera de um Direito Penal atento aos fundamentos democráticos.

Para Kelsen, *a liberdade é o valor mais importante*, ela advém do espírito, do instinto do homem. Em um Estado democrático, deve-se conciliar a necessidade de coerção, de controle da conduta humana, tendo-se em vista a convivência social e o instinto originário de liberdade. É preciso que se entenda a liberdade de outra maneira. Não se pode considerar a liberdade como negação de uma vontade alheia, negação de uma ordem social, ou seja, como ausência de coerção. A liberdade natural não é desejável, pois ela não permite a convivência entre os homens. Haveria apenas conflito em decorrência de vontades contrapostas, onde acabaria por imperar o desejo do mais forte. Apenas os mais fortes exerceriam a liberdade²⁸.

A liberdade natural inviabiliza a própria liberdade. *A coerção é necessária para que a liberdade se realize*. Não a liberdade natural, mas a liberdade social, como coloca Kelsen. A liberdade social ou política é aquela na qual todos os homens participariam da formação de uma ordem social. *Ordem esta que limitaria o agir humano buscando a realização da liberdade*. Liberdade não mais caracterizada como ausência de coerção, mas como método de formação da ordem social.

Poderíamos, ademais, matizar que o Estado ostenta o “*ius puniendi*” a partir de uma dupla perspectiva, ou melhor, tripla: *primeiro* porque corresponde a ele, em sede legislativa, estabelecer os comportamentos proibidos e atribuir-lhes as penas ou medidas de segurança correspondentes; *segundo*, porque outro de seus poderes, o Judiciário, é encarregado de realizar a subsunção dos fatos humanos às normas penais e a consequente aplicação das suas consequências correspondentes aos que infringem as normas; e *terceiro*, porque o Poder

²⁸ LIMA, Bruno Morais Avelar. **A democracia na obra de Kelsen: outros olhares**. Revista do CAAP. n. 1, v. XIX. Belo Horizonte, 2013, p. 60.

Executivo, em grande medida, é o encarregado da investigação dos delitos e de tornar efetivo o cumprimento das penas impostas, especialmente das privativas de liberdade²⁹.

A necessidade de coerção, ou seja, da demonstração estatal de sua força impositiva para a paz social, torna o Direito Penal como fonte limitadora de tamanho poder na esfera pessoal de seus cidadãos.

O desconforto com a desmedida utilização das penas privativas de liberdade e o aumento dos indivíduos submetidos ao cárcere foram as premissas para o início do desenvolvimento da possibilidade de novas formas de observação do Direito Penal e suas penas. O castigo, de modo geral, esteve estreitamente vinculado ao descumprimento de regras impostas aos seres humanos. A pena era a forma de reafirmar o poder soberano: um castigo é aplicado àquele que tem a ousadia de afrontá-lo³⁰. Por vários séculos, a repressão penal continuou a ser exercida por meio da pena de morte - executada pelas formas mais bárbaras - e de outras sanções cruéis e infames (torturas, açoites, castigos corporais, mutilações e suplícios)³¹.

Surgiu, então, a inquietude do ser humano em balizar o enorme poder conferido ao soberano, o qual não necessitava de justificativa para a aplicação de seus castigos. Como *Busato* aponta, o soberano era a personificação do Deus (como na antiguidade) ou representava a expressão da vontade do Deus, ou quando menos, dos governados³².

A imagem que se desenha de Kelsen é de um ávido defensor das liberdades individuais – e, assim, sua importância ao Direito Penal. Demonstrou que, sem dúvida, o moderno conceito de democracia que prevalece na civilização ocidental não é exatamente idêntico ao conceito original da Antiguidade, na medida em que este foi modificado pelo liberalismo político, cuja tendência é restringir o poder do governo no interesse da liberdade do indivíduo. Sob essa influência, a garantia de certas liberdades intelectuais, em especial a liberdade de consciência, foi incluída no conceito de democracia, de tal modo que uma ordem social que não contenha

²⁹ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, p. 29.

³⁰ RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise Econômica do Direito Penal: O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia**. Porto: Artelogy, 2021, p. 18.

³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Vol. 1: parte geral**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 244.

³² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**, p. 709.

tal garantia não seria considerada democrática mesmo que o seu processo de criação e aplicação garantisse a participação dos governados no governo³³.

Assim, a importância de Kelsen para o esboço de um Direito Penal democrático se origina na ideia de que a democracia liberal ou moderna é apenas um tipo especial da democracia. Kelsen mostrou que é importante ter consciência de que o princípio da democracia e o do liberalismo não são idênticos, de que existe até mesmo certo antagonismo entre eles. Pois, de acordo com o princípio da democracia, o poder do povo é irrestrito, ou como formula a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão: “*O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação*”. É essa ideia de soberania do povo. O liberalismo, porém, implica a *restrição do poder governamental*, seja qual for a forma que o governo possa assumir. Também implica a restrição do poder democrático. Portanto, *a democracia é essencialmente um governo do povo*³⁴.

CONCLUSÃO

Hans Kelsen, sem dúvidas, ascendeu ao status máximo no estudo e compreensão do Direito. Assim como demonstrado neste texto, sua importância sobrepujou sua mais conhecida obra, revelando um jurista preocupado com as linhas democráticas e jusfilosóficas.

Esta preocupação permeou a ideia da sua relevância ao Direito Penal, onde a batalha pelas liberdades individuais se descortina extremamente considerável em tempos atuais, com a firme tentativa de baliza ao *ius puniendi* e a firmeza estatal oriunda da aplicação de sanções penais.

Este “*outro Kelsen*”, discorrido ao início, asseverou o autor fundado na preocupação da liberdade do indivíduo mesmo quando subordinado ao soberano, em sobressalto ao jurídico, mirando na democracia e no que se entende sobre um Estado democrático. Para tanto, apresentou-se a excepcional compilação promovida por Óscar Correias, que condensou a visão de juristas sobre a efervescência de Kelsen acerca do Estado sob a ótica do indivíduo e suas liberdades individuais.

³³ KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 143.

³⁴ KELSEN, Hans. **A Democracia**, p. 143.

Após, dissertou-se sobre o conteúdo democrático no olhar *kelseniano*. Sua preocupação com a norma e o direito se demonstrou essencial para o substrato da liberdade individual, mesmo quando sob coerção do Estado.

Por derradeiro, foi explorada a intersecção do pensamento de Kelsen com o intento de construção de um Direito Penal democrático, voltado as garantias e liberdades individuais, em baliza a força estatal de sua primazia da punição e controle social por meio de normas penais.

Na contemporaneidade, onde se assume a existência de governos autoritários e discursos inflados contra a liberdade do ser humano, as linhas nas quais se buscou amparo na obra de Kelsen são de suma importância para a delimitação de proteção individual, da supervisão do *ius puniendi* e da soberania do povo.

REFERÊNCIAS

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CORREAS, Óscar. **El Otro Kelsen**. Compilador: Oscar Correias. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. Valência: Tirant lo Blanc, 2017.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KELSEN, Hans. El Concepto de Estado de La Sociologia Comprensiva. *In: El Otro Kelsen*. México, 1982, p. 267-282.

KELSEN, Hans. Acerca de Las Fronteras Entre el Método Juridico Y el Sociológico. *In: El Otro Kelsen*. México, 1982, p. 283-318.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Bruno Morais Avelar. **A democracia na obra de Kelsen: outros olhares.** Revista do CAAP. n. 1, v. XIX. Belo Horizonte, 2013, p. 49-69.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Vol. 1: parte geral.** 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ORDÓÑEZ, Ulises Schmill. El Concepto del Derecho em las Teorias de Weber y de Kelsen. *In: El Outro Kelsen.* México, 1982, p. 163-194.

RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el Sistema del Derecho penal.** Buenos Aires: Editorial B & F, 2011.

RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise Econômica do Direito Penal: O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia.** Porto: Artelogy, 2021.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales.** 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.