

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Rubin Assis da Silveira Souza

A DECISÃO JUDICIAL E A FILOSOFIA RELATIVISTA DE HANS
KELSEN: UMA ABORDAGEM HERMENÉUTICA

Dissertação submetida ao Programa
de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do Grau de
Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luiz
Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis, SC
2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Souza, Rubin Assis da Silveira

A decisão judicial e a filosofia relativista de Hans Kelsen : uma abordagem hermenêutica / Rubin Assis da Silveira Souza ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori - Florianópolis, SC, 2015.

134 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Hans Kelsen. 3. Decisão judicial. 4. Relativismo. 5. Hermenêutica. I. Urquhart Cademartori, Luiz Henrique. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Campus Universitário – Trindade Caixa Postal 476
CEP: 88040-900 - Florianópolis - SC - Brasil
Fone: (48) 3721-9287 | Fax: (48) 3721-9733
<http://www.ppgd.ufsc.br/> E-mail: seccpgd@ccj.ufsc.br

A decisão judicial e a filosofia relativista de Hans Kelsen: uma abordagem hermenêutica

RUBIN ASSIS DA SILVEIRA SOUZA

Esta dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

Professor Doutor Luiz Henrique Cademartori
UFSC - Orientador

Professor Doutor Denilson Luis Werle
UFSC. Programa de Pós-Graduação em Filosofia - Membro

Professora Doutora Grazielly Alessandra
Baggentoss
UFSC - Membro

Professor Doutor Luiz Bráulio Farias Benítez
UFSC - Membro

Professor Doutor Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Florianópolis, 02 de março de 2015.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao apoio constante da minha família.

Aos amigos e colegas do PPGD/UFSC.

Aos professores e professoras do programa.

Aos membros do NECODI – Núcleo de estudos conhecer direito.

Às orientações, aulas, paciência e disponibilidade do professor Luiz Henrique Urquhart Cademartori.

Aos funcionários do PPGD/UFSC, em especial à Dona Cida, ao Fabiano e ao Nelson.

Ao apoio financeiro da CAPES-PROEX.

“Embora a pergunta sobre o que vem a ser realmente o valor maior não possa ser respondida racionalmente, o juízo subjetivo e relativo com que essa pergunta é de fato respondida usualmente constitui a afirmação de um valor objetivo, ou seja, de uma norma de valor absoluto. É uma singularidade do homem que ele possua uma necessidade profunda de justificação, que ele tenha consciência. A necessidade de justificação ou de racionalização talvez seja uma das diferenças entre o homem e o animal. O comportamento exterior do homem não se diferencia muito do do animal: os peixes grandes devoram os pequenos, tanto no reino animal como no reino dos homens. Quando, porém, um “peixe humano” age dessa forma impulsionado pelo instinto, procura justificar sua conduta perante si próprio e a sociedade e aplaca sua consciência com a idéia de que seu comportamento em relação a seu semelhante é bom.”

KELSEN, O que é justiça?

RESUMO

A presente dissertação tem como tema central a proposta da abordagem hermenêutica da decisão judicial em Hans Kelsen considerando seu relativismo filosófico. No primeiro momento expõe a concepção de decisão judicial no autor e as suas reformulações conceituais no decorrer das suas obras – as passagens do formalismo normativista das primeiras obras até o ceticismo de regras na Teoria geral das normas. Também propõe a dissolução entre as leituras formalistas e realistas através da possibilidade de uma leitura realista moderada. Após expõe a filosofia relativista do autor e seu resultado na exclusão dos elementos da moralidade do conceito de direito. Finalmente deduz regras de interpretação a partir de uma visão abrangente das obras do autor. O objetivo da dissertação, nesse sentido, é analisar a dinâmica da criação normativa pelo judiciário, a discricionariedade daí resultante e a possibilidade de interpretar os vários sentidos das normas sem recorrer a qualquer moralismo para tal.

Palavras-chaves: Hans Kelsen. Decisão. Relativismo. Hermenêutica.

ABSTRACT

The central theme of this thesis is the hermeneutic approach of the court decision in Hans Kelsen considering his philosophical relativism. In the first chapter exposes his conception of court decision and his conceptual reformulations – the normative formalism and the legal realism. Also proposes the moderate realism as a possible reading. After, in the second chapter, exposes the philosophical relativism and the exclusion of the morality elements of the concept of law. Finally deduces interpretation rules from a full view of the author's works. The aim of the thesis is analyze the dynamics of the normative creation by the judiciary, his discretionary consequences and the interpretation of the various sense of the norms without any moralism.

Keywords: Hans Kelsen. Decision. Relativism. Hermeneutic.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CTGE – Compendio de Teoría General del Derecho

NFF – Norma ficcional fundamental

NHF – Norma hipotética fundamental

TGDE – Teoria geral do direito e do Estado

TGN – Teoria geral das normas

TPD – Teoria pura do direito

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 A DECISÃO JUDICIAL, A INTERPRETAÇÃO E A INDETERMINAÇÃO DO SENTIDO DAS NORMAS	21
2.1 A DECISÃO JUDICIAL	21
2.1.1 A decisão judicial na Teoria pura do direito	22
2.1.1.1 A estrutura escalonada da ordem jurídica desde a pressuposição da Norma hipotética fundamental até a decisão judicial	25
2.1.1.2 O caráter constitutivo da decisão judicial na aplicação da norma geral ao caso particular	33
2.1.1.3 Os valores da flexibilidade e da segurança jurídica através da aplicação e criação normativa pela decisão judicial – o juiz legislador e a mobilidade da moldura	38
2.1.2 A decisão judicial e as reformulações da Teoria geral das normas	41
2.2 A INTERPRETAÇÃO E A INDETERMINAÇÃO DO SENTIDO DAS NORMAS	45
2.2.1 Formalismo e realismo da interpretação das normas	50
2.2.1.1 A leitura formalista	55
2.2.1.2 A leitura realista	57
2.2.1.3 A fundamentação realista normativista (ou realista moderada) da interpretação em Kelsen	61
3 O RELATIVISMO MORAL E A DECISÃO JUDICIAL	65
3.1 A TESE DE CONEXÃO E DE SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL	65
3.1.1 A tese da conexão entre direito e moral	66
3.1.1.1 As origens kantianas da conexão entre direito e moral – John Rawls e o imperativo categórico mitigado como concepção política e não metafísica na justificação de um pluralismo razoável	67
3.1.1.2 O neoconstitucionalismo e a conexão entre direito e moral	69
3.1.1.3 A perspectiva garantista da conexão entre direito e moral	71
3.1.2 As teses da separação entre direito e moral	71
3.1.2.1 O positivismo inclusivo	72
3.1.2.2 O positivismo exclusivo – a tese de Kelsen	73
3.2 O RELATIVISMO KELSENIANO E A EXCLUSÃO DA MORAL DO DIREITO	74

3.2.1 O relativismo moral	74
3.2.1.1 O absolutismo filosófico das doutrinas jusnaturalistas segundo Kelsen	76
3.2.1.1.1 O direito natural com fundamento na natureza humana	78
3.2.1.1.2 O jusnaturalismo como razão prática.....	80
3.2.2 O significado moral do positivismo relativista	85
3.2.3 A interpretação da norma fundamental e o relativismo moral	86
3.2.4 A metaética não-cognitivista de Kelsen – a decisão judicial como o sentido do ato de vontade do intérprete autêntico	88
3.2.5 Direito, Moral e Religião.....	91
3.3 CONCLUSÕES SOBRE O RELATIVISMO MORAL E A DECISÃO JUDICIAL	94
4 REGRAS DE INTERPRETAÇÃO – A ABORDAGEM HERMENÊUTICA DA DECISÃO JUDICIAL	97
4.1 AS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.....	100
4.1.1 Toda decisão judicial tem sua origem social, não racional	101
4.1.2 Toda decisão judicial é o sentido objetivo de um ato de vontade	104
4.1.2.1 Consequências da negação do dualismo entre ser e dever-ser para o problema da decisão judicial	106
4.1.3 A validade da decisão judicial independe da sua legitimação ou justificação	108
4.1.4 A decisão judicial segue um escalonamento que culmina na pressuposição da norma ficcional fundamental	109
4.1.5 Toda decisão judicial imputa uma coerção socialmente organizada.....	111
4.1.6 A decisão judicial leva em consideração o direito internacional como variável do escalonamento normativo	115
5 CONCLUSÃO.....	123
REFERÊNCIAS.....	127

1 INTRODUÇÃO

A dissertação propõe uma abordagem hermenêutica no sentido de construção de regras de interpretação da decisão judicial em Hans Kelsen considerando o relativismo moral e o problema da criação normativa pelo judiciário. Argui que a interpretação autêntica das normas acarreta na discricionariedade da decisão judicial tendo em vista o reconhecimento da falibilidade da determinação semântica das normas gerais aos casos concretos e, como consequência do relativismo filosófico, a impossibilidade da aplicação de princípios morais como forma de resolver essa discricionariedade judicial.

Utiliza-se para tal a própria obra do autor como referência principal: como bibliografia secundária estuda-se os comentadores da obra Kelsen, assim como seus debatedores contemporâneos. Para a discussão crítica, as obras de referência são as que dizem respeito ao problema da discricionariedade judicial e a sua tentativa de superação.

Parte-se da necessidade de integrar à concepção de decisão judicial, e conseqüentemente aos conceitos aí correlatos, a questão da separação entre direito e moral da própria Teoria pura e de seus fundamentos democráticos relativistas. Essa concepção do relativismo filosófico como fundamento da TPD, apesar das polêmicas envolvendo a pretensão de neutralidade da teoria, traz conseqüências principalmente à interpretação judicial das normas. Por mais que a autoridade se arrogue detentora de valores morais absolutos, ou princípios metafísicos do direito (ou mesmo procedimentos mais adequados pragmaticamente) os quais lhe legitimariam associar valores morais às normas, ainda sim sua decisão será analisada apenas como o sentido de um ato de vontade, considerada válida unicamente pela autorização por parte de um escalão normativo superior.

Nesse sentido, sustenta-se a hipótese da indeterminação semântica das normas a partir da Teoria pura do direito por considerar a voluntariedade do magistrado na base do escalão judicial: a aplicação da norma geral ao caso particular depende, em virtude da falibilidade da linguagem, assim como da possibilidade do sistema de autorizações e delegações de competência, da subjetividade do magistrado na escolha de um sentido da norma entre os vários possíveis. Ou seja, uma situação crítica que pode vir a levar a confusão da associação entre moral e direito nessa instância do fenômeno jurídico, mas que de fato não ocorre compreendendo o relativismo filosófico em que se assenta a tese de Kelsen também quanto à própria formação das normas.

Na seqüência, questiona-se, então, o que leva o interprete autêntico a escolher uma interpretação em detrimento de outras? Para Kelsen não há uma regra moral absoluta que possa definir a interpretação justa ou correta, assim como não há respostas mais adequadas ou mesmo procedimentos absolutos de justificação moral. Compete unicamente à subjetividade da autoridade essa determinação. É nesse ponto que se torna essencial integrar a obra teórica do autor com seus textos políticos, incluindo a questão do relativismo filosófico como elemento essencial para compreender a posição de Kelsen quanto ao papel da decisão judicial no sistema normativo, visto a necessidade, portanto, de compreender essa decisão voluntária da autoridade.

Nesse sentido, admite-se que a interpretação da teoria jurídica de Kelsen mostra-se invariavelmente problemática a partir das considerações parciais que se imputa a ela. Quando não tendenciosos, alguns dos comentadores das teses da Teoria pura pecam por considerarem apenas o aspecto jurídico da vasta obra do autor, esquecendo-se da sua extensa produção filosófica e política, tais como a sua abrangente leitura da história da filosofia, desde os sofistas à vasta obra sobre Platão, até as interpretações de Kant e Wittgenstein. Por tal procedimento defendido, a dissertação mostra-se com potencial propositivo e crítico em relação às leituras acerca da obra de Kelsen, pois propõe uma leitura global das obras do autor, demonstrando a integração da sua teoria e sua concepção política no que tange especificamente ao problema da decisão judicial sob um aspecto hermenêutico e, conseqüentemente, acrescentando mais um elemento ao debate sobre a discricionariedade judicial.

Portanto, a dissertação tem significativa importância para a academia tendo em vista a sua busca em cooperar para a formação bibliográfica na medida em que contribuirá para o convencimento e composição sobre o tema da criação normativa pelo judiciário e seu aspecto político relativista.

Assim, o objetivo geral é esclarecer o problema da decisão judicial em Kelsen e as conseqüências do relativismo moral no que tange ao problema da discricionariedade do interprete autêntico. Finalmente, busca propor regras de interpretação com caráter analítico que possam elucidar o papel da decisão judicial e viabilizem uma leitura científica das normas sem recorrer a qualquer espécie de moralismo para tal. Os objetivos específicos são, dessa forma, analisar o processo de dinâmica normativa sob a questão da decisão judicial, apresentar, a partir dessa dinâmica da base do ordenamento, a concepção relativista da moral em Kelsen e,

finalmente, propor a construção de regras analíticas de interpretação dessa decisão judicial.

O primeiro capítulo trata especificamente da decisão judicial e a indeterminação do sentido das normas. Esclarece alguns pontos controversos em relação a interpretação normativa pelo interprete autêntico. Assim, apresenta a refutação kelseniana da escola exegetica e sua teorização do problema da pluralidade semântica das normas desde as suas primeiras obras. Também traça uma periodização e expõe as reformulações conceituais do autor acerca pressuposição da norma fundamental e suas consequências ao problema da decisão judicial, especialmente a questão da diferenciação a partir da Teoria geral das normas entre normas jurídica e normas lógicas. No mesmo capítulo, ainda, em função das reestruturações conceituais de Kelsen acerca da norma fundamental, expõe as duas leituras sobre o problema da determinação semântica das normas – o formalismo de regras e o realismo jurídico. Apresenta, aqui, os comentadores e suas razões para a leitura qualificada do texto de Kelsen. Por fim, defende a posição realista moderada a partir da dicotomia formalismo versus realismo, isto é, uma leitura que admite a superação do normativismo das primeiras obras, porém que não se adequa completamente ao realismo jurídico. Nesse sentido, advoga a necessidade de uma distinção mais fina no autor, que rompa com essa dicotomia formalismo versus realismo, para fundamentar uma posição intermediária que em partes admite a imprevisibilidade do sentido das normas, porém mantém a estrutura formal da norma fundamental, embora justificada não mais como uma construção lógico-transcendental, mas ficcional.

No segundo capítulo apresenta-se o relativismo moral defendido invariavelmente em todas as obras de Kelsen e as consequências desse relativismo para a sua teoria da decisão judicial. Compara, em um primeiro momento, a teoria kelseniana com as teses de conexão entre direito e moral com o intuito de contrastar o positivismo exclusivo do autor com as doutrinas moralistas do direito, tal como a teoria da justiça de John Rawls, o neoconstitucionalismo, o garantismo e o positivismo inclusivo. No decorrer do capítulo, ainda, aprofunda-se nas razões do relativismo filosófico de Kelsen para entender sua recusa de qualquer elemento da moralidade no conceito de direito. Para tal apresenta-se sua radical objeção ao jusnaturalismo, especialmente kantiano, na forma de razão prática. Por fim, conceitua-se direito, moral e religião em Kelsen e a impossibilidade formal de conexão entre os conceitos.

O último capítulo, finalmente, trata da abordagem hermenêutica da decisão judicial. Busca-se, em suma, propor regras analíticas de

interpretação, que, portanto, não acrescentam conteúdo ao direito, apenas esclarecem a pluralidade de sentidos das normas e não elegem qualquer um deles como o sentido mais adequado, verdadeiro ou justo. Portanto, as regras são dirigidas aos interpretes não-autênticos, passíveis de consideração apenas subsequentemente pela autoridade quando pretenda restringir o sentido das suas decisões em favor da segurança jurídica.

2 A DECISÃO JUDICIAL, A INTERPRETAÇÃO E A INDETERMINAÇÃO DO SENTIDO DAS NORMAS

Este primeiro capítulo apresenta a concepção de Hans Kelsen acerca da decisão judicial e esclarece alguns pontos controversos no que diz respeito ao problema da interpretação normativa.

Primeiramente, enfrenta-se o problema da decisão judicial e sua reformulação conceitual. Observa-se que Kelsen desde suas primeiras obras refuta as postulações da antiga escola exegética – a decisão da autoridade faz parte do processo de criação normativa, por isso tratada a partir da dinâmica do direito, na qual se considera que a sua aplicação não expressa tão somente a vontade do legislador, mas, em função da insuficiência da linguagem, assim como a possibilidade do sistema de autorizações e delegações de competência, tem no arbítrio judicial uma fonte criadora de direito.

Nessa sequência, insta expor o problema da interpretação normativa realizada pelo intérprete autêntico e os problemas a ela correlatos, os quais centram-se na possibilidade da discricionariedade da autoridade no momento da aplicação da norma. Aqui descreve-se a radicalização hodierna realizada por alguns comentadores acerca do formalismo e do realismo de regras. Ocorre que Kelsen possui uma distinção mais fina no que diz respeito a indeterminação do sentido das normas, distinguindo-a da concepção semântica dos formalistas e dos realistas. Qualifica-se, ao final, sua tese sobre a interpretação como realismo normativismo (ou realismo moderado), pois mantém o construtivismo neokantiano, porém de forma débil, apesar das reformulações céticas na Teoria geral das normas.

2.1 A DECISÃO JUDICIAL

O aspecto da decisão judicial na obra de Kelsen, assim como os temas do fundamento de validade e o esclarecimento acerca das normas primárias e secundárias, passa por significativas reformulações entre as edições da Teoria pura do direito e a Teoria geral das normas.¹ No

¹ Sobre a periodização da obra de Kelsen, conferir PAULSON, 2013, p. 5. No texto em questão, Paulson, citando a monografia de Carsten Heidemann, expõe a transição dos conceitos kelseniano divididos em quatro períodos: 1) fase construtivista, 2) transcendental, 3) realista e 4) analítico-lingüística. A primeira fase consiste na publicação da sua tese de habilitação, *Main Problems in the Theory of Public Law*, que data de 1911, na qual os conceitos como pessoa,

primeiro momento as decisões seguem uma unidade lógica fundamental, na qual a pressuposição da norma hipotética age na condição de possibilidade de conhecimento e garante a validade do sistema normativo (KELSEN, 2002, p. 63; KELSEN, 2009, p. 263). Na Teoria geral das normas (KELSEN, 1986, p. 323) essa unidade lógica é revista em favor da distinção acentuada entre normas jurídicas versus lógica formal, resultando no voluntarismo e na alteração do papel da autoridade aplicadora da norma ao caso concreto.

2.1.1 A decisão judicial na Teoria pura do direito

Antes mesmo da primeira edição da Teoria pura do direito, preliminarmente é importante citar o movimento que Kelsen já havia iniciado nos seus primeiros escritos contra a doutrina tradicional de subsunção da norma geral ao caso concreto. Já na obra publicada em 1928 e traduzida para o espanhol em 1934, *Compendio de Teoría General del Estado* (KELSEN, 1934, 195), a sentença judicial é definida como fonte

Estado e vontade são construídos em decorrência do conceito de norma jurídica. A fase transcendental desenvolve-se entre os anos de 1916 e 1922 e resulta na publicação da primeira edição da Teoria pura do direito e na obra *Introduction to the Problems of Legal Theory* – esse é o momento de maior compromisso entre Kelsen e as teses neokantianas na formulação da norma hipotética fundamental. A terceira fase é nomeada de realista, iniciada em 1935 até 1962 – segundo Paulson, a segunda edição da TPD e a TGDE pertencem a essa fase – aqui, Kelsen mantém o transcendentalismo da NHF, porém introduz objetivos realistas (*realist desiderata*), exemplificados como a função descritiva da ciência do direito (não mais construtiva) e, principalmente, a objetividade do conceito de norma justificada pela verificabilidade empírica. Por fim, a última fase evidencia a virada pragmática a partir de 1962 até o final da sua vida – Kelsen, nessa fase, desenvolve a semântica e a pragmática das normas, além de fortalecer o voluntarismo da decisão judicial. Nas palavras de PAULSON (2013, p. 9): “Numa rica e detalhada apreciação dessa fase analítico-linguística, Heidemann enfatiza dois temas: em primeiro lugar, o parcial desenvolvimento tanto de uma semântica quanto de uma pragmática das normas (refletido numa teoria do sentido e uma teoria da força ilocucionária, ambas direcionadas a normas) e, em segundo lugar, o voluntarismo kelseniano, que recebe sua mais proeminente expressão na tese de que não é possível haver uma lógica das normas.” Observa-se, por fim, que Paulson propõe uma periodização dividida em três fase: fase construtivista, clássica e cética. No geral, entretanto, Paulson concorda com a periodização de Heidemann no aspecto das mudanças entre os períodos da obra de Kelsen.

criadora de direito e representa a continuidade do processo produtor de normas que vai do geral ao individual. A doutrina tradicional, para Kelsen, erra, nesse sentido, ao confundir direito com lei.²

Na sequência, na primeira edição da TPD (KELSEN, 2002, p. 55), o problema da aplicação limita-se apenas à afirmação do contraste entre a normas gerais e a sua aplicação, porém de forma subestimada em comparação com as obras posteriores. (KELSEN, 2002, p. 69) Para Kelsen, aqui há tão somente o reconhecimento do possível conflito entre a criação e a aplicação do direito capaz unicamente de garantir a refutação da concepção tradicional da aplicação sem interpretação. Contudo, essa oposição à doutrina tradicional ainda limita significativamente o papel da criação normativa da autoridade à hierarquia lógica própria do pensamento neokantiano.³ (KELSEN, 2002, p. 70)⁴ Segundo Stanley

² “Lo que impidió que esto fuese visto claramente, fué sólo el prejuicio de considerar que era Derecho únicamente lo encerrado en la norma general, es decir, el prejuicio de la errónea identificación entre Derecho y ley.” (KELSEN, 1934, p. 196)

³ Por neokantismo entende-se a adoção parcial da obra de Kant – isto é, Kelsen adota apenas a Crítica da Razão pura e rejeita a Crítica da razão prática e qualquer obra metafísica de Kant. No apêndice da segunda edição da TPD Kelsen afirma: “A luta que este gênio, apoiado pela ciência, moveu contra a metafísica, que lhe valeu o título de “destruidor de tudo”, não foi efetivamente levada por ela até a conclusão final. (...) Isso se torna mais evidente na sua filosofia prática” (KELSEN, 2005, p. 635) Conferir também o artigo de Paulo Sávio Peixoto Maia (2010, p. 195) sobre a influência do neokantismo da escola de Marburgo no primeiro Kelsen – no texto, o autor realiza uma análise da preocupação da unidade e sistematicidade especialmente na fase que marca a primeira edição da TPD. Segundo MAIA (2010, p. 198), a fase neokantiana de Kelsen radicaliza o elemento formal de sua teoria em função da pureza do método almejada pelo autor, incluindo temas retomados posteriormente, tais como a distinção radical entre ser e dever-ser e a impossibilidade da fundamentação de uma razão prática (uma filosofia moral).

⁴ Afirma Kelsen (2002, p. 70): “Insight into the hierarchical structure of the legal system shows that the contrast between making or creating the law and carrying out or applying the law does not by any means have the absolute character accorded to it by traditional legal theory, where the contrast plays such a significant role. Most legal acts are acts of both creation and law application. With each of the legal acts, a higher-level norm is applied and a lower-level norm is created. Thus, the establishing of the first constitution (an act of highest law creation) represents the application of the basic norm; legislation (the creation of general norms) represents the application of statutes; and the realization of coercive acts represents the application of judicial decisions and administrative

Paulson (KELSEN, 2002, p. XXIX), essa é a fase mais forte do neokantismo no autor, pois nesse momento a estrutura do sistema tem caráter lógico fundamental para a possibilidade de conhecimento do direito. Ou seja, Kelsen aqui não poderia aceitar a tese da discricionariedade judicial defendida na Teoria geral das normas, pois tal contradiria a unidade lógica do sistema da hierarquia normativa, imprescindível para o conhecimento puro do direito, isto é, sem recorrer a elementos externos. Nessa fase, a cognição normativa não tolera a contradição entre duas normas – o possível conflito, entretanto, entre duas normas válidas é resolvido pelo próprio sistema, sendo que a discricionariedade judicial é limitada pela mesma filosofia neokantiana de possibilidade de conhecimento normativo. “A unidade da estrutura hierárquica do sistema legal não é prejudicada pelas contradições lógicas” (KELSEN, 2002, p. 75, tradução livre)⁵

Apenas partir da segunda edição da TPD, então, a hierarquia normativa, em especial o problema da aplicação das normas gerais, ganha volume significativo dentro da obra do autor, contudo mantendo-se relativamente atrelada ao neokantismo desenvolvido na primeira edição e no CTGE. (KELSEN, 2009, p. 263) Dentro da segunda edição da TPD, Kelsen se refere à decisão judicial em dois capítulos determinados: no último capítulo, como função específica do interprete autêntico das normas (KELSEN, 2009, p. 308); e no capítulo da dinâmica jurídica, no subitem da estrutura escalonada da ordem jurídica. (KELSEN, 2009, p. 246) Dentre os temas abordados nesse capítulo, Kelsen traz a tese piramidal da ordem jurídica⁶, que se inicia pela pressuposição da norma

directives. While the presupposition of the basic norm has the character of pure norm creation, and the coercive act has the character of pure application, everything between these limiting cases is both law creation and law application. One should note in particular that even the private law transaction is both, and it cannot be contrasted, *qua* act of law application, with Theory. For legislation, too, like the private law transaction, is both law creation and law application.”

⁵ “The unity in the hierarchical structure of the legal system is not endangered by contradiction.” (KELSEN, 2002, p. 75)

⁶ A tese da estrutura piramidal ou escalonada da ordem jurídica não foi sistematizada primeiramente pelo próprio Kelsen, mas por seu aluno, Adolf Julius Merkl, e foi adotada na fase de reestruturação dos *Problemas capitais do Direito e do Estado* e inserida definitivamente na segunda edição da TPD. Nesse sentido, afirma Gabriel Nogueira Dias (2010, 206), foi o trabalho de Markl quem despertou a iminência para Kelsen de teorizar uma concepção também dinâmica da norma. Nesse caso, afirma DIAS (2010, p. 207): “A criatura cresce além do criador, sem que ele possa impedir isso.” *Vide* também BOROWSKI, 2013, p.

hipotética fundamental e termina na sua base com a aplicação da norma geral ao caso concreto. Nesse último aspecto, o autor aborda as questões referentes ao problema da aplicação dessas normas gerais, dividida especialmente nos dois seguintes tópicos: a) o caráter constitutivo da decisão judicial e a relação entre a decisão judicial e a norma jurídica geral a aplicar (incluindo o problema das lacunas do direito e a criação de normas gerais pelos tribunais, isto é, o juiz como legislador) e, finalmente b) a dicotomia entre a segurança jurídica *versus* a flexibilidade normativa. (KELSEN, 2009, p. 263, 269, 273 e 277)

2.1.1.1 A estrutura escalonada da ordem jurídica desde a pressuposição da Norma hipotética fundamental até a decisão judicial

A estrutura escalonada da ordem jurídica na segunda edição da TPD vem precedida pelo seu fundamento de validade (KELSEN, 2009, p. 221). Assim, antes de abordar o próprio sistema legal, o autor preocupa-se em esclarecer a origem dessas normas e como elas podem ser interpretadas especificamente como normas de direito, sem recorrer ao seu conteúdo (incerto e indeterminado), mas apenas através da sua forma. (KELSEN, 2009, p. 225) Em suma, Kelsen propõe o reconhecimento da validade da ordem jurídica fundamentado pela pressuposição da norma hipotética. Assim, a normatividade possui um aspecto dinâmico, no qual importa, antes de qualquer conteúdo, a forma que a compõe. Em última análise, o conteúdo da norma não garante a sua validade, mas sim a forma com que foi constituída determina se essa norma é de fato uma norma jurídica ou um sentido de ato de vontade subjetivo, isto é, se é obrigatória para todos ou se expressa tão somente a vontade particular de um indivíduo sobre outrem.

Para definir essa norma hipotética, Kelsen (2009, p. 221) afirma que toda norma posta representa um ato especial de criação – toda a Constituição de uma comunidade depende da criação consciente através de um processo legislativo ou do reconhecimento também consciente do costume como ato constituinte. Nas palavras do autor:

As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos

129 e 176, sobre a recepção de Kelsen da teoria escalonada de Merkl, especialmente sobre o papel do processo de dinâmica normativa nas formas de derrogação, delegação, subordinação, coordenação e seu reflexo na teoria da decisão judicial de Kelsen.

de uma ordem positiva. Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição posta conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. (KELSEN, 2009, p. 221)

Ou seja, toda legislação começa com a produção ou reconhecimento consciente da norma através do ato constitutivo⁷: constituído tanto pelo reconhecimento dos costumes quanto por uma constituinte. O que o autor questiona nesse ponto é sobre qual fundamento torna válida essa primeira Constituição, isto é, por quê considerar algumas

⁷ A legislação começa, para Kelsen, através de um fato (um ato de vontade), porém não se confunde com esse mesmo fato. Os fatos, que pertencem ao mundo do ser e não se confundem com o próprio direito, correspondente ao mundo do dever-ser, pois, conforme a Lei de Hume (HUME, 1999, p. 11 e 12), de fatos não resultam normas, isto é, as normas do direito não são justificadas por Kelsen porque existem no mundo, e portanto devem ser obedecidas. Esse ponto é fonte de diversa crítica ao pensamento do autor, as quais lhe imputam a falácia naturalista, pois supostamente requer a fundamentação de um dever-ser através de um ser, isto é, o fundamento do direito se daria pela pressuposição de uma norma, que por sua vez é obtida pela petição de que algo é. Portanto, a teoria de Kelsen seria contraditória ao negar o jusnaturalismo. A resposta a essa crítica pode ser encontrada logo no início da própria TPD, quando o autor distingue direito de natureza arguindo pela especificidade de um ato de vontade, pertence ao mundo do ser, e o sentido desse ato de vontade, pertencente ao mundo do dever ser. (KELSEN, 2009, p. 2) Também pode ser observado na passagem em que Kelsen (2009, p. 237) define a relação entre validade e eficácia das normas. O problema e a resposta aos críticos será discutido no último capítulo dessa dissertação, sobre a regra de interpretação que impossibilita ler a decisão judicial, mesmo sendo um fato e um ato de vontade, como resumindo-se à esfera do ser no âmbito jurídico.

vontades como válidas e excluir outras como inválidas ou não obrigatórias? Em outros termos, por quê determinada Constituição é jurídica e outras excluídas e designadas como vontades subjetivas? Para a resposta, Kelsen (KELSEN, 2009, p. 225) sustenta a existência da pressuposição necessária de uma norma superior a própria Constituição que dá unidade a legislação e garante o reconhecimento dessa mesma legislação como válida juridicamente e obrigatória para todos, excluindo todos os outros sentidos de atos de vontade.

Essa norma pressuposta, porém, não se iguala a Constituição no aspecto de sua positividade porque não é posta no sentido desse mesmo ato de vontade, mas pressuposta como condição de validade de todo sistema normativo. Do contrário, se à norma fundamental também fosse exigida a positividade tanto por um constituinte ou pelo costume, careceria-se novamente de outra norma para fundamentar essa norma, resultado em um regresso ao infinito. Outrossim, essa norma superior, além de não ser posta, representa o sentido lógico do sistema normativo, porém não o seu sentido jurídico-positivo, isto é, a NHF não é constituída nem pelo legislador, nem pelo costume, mas é pressuposta como condição de possibilidade lógico-formal do reconhecimento da validade da Constituição.

Nesse sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por autoridade superior. (KELSEN, 2009, p. 221 e 222)

Sendo assim, a resposta à pergunta: por que devemos obedecer a Constituição é dada pela pressuposição do reconhecimento da validade dessa mesma ordem jurídica. Ocorre, outrossim, que essa pressuposição não se opera de forma livre, no sentido da escolha arbitrária entre diferentes normas ou Constituições. Somente quando há uma Constituição determinada, isto é, apenas quando já existe uma Constituição posta e globalmente eficaz é possível interpretar o sentido subjetivo de um ato de

vontade como seu sentido objetivo – como ordem jurídica – e, logo, é possível o conhecimento do direito enquanto sentido objetivo de um ato de vontade. (KELSEN, 2009, p. 225) Na hipótese do caso limite da existência de duas Constituições postas, a validade depende da pressuposição da eficácia global. Isto é, será válida aquela constituição reconhecida como além de posta, globalmente eficaz, condicionando essa eficácia, contudo, à condição de possibilidade e não identificação com a validade da Constituição. Especificamente sobre a eficácia, Kelsen afirma:

A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato–de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição de validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. (KELSEN, 2009, p. 236)

Nesse ínterim, o próximo passo é questionar a origem dessa NHF já sabendo de sua necessidade para o reconhecimento da obrigatoriedade da norma. Para Simone Goyard-Fabre (2007, p. 340), a segunda edição da TPD a obra de Kelsen é dominada pela questão do método da pureza apoiada sob o postulado da lógica transcendental kantiana. Assim, tanto para Kelsen quanto para Kant, o método não possui apenas valor instrumental, mas garante a possibilidade do conhecimento – epistemológico no caso de Kant; jurídico, para Kelsen. Além do mais, o método garante a renúncia ao psicologismo e ao historicismo, pois a objetividade é justificada apenas através de esquemas de pensamento, sem recorrer ou expor a gênese do fato constituinte. E esse método, continua a autora (GOYARD-FABRE, 2007, p. 343), é sustentado em Kelsen através da distinção entre o ser do ato de positividade das normas e o dever-ser do sentido desse ato de positividade. Em outros termos, as normas de fato existem na esfera do ser, pois foram postas como atos de vontade, contudo não se confundem com esse mesmo ato de vontade porque representam o sentido desse ato de vontade, isto é, são interpretadas como dever-ser independentemente do ato constituinte. E

são de tal maneira interpretadas porque o método lógico transcendental assim permite.

Sobre esse fundamento citado por GOYARD-FABRE (2007, p. 343), encontramos em Kelsen expressamente a citação à teoria do conhecimento de Kant como fonte teórica do desenvolvimento da NHF:

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos posto de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar per analogia um conceito da teoria do conhecimento de Kant -, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. (KELSEN, 2009, p. 225)

Assim, essa norma fundamental é entendida como condição de possibilidade do conhecimento do direito. A questão, a partir desse reconhecimento do método como condição, é sobre quais são as categorias mentais para Kelsen que irão garantir a objetividade jurídica, afastando o sentido subjetivo de um ato de vontade. Nesse ponto, então, o autor determina a eficácia global e a positividade da norma como categorias mentais necessárias para a pressuposição da NHF. (KELSEN, 2009, p. 235) Se uma norma não é posta nem pelo legislador ou admitida pelo costume ou se não garante uma eficácia global, isto é, as pessoas não reconhecem como eficaz os atos do Estado, então não há condições cognitivas de reconhecê-la como uma norma jurídica.

Finalmente, Kelsen (2009, p. 237) postula um silogismo normativo simples que fundamenta a validade de uma ordem jurídica, composto pela premissa maior (a NHF), a premissa menor (a norma constitucional posta e globalmente eficaz) e a conclusão (a validade da ordem jurídica): a) a premissa maior enuncia a norma fundamental: “devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efetivamente posta e eficaz” (KELSEN, 2009, p. 237); b) a premissa menor reconhece determinada Constituição como efetivamente posta e eficaz, isto é, as normas são globalmente aplicadas e observadas; c) a conclusão resulta na afirmação verdadeira de que a ordem jurídica da premissa menor possui validade lógica. Portanto, a validade de um sistema normativo depende necessariamente, nessa fase de Kelsen, da pressuposição lógico-formal da NHF como premissa maior do silogismo normativo.

Além desse normativismo lógico defendido na NHF, Andityas Costa MATOS (2011, p. 53 e 58) sustenta que o objetivo dessa NHF de Kelsen mais assumido trata de opor-se à metafísica jusnaturalista, já que os pressupostos fundamentais necessários para o conhecimento específico do direito e seu silogismo lógico não admitem a postulação de regras da natureza, tal como a doutrina do direito natural o faz quando advoga qualquer elemento externo à própria normatividade como fundamento de validade do direito. Assim, a NHF apresenta as condições de possibilidade para o conhecimento do direito e impede a justificação da ordenação jurídica através de absolutos, pois o direito não necessita mais ser validado pela autorização de determinada moral ou religião específica que se arroga detentora dos valores corretos e balizadora da justiça. Para isso, ainda segundo Matos (2011, p. 60, 62 e), a NHF têm como características a) ser uma hipótese, isto é, compor-se como uma lógica não-apodítica, b) não ser posta, mas pressuposta e c) estar diante de uma ordem coercitiva globalmente eficaz.

Estando apresentada a NHF, segue-se que o ordenamento possui um sistema de autorizações em três escalões: começa a partir da Constituição e percorre a legislação e costume como criações intermediárias e finalmente chega à aplicação final, que pode ser tanto pela decisão judicial (jurisprudência), quanto pelo contrato e pelos atos da administração. (KELSEN, 2009, P. 246, 250, 255 e 263)

A Constituição pertence ao escalão mais elevado do sistema jurídico e representa a regulação e produção das normas jurídicas gerais. Tanto pode ser produzida via consuetudinária ou através de um ato legislativo (uma constituição não escrita e uma constituição escrita, respectivamente). O mais significativo da Constituição é a determinação

de competência para a produção de normas jurídicas gerais – leis e decretos. (KELSEN, 2009, p. 246 – 250)

A legislação e o costume vêm logo abaixo da Constituição e também é fonte criadora de normas gerais, porém vinculada à autorização das normas Constitucionais. Ou seja, permanece em um escalão intermediário, obedecendo à norma superior, contudo com autorização para produzir normas a serem aplicadas pelas autoridades administrativas e pelos tribunais.⁸ Os membros desse escalão são determinados previamente pela Constituição – no caso de uma democracia, esses membros são os representantes do povo e são necessárias determinações reguladoras do processo legiferante, tal como número de seus membros, o processo ordinário de suas deliberações e a sua composição através de uma lei eleitoral regulamentadora; na hipótese de uma autocracia, o processo de criação normativa não se restringe por regras formais de legislação. Por fim, outra característica do processo legiferante é a sua consciência da criação normativa instituída por atos subjetivo de vontade – isto é, os atos de vontade das autoridades são suas opiniões e vontades subjetivas; entretanto, após a manifestação subjetiva dos atos de vontade dos legisladores, somente se a Constituição permitir esses mesmos atos podem ser considerados objetivos, isto é, obrigatório para todos. (KELSEN, 2009, p. 250-255)

A jurisprudência é o último escalão da ordem jurídica e representa a base do ordenamento, no qual a norma superior será aplicada ao caso concreto. Ocorre que, além aplicação das normas superiores e da legislação intermediária, ela também se determina como fonte criadora de direito. Afirma o autor:

A determinação da produção de uma norma inferior através de uma norma superior pode ter diferentes graus; nunca pode, porém ser tão reduzida que o ato em questão já não possa ser considerado como ato de aplicação do Direito, e nunca pode ir tão longe que o ato já não possa ser havido como ato de produção jurídica. Mesmo quando sejam determinados não só o órgão e o processo mas ainda o conteúdo da decisão a proferir – como sucede no caso de uma decisão

⁸ Kelsen observa, entretanto, que essa fase intermediária não é indispensável na estrutura do direito – admite a inexistência de órgãos intermediários, de forma que os tribunais e a autoridade administrativa seriam considerados imediatamente competentes para criarem normas aplicáveis ao caso concreto. (KELSEN, 2009, p. 250)

judicial a proferir com base na lei – existe não somente aplicação do Direito como também produção jurídica. A questão de saber se um ato tem o caráter de criação jurídica ou de aplicação do Direito está dependente do grau em que a função do órgão que realiza o ato é predeterminada pela ordem jurídica. (KELSEN, 2009, p. 262)

Então, reconstruído o argumento analiticamente a partir da decisão judicial na segunda edição da TPD, observamos que a obediência a uma decisão pode ser remontada a partir de uma série de autorizações, passando pela legislação intermediária até a Constituição e, finalmente, pela pressuposição da NHF. Ainda, conclui-se que em todos os estágios do ordenamento, há invariavelmente, criação normativa, mesmo na decisão judicial, em que a aplicação da lei é considerada por Kelsen também como criação de direito desde que corroborada pelos escalões superiores.

Nesse aspecto de criação, a decisão judicial também atua na competência de legislador, diferenciando-se dos outros escalões por uma questão de grau, mas não de conteúdo, especialmente na falta ou obscuridade da norma geral no momento de sua aplicação.

A diferença entre o caso em que o tribunal – como sói dizer-se – tem competência para funcionar como legislador e o caso em que o tribunal, posto perante a ausência de uma norma geral positiva do direito material que predetermina o conteúdo da decisão judicial, tem de rejeitar a demanda ou de absolver o acusado, é apenas uma diferença de grau. Não só porque, também no primeiro caso, o tribunal aplica uma norma geral – se bem que não positiva – de conteúdo material, mas especialmente porque, também no segundo caso, a função do tribunal é criadora de Direito, a saber, criadora de uma norma individual. Somente neste último caso a livre apreciação do tribunal é muito mais limitada do que naquele, em que – de fato – ela é tão pouco limitada como a livre apreciação que a Constituição normalmente concede ao legislador na criação de normas jurídicas gerais.

Essa última hipótese diz respeito especialmente às chamadas lacunas do direito. Para Kelsen (2009, p. 273), mesmo quanto uma norma geral não regular de modo positivo determinando comportamento, ainda assim não se valida a ideia de lacuna de uma norma geral, pois tal lacuna funda-se na ignorância de que quanto uma norma geral não estatui

qualquer dever, então ao indivíduo é permitida a conduta não proibida. Assim, as chamadas lacunas não resistem à anterioridade da lei ou a autorização constitucional para a autoridade aplicadora preencher o sentido das normas gerais nos casos específicos.

Conclui-se, portanto, que mesmo com a admissão de Kelsen da criação normativa através da aplicação das normas gerais aos casos concreto, ainda assim mantêm-se a unidade lógica do sistema pela série de validações por que passa decisão judicial para possuir a validade dentro do sistema normativo. Portanto, a decisão judicial se torna válida pela lei intermediária que autoriza a interpretação e aplicação da norma geral, mesmo se concebendo o arbítrio judiciário; nesse mesmo sentido, o que determina a validade dessa lei intermediária, inclusive na sua tolerância com a interpretação da decisão judicial, é a própria Constituição; por fim, a validade dessa Constituição apenas é reconhecida através da pressuposição de que a obrigação é derivada uma norma constituinte posta e globalmente eficaz, isto é, a pressuposição da NHF.

2.1.1.2 O caráter constitutivo da decisão judicial na aplicação da norma geral ao caso particular

O problema da criação normativa da decisão judicial centra-se na função política que acaba exercendo a partir da teoria da decisão de Kelsen. Essa função criadora-política está presente especialmente nesse processo da dinâmica jurídica, na qual ganha relevo o problema da concretização das normas em relação à moldura piramidal da legislação, que segue desde a pressuposição da NHF à materialização da Constituição e da legislação específica através da decisão da autoridade em cada caso e, especialmente, em função da interpretação das normas gerais aplicadas aos casos concretos. Desta forma, afirma o autor, a decisão judicial não tem um caráter apenas declaratório, mas sempre constitutivo.

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples “descoberta” do Direito ou “jurisdição” (“declaração” do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. (KELSEN, 2009, p. 264)

Nesse sentido, a norma individual determinada pela sentença é criada através da decisão judicial. Antes dessa decisão, a norma geral não tinha vigência concreta sobre o caso. (KELSEN, 2009, p. 265) Apenas após sua aplicação valerá a norma individualmente, considerando todo o sistema normativo, inclusive o arbítrio da autoridade que a imputou. Assim, o sentido subjetivo do ato de vontade do juiz, após transitada em julgado o ato decisório, transforma-se em seu sentido objetivo do ato de vontade, sendo, portanto não mais formalmente uma simples decisão valorativa do juiz, mas norma jurídica, o que acarreta na situação da discricionariedade judicial no momento da aplicação da norma geral ao caso concreto até o seu trânsito em julgado. Afirma Kelsen:

No entanto, a decisão judicial pode, quando a verificação nela contida do fato condicionante é tida como incorreta pelas partes no processo a quem, para tanto, a ordem jurídica confira poder, ser atacada por estas em recurso de instância. Quer dizer: o sentido subjetivo do ato da decisão não deve ser ainda assumido como sendo definitivamente o seu sentido objetivo. Tal só sucede quando a decisão judicial em que se verifica que um determinado indivíduo praticou certo homicídio e se ordena que uma determinada pena lhe seja aplicada transite em julgado, quer dizer: quando ela já não pode ser anulada em qualquer novo processo. (KELSEN, 2009, p. 267)

Nesse último aspecto torna-se complexa a delimitação entre vontade subjetiva e direito. Ocorre que a decisão em última instância, como visto, transforma um ato de vontade subjetivo em objetivo, tornado o que era mera vontade do juiz (um ato político) em ato jurídico. Nesse sentido, Kelsen (2009, p. 268) afirma ser esse um caso-limite do processo de conhecimento que se assume como fato em si. Existe, assim, um paralelismo entre vontade e conhecimento no qual a decisão judicial é tanto ato de conhecimento quanto ato de vontade. Contudo, apenas após transitada a sentença ela deixa de ser ato de vontade subjetivo e passa a ser unicamente o sentido desse ato de vontade expresso objetivamente. (KELSEN, 2009, p. 268 e 269)

Na TGDE (2005, p. 181), publicada em 1945, e, portanto entre a segunda e a primeira edição da TPD, Kelsen destaca a teoria piramidal formada pela séria de autorizações tendo em vista o conceito de ordem como conjunto de normas cuja validade é pressuposta por uma norma fundamental. Seguindo essa estrutura de autorizações do escalão superior, isto é, da constituição e da sua pressuposição de validade, chega-se, ao fim, a relação da norma preexistente com o caso concreto a ser aplicada. Assim, boa parte da obra é dedicada ao problema da hierarquia das

normas, tendo na interpretação seu núcleo argumentativo. Em especial, destaca-se o problema já suscitado na primeira edição da TPD, poderem desenvolvido extensivamente aqui e retomado quinze anos depois na segunda edição – a criação de normas tanto individuais quanto gerais pelos atos judiciais na base do ordenamento. (KELSEN, 2005, p. 193) No texto, Kelsen ainda não apresenta sua concepção de moldura flexível de interpretação, contudo, visto a diferença apenas relativa entre a função criadora de Direito e a função aplicadora de Direito, já remete ao problema da criação normativa pela decisão judicial, igualando legislador e magistrado tendo em vista os fatos condicionantes na aplicação das normas gerais.

Essa ideia de discricionariedade, ainda na TGDE, aprofunda-se quando Kelsen contesta a doutrina de John Chipman Gray⁹ sobre a criação do Direito pelo judiciário. (KELSEN, 2005, p. 217) Nesse caso, podemos observar na discussão a marcadamente influência neokantiana que persiste nessa fase, mas com maior fundamento no arbítrio da decisão, demonstrando a transição entre a fase mais formalista para um realismo moderado. Pode-se notar que apesar de admitir e teorizar essa criação normativa pela decisão judicial, Kelsen não abdica completamente do sistema normativo pressuposto de forma lógico-formal e da unidade da ordem jurídica. Para Kelsen, de fato há uma função criadora de Direito dos tribunais considerando sobretudo a aplicação dos precedentes. Consequentemente, a decisão de um tribunal num caso concreto assume o caráter de precedente obrigatório para as decisões futuras de todos os casos similares por meio de uma generalização da norma individual criada pela primeira decisão. (KELSEN, 2005, p. 216) Nesse sentido, os tribunais são criadores de normas jurídicas e não apenas aplicadores de normas gerais, contrariando a doutrina tradicional que sustenta apenas a função declaratória da decisão judicial. Assim, não há fundamento lógico na visão legalista do Direito e na função exclusivamente declaratória da decisão judicial.

Ocorre, entretanto, que também carece de fundamento a visão oposta, a qual afirma que todo o direito é criado pelos tribunais, tese defendida por J.C. Gray. Para esse, só há direito a partir da aplicação das regras ao caso concreto, tendo em vista a indeterminação das normas gerais e a possibilidade de julgamentos contra a lei geral. Kelsen, todavia, recusa essa concepção sustentando a necessidade de um direito preexistente para a possibilidade da própria decisão judicial e da própria discricionariedade da autoridade. Mesmo no caso da norma inferior não

⁹ The Nature and Sources of the Law.

corresponder à norma superior (decisão contra a lei), há um direito preexistente que autoriza o conteúdo contrário à norma geral da decisão (hipótese da desuetudo, por exemplo), ratificando-a através de um controle concentrado dessa norma geral. A partir de então, Kelsen adota a tese da inexistência de julgados contra a lei ou mesmo inconstitucionais ou a hipótese da existência de lacunas: se determinada sentença é, mesmo contra um dispositivo legal, validada por um órgão superior, ela em si não é mais apenas uma livre decisão do magistrado, mas se soma como uma possibilidade de interpretação validada por uma autoridade superior, mesmo se contra a lei. Ocorre que uma lei pode perder sua eficácia, pelo seu desuso, por exemplo, possibilitando uma interpretação inclusive contrária ao seu comando. Nesse caso, há uma norma individual válida criada a partir do arbítrio judicial contra uma norma geral, desde que em concordância com a interpretação constitucional da corte superior. Assim, para que tal seja válido, há a necessidade de dispositivos constitucionais autorizando esse tipo de interpretação. E esses dispositivos, que também passam por uma interpretação, obedecem à unidade lógica do sistema normativo.¹⁰

Assim como os tribunais podem ser autorizados, sob certas circunstâncias, a não aplicar o Direito estatutário ou consuetudinário existente e a atuar como legislador e criar novo Direito, o legislador comum pode ser autorizado, sob certas circunstâncias, a atuar como legislador constitucional. Se um estatuto decretado pelo órgão legislativo é considerado válido apesar de ter sido criado de outro modo e de ter outro conteúdo que não os prescritos pela constituição, devemos admitir que as prescrições da constituição referentes à legislação possuem um caráter alternativo. O legislador está autorizado ou a aplicar as normas estabelecidas diretamente pela constituição ou a aplicar outras normas que ele próprio venha a determinar. Do contrário, um estatuto cuja criação ou conteúdo não se conformasse às prescrições estabelecidas

¹⁰ Observa-se, então, que na TGDE Kelsen mantém-se restrito à lógica formal na teoria escalona do Direito. Isso, contudo, não prejudica a sua fundamentação inclusive na TGN da unidade sistemática do Direito através do seu conceito de ordem como pressuposição de uma norma fundamental, mesmo abdicando da lógica formal.

diretamente pela constituição não poderia ser considerado válido. (KELSEN, 2005, p. 226)

Esse ponto também é repetido na segunda edição da TPD. Sob os mesmos argumentos, Kelsen sustenta a impossibilidade de decisões válidas contra a lei, justamente por uma lógica de que se a decisão é ratificada via controle constitucional, não há que referir a uma decisão contra a lei. Ao mesmo tempo, Kelsen nega a existência da criação livre do direito pelos tribunais tal como na TGDE. Nas palavras do autor:

O que significa, porém, o fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado à decisão de última instância? Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo de norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral.

(...)

Por aí se mostra, em todo caso, que a possibilidade de predeterminar as normas individuais que hão de ser produzidas pelos tribunais através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária é consideravelmente limitada. Porém, este fato não justifica a concepção acima segundo a qual, antes da decisão, não haveria Direito algum, a idéia de que todo Direito é Direito dos tribunais, de que não haveria sequer normas jurídicas gerais mas apenas normas jurídicas individuais. (KELSEN, 2009, p. 299 e 300)

Logo, Kelsen desqualifica a hipótese da criação normativa livre através da decisão judicial ao mesmo tempo, entretanto, que condena a escola exegética. Essa dicotomia também é abordada na TPD quando o autor se posiciona contra a teoria da livre descoberta do direito. (KELSEN, 2009, p. 280) Aqui, Kelsen afirma que em nome de uma justiça absoluta, exige-se a maior flexibilidade na aplicação das normas ao caso concreto. Para tal doutrina, toda decisão judicial deve ser justa, o que significa, em suma, aplicar sua interpretação da norma geral, ou mesmo contrapor-se a norma geral desde que essa norma geral não se enquadre na sua concepção de justiça. Entretanto, o que tal doutrina não consegue determinar, assim como nenhuma teoria da justiça o faz, é qual decisão é de fato justa.

2.1.1.3 Os valores da flexibilidade e da segurança jurídica através da aplicação e criação normativa pela decisão judicial – o juiz legislador e a mobilidade da moldura

Observa-se a partir do já exposto que indubitavelmente há a existência da criação normativa quando da sua aplicação através da decisão judicial. E isso ocorre porque além do seu aspecto dinâmico, as normas jurídicas necessitam de interpretação para sua concretização. Dentro dessa aplicação das normas, a norma geral apenas determina uma moldura na qual são admitidas as várias interpretações do seu sentido. (KELSEN, 2009, p. 390) Nesse ínterim, o legislador não pode prever todos os sentidos de uma norma para a sua efetivação e, portanto, o órgão decisório possui certo grau de liberdade na escolha do sentido de uma norma. Esta liberdade sempre é política no ato da interpretação, pois depende do arbítrio judicial, isto é, o sentido subjetivo do querer do juiz. Apenas quando transitada em julgado a sentença, como visto, qualifica-se como o sentido objetivo do ato de vontade, vinculando o ato à norma e dando sentido jurídico a ele. Isto é, o juiz elege a interpretação que será obrigatória.

Então, a partir da criação normativa pela decisão judicial, problematiza-se a questão da flexibilidade dessa moldura diante da possibilidade da ratificação posterior por uma corte superior das interpretações subjetivas do magistrado. Segundo o autor (KELSEN, 2009, p. 393 - 394), na medida em que a aplicação está para além da necessária fixação da moldura, incidem regras metajúricas ao sistema, não previstas pelo legislador ordinário, pela jurisprudência e pelo cientista do direito. Do ponto de vista exclusivamente do direito, não se pode dizer nada acerca desses valores eleitos pela autoridade antes da sua aplicação. Quando da sua efetivação, aí sim torna-se assunto jurídico por transformar-se em normas de direito positivo. Afirmo o autor:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) de Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato,

ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda. (KELSEN, 2009, p. 394)

Nesse sentido, na leitura da própria Teoria pura observa-se a existência de um ato de vontade na interpretação da decisão e seu processo dinâmico de criação normativa. Além, essa interpretação poderá sobrepor-se ao quadro restrito interpretações, isto é, além do previsto no próprio ordenamento, através da aplicação de regras metajurídicas, não cognoscíveis pelo direito, mas que se tornarão Direito quando então admitidas pelo próprio ordenamento, alargando a moldura dos sentidos possíveis da norma. Nesse caso em específico, o que é apenas sentido subjetivo de um ato de vontade (moral, justiça, etc.) não pode ser conhecido pelo direito nesse mesmo sentido subjetivo, mas tornar-se-á norma de direito positivo, escapando, aí sim, do próprio conceito de moral, justiça, etc. Torna-se, então, objetivo sem, entretanto, vincular formalmente qualquer moral (embora materialmente seja o que de fato ocorre), nem admitir o realismo ou a doutrina da livre descoberta do Direito, visto a necessidade de unicidade lógica do sistema normativo e a função das normas superiores como sistemas de autorização e ratificação dessas decisões. (KELSEN, 2009, p. 281)

Portanto, a moldura da interpretação é politicamente determinada, pois se constitui em sua gênese pelo sentido subjetivo do ato de vontade: quando mais rígida, a ordem jurídica ganha em segurança e previsibilidade do direito; se mais flexível, atende mais adequadamente as particularidades dos casos concretos e a complexidade do Estado moderno. A medida tomada para flexibilizar as normas gerais ocorre pela autorização da criação normativa pelo próprio magistrado, quando, então concorre com o legislador intermediário na produção normativa.

Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais mas também normas jurídicas gerais, eles entrarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição e isso significará uma descentralização da função legislativa. Sob este aspecto, isto é, com respeito à relação entre o órgão legislativo e os tribunais, podem distinguir-se dois tipos de sistema jurídicos tecnicamente diferentes. Segundo um destes tipos, a produção de normas jurídicas gerais está completamente centralizada, quer dizer, é reservada a um órgão legislativo central e os tribunais limitam-se a aplicar aos casos concretos, nas normas individuais a produzir por eles, as

normas gerais produzidas por esse órgão legislativo. Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. (KELSEN, 2009, p. 279)

Ocorre, ainda, que essa possibilidade de flexibilização da criação do direito pelos tribunais pode ir além da criação jurídica de normas individuais, mas incluir a competência de criar normas gerais e de aplicá-las. É o caso dos precedentes vinculantes. (KELSEN, 2009, p. 278) Nessa hipótese, a decisão judicial e sua interpretação cria uma norma geral por força dos precedentes sobre uma interpretação que não é unívoca ou sobre uma norma geral não predeterminada. Assim, o tribunal funciona como legislador, tal qual o órgão designado pela Constituição para legislar.

Esse último aspecto da teoria de Kelsen acaba sendo o mais controverso e discutido pela doutrina da decisão judicial hodierna¹¹,

¹¹ *Vide* sobre a crítica à teoria da decisão Kelsen: LUIZ, 2013, p. 41: “A primeira forma de aparição da discricionariedade judicial na prática judicial atual é a filiação ao pensamento de Kelsen, fundada no capítulo VIII de sua Teoria Pura, apresentado na segunda edição da obra, de que a decisão é um ato de vontade do julgador. De uma forma geral, Kelsen entende a interpretação como a “fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar”. Como se vê, baseia-se na estrutura sujeito-objeto, típico de uma doutrina neokantiana, que fica dependente, portanto, da filosofia da consciência.” BUSTAMANTE, 2011, p. 427: “No que se refere à interpretação do direito – que é o processo pelo qual se determina o sentido dos textos normativos que transmitem normas jurídicas -, Kelsen conduz seu argumento ao extremo ao sustentar que a questão de qual, entre as possíveis alternativas interpretativas, é a “correta” não é uma pergunta da Teoria do Direito, mas uma indagação que concerne à “política do direito” (...) de modo que se deve concluir que não há uma diferença qualitativa entre as atividades de legislação e de jurisdição.” STRECK, 2013a, p. 203: “Explicando melhor: Kelsen apostou na discricionariedade do intérprete (no nível da aplicação do direito, que, friso, não é o nível da ciência) como sendo uma fatalidade, exatamente para salvar a pureza metódica, que assim permanecia “a salvo” da subjetividade, da axiologia, da

sobretudo sobre o conceito de ativismo judicial. Para Lenio Luiz Streck (2013b, p. 99), por exemplo, a discricionariedade kelseniana, especificamente nessa parte da criação normativa, corresponde ao fatalismo positivista insolúvel por negar qualquer razão prática. Daí se desenvolve um protagonismo judicial no qual os princípios são meras aberturas interpretativas e passíveis do arbítrio do juiz. Nas palavras do próprio Streck:

As consequências todos conhecemos: sob o pretexto de os juízes não mais serem a boca da lei, os princípios passaram a ser a “abertura interpretativa”, a “era da criação judiciária”. Em decorrência, estabeleceu-se um verdadeiro “estado de natureza hermenêutico”, que redundou em uma fortíssima e dura reação do establishment jurídico-dogmático: mudanças legislativas introduzindo, cada vez com mais força, mecanismos vinculatórios. Em outras palavras, o establishment jurídico-dogmático procedeu a uma adaptação darwiniana. (STRECK, 2013b, p. 101)

Esse ponto específico sobre a discricionariedade da decisão judicial também é abordado por Kelsen na sua última obra publicada, *Teoria geral das normas*, a qual traz reformulações na estrutura escalona da do direito, especialmente em função da conceituação da norma fundamental. Também esse tema será abordado ainda nesse capítulo, sobre o formalismo e realismo da interpretação judicial.

2.1.2 A decisão judicial e as reformulações da Teoria geral das normas

Joseph Raz (2007, p. 57), em uma crítica dirigida a Kelsen, argumenta que o núcleo central da teoria da Norma fundamental está na rejeição categórica do autor à doutrina do direito natural. Com a tese da NHF, Kelsen então pretende manter-se afastado da justificação jusnaturalista do direito através da ciência do direito livre de valores estranhos ao próprio sistema legal. Nesse sentido, acredita manter a pureza teórica e coerentemente afastar qualquer filosofia prática da esfera do direito. Contudo, Raz questiona especificamente a exigência kelseniana de restrição ao ponto de vista unilateral para a qualificação da norma constituinte como a única válida e eficaz na Teoria pura do direito,

ideologia etc.” Conferir também, sobre ativismo e discricionariedade, especialmente no neopositivismo – CAPPELLETTI, 1999, p. 31-61.

pois limita a perspectiva do reconhecimento do ordenamento aos sujeitos já incluídos nesse mesmo ordenamento e exclui os outros que não reconhecem essa positividade e eficácia. Assim, para Raz (2007, p. 67), Kelsen falha na construção da NHF por sua incompletude semântica no reconhecimento multilateral da positividade e eficácia global da constituição, o que, contraditoriamente, leva o autor a uma retomada involuntária do próprio jusnaturalismo justificado na forma de normatividade.¹²

Observa-se, entretanto, que essa semântica em que Kelsen falha será resolvida apenas nas obras mais maduras de Kelsen, em especial na Teoria geral das normas, na qual essa norma fundamental perde seu caráter de hipotética e sua fundamentação lógico-formal e, além de nomeada de ficcional, também é distinta das regras lógicas.

Segundo José Florentino Duarte (1986, p. XII), Kelsen corrigiu a si mesmo em relação à norma fundamental na TGN. Kelsen, então, teria abandonado a concepção hipotética da norma fundamental e adotado, a

¹² Afirma Raz (2007, p. 67): “This analysis of Kelsen’s doctrine of the basic norm in its function in establishing the normativity of law is based on the claim that though Kelsen rejects natural law theories, he consistently uses the natural law concept of normativity, that is, the concept of justified normativity. He is able to maintain that the science of law is value-free by claiming for it a special point of view, that of the legal man, and contending that legal science adopts this point of view; that it presupposes its basic norm in a special, professional, and uncommitted sense of presupposing; There is, after all, no legal sense of normativity, but there is a specifically legal way in which normativity can be considered.

This is the core of Kelsen’s theory. To it he adds the further claim that all the norms held valid from one point of view must be considered as one consistent system. This further thesis can and should be criticized and rejected. It leads to a distorted view of the relations between the various values subscribed to by an individual. It also leads to a distortion of the common concept of legal system. This is not the place to examine the inadequacies of Kelsen’s view of personal morality. Kelsen’s failure to account for the concept of a legal system is treated elsewhere. It is, however, important to remember that it is possible to reject Kelsen’s identification of the concepts of a normative system and a normative point of view while retaining the other basic tenets of Kelsen’s theory of normativity and the basic norm.

It seems to me that Kelsen’s theory is the best existing theory of positive law based on the concept of justified normativity. It is deficient in being bound up with other essentially independent as well as wrong doctrines and it is incomplete in not being supported by any semantic doctrine or doctrine of discourse capable of explaining the nature of discourse from the point of view of the legal man.”

parir, a concepção de norma ficcional fundamental, a qual seria meramente pensada e produto de mero ato de vontade também fictício, na esteira da filosofia do Como-Se.¹³

Assim, nas palavras do próprio Kelsen na TGN:

A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas -como evidente do que precedeu - não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente de pensado. Como tal, ela é uma pura ou verdadeira ficção no sentido da vaihingeriana

Filosofado Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma. Pois a suposição de uma norma fundamental -como porventura a norma fundamental de uma ordem moral religiosa: Deve-seöbbe decer aos mandamentos de Deus, como determina historicamente a primeira Constituição - não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma, porque descreve a conferição de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade ± com certeza apenas fictícia - que está mais acima dessa autoridade. (KELSEN, 1986, p. 328)

E completando o argumento sobre a ficção da norma fundamental, Kelsen volta a reafirmar, que mesmo sendo ficcional, essa norma

¹³ Vide também GUASTINI, 2013, p. 64, sobre a discricionariedade através da concessão de poder na TGN em comparação com as edições da TPD. Diz o autor: “In the first edition of the *Reine Rechtlehre* (1934), every legal norm is, roughly speaking, a command. In the second *Reine Rechtlehre* (1960), Kelsen distinguishes between commands, permissions and empowerments. Finally, in the posthumous *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), Kelsen further distinguishes four kinds of norms – commands, permissions, power-conferring (or ‘empowering’) norms and derogatory norms.

I assume that this distinction of kinds of norms tracks differences in content and/or logical status. Thus commands and permissions both bear upon actions (or states of affairs brought about by actions), but ascribe different deontic statuses; derogatory norms bear, not upon actions, but upon (other) norms; commands and power-conferring norms can be mapped onto Hohfeldian modalities of a different sort (duty and power, respectively); and so on.”

fundamental é a responsável por garantir a validade da ordem jurídica por possibilitar, ainda que de forma ficcional, a interpretação dos sentidos subjetivos dos atos de vontade como seu sentido objetivo, isto é, uma ordem jurídica.

O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de norma. Este fim é atingível apenas pela via de ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei -, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então deve ser acompanhada, porque ela não corresponde a realidade. (KELSEN, 1986, p. 329)

Observa-se que mesmo com essa alteração conceitual, mantem-se a ideia de hierarquia normativa entre norma superior e inferior, inclusive no que concerne à decisão judicial, contudo com uma significativa mudança em relação ao conceito de norma jurídica e normas lógicas – quando adotava o conceito de NHF, todo o sistema hierárquico da ordem jurídica seguia uma relação de autorização e delegação lógica da NHF até a aplicação no caso concreto. Ocorre que com a alteração da NHF para NFF, há a distinção entre as normas jurídicas e as normas lógicas, sendo que as primeiras distinguem-se por serem puro ato de vontade, inclusive na sua fundamentação última. Conseqüentemente, o conflito entre duas normas não é resolvido por um processo lógico dedutivo (da NHF), mas decidido, em última análise, pela vontade da autoridade que aplica a norma.

O resultado da análise precedente é que, na realidade, a proposição de não-contradição e a regra da conclusão não são aplicáveis num silogismo normativo sobre relação entre normas; que, porém, outros princípios da Lógica são aplicáveis a esta relação, conquanto nisso interessem a subsunção do particular sob o geral, a correspondência de um ato, cujo sentido é uma norma, na relação com uma norma que autoriza

este ato, ou a relação entre condição e consequência. (KELSEN, 1986, p. 343)

Para Paulson (1985, p. 153), essas mudanças entre a fase clássica e a fase posterior a 1960 justificam a afirmação de que Kelsen rompeu com a conceituação das primeiras obras da norma fundamental. Ocorre, afirma, uma mudança de fundamento que abdica dos pressupostos lógicos neokantianos para dedicar-se ao ceticismo na interpretação normativa.

2.2 A INTERPRETAÇÃO E A INDETERMINAÇÃO DO SENTIDO DAS NORMAS

Como visto, admite-se a discricionariedade judicial face à dinâmica normativa. Ocorre, ainda, que para Kelsen as normas carecem de determinação semântica tendo em vista a pluralidade de sentidos admitidos, situação que agrava essa discricionariedade. Quem dará essa significação para as normas, ao final do sistema normativo, é a autoridade, a qual impõe a sua interpretação da norma como sentido objetivo de ato de vontade, isto é, a interpretação da autoridade cria direito através do seu sentido subjetivo de um ato de vontade, que por ser autorizado por uma norma superior é interpretado como sentido objetivo desse mesmo ato de vontade. (KELSEN, 2009, p. 387)

Essa indeterminação semântica das normas reflete em todo o escalão judicial, desde a norma constitucional, até a sua concretização na decisão do magistrado. Ocorre que a partir da concretização das normas, isto é, o momento em que a norma está na base do ordenamento, na realização do seu sentido objetivo de comando, permissão ou autorização, a autoridade vê-se incumbida de interpretar as normas ao caso concreto. Observa Kelsen que esse é um momento crítico do sistema, pois toda a legislação é constituída pela linguagem humana e, como tal, possui falhas – o ordenamento nunca é absolutamente claro, gerando certa ambiguidade e proporcionando ao interprete uma discricionariedade na decisão. Afirma Kelsen acerca da relativa indeterminação do ato de aplicação do direito:

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior (...)

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em

todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer poderia prever. (KELSEN, 2009, p. 388)

Assim, dentro do quadro teórico observa-se em Kelsen nitidamente uma abertura política de discricionariedade interpretativa no sistema às imprevisibilidades e às autorizações da legislação. O intérprete autêntico, desta forma, possui um grau de liberdade na escolha do sentido de uma norma. Esta liberdade é sempre um ato de vontade da autoridade aplicanda, pois depende do seu arbítrio, isto é, o sentido subjetivo do querer do juiz transforma-se tão somente em sentido objetivo depois de transitada a sentença. (KELSEN, 2009, p. 393)

Portanto, a decisão judicial além de um ato de conhecimento, também constitui-se em um ato de vontade e, logo, um ato político, só podendo ser interpretado, conforme Kelsen, de maneira relativista, pois a decisão não proporciona uma legitimidade absoluta ao julgado. As interpretações contrárias à sentença não possuem o status de incorretas ou injustas, mas são politicamente indesejadas pelo magistrado. Ou seja, a interpretação autêntica não é uma questão apenas de conhecimento, mas de vontade, e esta é sempre relativa presente no esquema de hierarquia normativa (KELSEN, 2009, p. 393)

Nesse aspecto é possível fazer uma crítica ao entendimento de Habermas sobre a separação do Direito da política em Kelsen. O filósofo alemão afirma, a contrário, que Kelsen procura separar o direito da política, pois entende que o positivismo de Kelsen busca essencialmente a estabilidade do sistema e para tal abdica da legitimidade da decisão jurídica e das tradições éticas. Diz o autor:

Ao contrário das escolas realistas, os teóricos Hans Kelsen e H.L.A. Hart elaboram o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinados a garantir a consistência de decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Ao contrário dos hermeneutas, eles sublinham o fechamento e a autonomia de um sistema de direito, opaco em relação a princípios não-jurídicos. Com isso, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos. Ora, uma regra de conhecimento, de acordo com a qual pode ser decidido quais normas pertencem ou não ao direito vigente, permite subordinações precisas. (HABERMAR, 1997, p. 250)

A posição de Habermas, conforme se demonstra nesta dissertação, não tem suporte textual em Kelsen – ocorre que não há a consideração de Habermas acerca da importante diferenciação kelseniana entre conhecimento jurídico e direito, ou proposições jurídicas e proposições científicas. A decisão judicial profere proposições jurídicas e, como tal, expressa o sentido de um ato de vontade, que se diferencia estritamente da política ou da moral pela forma como que esse ato é autorizado por uma norma superior que lhe confere objetividade, porém não se difere através do aspecto do conteúdo das disciplinas. Nesse sentido, não há que se falar que materialmente o direito permanece independente da política ou há um fechamento formalista da sua estrutura. Isso, entretanto, poderia ser argumentado apenas na função do interprete inautêntico, o qual, de fato, pretende-se independente da política na investigação dos vários sentidos das normas. (KELSEN, 2009, p. 395)

Dentro deste aspecto volitivo da base do ordenamento, fica evidente a distinção absoluta entre conhecimento jurídico e direito. A interpretação dita autêntica faz parte do jurídico, referindo-se à vontade política do juiz; a interpretação não autêntica é pura determinação cognoscitiva, com o único fim de determinar os vários sentidos das normas, sem, no entanto, eleger qualquer um deles. Diz o autor:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. (...) Sobretudo, porém, tem de distinguir-se rigorosamente a interpretação do Direito feita pela ciência jurídica, como não autêntica, da interpretação realizada pelos órgãos jurídicos.

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. A ideia de que é possível através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva obter Direito novo é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito. A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. (...)

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. (KELSEN, 2009, p. 394, 395 e 396)

Conseqüentemente, em ralação à hipótese do interprete autêntico considerar esta concretização da norma como única, correta, justa, não invalida a decisão. O interprete não autêntico, na sua função de cientista do direito, vê tal situação como juridicamente válida, tal qual a validade de um Estado fascista, comunista ou democrático: a função do cientista não é julgar a política do magistrado, mas apenas descrever seu objeto. Contudo o cientista aponta a auto ilusão de uma decisão autocrática. (*Vide* a introdução da *A Democracia*, de GAVAZZI, 2000a, p. 3) Ou seja, a possível autocracia do magistrado, justificada na forma de justiça absoluta, tem apenas um caráter ilusório do juiz, mesmo que válido.

Em tal contexto, torna-se essencial observar a filosofia política de Kelsen como completamente coerente com a teoria. O fato de todos os valores serem relativos não significa de forma alguma que não existam valores e de que a autoridade não julgue conforme os seus valores, sob uma concepção política. Para tal processo interpretativo é essencial também retomar a compreensão da distinção entre direito e ciência jurídica. Esta requer isenção, visto ter o fim de descrever seu objeto; contudo o direito em si sempre é um processo histórico e aberto; por oposto do conhecimento jurídico, que não determinará uma interpretação como correta. Kelsen afirma que o direito não é em si ciência, mas uma técnica de controle social. Como técnica o processo é sempre variável conforme o fim a que se destina, sendo sempre relativo ao seu tempo e

espaço e referente a uma questão de poder. Esta técnica evolui em relação a sua dinâmica – a criação e aplicação do direito. (KELSEN, 1997, p. 238)

Dentro de processo histórico, de poder, Kelsen manifesta-se por uma democracia, visto a posição autocrática ser uma ilusão dualista metafísica-religiosa inacessível ao conhecimento humano. O absolutismo filosófico, segundo o autor, é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta que permanece independentemente do conhecimento humano, além do espaço e do tempo. Isto revela um pressuposto da existência de valores absolutos, negados pelo relativismo filosófico. No absolutismo, os juízos de valor podem proclamar-se válidos para todos, sempre e em toda a parte, e não apenas em relação ao sujeito que julga, quando se referem aos valores inerentes a uma realidade absoluta. (KELSEN, 2000a, p. 164)

O relativismo filosófico, por oposto, insiste na distinção entre realidade e valor, sendo os valores fundados nos fatores emocionais da consciência humana, nos desejos do homem. (KELSEN, 2000a, p. 165) Entretanto, o relativismo não significa, como muitas vezes se entende que não existem valores e que o juiz não julga dentro de seu quadro de interpretação conforme os seus valores. Significa, apenas, que não há valores absolutos, não existe uma justiça absoluta, e os valores constituídos através dos atos produtores de normas não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos. (KELSEN, 2009, p. 76) Ou seja, o relativismo não significa que o juiz julga de forma imparcial, mas que no ato de concretizar a norma define o sentido objetivo através do seu sentido subjetivo, sempre relativo.

Antes mesmo da própria primeira edição da TPD, é importante ressaltar que os conceitos de criação normativa através da interpretação já se encontram neofitamente presentes nos textos de Kelsen, contudo sem referência expressa ao problema lógico do escalonamento normativo. Já em 1930 há a sua contestação ao sistema de decisão de Carl Schmitt no que diz respeito às funções jurisdicionais e funções políticas, sendo que as primeiras também têm as competências das segundas. Kelsen (2007, p. 250) explica que a concepção schmittiana acerca das funções jurisdicionais interpretativas partem do pressuposto da existência de uma contradição essencial entre essas funções e as funções políticas. A partir dessa falsa contradição, Schmitt deduz a impossibilidade de uma decisão judicial política. Na sequência, Schmitt afirma que a jurisdição constitucional não seria propriamente jurisdição, porém um ato político e, conseqüentemente, afastando a possibilidade da sua existência. Nesse sentido, para Kelsen, Schmitt parte do erro essencial de considerar o dualismo das funções jurisdicionais e das funções políticas, afirmando

que aquelas não podem realizar em nenhum momento estas para se manterem como essencialmente jurisdicionais. Ocorre que tal concepção para Kelsen (2007, p. 251) é falsa porque pressupõe que o exercício do poder seja exclusivo do processo legislativo. Ela não admite que esse poder tem sua continuação (ou talvez seu início) na decisão. Para Kelsen, encontramos em toda a sentença judiciária um elemento decisório, de exercício do poder. Consequentemente a tese de contrariedade entre decisão jurisdicional e funções políticas, assim como a base da argumentação contra a jurisdição constitucional, não se sustenta. Igualmente, Kelsen (2007, p. 265 e 266) exemplifica afirmando que todo processo civil concede ao juiz a oportunidade da decisão (discricionariedade), o que demonstra que essa decisão se consuma, ao cabo, em uma ponderação de interesses, isto é, na interpretação, pela qual a autoridade escolhe os sentidos mais convenientes entre todos os outros. Ocorre que toda decisão versa sobre conflitos de interesses, isto é, de acordo com um ou outro, não sendo, portanto, isenta – ao fim, toda decisão expressa claramente a real conjuntura de interesses.

Enfim, a partir da obra *Jurisdição Constitucional* pode-se concluir, das objeções de Kelsen a Schmitt, a interpretação autêntica como: a) uma função tanto jurisdicional quanto política; b) a ponderação de interesses de acordo com a liberdade discricionária; e c) a exposição da real conjuntura de interesses dentro de um processo litigioso.

Nesse sentido, conclui-se que a interpretação autêntica das normas expressa os valores do magistrado, pois representa a sua escolha do sentido da norma geral no caso concreto. Portanto, a interpretação é também um ato político e a neutralidade tão questionada em Kelsen não se aplica a esse intérprete autêntico, mas tão somente ao cientista do direito.

2.2.1 Formalismo e realismo da interpretação das normas

Como já apresentado acima, o problema da interpretação das normas jurídicas para Hans Kelsen já se encontra na primeira edição da TPD e é reapresentado no último capítulo da segunda edição (2009, p. 387). Apesar de já suscitado de forma esparsa, com citações na Teoria Geral do Estado e nos Problemas Capitais da Teoria do Direito Público, somente na segunda edição da Teoria pura o autor sistematiza-o na forma de capítulo de tal maneira a torna-lo questão de âmbito central para a compreensão de todo texto, com destaque para o papel criador do intérprete autêntico na determinação da norma geral ao caso concreto. E tal também ganha destaque em outras obras, como na Teoria geral do

Direito e do Estado (KELSEN, 2005, p. 181), no qual ganha relevo significativo, ocupando toda uma seção, com oito capítulos. Por fim, o tópico é retomado na Teoria Geral das Normas. (KELSEN, 1986, p. 288)

Na primeira edição da Teoria pura, como já visto acima, há, nos pressupostos da interpretação, o rompimento com a teoria da interpretação vigente até então - Kelsen discorda da exegese interpretativa e a acusa de ideologização jusnaturalista da busca de um único sentido para as normas a serem aplicadas. Contudo essa refutação, nessa primeira edição da TPF, não o afasta do formalismo estrito de normas em função da sua recusa à tese do realismo anglo-saxônico de incognoscibilidade absoluta do sentido objetivo das normas gerais, pois o quadro de interpretações não é flexível nessa fase da sua obra, embora já se encontre os elementos de discricionariedade judicial.¹⁴

Na segunda edição da TPD, finalmente, Kelsen (2009, p. 388) apresenta sistematicamente a tese semântica da múltipla significação normativa, inovando no aspecto voluntarista da fixação da moldura de sentidos da norma. Após traçar sua delimitação do objeto em toda a obra, aqui o autor aprofunda a distinção das duas formas de interpretação das normas – a autêntica e a inautêntica: a primeira é definida como um ato de vontade, discricionária e peremptória; a segunda, como um ato de puro conhecimento, sem outro fim que não de determinar cognitivamente todos os significados da norma. (KELSEN, 2009, 392)

Ocorre que no mesmo capítulo Kelsen defende originalmente a possibilidade de ampliação, por parte da autoridade (o intérprete autêntico), do sentido da norma além da moldura fixada cognitivamente e jurisprudencialmente. Nesse caso, até mesmo se admite decisões judiciais contra qualquer outra interpretação da norma até então conhecida e admitida.¹⁵ E mesmo a insegurança jurídica de interpretações contra a lei são acolhidas por um recurso hermenêutico-lógico de Kelsen: ocorre que se uma interpretação, mesmo contra dispositivo legal posto, vem a ser ratificada pelo tribunal superior, a mesma passa a ser válida e,

¹⁴ Sobre a evolução da interpretação entre as duas edições da TPD, cf. MATOS; SANTOS NETO, 2011, p. 387-391, especialmente sobre a recusa na primeira edição da TPD da exegese e do realismo anglo-saxônico.

¹⁵ Conferir Kelsen e o legalismo, *in* MATOS, 2013, p. 85, nota 75, sobre a positivismo kelseniano e a negação do legalismo como valor ético. Diz o autor: “Kelsen inverte a denúncia e a dirige contra a jusnaturalismo, que, por pressupor valores absolutos, acaba por legitimar a teoria da obediência absoluta ao Estado e aos governantes. (...) Kelsen tem razão em seu julgamento, dado que, paradoxalmente, o dever de obediência às normas jurídico-positivas constitui uma das exigências fundamentais do direito natural.”

consequentemente, reconhece o desuso a norma contrariada. Consequentemente não há hipótese da existência de qualquer decisão judicial ilegal ou qualquer interpretação normativa inconstitucional, visto a possibilidade de se interpretar as normas além da própria moldura. Nesse ponto da teoria, portanto, temos a reformulação da voluntariedade da interpretação judicial em relação à primeira TPD e à TGDE. Nas próprias palavras do autor:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2009, p. 394)

Sobretudo na sua obra póstuma encontramos a confirmação da máxima discricionariedade da decisão judicial sob o aspecto da flexibilização interpretação autêntica das normas, com destaque para a original distinção entre normas lógicas e normas jurídicas.¹⁶ A TGN (KELSEN, 1986, p. 240) traz além de algumas reformulações acerca do fundamento da norma fundamental (não mais hipotética, mas ficcional) e da aplicação das sanções na estática jurídica (reformulação dos conceitos de norma primária e secundária), o problema do conceito de normas no que concerne aos seus conflitos, dando mais elasticidade ao quadro de interpretação comparado à TGDE e à TPD, especialmente na sua distinção entre normas jurídicas e normas lógicas e a negação da paridade entre verdade e validade.¹⁷

¹⁶ Também na obra *Normas jurídicas e análise lógica* (KELSEN, 1984), que compila a correspondência entre Kelsen e Ulrich Klug entre as datas de 1959 e 1965), já há manifestamente a preocupação de Kelsen acerca da hipótese da aplicação da lógica formal tanto nas proposições da ciência do direito quanto nas proposições jurídicas. Nas cartas, Kelsen manifesta-se reiteradamente contra qualquer ideia de uma lógica vinculante que pudesse, através da interpretação, resolver conflitos normativos. A lógica formal de fato resolve conflitos normativos quando da sua cognição, porém não o solucionam no que diz respeito à proposição jurídica, que permanece como sentido do ato de vontade (portanto sem vinculação necessária à lógica formal).

¹⁷ Observa-se que, além da distinção entre normas lógicas e jurídicas na TGN, Kelsen não admite, como o faz, por exemplo, Perelman, a existência de uma lógica jurídica específica, distinta da lógica formal: “Por conseguinte, não se pode falar, especificamente de uma Lógica “Jurídica”. É a Lógica Geral que tem

Uma norma – como já acentuado anteriormente – é o sentido de um ato de vontade e, ainda que a norma tenha o caráter de uma ordem, e lingüisticamente se expresse num imperativo, é um ato de vontade dirigido à conduta de outrem. Normas que têm caráter de ordem são prescrições. (KELSEN, 1986, p. 240)

Flexibiliza-se, então, a unicidade do sistema normativo em função do abandono das exigências lógicas decorrentes do escalonamento judicial, o qual vinculava a interpretação da Constituição à sua validade normativa através do método lógico-dedutivo, dando-o um quadro previsível e estável de possíveis decisões, mesmo que flexível. A partir da Teoria geral das normas, então, a decisão judicial perde em unicidade e ganha contornos irracionalistas e ficcionais, significando, assim, a validade do conflito de normas, apesar de ilógico, e a não garantia de um quadro de interpretações válidas, o que refuta também o quadro de interpretações flexível da segunda TPD. E mesmo a interpretação lógica das normas não soluciona qualquer conflito normativo:

Em conexão com a suposição errônea de que seja aplicável o princípio lógico de não-contradição a um conflito de normas está a opinião de que a solução deste conflito, especialmente de um conflito entre normas jurídicas, tem de se efetuar pela via da interpretação. Visto que interpretação de normas jurídicas é conhecimento do Direito, e conhecimento do Direito tampouco pode produzir normas jurídicas, quer isto dizer: pôr em validade ou abolir a validade de normas jurídicas, então interpretação não pode realizar a solução de um conflito de normas.

O que o órgão aplicador do Direito, na hipótese de um conflito entre duas normas jurídicas gerais, pode, porém fazer, é apenas: decidir-se, num ato de vontade, pela aplicação de uma ou de outra das duas normas, pelo que permanece, porém, a existir o conflito entre ambas as normas jurídicas gerais. (KELSEN, 1986, p. 284)

Com tais transições, encontra-se entre os comentadores duas leituras predominantes acerca da interpretação em Kelsen: o

aplicação tanto às proposições descritivas da Ciência do Direito – até onde a Lógica Geral é aqui aplicável – quanto às prescribentes normas do Direito.” (KELSEN, 1986, p. 349)

normativismo não exegético da primeira edição da TPD, porém rigorosamente lógico e formal; e o realismo jurídico¹⁸, especialmente desenvolvido entre a segunda edição da TPD até a TGN. Em outros termos, as reformulações dos conceitos no decorrer da obra de Kelsen trouxeram consigo a confusão e o debate acirrado ainda hoje entre os interpretes do autor. De um lado há a defesa do normativismo-formalismo de Kelsen, o qual não teria abandonado o seu núcleo argumentativo de pureza metódica, inclusive na aplicação e interpretação das normas. Por oposto, significativa parcela dos comentadores contemporâneos defende o abandono dos pressupostos lógicos-formais no decorrer das obras, o que levaria Kelsen a admitir o realismo na interpretação judicial.

Em função dessa dicotomia, se admitirmos, por exemplo, os conceitos de Wittgenstein sobre o problema da determinação semântica, no caso, entenderíamos a partir do debate formalismo versus realismo que Kelsen abandonou o *Tractatus* e a tradição do círculo vienense na determinação causal da norma pelo método lógico-dedutivo, no qual racionalmente seria possível prever todos os sentidos possível para aplicação das regras ao caso concreto, desde que afiguráveis, para adotar uma concepção pragmática de regras proposta nas *Investigações Filosóficas*, a qual abdicaria de racionalidade estrita e admitiria que a interpretação não se limita a quadros ou molduras, mas se dá pelo seu uso. Nesse caso, supõe-se uma superação por parte de Kelsen dos pressupostos

¹⁸ Entende-se por realismo jurídico a corrente filosófica predominantemente norte-americana que tem por principal característica a negação do formalismo no sentido da determinação da norma geral ao caso concreto. Conforme Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy: “O realismo jurídico é movimento prioritariamente intelectual que ganhou dimensão nos Estados Unidos, nas décadas de 1920 e de 1930. Certo olhar cético problematizava como os juízes decidem os casos e o que as cortes de justiça verdadeiramente fazem. Para o realismo, magistrados decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares. Assim, juízes responderiam muito mais aos fatos (*fact-responsives*) do que às leis (*rules-responsives*). Vários são os fatores que marcam a atuação dos juízes; e são fatores de fundo consciente e inconsciente (cf. LEITER, 1996).

A decisão final não seria resultado exclusivo da aplicação da norma (que geralmente permite mais de um resultado), mas de vários fatores psico-sociais, que variam da ideologia do magistrado a seu papel institucional, com estação inegável em sua personalidade. Advogados sabem que juízes são influenciados por outros aspectos que não são necessariamente jurídicos” (GODOY, 2013, p. 15)

do Círculo de Viena, do positivismo lógico e do neokantismo, para uma concepção pragmática de Direito.¹⁹

2.2.1.1 A leitura formalista

A primeira leitura, a formalista, sustenta-se sobretudo nas obras iniciais de Kelsen. Concentra-se nas fases construtivista e transcendental. Como principal representante da primeira configuração da obra de Kelsen, cita-se o ilustre jurista Luis Alberto Warat:

O princípio da pureza metodológica como condição de sentido, não admite que os fatores extra-normativos possam funcionar como condição de significação. A noção de pureza, em termos semiológicos descansa no mito da conceituação pura, extraído de associações textuais (“in presencia” e “in ausência”, no caso das normas pensadas como campo denotativo de metalinguagem da Ciência Jurídica). A tendência manifestada pelo princípio da pureza importa em negar valor ao trabalho de significação politicamente determinado. Assim, a ciência trabalharia com sentidos construídos em um lugar fora do poder. (WARAT, 1983, p. 50)

Nesse aspecto, Warat utilizada da teoria kelseniana para uma refutar o normativismo através da sua defesa de uma epistemologia crítica da ciência que recusa o rigor analítico e o substitui pela concepção de contexto social, vista como um subsistema do sistema social global. (WARAT, 1983, p. 117) Consequentemente, há, na interpretação do

¹⁹ Sobre a comparação entre as obras de Wittgenstein e Kelsen, conferir a obra de BAPTISTA, 2004, p. 205 Segundo a autor, há um aparente paralelismo entre as fases tanto de Kelsen quanto de Wittgenstein, precisamente nas transições entre o formalismo e o pragmatismo na busca de uma fundamentação antimetafísica da linguagem. Para o autor, na esteira da reflexão de Wittgenstein na sua segunda fase (*Investigações Filosóficas*), Kelsen teria razoabilizado o direito além da moldura interpretativa determinada lógico-formalmente. Contudo, Kelsen, ao contrário de Wittgenstein, não teria reformulado todo seu sistema de hierarquia normativa, o que lhe impossibilitou de superar definitivamente a concepção semiótica objetivista não-pragmática da NHF. Ao contrário, Wittgenstein teria revisado ao final da sua produção filosófica o *Tractatus* no sentido conduzir a representação do mundo para uma dimensão pragmática, que reconstrói continuamente as relações comunicativas, situação, entretanto, impossível para Kelsen. (PAVAN, 2013, p. 205-206)

iminente jurista argentino, um reducionismo semiológico na proposta kelseniana. Kelsen teria, mediante seu sistema formalista, limitado os sentidos das normas à sua purificação lógica estrutural. Contrariamente, Warat propõe o “Princípio da heteronomia significativa” (WARAT, 1993, p. 118) Nesse caso, a significação normativa estaria além do quadro restrito de interpretações e reivindicaria a incorporação de contextos linguísticos alheios ao Direito positivo.²⁰

Outro autor a defender o formalismo da concepção kelseniana é Arnaldo Vasconcelos (2010, p. 124). Após o autor traçar uma extensa lista de comentadores acerca da diferença entre o positivismo empirista clássico, comtiano, e o neopositivismo formalista de Schlick, chega à conclusão que Kelsen teria abandonado definitivamente o primeiro em favor do segundo. Assim, o autor lê a obra de Kelsen a partir dos seus predecessores neopositivista e conclui que a Teoria pura manteve-se eminentemente formal. Afirma Vasconcelos:

Ora, o Direito, para Kelsen, é norma, quer dizer, pura forma sem qualquer conteúdo, situado não se sabe onde, mas, com certeza, fora do mundo fenomenal das relações humanas. Vale a pena lembrar uma das passagens de sua obra principal em que Kelsen afirma a total indiferença de sua teoria para com a questão do conteúdo normativo. São palavras suas, colhidas do texto da primeira edição da Teoria Pura do Direito: “Diversamente acontece com as normas de Direito. A sua validade não é questão de conteúdo. Qualquer conteúdo pode ser Direito; não há conduta humana que não possa caber numa norma Jurídica” (1939:61). Tal Direito só existe no contexto da teoria pura. Fora daí, é um como se, nos precisos termos da teoria ficcionista de Hans Vaihinger, consoante Kelsen expressamente admitiu: “Uma norma meramente pensada é o sentido de um fictício ato de vontade” (1986: 298); Isso mesmo: a norma jurídica de concepção kelseniana, conforme já tivemos ocasião de mostrar, não passa de pura realidade mental, obra solitária do pensamento humano. (2010, p. 132)

²⁰ Outros autores que seguem essa linha argumentativa de Warat na interpretação do formalismo de Kelsen são: SIMON, 2006, p. 119 e LUZ, 2003, p. 11-31.

Especificamente sobre a decisão judicial, Ricardo Luis Lorenzatti (2010, p. 170) classifica Kelsen como pertencente ao gênero de teóricos da decisão formalistas. Diz o autor referindo-se à TPD:

Neste sentido caberia distinguir posturas que poderíamos denominar “formalistas” e outras “não formalistas”. As primeiras sustentam que o sistema legal tem plenitude e que o juiz sempre encontrará uma regra aplicável. Nessa linha também poderíamos incluir aqueles que postulam que, além das regras, existem princípios, mas o juiz sempre encontrará, ou deverá encontrar alguns destes para fundamentar a sua decisão, sem poder se afastar e decidir arbitrariamente. (LORENZETTI, 2010, p. 170)

Por fim, MATOS (2006, p. 100) sustenta a necessidade da interpretação formalista da TPD. Nesse caso temos um autor mais consciente dos problemas acerca da evolução do conceito de interpretação em Kelsen, porém que insiste na não ruptura dos conceitos kelsenianos e na não adequação ao realismo jurídico no que tange ao problema da interpretação e aplicação do Direito. Nesse caso, o autor fixa-se na primeira edição da TPD e a expressão máxima do formalismo na ideia de norma fundamental como condição lógico-transcendental da ciência jurídica. Explica MATOS (2006, p. 96) que mesmo a aplicação do Direito efetuada pela autoridade é apenas uma criação do direito autorizada formalmente a partir da legislação superior, e como tal a TPD considera a discricionariedade sempre como um processo dinâmico já previsto formalmente pela lógica-transcendental que fundamenta toda a obra de Kelsen. (MATOS, 2006, p. 97)

2.2.1.2 A leitura realista

A leitura realista, por oposto, defende a recusa do próprio Kelsen ao formalismo de regras (normativismo). Para os realistas, então, Kelsen teria superado o reducionismo lógico-semântico das suas primeiras obras e adotado um irracionalismo da interpretação, ou seja, há uma ruptura entre as obras. O que os autores também destacam nessa concepção é a adaptação dessas primeiras obras do autor em respostas as críticas a partir da segunda edição da TPD e, especialmente, a partir da TGN.

Destaca-se Dimitri Dimoulis como um dos autores a interpretar a indeterminação semântica das normas e conseqüentemente definir o realismo jurídico como método em que resulta as alterações da obra de Kelsen. Nas palavras do autor:

O estudo da teoria da interpretação de Kelsen desmente a difundida opinião que o apresenta como adepto da aplicação automática das leis e como crítico da subjetividade do juiz. A abordagem kelseniana “desafia” quem acredita no caráter cognitivo da interpretação (conhecer objetivamente o sentido da norma no intuito de aplicá-la). Mas esse desafio pessimista não é específico de Kelsen. Caracteriza todo realismo jurídico que adota o ceticismo em relação às normas. (2006, p. 216)

Sendo assim, o que restaria para o pensamento kelseniano maduro seria o puro irracionalismo das decisões. Acontece, ainda, que Dimoulis (2006, p. 216) nega inclusive a possibilidade de construção de regras interpretativas por parte de Kelsen em decorrência da sua adoção do realismo jurídico, o que inutilizaria também qualquer teoria da interpretação e mesmo a formação de regras de interpretação. Nesse sentido, segundo o autor, a autoridade competente traça livremente a moldura, sem qualquer regra anterior que racionalize sua decisão.

Kelsen nega-se a estabelecer regras sobre as formas de interpretação. Essa opção inutiliza aquilo que ele mesmo denomina “teoria da interpretação”. A metáfora da moldura perde seu sentido se afirmar que pode ser traçada livremente (auto-referencialmente) pela autoridade competente.

(...)

O aplicador pode desprezar a moldura que delimita sua competência, tal como qualquer pessoa pode cometer um crime violando normas de proibição. Kelsen equipara a aplicação correta e incorreta das normas, já que não indica como e porque pode ser censurado quem despreza a moldura. Isso significa que a moldura existe, mas não vincula efetivamente o aplicador. Estamos aqui diante de uma confusão entre *ser* e o *dever ser* na aplicação do direito que revela um Kelsen partidário do realismo jurídico, apesar das críticas que ele endereça a essa corrente de pensamento. (DIMOULIS, 2006, p. 215)

Outra importante obra consciente das alterações do texto de Kelsen é de STRECK (2013a, p. 198) – Jurisdição constitucional e decisão jurídica, com destaque ainda para a concepção cética acerca das regras em Kelsen. Para o jurista (STRECK, 2013a, p. 198), o problema de Kelsen não é o formalismo, mas a interpretação como ato de vontade.

Assim, Streck, em uma severa crítica a Kelsen, não enxerga uma superação da teoria cética de regras e qualifica o autor também como irracionalista e voluntarista. Para Streck temos aí um problema da teoria do Direito na qual o sistema normativo, no que concerne a decisão judicial, é imprevisível e incognoscível tendo em vista a discricionariedade dos magistrados. Essa é a causa, afirma, do protagonismo judicial em que cada um defende sua tese em um debate interminável e antidemocrático. Diz o autor:

Compreendo a discricionariedade de acordo com o que se pode depreender do positivismo lato sensu, referindo-se, portanto, à ideia do poder de escolha que possui o intérprete no julgamento de um caso. Considero a discricionariedade a principal característica do positivismo pós-exegético (especialmente as propostas de Kelsen e Hart). Claro que a discricionariedade também esteve presente no positivismo legalista (primitivo), na medida em que o legislador tinha total discricionariedade para elaborar a lei. Nesse sentido, faço uso da noção de discricionariedade em sentido forte, trabalhada por Dworkin em seu *Levando os direitos a sério*, na crítica ao positivismo de Herbert Hart. (...) É importante referir que, a partir de uma teoria da decisão – fundada na exigência de respostas corretas no direito –, refuto integralmente o poder discricionário dos juízes. (STRECK, 2013a, p. 198, nota 3)

Já André Ramos Tavares e Carla Osório (TAVARES; OSÓRIO, 2008, p. 129) entendem que a posição de Kelsen contra o realismo, em especial o norte-americano, constitui-se em uma verdadeira contradição na obra do autor quando analisada a questão da decisão judicial e a interpretação. Afirmam que a flexibilidade moldura e a possibilidade de decisões não vinculadas a normas gerais, ou mesmo contrárias a elas e ainda assim válidas, colocam a teoria de Kelsen em posição de contradição com o normativismo e mesmo com suas próprias críticas ao realismo. Concluem:

Tanto Hart como Kelsen apresentam argumentos consistentes para afastar o ceticismo conceitual, comprovando com base em suas próprias teorias que não há sentido em se falar em um conceito de Direito que abarque somente decisões judiciais e a sua predição.

Mas quando se trata de enfrentar mais a fundo o chamado processo decisório, que envolve a interpretação das normas (supostamente) pré-existentes, com o objetivo de se estabelecer uma regulamentação para o caso concreto, ambos deixam em aberto em que medida as normas gerais podem oferecer qualquer vinculação para o órgão incumbido de decidir (para os funcionários em geral e para o cidadão).

Não é realizada uma análise de métodos e raciocínios aptos a auxiliar o aplicador do Direito na exclusão de sentidos inadmissíveis, ou para que se definam parâmetros a partir dos quais se possa aceitar/criticar a decisão judicial. Em última análise, está autorizada a decisão contra *legem*, fundada exclusivamente na competência do órgão que a proferiu – o que, em realidade, significa que nunca haverá decisão contra *legem*, mas decisão do sistema e, assim, válida (embora criticada doutrinariamente). Em outras palavras, a interpretação se apresenta essencialmente como um ato de vontade, tendo as regras do Direito um papel tímido na circunscrição dessas decisões. A aproximação com o realismo, no sentido apresentado neste texto, torna-se, assim, evidente. (TAVARES; OSMO, 2008, p. 155)

Finalmente, cita-se MATTA (1994, p. 157) quanto ao problema da adequação ao realismo jurídico da NHF. Nesse aspecto, o autor destaca a alteração na TGN da NHF para NFF. Como ficção, a função, para o jurista prático, dessa nova norma pressuposta é de realizar o direito como o significado de um ato de vontade dirigido à conduta de alguém. Assim, a NFF também é uma ficção volitiva, isto é, um produto de um ato de vontade. Portanto, não fica prejudicada a leitura realista da obra de Kelsen em função da reformulação conceitual acerca da norma fundamental, mantendo-se, inclusive uma hierarquia normativa, só que fundamentada não logicamente, mas voluntariamente.

Nessa polarização das leituras, conclui-se, portanto, uma tendência da passagem do formalismo (não exegético) de regras nas primeiras obras, para o ceticismo de regras nas obras posteriores. Assim, conclui-se, para os primeiros autores, que a concepção normativista de Kelsen está inalterada considerando a hipótese da possibilidade de determinar formalmente as significações das regras; já para os segundos, houve uma mudança considerável nesse ponto, no qual Kelsen abdica do formalismo

e adota uma concepção posterior de radical indeterminação, o que lhe levaria ao realismo jurídico e ao pragmatismo.

2.2.1.3 A fundamentação realista normativista (ou realista moderada) da interpretação em Kelsen

Há, além da dicotomia descrita logo acima, uma posição intermediária entre formalismo e realismo, que não adere estritamente nem ao realismo no que concerne à decisão judicial, muito menos mantém o formalismo das primeiras obras. Nesse sentido, a teoria kelseniana ganha contornos de complexidade que não se encaixam na radical polarização de Wittgenstein, sendo que, portanto, uma distinção fina é necessária. Ocorre que o realismo inverteria o esquema da pirâmide normativa, acarretando na completa irracionalidade e imprevisibilidade do Direito; ao mesmo tempo em que o formalismo de regras também não atende à complexidade da semântica proposta por Kelsen, especialmente nas suas últimas obras. Nesse sentido, o juiz não seria o nem soberano absoluto considerando a impossibilidade de determinação formal de qualquer norma superior ao caso concreto, julgando cada caso ao seu bel prazer, assim como não seria a mera boca da lei. Se há discricionariedade, e de fato há, compete ao interprete não-autêntico expor todos os sentidos da norma e, conseqüentemente, expor o quadro de interpretações que se revelam a partir do contexto da decisão judicial. Nesse ínterim, necessitaria-se de uma reformulação das concepções formalistas e realistas, a qual tem que atender ao espaço específico em que a teoria kelseniana se enquadra.²¹

Contrariando a dicotomia apresentada nos subtítulos anteriores, a definição moderada entre o radicalismo do formalismo e do realismo de regras em Kelsen está presente principalmente no texto Pierluigi Chiassoni.²² Para esse autor (CHIASSONI, 2013), supera-se tanto o

²¹ Sobre especificamente a recusa do realismo jurídico em Kelsen, ver BRINDREITER, 2013, p. 128-129. O texto em questão trata da incompatibilidade do realismo jurídico, especialmente de Alf Ross, com a TPD e TGN. Argumenta que o próprio Kelsen (no texto *A 'Realistic' Theory of Law and the Pure Theory of Law: Remarks on Alf Ross's On Law and Justice*) recusa a abordagem do realismo jurídico. A expressão utilizada por Kelsen quando afirma que a TPD é uma teoria realista se constitui em sentido diverso do realismo jurídico, significando apenas que a TPD se contrapõe ao idealismo político, que defende como o direito deve ser, e não como ele realmente é.

²² Sobre a releitura de Kelsen, conferir também o recente e importante trabalho sobre o autor organizado por Luís Duarte d'Almeida John Gardner

formalismo de regras, para o qual a estrutura lógica dos enunciados normativos seria inflexível, assim como o irracionalismo do realismo de regras e sua incompatibilidade com o expresso construtivismo da TPD, possibilitando, conclusivamente, a formação de uma teoria da interpretação em Kelsen e a dedução de regras de interpretação através da obra do autor.

Para Pierluigi Chiassoni (2013, p. 131-133), de fato Kelsen expressamente, desde seus primeiros escritos, frequentemente descreve a TPD como uma radical teoria realista do direito.²³ Essa posição do autor foi, entretanto, inconsequente no que concerne ao entendimento da expressão ‘realismo’ determinada por outras escolas jurídicas (de cunho sociológico). Com isso, acabou-se confundido a passagem em que Kelsen afirma-se como realista com outras teorias realista tais como – o realismo jurídico americano, o realismo jurídico escandinavo e o realismo jurídico italiano.

Chiassoni (2013, p. 161), nesse sentido, sustenta que o significado do realismo em Kelsen diferencia-se dos conceitos de realismo jurídico tradicionais e portanto não tem suporte imediato à concepção cética acerca da decisão jurídica. Entretanto, de forma mais sofisticada do que apenas designar Kelsen como formalista, Chiassoni, racionalizando todas as fases, qualifica a teoria da interpretação kelseniana de realismo normativista – mantem-se alguns aspectos do realismo jurídico, tal como o reconhecimento das normas como sentido de atos de vontade (*purely behaviorist jurisprudence*), porém se exclui o realismo no sentido sociológico; matem-se, ainda, elementos normativistas, os quais incluem a possibilidade do conhecimento do sentido objetivo das normas (ou seja, uma teoria das normas) além de manter aspectos do neokantismo (embora

e Leslie Green. (D’ALMEIDA; GARDNER; GREEN, 2013) A coletânea revisita as teses kelsenianas através da reunião dos principais comentadores da obra de Kelsen. O trabalho também é especial por debater com as críticas a Kelsen, especialmente sobre o problema da neutralidade e a questão da existência empírica da norma, incluindo a questão do realismo e formalismo da interpretação das normas.

²³ Na segunda edição da TPD essa passagem encontra-se em KELSEN, 2009, p. 118. Diz o autor: “Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico.” (KELSEN, 2009, p. 118)

de forma mais restrita), por exemplo, a ideia de condições de conhecimento. Isto é, Kelsen não teria adotado integralmente o realismo das escolas tradicionais (americano, escandinavo ou italiano) mesmo nas suas últimas obras e, portanto, não pode ser tipificado como realista jurídico *stricto sensu*, porém em partes adapta-se para um meio termo, como uma espécie de realismo moderado, o qual também não aceita a exclusividade da lógica na determinação de sentido das normas.²⁴

Assim, conclui-se que são insuficientes as leituras tanto realistas quanto formalistas da obra de Kelsen. Ocorre que as mudanças conceituais, especialmente da norma fundamental, constituem uma ruptura do normativismo; entretanto, não há como ler coerentemente a própria TGN se admitirmos o completo ceticismo de regras em Kelsen.

²⁴ Nas palavras de Chiassoni: “The Pure Theory of Law also embodies a highly sophisticated attempt to apply an empiricist epistemology to the study of law. Kelsen strove to establish the autonomy of empirical doctrinal inquiries into law, as a different enterprise from, on the one hand, both legal sociology and general jurisprudence (which he regarded as worthwhile kinds of inquiry in their own right), and, on the other hand, traditional ‘legal science’ (which he viewed as not into the least scientific, but rather as legal politics in disguise). In so doing, Kelsen opposed mainstream a legal ‘realists’ who tended to reduce the scientific knowledge of law to legal sociology and thus to conceive the doctrinal study of law as irredeemably value-laden, practical and unscientific.

As for its anti-normativist attitude, the Pure Theory rejects the ‘law as fact vs law as norm’ shibboleth and suggests the we abandon both naïf realism and naïf normativismo in favor of a sounder middle-way represented by (what we might call) *realism normativismo*. By ‘naïf realis’ I mean that sort of purely behaviorist jurisprudence which dismisses all norm-talk as pretence, and seeks to wipe off legal rights and legal duties on the back of purely ‘predictivist’ theories. By ‘naïf normativism’ I mean the notion that to know the law is to know its norms *in some objective sense*, ie the notion that norms are somehow objects ‘out there’ waiting to be discovered by jurist. Kelsen opposes both these routes, each of which unwarrantedly assumes that there is only one theoretically acceptable standpoint, and both of which fail to realise that the matter ultimately depends on an epistemological option. (Naïf normativism moreover espouses a view of norms which Kelsen deems false.)

Kelsen’s realistic normativism, by contrast, while it does assume that the law is made of norms, does so on the grounds of an explicitly acknowledged epistemological option; and it views legal norms simply as either norms *in actu* (ie as they have in fact been produced and applied at the moment at which the description takes place), which are the object of (what I proposed to call) ‘static’ description; or as norms *in potentia* (ie as ‘frame’-norms), which are the object of (what I proposed to call) dynamic description.” (CHIASSONI, 2013, p. 161 e 162)

Sendo assim, aceita-se a leitura, especialmente de Chiassoni, do realismo normativista ou realismo moderado como a mais coerente do pensamento kelseniano no que se refere à decisão judicial e a interpretação do sentido das normas.

3 O RELATIVISMO MORAL E A DECISÃO JUDICIAL

Após a apresentação dos conceitos de decisão judicial e de interpretação no capítulo anterior, este trata da fundamentação kelseniana relativista da moral não apenas na TPD e na TGN, mas nas suas principais obras políticas e seu reflexo na teoria da interpretação. Torna-se essencial, nesse sentido, investigar as fontes valorativas do autor para melhor compreender as suas razões de excluir a moral da aplicação das normas e as consequências de tal exclusão. Nesse sentido, para Kelsen, a validade da decisão judicial não depende da sua legitimação ou justificação, tanto na forma de princípios morais, ponderação ou razoabilidade. Trata-se, enfim, de discutir sobre o problema do relativismo moral e como tal concepção determina a decisão judicial, especialmente a questão da discricionariedade interpretativa.

A hipótese defendida nesse capítulo, ainda, é a da conexão necessária entre a teoria da decisão judicial e a filosofia relativista de Kelsen. Consequentemente, sustenta que a própria TPD não prescinde de uma análise política e filosófica da mesma, especialmente no que diz respeito à decisão judicial, pois tal relativismo determina a posição do intérprete autêntico na sua função política na aplicação do direito e esclarece a gênese da norma entendida como sentido subjetivo de ato de vontade sem qualquer hipótese de aquiescência de uma razão prática.

O primeiro momento distingue a tese kelseniana das teses de conexão entre direito e moral. Compara, resumidamente, a teoria da interpretação jusmoralista e positivista inclusiva, com o positivismo exclusivo de Kelsen. Com tal procedimento espera esclarecer os as características específicas da separação absoluta de Kelsen do direito e da moral.

Nesse último aspecto, aprofunda-se na filosofia relativista do autor. Investiga, aí, a contestação do autor aos sistemas jusmoralistas, a metaética emotivista e, finalmente, os conceitos formalmente inconciliáveis de direito, moral e religião.

3.1 A TESE DE CONEXÃO E DE SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Segundo Delamar José Volpato Dutra (2008, p. 41), citando Aléxy²⁵, as teorias positivistas, além de distintas em função da concepção

²⁵ Diz Aléxy: “The central problem in the debate surrounding the concept of law is the relationship of law and morality. Notwithstanding a discussion that reaches

de coação, também são definidas pela negação da relação entre direito e moral. É a tese da separação, característica do positivismo jurídico. Isto é, todas as teorias jurídicas positivistas defendem a tese da separação, para as quais o direito tem que ser definido sem que elementos morais estejam incluídos. A tese da conexão, por sua vez, inclui elementos morais na definição do direito.

Ainda segundo Dutra (2008, p. 42), Kelsen é um exemplar dessa tese da separação; já a tese da conexão é tomada a partir do pensamento de John Rawls, o qual, por seu antiutilitarismo, aproxima a política e o Estado da moral recorrendo inclusive ao kantismo. (DUTRA, 2008, p. 45)

3.1.1 A tese da conexão entre direito e moral

A conexão entre direito e moral na fase anterior ao pensamento kelseniano desenvolve-se através da doutrina jusnaturalista do direito.²⁶ Contudo, a partir de meados século passado, em virtude do desenvolvimento da crise da metafísica moderna e do pluralismo moral

back more two millennia, there remain two basic competing positions – the positivistic and the non-positivistic.

All positivistic theories defend the *separation thesis*, which says that the concept of law is to be defined such that no moral elements are included. The separation thesis presupposes that there is no conceptually necessary connection between law and morality, between what the law commands and what justice requires, or between the law as it is and the law as it ought to be. The great legal positivist Hans Kelsen captures this in the statement, ‘Thus, the content of the law can be anything whatsoever.’

In the positivist concept of law, then, there are only two defining elements: that of issuance in accordance with the system, or authoritative assuance, and that of social efficacy. The numerous variations of legal positivism stem from different interpretations and assessments of these two defining elements. Common to all of the variations is the notion that what law is depends solely on what has been issued and/or is efficacious. Correctness of content – however achieved – counts for nothing.

By contrast to the positivistic theories, all non-positivistic theories defend the *connection thesis*, which says that the concept of law is to be defined such that moral elements are included. No serious non-positivist is thereby excluding from the concept of law either the element of authoritative issuance or the element of social efficacy. Rather, what distinguishes the non-positivist from the positivist is the view that the concept of law is to be defined such that, alongside these fact-oriented properties, moral elements are also included. Here, too, very different interpretations and assessments are possible.” ALEXY, 2002, p. 4.

²⁶ Sobre a origem da conexão entre direito e moral, conferir KELSEN, 2003.

decorrente, John Rawls procura reformular essa conexão através de uma reestruturação do contratualismo, especialmente de Kant. Assim, afirma Dutra (2008, p. 45), Rawls caminha abertamente no âmbito da moral. Especificamente no aspecto jurídico da conexão entre direito e moral, também é necessário analisar as duas correntes contemporânea jusmoralista denominada de neoconstitucionalismo e garantismo.

3.1.1.1 As origens kantianas da conexão entre direito e moral – John Rawls e o imperativo categórico mitigado como concepção política e não metafísica na justificação de um pluralismo razoável

Admitindo-se, então, a gênese da tese da conexão contemporânea entre direito e moral em John Rawls, apresenta-se, a título de comparação, alguns breves argumentos do filósofo estadunidense que advogam a justificação moral da política, em especial sua reestruturação do contratualismo (kantiano principalmente). Com isso, espera-se realçar a diferença entre os modelos jusmoralista e juspositivista, especificamente as impossibilidades de justificação moral das decisões judiciais para Kelsen.

Para Rawls (2000b, p. 12), a ideia de uma teoria da justiça se dá pela apresentação de uma generalização maior da teoria do contrato social. A ideia básica é de que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original e são dispostos por pessoas livre e iguais para a definição dos termos fundamentais da associação e cooperação social. Assim, a justiça, para Rawls (2000b, p. 4), deve exercer sua primazia em sua sociedade bem ordenada composta de sujeitos racionais e razoáveis. Com essa ideia, Rawls pretende elaborar uma alternativa para as doutrinas utilitaristas e intuicionistas, as quais considera democráticas, porém não estáveis em uma sociedade complexa e formada por um pluralismo de valores, isto é, com diversas concepções de bem, mas sem um senso de justiça universal. Nesse sentido, entende a visão do legislador utilitarista equivalente ao do empreender que maximiza sua satisfação mediante a escolha de um ou outro bem, sendo a decisão correta uma questão de eficiência administrativa. Para Rawls, entretanto, esse sistema apenas pode aceitar uma única pessoa cujos desejos são decisivos. Por essa razão, a partir da concepção filosófica utilitarista, torna-se impossível o reconhecimento da diferença individuais, pois o sistema apenas comporta o reconhecimento de desejos unívocos. Afirma: “O utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas.” (RAWLS, 2000b, p. 30)

A proposta, quando considerada essa diferença, é fundamentar um pluralismo capaz de dar conta da discordância moral contemporânea. Nesse sentido, admite cidadãos com capacidade racional (com fins próprios), mas, sobretudo, razoável (com senso de justiça) na escolha dos princípios, sendo que a racionalidade por si só origina um pluralismo como tal e a razoabilidade também por si só não dá condições para as pessoas reconhecerem fins próprios. Sustenta Rawls: “Agentes puramente razoáveis não teriam fins próprios (...); agentes puramente racionais carecem do senso de justiça e não conseguem reconhecer a validade independente das reivindicações de outros”. (RAWLS, 2000a, p. 96)

Nessa sequência, Rawls defende que esse razoável corresponde à razão prática pura kantiana, sendo motivado por um imperativo categórico, contudo de forma mitigada em relação ao kantismo (RAWLS, 2000a, p. 92). Tal capacidade de formulação de um imperativo categórico revela-se universalizável em dois aspectos distintos: a disposição de propor e sujeitar-se a termos equitativos de cooperação e a disposição de reconhecer os limites do juízo e aceitar suas consequências. De tais capacidades se pressupõe as partes que escolhem os princípios de justiça.

Nesse aspecto da reformulação do kantismo, Denis Coutinho Silveira (2009, p. 184) conclui que em Rawls o liberalismo político corresponde a uma ideia política, ou seja, dirigida a um regime democrático, que pode ser aceito por todas as doutrinas compreensivas razoáveis existentes em uma democracia. Portanto, razoável no sentido de propor termos equitativos de cooperação, assim como aceitar os limites do juízo. Consequentemente, como fundamento universalista, a teoria política de Rawls, diferentemente de Kant, não se refere ao idealismo transcendental, visto que não determina aprioristicamente os princípios de justiça, “mas dialoga entre um mecanismo de representação universal que estabelece os princípios razoáveis de justiça com aplicação às instituições democráticas da sociedade” (SILVEIRA, 2009, p. 186)

Também Onora O’Neill (2002, p. 362) trata da diferença entre a teoria kantiana e a teoria de Rawls. Segunda a autora, a diferença entre as duas concepções de racionalidade explica porque o construtivismo de Rawls é fundamentalmente cívico, por permitir um pluralismo ético dentro de uma sociedade, enquanto o construtivismo de Kant pressupõe pluralidade, mas não compartilha da cidadania. Entretanto, é reconhecível a influência do kantismo na teoria da justiça de Rawls.

Podemos concluir, então, que a tese da conexão entre direito e moral na sua concepção contemporânea recorre ao contratualismo, pois pressupõe princípios originais de justiça acordados através da capacidade

racional e razoável dos cidadãos na escolha desses mesmos princípios. Também, encontra-se na releitura de John Rawls da metafísica kantiana as bases para essa justificação, contudo com mudanças na fundamentação dessa razão prática – torna-se política e não metafísica.

3.1.1.2 O neoconstitucionalismo e a conexão entre direito e moral

Outra forma de se contrapor ao positivismo, nesse caso não através da filosofia política, mas especificamente no âmbito jurídico, foi desenvolvida pela doutrina neoconstitucionalista. Segundo Susanna Pozzolo (OTTO; POZZOLO, 2012, p. 65), o termo neoconstitucionalismo é apropriado para denominar um modo antijuspositivista de reconstrução racional e justificação do sistema jurídico. Indica, sobretudo, uma forma não descritiva do direito, mas prescritiva, isto é, não explica como o direito é, mas como ele deve ser, o que por si só contrapõe as pretensões científicas do positivismo jurídico.

Ainda segundo Pozzolo, alguns traços podem caracterizar o neoconstitucionalismo:

Entre os muitos traços que podem caracterizar o neoconstitucionalismo, podemos evidenciar os seguintes: a) a adoção de uma noção específica de Constituição que foi denominada “modelo prescritivo de Constituição como norma”, b) defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios; c) a adoção da técnica interpretativa denominada “ponderação” ou “balanceamento”; d) a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito. (OTTO; POZZOLO, 2012, p. 66)

Écio Otto (OTTO; POZZOLO, 2012, p. 15), por sua vez, destaca o antagonismo da concepção neoconstitucionalista do positivismo jurídico. Isso ocorre, ainda segundo Écio Otto (OTTO; POZZOLO, 2012, p. 16), a partir do intento neoconstitucionalista de reconciliar ciência jurídica positiva e a sociedade através da superação do formalismo inerente ao absolutismo legislativo da concepção positivista do direito.

Por fim, Luiz Henrique Urquhart Cademartori (2009, p. 40) destaca as referências atuais da teoria do direito relacionadas ao neoconstitucionalismo: a concepção relaciona-se com as teorias da argumentação (Aléxy e Klaus Günter); também com o garantismo de Ferrajoli (embora este, apesar de ser designado em linhas gerais como

neoconstitucionalista, é definido especificamente com algumas diferenças em relação ao neoconstitucionalismo em sentido estrito); e, ainda, com às críticas de Dworkin ao positivismo clássico. Outrossim, soma-se às teorias dos direitos fundamentais (Aléxy, Peces Barba, Peres Luño, Streck) e da dogmática constitucional (Zagrebelsky, Häberle, Müller).

Acrescenta Cademartori (2009, p. 41), que o neoconstitucionalismo contesta as duas principais teses do positivismo conceitual – a tese das fronteiras sociais do direito e a não conexão entre o direito e a moral. Nas palavras do autor:

Outro problema que também merece ser salientado, no caso das teses do positivismo clássico, diz respeito à não conexão necessária entre o direito e a moral. Tal tese pode ser entendida de várias maneiras, sendo a mais relevante a de que o direito não perde a sua juridicidade pelo fato de ser injusto. Ou seja, uma coisa é o direito que é e outra diferente é o direito que deve ser. Tais diferenciações são tipicamente positivistas.

Uma primeira forma de abordagem de tal problema seria a de considerar que a racionalidade moral desempenha um importante papel na racionalidade jurídica e, portanto, existe uma relação intrínseca entre o direito e a moral. Para introduzir ao debate tal premissa, poder-se-ia considerar a inclusão de princípios morais nos ordenamentos jurídicos. Isso se verifica em muitas das constituições contemporâneas na medida em que nelas se inscrevem conceitos jurídicos indeterminados permeados de conteúdo axiológico, com alto grau de abstração, para os quais a possibilidade da sua aplicação direta, vale dizer, sem a intermediação de leis que lhes atribuam sentidos mais precisos, irá demandar uma forma de fundamentação racional de valores. (CADEMARTORI, 2009, p. 20)

Conclui-se, portanto, que o neoconstitucionalismo, em sua concepção geral, tem como uma das suas principais agendas de debate a recusa da separação entre direito e moral no aspecto jurídico. Nesse sentido, coloca-se em franca oposição à teoria relativista dos valores, tal qual o relativismo kelseniano: acontece que para Kelsen, a decisão judicial fica impedida, por questões formais, de justificar a interpretação moralmente, tal como o faz o neoconstitucionalismo na esperança de

superar a discricionarietà através da adoção de princípios morais balizadores ou ponderáveis da decisão judicial.

3.1.1.3 A perspectiva garantista da conexão entre direito e moral

Por final, a título de comparação, apresenta-se a teoria do controle jurisdicional sob a perspectiva garantista como uma alternativa de conexão entre direito e moral.

Segundo Luiz Henrique Cademartori (2007, p. 151), o controle realizado pelo judiciário da atividade administrativa, no aspecto do garantismo, tem por base os direitos fundamentais constitucionais, considerados como substanciais e que traduzem os valores morais e políticos da sociedade. Assim, a apreciação judicial de determinado ato administrativo, independentemente do seu grau de discricionarietà, não trata de constatar todos os graus de legalidade do ato, mas compõe sua estrutura através dos princípios constitucionais, portanto, sob um enfoque axiológico. (CADEMARTORI, 2007, p. 154) Consequentemente haverá uma justiça externa ao próprio sistema legal, sendo essa justiça determinada em função da quantidade e qualidade de princípios de justiça incorporados nos níveis normativos mais altos do ordenamento jurídico. Nas palavras de Cademartori:

Transpondo todos esses postulados para o campo de controle jurisdicional dos atos estatais em geral e administrativos em particular, pode-se concluir que o julgado, caso deseje optar por uma apreciação garantista de tais atos, não os considerará somente sob a ótica da estrita legalidade. Caso não ocorresse tal apreciação garantista, poderia estar sendo justificado um suposto respeito para com a opção discricionária do emissor do ato, desde que atendidos todos os requisitos legais da sua formação, e aqui a opção discricionária poderia ocorrer, inclusive, sob o argumento de decisão políticas, econômicas ou puramente administrativas.

Nesse sentido, o garantismo também admite a conexão entre direito e moral, sobretudo nos níveis mais elevados da Constituição.

3.1.2 As teses da separação entre direito e moral

Em lado oposto às teses de conexão, o positivismo jurídico tem como característica a separação entre direito e moral. Ocorre, entretanto,

que essa separação pode tanto se dar de maneira radical, quanto moderada, a qual inclui alguns elementos morais em certos aspectos específicos da legislação e da decisão judicial. Esse último caso designa-se como positivismo inclusivo; o primeiro é denominado de positivismo exclusivo.

3.1.2.1 O positivismo inclusivo

Conforme Dimitri Dimoulis (2006, p. 136), o positivismo jurídico inclusivo (ou *soft positivism* ou, ainda, positivismo moderado) procura conciliar a abordagem positivista com posições da corrente moralista. Os autores contemporâneos representes da vertente são David Lyons, Jules Coleman, Wilfrid Waluchow e Herbert Hart, em texto publicado postumamente. A característica principal da abordagem consiste na distinção entre fato duro (*hard fact*) e o direito analisado como convenção social (*social convention*). Os partidários do positivismo inclusivo admitem a possibilidade de que em certas sociedades possam haver uma convenção social impondo a consideração da moralidade para determinar a validade das normas jurídicas. Há, portanto, a possibilidade estrutural do incorporacionismo moral dentro do sistema legal como fato e não somente como suplementar da legislação ordinária, isto é, determinante na forma e no conteúdo normativo. Diz Dimoulis que “a moral pode se tornar diretamente relevante no sistema jurídico. Isso ocorre quando a regra de reconhecimento inclui valores morais.” (DIMOULIS, 2006, p. 138) Em tais situação, a validade da norma jurídica depende da aprovação moral da mesma.

Dimoulis (2006, p. 139) observa, por fim, que o positivismo inclusivo não abandona a tese da separação entre direito e moral, contudo admite a possibilidade da aproximação entre direito e moral quando socialmente convencionado.

Para Rafael Escudero Alday (2008, p. 376), há dois argumentos principais que caracterizam o positivismo inclusivo: primeiro, argumenta-se que a incorporação da moral ao direito é uma realidade evidente em muitos sistemas jurídicos, com referência especial para o nível normativo constitucional. Portanto, negar que a moral pode ser fonte de direito é negar a própria realidade: uma teoria que a faça fracassaria na sua adequada descrição do funcionamento do direito; em segundo lugar (ALDAY, 2008, p. 376), argumenta-se que a inclusão da moralidade no âmbito normativo é uma via adequada para garantir o respeito e cumprimento dos princípios morais incorporados.

Observa-se, conclusivamente, a partir do positivismo inclusivo, a possibilidade (porém não necessidade) da inclusão da moral no direito através da convenção do reconhecimento da própria validade do direito a partir da sua ratificação via princípios morais. Como se verá logo a seguir, para Kelsen também essa não é uma alternativa possível porque os conceitos de direito e moral são radicalmente opostos. Mesmo se considerarmos a validade normativa vinculada pela ratificação consensual de princípios morais, ainda assim, para Kelsen, essa convenção é interpretada como jurídica no sentido da sua incorporação pelo próprio sistema normativo e, portanto, não é mais moral, mas jurídica. Ou seja, a aceitação ou convenção social apenas pode vincular a validade da norma se ela em si for validada por um legislador ou pelo costume, o que determina maior flexibilidade na aplicação das normas, contudo não a aproximação dos conceitos de direito e moral. Não, há, nesse sentido, a divisão normativa entre normas de reconhecimento e regras propriamente ditas, mas unicamente normas positivadas que são mais ou menos flexíveis na determinação do seu sentido.

3.1.2.2 O positivismo exclusivo – a tese de Kelsen

Por fim, há a tese da radical exclusão dos elementos da moralidade do conceito de direito. Conforme Dimoulis (2006, p. 134), no caso do positivismo exclusivo não há possibilidade de ser utilizada a moral como critério de identificação do direito. Assim, a legislação é estabelecida exclusivamente por fatos sociais: mesmo quando uma norma se refere expressamente a elementos morais, ela em si não é mais moral, mas jurídica, pois o único elemento relevante é a validade da norma posta e eficaz.

Nessa vertente é que encontramos a concepção kelseniana de direito. Para o autor, como se verá a seguir, o direito é independente formalmente da moral em função da relatividade dos valores e da indefinibilidade do bem. (KELSEN, 2009, p. 75) Isto é, há várias morais, sendo algumas incompatíveis entre si – ocorre que considerar a moral como fundamento de validade do direito implicaria positivar apenas um valor em detrimento de todos os outros, o que o autor considera um pensamento autocrático, embora não prejudique ainda a separação formal entre direito e moral. Ou seja, mesmo que possuindo conteúdos idênticos, moral e direito distinguem-se formalmente pelo tipo de norma fundamental característica de cada normatividade – enquanto o direito pressupõe uma norma fundamental obrigatória para todos, a moral apenas pode ordenar subjetivamente àquelas vontades a ela simpáticas. Em

outros termos, o sentido do ato de vontade do direito é objetivo, porque reconhecido como obrigatório por todos; o sentido do ato de vontade da moral, entretanto, é subjetivo, porque só obrigatório relativamente ao sujeito afetado por determinados valores. Portanto, são conceitos formalmente inconciliáveis, embora possam ter o mesmo conteúdo.

3.2 O RELATIVISMO KELSENIANO E A EXCLUSÃO DA MORAL DO DIREITO

Após delimitar a concepção kelseniana de positivismo, distinguido seu pensamento das teses de conexão tanto ampla quanto moderada, cabe nesse momento aprofundar-se na sua exclusão dos elementos morais do direito. Isso se torna essencial nessa dissertação porque reflete diretamente na atividade da decisão judicial – ocorre que sem acrescentar valores morais, toda a decisão judicial não pode ser fundamentada através da moralidade, como, por exemplo, a razoabilidade, a ponderação, a resposta correta. Isto é, mesmo admitindo-se a discricionariedade interpretativa da autoridade, não se concebe a determinação do sentido da norma preenchida por valores morais, embora o conteúdo da decisão possa de fato ser pautada pela subjetividade da autoridade.

Nesse íterim, primeiro analisa-se o relativismo kelseniano, incluindo o problema do vazio de sentido do jusnaturalismo (em especial o kantiano) e o sentido moral do positivismo relativista; na sequência investiga a origem metaética desse relativismo; finalmente conceitua direito, moral e religião.

3.2.1 O relativismo moral

No texto *A Democracia*, Kelsen desenvolve melhor esta dicotomia entre absolutismo e relativismo filosófico. Tal texto torna-se essencial ser analisado para compreender a incapacidade epistêmica da moral delimitar o sentido de uma norma. Segundo o autor (KELSEN, 2000a, 161), desde que Aristóteles apresentou a teoria política e a ética correlacionadas, tornou-se pacífico a estreita ligação entre elas. Assim, o absolutismo filosófico é a concepção teórica metafísica da existência de uma realidade absoluta, ou seja, uma realidade existente independentemente do conhecimento humano. Consequentemente, sua existência está além do espaço e do tempo, dimensões que restringem a cognoscibilidade dos objetos. (KELSEN, 2000a, p. 164) Por oposto, sustenta (KELSEN, 2000a, p. 164) que o relativismo filosófico defende a doutrina empírica de que a realidade só existe na esfera do conhecimento humano, e que a realidade,

enquanto objeto do conhecimento, é sempre relativa ao sujeito cognoscitivo. O absoluto está além da experiência humana – inacessível ao entendimento e, logo, impossível de ser conhecido.

Kelsen, nesse sentido, paraleliza o absolutismo filosófico com o absolutismo moral e político. Para o autor, a relação entre o objeto de conhecimento e o sujeito do conhecimento é muito similar à relação entre um governo absoluto e seus súditos. Nas palavras de Kelsen (2000a, p. 350):

Assim como o poder ilimitado desse governo não sofre influência dos súditos, que são obrigados a obedecer leis sem tomar parte em sua criação, também o absoluto está situado além da nossa experiência, e o objeto do conhecimento – segundo a teoria do absolutismo filosófico – é independente do sujeito do conhecimento, totalmente determinado em sua cognição por leis heterônomas. O absolutismo filosófico pode muito bem ser caracterizado com um totalitarismo epistemológico. De acordo com esta visão, a constituição do universo certamente não possui um caráter democrático. (KELSEN, 2000a, p. 350)

Ocorre que a partir do absolutismo filosófico encontramos a concepção na qual a norma posta apenas é válida quando corresponde ao direito natural constitutivo de um valor de justiça incondicional, que se opera em um juízo de apreciação do direito positivo como justo ou injusto, vinculando, então, sua validade à sua legitimidade. Ora, nesse sentido, tal como coloca Kelsen, sob o ponto de vista do direito natural, torna-se indispensável encontrar um ideal de justiça que se quer absoluto, como a única forma de fundar uma ordem jurídica e dotá-la de validade, significando que, de acordo com esta teoria, só o direito natural pode, na verdade, ser considerado válido, e não o direito positivo como tal. Haveria, nesse caso, um estágio maior no escalão normativo, além da norma fundamental, formada pela legitimação do ordenamento através de uma concepção moral fundamental e absoluta. (KELSEN, 2003, p. 6)

Porém, a partir do relativismo filosófico Kelsen afirma (KELSEN, 2003, p. 5) que a validade das normas de direito positivo não depende da relação em que se encontra com a norma de justiça. Desta forma, contrariando o absolutismo filosófico, o direito positivo vale a partir da sua objetividade, da norma posta e globalmente eficaz; a sua validade se dá através da regra posta, pertencente ao próprio sistema. Seria desnecessário, portanto, a sua adequação a um ideal de justiça, isto é, a legitimidade para validar a norma jurídica.

A norma de justiça do tipo metafísico, nesse sentido, apresenta-se como uma instância transcendente, para além de todo o conhecimento humano, por isso caracterizada como uma crença subjetiva sobre o absoluto. (KELSEN, 2003, p. 17) Contudo, como decorrência exclusivamente dessa crença, não se pode nunca universalizar qualquer ideal transcendente. O absoluto é só o indubitável para cada sujeito. Se para determinado sujeito um ideal de transcendência é justo, aquele ideal é absoluto e não pode ser questionado. Contudo, é impossível uma crença única, um valor resultante único que vincule a subjetividade de todos em todos os tempos e lugares.

Sob a perspectiva das normas de justiça do tipo racional, supostamente apreendidas pela razão humana, Kelsen é ainda mais contestador: se, no problema da justiça, partimos de um ponto de vista racional-científico, não-metafísico, e reconhecermos que há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, nenhum dos quais exclui a possibilidade de um outro, então nos será lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através destes ideais, mesmo que supostamente fundados na natural razão humana. (KELSEN, 2003, p. 18)

3.2.1.1 O absolutismo filosófico das doutrinas jusnaturalistas segundo Kelsen

Na sequência da análise da impossibilidade epistêmica do absolutismo filosófico, Kelsen contrapõe-se à doutrina do jusnaturalismo, a qual considera a formadora dessa ilusão absolutista da moral. (KELSEN, 2003, p. 71) Kelsen, assim, averigua os objetivos e princípios do jusnaturalismo e conclui a irrelevância de tais argumentos para a validade de uma ordem jurídica, afirmando o aspecto exclusivamente teológico da doutrina naturalista (KELSEN, 2003, p. 72), sendo que a mesmo requer sempre a derivação de um dever-ser através de um ser (mesmo no seu aspecto racionalista), o que necessariamente postula a ideia de uma divindade e a recusa dogmática da possibilidade legítima da diversidade de valores.

Os objetivos de uma teoria do direito natural, segundo o autor (KELSEN, 1997, p. 9), são apenas manter uma técnica absolutista e arbitrária de domínio invariavelmente antidemocrática: um verdadeiro pensamento de peixe grande: na natureza o peixe grande engole o pequeno e não se justifica por tal; entre os humanos, no entanto, o peixe grande teme ser engolido por uma maior, o que lhe autolegitima a criar uma justificativa ilusória de absolutismo moral em que a sua vontade

adquire status de obrigação universal capaz de submeter o adversário ou os valores opostos ao seu julgo.

Embora a pergunta sobre o que vem a ser realmente o valor maior não possa ser respondida racionalmente, o juízo subjetivo e relativo com que essa pergunta é de fato respondida usualmente constitui a afirmação de um valor objetivo, ou seja, de uma norma de valor absoluto. É uma singularidade do homem que ele possua uma necessidade profunda de justificação, que ele tenha consciência. A necessidade de justificação ou de racionalização talvez seja uma das diferenças entre o homem e o animal. O comportamento exterior do homem não se diferencia muito do do animal: os peixes grandes devoram os pequenos, tanto no reino animal como no reino dos homens. Quando, porém, um “peixe humano” age dessa forma impulsionado pelo instinto, procura justificar sua conduta perante si próprio e a sociedade e aplaca sua consciência com a idéia de que seu comportamento em relação a seu semelhante é bom. (KELSEN, 1997, p. 9)

Assim, conforme o jusnaturalismo, afirma Kelsen (2003, p. 71), a natureza funciona como autoridade normativa, como legisladora dos valores humanos. Quem está de acordo com suas supostas normas absolutas atua justamente. Tais normas são consideradas imanentes e naturais da conduta humana, a qual é descoberta através de uma atenta análise do comportamento, sendo, portanto, cognoscíveis. Não são normas do direito positivo, variáveis no tempo e no espaço, mas normas dadas anteriormente ao surgimento do Estado e do direito, como características sobre-humanas de invariabilidade e imutabilidade. (KELSEN, 2003, p. 72) Disto se conclui que as ideias do jusnaturalismo são sempre passíveis da crítica da falácia naturalística, pois tal postula uma concepção de bem supostamente advinda da natureza do comportamento humano e que, de fato, não passa das conjecturas naturalizadas pelo moralista.

Como, no entanto, a natureza encontra-se em constante mutação, isto é, como o ser da natureza é um devir, um tornar-se a ser, as normas da natureza não podem constituir um conhecimento da regularidade observável do acontecer fático, apenas é cognoscível a permanência das mutações dos fenômenos naturais concretos, ou seja, sob iguais condições surgem as mesmas consequências. Quando a doutrina do direito natural

deduz da natureza normas imutáveis da conduta justa, o que faz é transformar regras do ser em normas do dever-ser e produzir a ilusão de um valor imanente à realidade, representadas como fins objetivos da natureza, isto é, a natureza é interpretada como um todo ordenando com uma finalidade. Ou seja, é apenas uma concepção metafísico religiosa do mundo, que radica na ideia de que a natureza foi criada por uma autoridade transcendente incorporadora em si do valor moral absoluto ou do acontecer fático da realidade, dirigido por esta autoridade. Assim, o status de comportamento natural não é dado, contraditoriamente, pela observação, mas é determinado pela vontade da autoridade transcendente que determina o que é natural ou não. (KELSEN, 2003, p. 73)

Neste sentido, as normas ditas naturais adquirem um caráter teológico, o qual obrigatoriamente admite que a natureza possa ser encontrada a partir de um direito justo. A natureza, para o jusmoralista, pode ser interpretada como um todo organizado com uma finalidade quando se admite e que são postos certos fins ao acontecer natural por aparte de uma vontade transcendente. Como tal, esta validade é tida como absoluta e imutável, como consequência exclusiva da sua origem divina. (KELSEN, 2003, p. 75)

3.2.1.1.1 O direito natural com fundamento na natureza humana

Diretamente oriunda destas concepções teológicas da natureza, está o argumento da tentativa de fundação do direito natural na natureza humana. Tal argumento postula por uma suposta constituição interna, psíquica, não física, da condição humana. Contra este argumento, afirma Kelsen, pesa a objeção a toda doutrina do direito natural: não é logicamente possível derivar um ser de um dever-ser, que de fatos não se pode deduzir nenhuma norma. A natureza empírica do homem não pode conduzir a ideia de que o homem deve se conduzir de determinada maneira. Isto conduz, diz, a resultados logicamente impossíveis, que necessariamente tem de contradizer uns aos outros, não podendo representar sequer uma ordem normativa da conduta humana. (KELSEN, 2003, p. 78)

Se supusermos o contrário dos pressupostos da doutrina jusnaturalista, admitindo-se que a natureza não representa a vontade de um ser transcendente, isto é, a natureza é o acontecer fático e independente de qualquer vontade, a norma do direito natural deduziria que o homem deve se comportar como de fato se comporta, ou seja, um desatino ilusório e supérfluo. Se os homens conduzem-se de fato da maneira como são determinados por suas pulsões, é um contrassenso

prescrever aos homens que se conduzam tal como eles efetivamente se conduzem. Exemplo deste argumento, afirma Kelsen (2003, 78), é o impulso de autoconservação. Tomás de Aquino, por exemplo, afirma que uma das normas apodíticas do direito natural é proibição do suicídio. Contudo, a factibilidade demonstra que certos homens decidem pôr termo a própria vida, isto é, decidem pelo suicídio. Deste fato não se poderia concluir que a norma que obriga o homem a conservar a própria vida tenha validade ou eficácia em todas as circunstâncias. Não se pode recusar o fato inegável que o homem em certas circunstâncias põe fim a própria vida. O que significa, portanto, que há também um impulso igualmente existente de autodestruição. Este argumento ainda se torna mais complexo quando envolve a conduta de homens em face de outros homens. O Impulso de autoconservação dos homens dirige-se, muito frequentemente, a própria conservação à custa da vida e da promoção da vida dos outros. Ou seja, está em direto conflito com o impulso de autoconservação dos outros. (KELSEN, 2003, p. 79)

Consequentemente, em virtude do desatino supérfluo que seria prescrever ao humano para agir como de fato age, a doutrina do jusnaturalismo resulta de um conceito de natureza derivada exclusivamente de normas ideais, não de fatos, da natureza propriamente dita, mas do arbítrio de certos homens. Pode o impulso de autoconservação ser tido como natural ou antinatural, dependendo apenas da posição em que se põe o sujeito, isto é, da sua crença ou ideologia professada. Ou seja, o conceito de natureza sofre uma mutação radical de significado. Não há mais uma natureza real, a natureza como de fato se apresenta, mas uma natureza ideal, de dever-ser, não de um ser. (KELSEN, 2003, p. 82)

Deste ideal de natureza, chaga-se a conclusão jusnaturalista baseada na natureza do homem 'normal', sempre postulada por uma fundamentação exclusivamente absoluta do considerar 'normal' ou 'anormal'. Complementarmente, na TGN, Kelsen afirma que se a norma manifesta-se no adjetivo normal não tem um sentido dever-ser, mas sempre é pensado em um ser. A suposição de que deve acontecer o que de fato acontece é, segundo o autor, uma suposição de seres humanos religiosamente orientados, pois tudo acontece pela vontade de deus, o regulador a natureza e definidor do 'bom'. Observa, no entanto, que a conduta oposta também deveria ser querida por deus ou pela natureza, porém é decidido pela autoridade que se autorreferência como representante desse deus ou da natureza a inconformidade de certas atitudes humanas em relação aos designios divinos ou naturais. (KELSEN, 1986, p. 5)

3.2.1.1.2 O jusnaturalismo como razão prática

A objeção mais desenvolvida por Kelsen nos seus diversos textos políticos contra a conexão entre direito e moral refere-se à fundamentação do direito natural em uma suposta razão prática própria dos seres humanos. A argumentação do autor possui o foco sobre Kant.

Para Kelsen, Kant não poderia deixar de salvar o dogma teológico da liberdade anteriormente refutado pela sua razão teórica da Crítica da razão pura (como uma antinomia da razão)²⁷, isso em virtude da sua orientação puritana.²⁸ Ele o faz através do conceito de razão prática. A razão prática para Kant é identificada com a vontade racional. Esta posição é distinta da sua filosofia teórica, na qual razão é uma faculdade do conhecimento, enquanto a vontade é uma faculdade apetitiva. Nesse sentido, para Kelsen, Kant recusa a argumentação jusnaturalista na sua primeira crítica; porém, contraditoriamente, a razão pura encontra-se remetida à razão prática nas suas obras posteriores, o que presume que os princípios práticos residem em nossa razão. Kant postula, assim, um parentesco estreito entre a sua ética e a doutrina do direito racional, assentado sobre o conceito de razão prática. Nesse sentido, Kant é classificado por Kelsen como um jusnaturalista racionalista²⁹, para quem

²⁷ De fato Kant conceitua a liberdade como uma antinomia da razão, contudo a reestabelece na Fundamentação da metafísica dos Costumes e na Metafísica dos costumes, como fundamento do imperativo categórico. Conferir a antinomia em: KANT, 2005, p. 294: “Tese: A causalidade segundo leis da natureza não é a única da qual possam ser derivados os fenômenos do mundo em conjunto. Para explicá-los é necessário admitir ainda uma causalidade mediante liberdade” e KANT, 2005, p. 295: “Antítese: Não há liberdade alguma, mas tudo no mundo acontece meramente segundo leis da natureza”

²⁸ Conferir: KELSEN, 2005, p. 635.

²⁹ Essa interpretação do kantismo não se mostra pacífica na literatura contemporânea, a qual se divide em duas concepções acerca da fundamentação metafísica do direito – por um lado, defende-se que Kant teria fundamentado o princípio do direito metafisicamente, porém a legislação, por ser externa, corresponderia a um imperativo hipotético técnico; por oposto, defende-se que o princípio metafísico do direito mantém-se quando analisada a legislação empírica, pois mesmo sendo externa, é autorizada por uma razão prática universal, isto é, o princípio do direito não apenas legitima a legislação, mas por uma série de autorizações da razão prática pura, fundamenta o próprio direito em sua formatação externa, inclusive a coação. Assim, essa legislação empírica não pode ser considerada como um imperativo hipotético técnico, mas um imperativo categórico e mesmo o exercício da coação externa é legitimado racionalmente,

seria admissível uma norma moral objetiva e cognoscível e tal seria determinante no conceito de direito. Isto é, Kant advogaria um direito natural absolutista. (KELSEN, 2007)

Consequentemente, segundo Kelsen, para Kant o direito é a regulamentação da conduta externa. Já a moral diz respeito à regulamentação da conduta interna, ou seja, dos motivos da ação – a distinção está entre legalidade e moralidade. Daí Kelsen afirma que para Kant

As leis da liberdade são chamadas morais para distingui-las das leis naturais. Na medida em que elas se dirigem apenas às simples ações externas e à sua legalidade (conformidade à lei) chamam-se jurídicas; se, porém exigem ainda que devam ser elas próprias (as leis) as razões determinantes das ações, então são éticas. E então, diz-se: ‘a moralidade da ação’. (KELSEN, 2009, p. 406)

Logo, Kelsen conclui, em função dessa passagem, que para Kant também as normas jurídicas são normas morais, e também as normas morais, portanto, se dirigem às ações externas. Assim, a legalidade é um valor moral, pois ela é concordância com normas morais, com o próprio imperativo categórico. (2009, p. 406).

A refutação de Kelsen à doutrina do Direito natural advogada por Kant incide, portanto, sob os aspectos do absolutismo moral justificador do princípio do direito. A contestação fixa-se no problema do imperativo categórico – para o autor, a fórmula é vazia porque o imperativo não pode expressar isentamente qual a máxima que pode valer como lei universal; quando Kant o faz, precisamente nos exemplos da Fundamentação da Metafísica dos Costumes (não mentir, por exemplo) e na casuística da Metafísica dos Costumes, contradiz seu próprio princípio, pois pressupõem a resposta à questão de como devemos agir antes mesmo de qualquer regra dada. Nas palavras do autor na TGDE:

Contudo, nenhuma das numerosas teorias de Direito natural consegui até agora definir o

isto é, como um dever-ser categórico. A primeira tese é defendida por: BOBBIO, 1997, p. 66; REALE, 2002, p. 662; MONCADA, 1995, p. 257; BITTAR, 2005, p. 278; entendem conforme a segunda leitura: BECKENKAMP, 2009, p. 77; SALGADO, 1986, p. 286; TERRA, 2004, p. 16; GUYER, 2006, p. 264). Kelsen interpreta Kant conforme a segunda concepção, isto é, há uma leitura abrangente da moralidade sobre o direito, inclusive no que concerne à legislação externa. Sobre essa interpretação, Kelsen afirma: “Também a legalidade é um valor moral, pois ela é concordância com normas “morais”. (KELSEN, 2009, p. 406)

conteúdo dessa ordem justa de um modo que pelo menos se aproxime da exatidão e objetividade com que a ciência natural pode determinar o conteúdo das leis da natureza ou a ciência jurídica, o conteúdo de uma ordem jurídica. Aquilo que até agora tem sido proposto como Direito natural ou, o que redundava no mesmo, como justiça, consiste, em sua maioria parte, em fórmulas vazias, como *suum cuique*, “a cada um o seu”, ou tautologias sem sentido como o imperativo categórico, ou seja, a doutrina de Kant de que os atos de alguém devem ser determinados somente por princípios que se queiram obrigatórios para todos os homens. Mas a fórmula “a cada um o seu” não responde à questão do que é “o seu de cada um”, e o imperativo categórico não diz quais são os princípios que se deveria desejar que fossem obrigatórios para todos os homens. (KELSEN, 2005, p. 14)

A fórmula do imperativo moral, segundo Kelsen (2003, 21), não prescreve senão que o indivíduo deve, na sua conduta, reprimir as suas inclinações, não realizar seus interesses egoísticos, mas agir por outros motivos, tidos como universalmente corretos. O imperativo categórico, portanto, seria a resposta de saber como o sujeito deve agir para ter sua ação qualificada como moralmente boa, a ação reta, justa. A norma moral que enuncia: age moralmente bem quando atuas segundo uma máxima da qual possas querer que ela se transforme numa lei universal, trata-se de saber se nós podemos querer que aquilo que nos propomos a nós próprios como regra do nosso agir se transforme numa lei para todos. Segundo Kelsen, Kant crê poder demonstrar que não podemos querer que certas máximas se transformem em leis universais, procurando fundamentar que a vontade de elevar à lei universal uma máxima imoral (uma máxima que Kant pressupõe como imoral) se contradiria a si própria. Em outros termos, o comportamento humano é bom ou justo se determinado por normas que são obrigatórias para todos, contrárias às inclinações egoísticas. (KELSEN, 2003, 21)

Contudo, afirma Kelsen, o imperativo categórico analisado a partir da sua aplicação leva à constatação de que se trata de regulamentos da moral tradicional e do direito positivo da época de Kant. “Não são, de forma alguma – como alega a teoria do imperativo categórico deduzido do imperativo categórico, pois nada se pode deduzir dessa fórmula vazia” (KELSEN, 1997, p 19). Ainda, toda e qualquer máxima é compatível com o imperativo categórico apresentado por Kant, o que comprova sua

completa falta de significado e sua incapacidade de propor um critério para o julgamento moral.

A partir daí, Kelsen parte para a análise da casuísta moral de Kant, caracterizada nos seguintes tipos: a) o dever perfeito para consigo mesmo, b) dever perfeito para com os outros, e c) deveres imperfeitos. O dever perfeito para consigo mesmo é o de não pôr termo à própria vida, ou seja, o suicídio. Este não poderia, para Kant, de forma alguma ser considerado como uma máxima universal, porque tal máxima seria contraditória a si mesma, já que a máxima de destruir a própria vida nunca poderia ser oriunda de uma fórmula universal, pois seria, assim, a causa da destruição da humanidade. A isso, Kelsen responde o seguinte:

Não se pode seriamente pôr em dúvida que um homem possa de fato querer que a máxima que manda pôr termo à própria vida quando ela é insuportável se torne uma lei universal. Se tal lei é válida, então a validade da lei segundo a qual a vida deve ser conservada é restringida por aquela. De forma alguma existe aqui necessariamente uma contradição. Há contradição apenas entre aquela máxima e uma lei moral pressuposta por Kant segundo a qual o suicídio é proibido em todas e quaisquer circunstâncias e por força da qual não se deve querer – se bem que se possa querer – da máxima em questão que ela se transforme numa lei universal. (KELSEN, 2003, p. 22-23)

Outra máxima diz respeito ao dever perfeito para com os outros, isto é, aquele dever de cumprir as promessas, falar a verdade. Segundo Kelsen, Kant afirma que necessariamente fazer uma promessa sem a intenção de cumpri-la seria incompatível com o imperativo categórico, pois segundo tais pretensões absurdas não existiriam mais promessas. A essa pressuposição Kelsen afirma que de forma alguma a sua máxima, tornada uma lei universal, tem de, como Kant diz, “destruir-se a si própria”, na medida em que com “destruir-se a si própria” signifique contradizer-se a si própria. Com efeito, prometer a outrem uma determinada conduta significa declarar que queremos, no futuro, conduzir-nos daquela forma. Uma norma universal como a de que não devemos cumprir as nossas promessas apenas se contradiz a si própria se se pressupõe como válida a norma segundo a qual devemos cumprir todas as nossas promessas. Kant pressupõe esta norma como evidente quando afirma que não podemos querer que máxima que nos leva a não cumprir uma promessa se torne uma lei universal. (KELSEN, 2003, p. 23)

Em seu último exemplo, Kelsen trata dos deveres imperfeitos. Para Kant não seria possível que alguém desejasse uma máxima que prescreve ao sujeito antes correr atrás do prazer a esforçar-se no aperfeiçoamento das suas disposições naturais. Da mesma forma é contraditória a máxima que propõe o egoísmo em prejuízo do bem-estar dos outros. Kelsen responde, primeiramente quanto à máxima do aperfeiçoamento das disposições naturais, que é muito provável que um homem que dá preferência à busca do prazer sobre o desenvolvimento das suas capacidades possa querer que a sua máxima hedonista se torne uma lei universal. Nem a máxima que conduz à busca do prazer nem uma lei a que essa máxima seja elevada são autocontraditórias. Kant, porém, pressupõe a lei moral como de per si evidente e posterior a aplicação do imperativo categórico. (KELSEN, 2003, p. 24-25). Então sobre o egoísmo, afirma Kelsen:

É patente que um egoísta pode querer uma lei universal do egoísmo e, simultânea e conseqüentemente, renunciar à ajuda dos outros, podendo, portanto, querer sem contradição que a sua máxima se torne uma lei universal. A contradição que aqui surge é a contradição entre a máxima e uma lei moral pressuposta por Kant, por força da qual devemos contribuir para o bem-estar dos outros. Só desta pressuposição, e não do imperativo categórico, se segue que o homem não “pode” querer, ou seja, afinal, não deve querer que o princípio do egoísmo se tornasse uma lei universal. (KELSEN, 2003, p. 25)

Nessa sequência, para Kelsen, o conceito de direito em Kant exige também uma conduta realizada contra a inclinação, ou contra o interesse egoístico - o direito está intimamente relacionado à ideia de moral, e mais do que isso, não está apenas relacionado linearmente à moral, mas, e principalmente, subordinado a mesma, sendo apenas uma “cabeça possivelmente bela, mas infelizmente sem cérebro” (KANT, 2003, p. 70) se não fundamentado por uma lei universal de liberdade.

Esta hipótese desenvolvida por Kant é inaceitável em relação à perspectiva filosófica de Kelsen. Para o autor, não há condições cognitivas para sustentar o direito como “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade.” (KANT, 2003, p. 76). Isto porque não há sustentação de um julgamento absoluto das normas jurídicas. Toda e qualquer contestação à norma faz parte do aspecto subjetivo, por tanto

das emoções dos sujeitos, isto é, relacionada apenas à força imposta pelo moralista quando as contingências históricas lhes são favoráveis.

3.2.2 O significado moral do positivismo relativista

Como já visto acima, a inexistência de normas além do conhecimento humano e de valores absolutos, estabelece o ponto de partida para o relativismo filosófico e para a interpretação das normas. Admite-se, no relativismo, a possibilidade de normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias, no sentido da existência e validade de normas morais diversas, sendo que o valor da justiça apenas pode ser relativo. Consequentemente não poderá haver nenhuma ordem jurídica positiva que deva ser considerada como não válida por estar em contradição com qualquer uma destas normas de justiça, assim como cada ordem jurídica positiva pode corresponder a qualquer das várias normas de justiça, sem que esta relação possa ser considerada como o fundamento da sua validade. (KELSEN, 2003, p. 69) Enfim, o reconhecimento da validade do direito independe da justiça atribuída ou não às normas positivas.

Portanto, a TPD não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em nenhuma norma de justiça. Uma norma fundamental, que obriga a conduzir conforme uma primeira constituição histórica é válida mesmo sem considerar a questão de saber se a ordem jurídica erigida em conformidade com esta constituição corresponde ou não com qualquer norma de justiça – não importa tomar em consideração nenhuma outra norma além da norma fundamental. (KELSEN, 2003, p. 69)

O relativismo assume, portanto, a posição de reconhecimento da diversidade de ‘naturezas’ e impulsos humanos, sendo os mesmos impossíveis de serem universalizados, isto é, não cognoscíveis. O positivismo relativista reconhece que o direito e a moral são variáveis nos diferentes tempos e lugares, e mesmo dentro de sociedades diferentes. (KELSEN, 2003, p. 101)

Assim, o significado moral do positivismo relativista não tem a aptidão de resolver o problema da justiça absoluta e como corolário não pode, através das regras morais, determinar a decisão mais justa ou correta. Nesse sentido, a moralidade não limita a discricionariedade do intérprete autêntico. Não se nega que os homens procuram justificar a sua conduta como absolutamente boa, justa, reta, porém se reconhece que esta justificação quando absoluta não passa de uma ilusão, que não pode ser satisfeita por via do conhecimento racional. Tal problema, portanto, deve

ser eliminado do domínio do conhecimento jurídico. A razão, afirma (KELSEN, 2003, p. 113), não consiste apenas em responder as perguntas que lhe dirigimos, mas também em ensinar quais as perguntas que lhe podemos dirigir com sentido – a questão de uma justiça absoluta, portanto, não deve ser nem arguida.

Ocorre, finalmente, que o argumento de que não haveria critérios para o julgamento do direito positivo sem uma doutrina jusnaturalista, segundo Kelsen, não procede. O direito positivo também fornece argumento para a apreciação do sistema. Acontece que esta avaliação não é absoluta, mas apenas relativa. Esta relativização do valor revela, conforme Kelsen, a verdadeira autonomia da moral. Significa que ela nos obriga a tomar consciência de que a decisão pertence apenas a nós mesmos e suas consequências devem ser assumidas integralmente. Nem deus, nem a natureza e nem a razão constituem uma autoridade objetiva responsável. Isto, para o autor, deixa em apuros quem não pretende tomar para si a responsabilidade por suas próprias escolhas. Quem pretende alijar-se das decisões, incumbindo a deus, à natureza, ou à razão, apenas esconde seus próprios desejos e arbitrariedades. As diferentes doutrinas do direito natural não libertam da responsabilidade da escolha, apenas iludem com o dogma da cognoscibilidade e objetividade moral. (KELSEN, 2003, p. 114 e 115)

Consequente, também a decisão judicial e a legislação são entendidas como relativamente determinadas, pois a sua formulação depende do sentido do ato de vontade da autoridade, que é sempre relativo. Esta, por sua vez, responde por todas as decisões tomadas e não se esgueira (ainda que tente) da reponsabilidade de seus atos através de supostas leis objetivas da moralidade.

3.2.3 A interpretação da norma fundamental e o relativismo moral

Já desde das primeiras obras de Kelsen, então, afirma-se o relativismo moral como consequência da incognoscibilidade de normas absolutas da moralidade, tendo como efeito a completa refutação de uma interpretação jusmoralista ou conectiva das normas por parte dos interpretes autênticos.

Para o Barzotto (2009, p. 63), entretanto, fica evidente a natureza ético-política da pressuposição da norma fundamental. Isto porque o órgão produtor das normas não a põe, mas apenas a pressupõe. O órgão pressupõe a norma fundamental quando considera a constituição obrigatória e se dispõe a agir em conformidade com ela. Para Barzotto, esta é uma posição política-valorativa, não jurídica, sendo que a teoria

pura (na prática) configura um jusnaturalismo em função dessa pressuposição da norma fundamental.

No entanto, esta afirmação é precipitada por desconhecer o fundamento ficcional-fundamental da norma desenvolvida a partir da TGN, sendo que a mesma não possui de forma alguma um papel legitimador, mesmo que lógico ou transcendental. Nesse sentido, o reconhecimento da obrigatoriedade da ordenação não depende da legitimidade do órgão produtor de normas. Um sujeito pode, sem qualquer contrariedade, assumir uma posição de objeção à ordenação normativa a qual está pressuposta uma norma fundamental, ou mesmo não a reconhecê-la como ordem válida. O mesmo sujeito pode desrespeitar estas normas. Mas se se pressupõe que ele ficcionalmente a reconhece, pressupõe-se que o mesmo sujeito assume a posição de ilegalidade ou uma posição revolucionária. Isto difere radicalmente do direito natural. Este, ilusoriamente, não reconheceria a validade de uma ordem considerada por ele ilegítima. Com isso, a doutrina do direito natural tem de sempre que assumir que o conteúdo do direito positivo só é válido por correspondência ao direito natural.

Assim, a Teoria pura se pergunta pela validade da ordem jurídica positiva, porém nunca dá a esta pergunta uma resposta categórica, mas sempre hipotética (ficcional, no caso da TGN). A norma fundamental não define o conteúdo de validade do direito positivo, como o faz o a doutrina do direito natural. O fundamento da TPD abandona a determinação do conteúdo do direito positivo ao processo determinando pela constituição. A determinação do conteúdo é uma função política originária, que em uma democracia é definida através do processo legiferante, não pela moral majoritária. (KELSEN, 2003, p. 117).

Portanto, a norma fundamental não pode, como a doutrina do direito natural, ser um critério de apreciação do direito positivo, ou seja, uma função política de justificação, como afirma o Barzotto. Segundo a Teoria pura existe apenas um direito, o direito positivo e a norma fundamental não é uma norma diferente do direito positivo, apenas ela apresenta a possibilidade da sua validade caso se interprete uma constituição como posta e globalmente eficaz. (KELSEN, 2003, p. 117) Como tal, não tem nenhum caráter ético-político, mas apenas um caráter teórico-gnosiológico (na TPD) e pragmático (na TGN).

Acontece que a teoria da norma fundamental e a doutrina do direito natural são incompatíveis entre si. Uma doutrina, afirma Kelsen (2009, p. 243), conseqüente do Direito natural distingue-se de uma teoria jurídica positivista pelo fato de aquela procurar o fundamento da validade absolutista, isto é, que pode validar a ordem jurídica quanto ao seu

conteúdo. Consequentemente, a decisão judicial a partir do relativismo filosófico tem sua validade, ao cabo, pressuposta por uma norma fundamental superior, e esta, por sua vez, não determina sua aceitabilidade através da legitimação da constituição posta, mas da pressuposição da sua validade.

3.2.4 A metaética não-cognitivista de Kelsen – a decisão judicial como o sentido do ato de vontade do intérprete autêntico

Apresentado o relativismo moral kelseniano e suas razões para o antijusmoralismo, questiona-se sobre a origem conceitual desse relativismo filosófico. Esse questionamento justifica-se porque tal como toda legislação é compreendida como um sentido de um ato de vontade, isto é, o conceito de direito passa pela determinação da vontade, também a decisão é compreendida a partir desse sentido de ato de vontade, sendo que essa não pode ser determinada por uma razão prática e, portanto, não pode ser conhecida *a priori*. Assim, não há uma definição de bem para o pensamento relativista e, conseqüentemente, uma decisão judicial não pode se arrogar legítima porque justa ou correta.

Sobre o tema, Aldo Schiavello (2008, p. 58) sustenta que o positivismo jurídico defendido principalmente por Kelsen envolve ou pressupõe o subjetivismo ético, portanto um relativismo ético. Essa tese também configura a contraposição entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. Nesse sentido, Kelsen se contrapõe à possibilidade do objetivismo moral, isto é, à possibilidade das normas morais serem conhecidas independentemente dos sujeitos que a postulam. Ocorre que para Kelsen, quando se admite a moral como sentido subjetivo do ato de vontade, a mesma não pode ser conhecida além desse mesmo sujeito que a defende.

Observa-se esse subjetivismo da norma mais expressamente na TGN:

“Norma” dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra “norma” indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão lingüística é um imperativo ou uma proposição de dever-ser.

O ato, cujo sentido é que alguma coisa está ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade. Aquilo que se torna ordenado, prescrito, representa, *prima facie*, uma conduta humana definida. Quem ordena algo, prescreve, quer que algo deva acontecer.

O dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo. (KELSEN, 1986, p. 2)

Ocorre, ainda, que a proposta de um objetivismo moral para Kelsen não tem como fundamento regras lógicas ou racionais, mas, sobretudo é uma manifestação emocional do sujeito que a postula. Assim, na hipótese do magistrado justificar sua decisão como absolutamente justa, essa mesma decisão racionalmente não pode ser interpretada como uma manifestação objetiva da moral, mas tão somente como uma ilusão emocional desse magistrado. Para esse argumento é necessário investigar a obra publicada postumamente (*A ilusão da justiça*) sobre a origem emocional do absolutismo (cognitivismos filosófico). (KELSEN, 2000b)

Ocorre que, a par da indubitabilidade da abstração entre ato e sentido, as tentativas de conexão entre ambos foram exaustivamente postuladas por uma questão emocional e política, não científica, isto é, o jusnaturalismo, que defende que devemos nos comportar de acordo com um ser da natureza, representa a ilusão emocional absolutista de obter esse dever-ser de um ser. A negação do dualismo entre fato e valor (o jusnaturalismo, no qual o bem é definido pelas regras da suposta natureza humana) dá-se pela suposição irracional da implicação de um em relação ao outro – um dever-ser resultado de um ser, ou vice-versa.

Para Kelsen esse tipo de fundamento absolutista não é resolvido pela ciência do direito, que tem em si outro objeto como constante de estudo, a norma jurídica, mas tal tarefa é de responsabilidade da psicologia, a qual avalia as profundas raízes filosófico-ocidentais oriundas já dos gregos Sócrates e Platão e ramificadas pela cultura cristã. E essa tese antijusnaturalista encontra-se na sua obra *A Ilusão da Justiça* (KELSEN, 2000b), na qual sustenta a homoafetividade reprimida de Platão e Sócrates como responsável pela criação de um espaço inatingível de cognição, emocional e comportamental, mas pretensamente racional. A perturbação sexual de Platão, afirma, responde pela sua necessidade de negar o mundo real, denominando-o como mundo das ilusões, imagens etc., e embasando uma única realidade transcendente, além do tempo e do espaço e cognoscível da perfeição de uma verdade em si.³⁰ Com tal, há a

³⁰ Conferir sobre o Eros reprimido em Platão *in* KELSEN, 2000b, p. 80.

sublimação do sentimento sexual e, conseqüentemente, da ideia de amor e moralidade platônica.³¹

A forma com que Platão trata da mulher e a sua relação com os jovens discípulos leva à conclusão que o amor platônico é na realidade apenas homossexualismo reprimido, sublimando na forma de conceito idealizado de gênero. Enfim, a ideia absolutista de bem, tanto socrático-platônica, como cristã, não passa de uma forma de vontade de poder, essencialmente poder de afirmação do comportamento sexual. (KELSEN, 2000b, p. 88) Tal forma de poder é exercida pela pedagogia: ‘Quebrar a espinha do jovem discípulo’ submetendo-lhe completamente ao mestre era o ofício do sábio. Ou seja, uma paixão erótica de desejo homossexual. Tornar dócil, seduzir pela altivez e pela vanglória, fazendo-se insubordinado. Nas palavras de Kelsen:

(...) mostrando-lhe que ele nada sabe e de nada entende; seu desejo é quebrar-lhe o amor próprio, na medida em que o faz consciente de quão urgente necessita daquele que lhe mostrou sua própria insignificância. (KELSEN, 2000b, p. 140)

Nesse sentido é que Sócrates vê na humildade seu mais alto triunfo, a qual lhe possibilita exercer seu Eros unicamente como um instrumento de sedução destinado a conquistar a juventude ateniense: um exército de seguidores devotos. (KELSEN, 2000b, p. 140). Disso resulta a tese

³¹ É de extrema importância notar que Kelsen não condena a homoafetividade, apenas diagnostica uma psicopatia resultante da repressão às inclinações sexuais de Sócrates e Platão que culminam na ilusão da justificação absoluta da moral sobre a sociedade. Afirma Kelsen: “Esse Eros, porém, que desempenha papel decisivo na vida e da doutrina de Platão (...) é o amor entre seres do mesmo sexo e, particularmente, do impulso que impele o homem rumo ao homem e que, no mundo antigo, encontrava-se disseminado por certas camadas sociais sob a forma de pederastia. Não faz, aliás, muito tempo que se encontrou a coragem para fazer frente àquela falsa hipocrisia que acreditava poder interpretar o Eros platônico somente como uma metáfora para o anseio pela filosofia. Nem sequer faz muito tempo, também, que aprendemos a compreender mais corretamente o Eros homossexual. Devemos à moderna investigação psíquica, capaz de penetrar também nas profundezas do inconsciente, a percepção de que a oposição entre o amor homossexual e o heterossexual não é, de modo algum, uma oposição tão crassa quanto se acreditava anteriormente; de que nos abismos do coração humano, sob a camada manifesta da libido heterossexual, dormita também a libido homossexual, e de que, já por essa única razão, inexistente aquele abismo a separar os assim chamados normas dos assim chamados anormais, abismo esse que conduz ao indignado desdém dos primeiros pelos últimos e que autorizaria os normas a abominar os anormais. (KELSEN, 2000b, p. 64 e 65)

absolutista platônica de associação entre verdade e bem, na qual a responsabilidade dos jovens discípulos está subordinada às concepções de verdade expressas pelo seu mestre. Enfim, surge aí o jusnaturalismo e a necessidade de justificação moral absoluta do Estado e das normas. Acontece, em outros termos, que a vontade de dominação platônica origina o sentimento específico da moral de justificação absoluta dos valores, além da sociedade e da polis.

Conclui-se, então, que a pretensão de justificação de valores morais absolutos, os quais teriam competência de vincular a validade da decisão judicial a uma concepção de bem, são, para Kelsen, resultado não da universalização ou racionalização desses mesmos valores, mas consequência do estado emocional da autoridade que os invoca com o intuito de legitimar suas decisões. Assim, a decisão judicial constitui-se no sentido do ato de vontade e sua justificação compreendida psicologicamente e não moralmente.

3.2.5 Direito, Moral e Religião

Finalmente, trata-se de compreender, à luz dos conceitos dissecados anteriormente, a forma com que Kelsen conceitua as normas e, conseqüentemente, a definição de direito, moral e religião. Ambos, para o autor, tanto o direito, a moral e a religião, são normas, isto é, sentido de um ato de vontade expresso na forma de uma ordem. Tal sistema normativo sempre origina-se socialmente (KELSEN, 2009, p. 67)³², no caso da moral, pode ser um líder fundador, ou o próprio costume; na hipótese do direito, uma norma da qual se pressuponha a sua positividade e eficácia global. Quando da diferenciação há, ainda, a questão do tipo de sanção exercida – se socialmente organizada ou não.

No segundo capítulo da TPD, Kelsen (2009, p. 67) sustenta a separação formal entre os conceitos. Mesmo podendo ser materialmente iguais, direito e moral radicalmente diferenciam-se e são separados pelo conceito formal de ambos. O direito é uma ordem coercitiva cuja validade se baseia em uma norma fundamental pressuposta. Nesse sentido, normas jurídicas e morais diferem essencialmente pela pressuposição das normas fundamentadoras de cada – enquanto o Direito requer uma norma fundamental centralizada para a sua validação, a moral tem suas normas expostas de forma desorganizada, com várias normas fundamentais pressupostas e válidas ao mesmo tempo. A coerção exercida pela moral, portanto, não requer esta norma centralizada para ser exercida, sendo ela,

³² Portanto toda norma, mesmo que moral, tem sua origem sempre social.

portanto, imputada de forma descentralizada, isto é, apenas a quem interessar os valores em questão. Assim, a coerção moral tem como último suporte de validade não uma norma fundamental centralizada, mas a ordem de um patrono, líder religioso, nos costumes, sendo que quando não reconhecido como autoridade, não é fonte de coerção. Nas palavras de Kelsen:

A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a* Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder *a um determinando* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isso não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste.

(...)

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral. (KELSEN, 2009, p. 75 e 76)

Nesse mesmo sentido de separação entre direito e moral, encontramos na TGDE (2005, p. 22) a distinção entre direito e moral, porém especificados através da motivação específica de cada ordem. Motivação porque depende da satisfação de um fim conseguido como adesão de conduta representado na sua generalidade e cujo objetivo limita-se a obter resultados de problemas particulares através da aplicação das normas morais e jurídicas. Esse tipo de motivação socialmente composta se divide em sanções transcendentais e social imanentes – a do

primeiro tipo são as normas da religião; as do segundo dividem-se em normas jurídica e normas morais. (KELSEN, 2005, p. 23)

Finalmente, então, na mesma TGDE, através da diferença entre as motivações, Kelsen (2005, p. 28) reconhece o direito como uma técnica social específica de uma ordem coercitiva, em contraste com as outras ordens sociais que perseguem o mesmo objetivo do direito, porém através de métodos diferentes. Diz Kelsen (KELSEN, 2005, p. 28)³³:

Ao mesmo tempo em que reconhecemos o Direito como uma técnica social específica de uma ordem coercitiva, podemos colocá-lo em nítido contraste com outras ordens sociais que perseguem, em parte, os mesmos propósitos que o Direito, mas através de métodos bem diversos. Além disso, o Direito é um meio, um meio social específico, e não um fim. O Direito, a moralidade e a religião, todos os três proíbem o assassinato. Só que o Direito faz isso estabelecendo que, se um homem cometer assassinato, então outro homem, designado pela ordem jurídica, aplicará contra o assassino certa medida de coerção prescrita pela ordem jurídica. A moralidade limita-se a exigir: não mataras; E, se um assassino é relegado moralmente ao ostracismo por seus pares, e se vários indivíduos evitam o assassinato não tanto porque desejam evitar a punição do Direito, mas a desaprovação moral dos seus pares, permanece ainda uma grande diferença: a de que a reação do Direito consiste em uma medida de coerção decretada pela ordem e socialmente organizada, ao passo que a relação da moral contra a conduta imoral não é nem estabelecida pela moral, nem é, quando estabelecia, socialmente organizada. Nesse aspecto, as normas religiosas encontram-se mais próximas das normas jurídicas do que as normas morais. Pois as normas religiosas ameaçam o assassino com a punição por um autoridade sobre-humana. As sanções que as normas religiosas formulam têm um caráter transcendental; não se trata de sanções socialmente organizadas, apenas de estabelecidas pela ordem religiosa. São

³³ Conferir a mesma citação em KELSEN, 1997, p. 230. No artigo em questão Kelsen repete a distinção entre direito, moral e religião, apenas reforça a monopolização do uso da força para caracterizar especificamente o direito.

provavelmente mais eficientes do que as sanções jurídicas. Sua eficácia, contudo, pressupõe a crença na existência e no poder de uma autoridade sobre-humana.

Portanto, em Kelsen o direito corresponde a uma técnica social específica, ao lado, mas radicalmente distinta, da moral e da religião, diferenciado pela aplicação da coerção centralizada. E assim o autor distingue o direito como constituído primordialmente como um sistema de normas coativas permeadas por uma lógica interna que valida, a partir de uma norma fundamental, todas as outras normas integrantes, sem qualquer valor moral, apesar de poder possuir um conteúdo moral. (KELSEN, 2009, p. 56)

Assim diz Kelsen: “tal como empregado nestas investigações, o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais. Ele designa uma técnica específica de organização social.” (KELSEN, 2005, p. 8). Ainda, o problema do Direito, na condição de problema científico, é um problema de técnica social, não um problema de moral. A afirmação: “Certa ordem social tem o caráter de Direito, é uma ordem jurídica”, não implica o julgamento moral de qualificar essa ordem como boa ou justa. Existem ordens jurídicas que, a partir de certo ponto de vista, são injustas. Direito e justiça são dois conceitos diferentes.

3.3 CONCLUSÕES SOBRE O RELATIVISMO MORAL E A DECISÃO JUDICIAL

Enfim, no que diz respeito especificamente à decisão judicial, mesmo a autoridade decidindo judicialmente conforme suas convicções morais e seus valores, a separação entre direito e moral em Kelsen não fica prejudicada por se tratar de uma distinção formal da motivação de cada norma. Assim, constitui-se a regra de interpretação que considera toda decisão como desprovida de fundamento moral. Observa-se, então, que a partir desse fundamento de validade fica evidente a tendência relativista e antiideológica da Teoria pura no que tange especificamente a decisão judicial – se é justa ou injusta, ou se garante relativa paz dentro da comunidade, ou se garante a felicidade ou o desenvolvimento das capacidades tidas como naturais, ou mesmo a razoabilidade das decisões, não representa uma variável ao direito. Na validade da decisão judicial não é afirmado qualquer valor transcendente ao direito posto.

Consequentemente, conclui-se a completa exclusão da moral nas decisões judiciais, visto que esta se constitui em uma técnica de controle social centralizada, ao passo que a moral representa uma técnica de

controle social descentralizada. Assim, mesmo a autoridade arrogando-se competente para aplicação de princípios morais na sua sentença, interpreta-se tal apenas como o sentido ilusório e absolutista dessa autoridade na interpretação da norma jurídica. Nesse mesmo contexto, qualquer pretensão moralista de determinar o sentido das normas através dos valores morais não impede a discricionariedade judicial, ao contrário, a aceitação da aplicação de princípios gerais e da moralidade comum, portanto de princípios externos à legislação, por serem termos relativos, indeterminados, aumentam o quadro de possibilidade de interpretação, dando ao magistrado mais poder e não restringindo seu arbítrio.

4 REGRAS DE INTERPRETAÇÃO – A ABORDAGEM HERMENÊUTICA DA DECISÃO JUDICIAL

O objetivo desse capítulo consiste, finalmente, em propor a hipótese da abordagem hermenêutica da decisão judicial no sentido de fundamentar uma teoria da interpretação em Kelsen considerado o seu relativismo filosófico e as alterações entre a TPD e a TGN. Para tal, antes são necessários alguns esclarecimentos sobre a possibilidade de deduzir regras de interpretação a partir da teoria jurídica kelseniana.

Observa-se, em primeiro lugar, que as regras deduzidas a partir dos textos do autor diferenciam-se do modelo hermenêutico que busca a resposta correta ou adequada para os casos concretos.³⁴ Afirma Kelsen:

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Assim, o modelo proposto não limita a decisão judicial em nenhum aspecto, ou seja, não se pressupõe a validade da sentença a partir das regras de interpretação expostas, mantendo-se a discricionariedade da decisão judicial. Ocorre que essas regras não se constituem em princípios

³⁴ Como, por exemplo, a tese da hermenêutica filosófica ou da resposta adequada à Constituição, de Lenio Luis Streck. Para o autor, a Constituição (*locus dos princípios*) estabelece a abertura hermenêutica para preservar a autonomia do direito e realizar o controle da discricionariedade judicial. Assim, garante a integridade e coerência do direito contra teorias pragmatistas, estabelece a fundamentação de legitimidade e garante o controle das decisões judiciais e, por fim, viabiliza uma forma do cidadão aferir se a resposta do judiciário foi, de fato, constitucionalmente adequada. (STRECK, 2013, p. 330-348) Uma hermenêutica, para Streck, contrapõe-se ao positivismo jurídico e ao relativismo epistemológico. Afirma: “É nesse sentido que, ao ser antirrelativista, a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes.” STRECK, 2012, p. 486. Conferir também sobre a resposta adequada por via da hermenêutica *in*: STRECK, 2011, p. 168.

valorativos ou ontológicos, e muito menos em regras lógicas apodíticas. São, isso sim, instrumentos que possibilitam a leitura da complexidade da estrutura normativa e permitem exclusivamente aos intérpretes não-autênticos³⁵ identificar os diversos sentidos das normas aplicadas pelas decisões judiciais, orientando, posteriormente, o legislador na precisão linguística das leis por ele promulgadas, e, conseqüentemente, mitigando a discricionariedade judicial sem recorrer a qualquer espécie de moralismo.

Reitera-se, outrossim, que a sistematização de regras de interpretação a partir da teoria kelseniana não pretende dizer como deve ser o direito, tal como a própria teoria pura proíbe. Não se trata de política, a qual defenderia a forma correta de interpretar uma norma ou a escolha de uma interpretação supostamente justa, razoável ou ponderável. O que se visa com tais regras é a compressão da teoria de Kelsen no que tange o problema da discricionariedade da autoridade judicial, sustentando a hipótese de regras analíticas, que portanto não acrescentam conteúdo ao direito, mas apenas o esclarece. Nesse ponto retoma-se a fundamentação estudada no início do primeiro capítulo, a qual sustenta a necessidade de superação da dicotomia formalismo versus realismo (o realismo moderado), para justificar essas regras de interpretação como uma construção de regras de entendimento jurídico que possibilitam o seu conhecimento e a sua objetividade por parte do cientista do direito, porém que não determinam, nem formalmente, a decisão judicial.

Nas palavras do próprio Kelsen:

De resto, uma interpretação estritamente científica de uma lei estadual ou de um tratado de Direito internacional que, baseada na análise crítica, revele todas as significações possíveis, mesmo aquelas que são politicamente indesejáveis e que, porventura, não foram de forma alguma pretendidas pelo legislador ou pelas partes que celebraram o tratado, mas que estão compreendidas na fórmula verbal por eles escolhida, pode ter um efeito prático que supere de longe a vantagem

³⁵ Ou seja, essas regras de interpretação da decisão judicial não se aplicam diretamente à autoridade competente para determinação do sentido das normas. São instrumentos dos outros dois sujeitos da interpretação – o cidadão e o cientista do direito. Apenas subsequentemente o intérprete autêntico, caso queira restringir o sentido das suas decisões, pode utilizar-se das regras de interpretação.

política da ficção do sentido único: É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica. (KELSEN, 2009, p. 396)

Nesse ínterim, as regras de interpretação assemelham-se mais a instrumentos de entendimento das normas do que a espelhos da realidade observada. Sendo assim, admite-se que a possibilidade de uma proposta da abordagem hermenêutica em Kelsen fixa-se no âmbito da filosofia pragmática no que concerne à interpretação, especialmente após a reformulação da norma fundamental, não mais hipotética, mas ficcional. Consequentemente, admite-se parcialmente a ruptura em relação ao positivismo lógico-transcendental das suas primeiras obras para a aceitação de um ceticismo ou pragmatismo na TGN. Nesse sentido, essa proposta hermenêutica aproxima-se em partes do pragmatismo norte-americano.³⁶

Essa aproximação com o pragmatismo, entretanto, não é completa se considerarmos também os problemas da leitura realista da obra de Kelsen.³⁷ Ocorre que se aceitarmos a tese do ceticismo de regras a partir da reformulação da norma fundamental e da impossibilidade da fixação da moldura de interpretação via regras formais, então não se poderia falar em uma teoria da interpretação ou regras de interpretação em Kelsen. Nesse caso, o juiz determinaria o sentido da norma a partir única e exclusivamente de seu arbítrio, sendo, portanto, imprevisível e, consequentemente, supérfluo a formulação de regras de interpretação,

³⁶ Observa-se em Richard Rorty, por exemplo, a objeção à pretensão positivista e moderna de representar a natureza através de uma teoria do conhecimento que funcionasse como espelho refletindo a realidade. (RORTY, 1994, p. 137) Nesse sentido, a abordagem hermenêutica da obra de Kelsen defende a não representação privilegiada da realidade e nem a tradução dessa realidade para o jargão comum dos juristas, mas uma forma de edificação semântica dos sentidos possíveis das normas, sendo que mesmo os sentidos contraditórios e pertencentes a culturas diferentes são considerados válidos como hipótese de sentido possível de uma norma.

³⁷ Conferir seção 2.2.1.2 desta dissertação.

pois nem mesmo o cientista do direito poderia interpretar os diversos sentidos das normas. Além, há elementos do pragmatismo que são inconciliáveis com a ideia de uma teoria geral do direito e uma teoria das normas defendida inclusive na TGN – tal como a exigência da substituição completa da teoria do conhecimento pela hermenêutica e a eliminação da distinção entre vontade e natureza (espírito e natureza).³⁸

Assim, a hipótese de dedução de regras de interpretação a partir das obras de Kelsen fica condicionada à fundamentação realista normativista, ou realista moderada, já exposta no primeiro capítulo dessa dissertação.³⁹ Ou seja, apenas se recusarmos tanto a leitura formalista quanto realista da obra de Kelsen, e pressupusermos como verdadeira a interpretação da teoria jurídica do autor sob as considerações da leitura do realismo moderado, aceita-se, então a possibilidade da existência de uma teoria da interpretação, isto é, uma abordagem hermenêutica da decisão judicial e do relativismo filosófico a partir da teoria jurídica kelseniana.

4.1 AS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Então, condicionadas à leitura realista moderada, as regras de interpretação da decisão judicial e seus fundamentos apresentam-se conforme o quadro abaixo:

Quadro 1. Regras de interpretação da decisão judicial

REGRA	REFERÊNCIA
1. Toda decisão judicial tem sua origem social, não racional.	KELSEN, 2009, p. 1-10, 68; KELSEN, 1986, p. 3.
2. Toda decisão judicial é o sentido objetivo de um ato de vontade.	KELSEN, 2009, p. 3 – 5.
3. A validade da decisão judicial independe da sua legitimidade ou justificação.	Cf. seção 3.2 desta dissertação; KELSEN, 2009, p. 280.
4. A decisão judicial segue um escalonamento o qual culmina na pressuposição de uma norma ficcional fundamental.	Cf. seção 2.1.1.1 desta dissertação; KELSEN, 1986, p. 326.

³⁸ Conferir RORTY, 1994, p. 372.

³⁹ Conferir seção 2.2.1.3.

5. Toda decisão judicial imputa uma coerção socialmente organizada.	KELSEN, 1945. KELSEN, 2009, p. 86.
6. A decisão judicial leva em consideração o direito internacional como variável do escalonamento normativo.	KELSEN, 2009, p. 366; KELSEN, 2002, p. 131

Na sequência são esclarecidas essas regras de interpretação.

4.1.1 Toda decisão judicial tem sua origem social, não racional

Como positivista, Kelsen não nega a origem factual do direito. (KELSEN, 2009, p. 2) Ocorre, nesse sentido, que o dever-ser de uma norma distingue-se do próprio fato criador das normas, mas não em sua origem, que continua sendo uma realidade factual, traduzido em sentido objetivo de um ato de vontade. Essa concepção, entretanto, gera confusão na doutrina – comumente acusa-se a TPD de contraditória exatamente nesse ponto. A decisão judicial, nesse sentido, também encontra-se originalmente como uma realidade factual e é interpretada apenas em um segundo momento como um sentido de um ato de vontade.⁴⁰ Sucede, principalmente, que a decisão judicial para o positivismo kelseniano não tem sua origem racionalmente, mas socialmente.

Encontra-se no início do segundo capítulo da segunda edição da TPD a origem das normas jurídicas e morais e a sua forma de interpretação. Para Kelsen, tais normas apresentam-se sempre como sociais, nunca individuais, isto é, jamais como obrigações para consigo mesmo. Portanto, nunca racionais na sua origem. Os deveres jurídicos ou morais, diz o autor, (KELSEN, 2009, p. 68) adquirem sentido apenas em sociedade, ou seja, para um indivíduo só, tais seriam sem significado algum - as normas morais que prescrevem deveres do homem em face de si mesmo apresentam-se sempre na consciência dos homens em sociedade, refutando o próprio conceito de deveres para consigo. O não suicídio, a castidade ou a coragem não são deveres individuais, alheios à sociedade, mas obrigações relativas perante os outros. Portanto, a compreensão da origem do ato de vontade normativo está sempre

⁴⁰ A origem factual das normas como característica do positivismo jurídico também é destacada por Susanna Pozzolo como parte do modelo positivista configurado para fazer frente às críticas neoconstitucionalistas. Conferir: OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna, 2012, p. 116.

empiricamente condicionada – a partir dos efeitos que estas normas apresentam na sociedade é que serão reconhecidas e eficazmente aplicadas, isto é, existentes jurídico e moralmente. (KELSEN, 2009, p. 68)

Mesmo quando o caráter empírico-social das normas jurídicas e morais é posto em dúvida, Kelsen ressalta que a conduta do indivíduo mediatamente refere-se sempre aos homens em sociedade, ou de uma determinada comunidade. (KELSEN, 2009, p. 68) Assim, se o Direito é objeto de uma ciência natural ou social não pode ser respondida sem uma prévia crítica, pois mesmo o direito ou a moral estão presentes na natureza, fazem parte de um mundo com dimensões espaço-temporais. (KELSEN, 2009, p. 2) Normas jurídicas e morais dão a entender, afirma Kelsen na TGN (KELSEN, 1986, p. 3), que alguma coisa deve acontecer, isto é, um ato, existente no espaço e no tempo, cujo sentido expressa, em um primeiro momento, uma vontade, um querer, o desejo de que alguma conduta humana seja executada. Esta é a origem empírica, a fabricação da positividade da norma. Consequentemente, a origem da decisão judicial, como regra de interpretação, é entendida como um fenômeno social de manifestação da vontade da autoridade na aplicação da norma ao caso concreto.

Contudo, frequentemente os comentadores e críticos⁴¹ questionam-se como o autor da TPD e da TGN pode afirmar a origem factual das normas jurídicas e morais. Tal procedimento não implicaria à própria falácia naturalista tão combatida por Kelsen? Ou seja, o procedimento com que Kelsen justifica a postura empírica da interpretação das normas jurídicas e morais representa o problema inicial a ser enfrentado. Essencialmente, a forma como Kelsen dá suporte à sustentação do dualismo entre ser e dever-ser através da ideia de pureza metódica e de diversidade fundamental entre conhecimento e objeto.

A resposta às questões formuladas logo acima pode ser encontrada no primeiro capítulo da segunda edição da TPD (KELSEN, 2009, p. 1-10). Estudando a ideia de pureza metódica verifica-se que tal significa não a exclusão da análise empírica da sociedade e das suas normas. Nesse mesmo capítulo, Kelsen distingue o direito do âmbito daquelas disciplinas que se ocupam da natureza, portanto do ser e fundamentalmente abstraídas do sentido dos atos de vontade, isto é, do dever-ser. Aquelas envolvem o conhecimento também de certo aspecto do direito e não são

⁴¹ Ver Fábio Konder Comparato e sua *Ética*, 2006, p. 357; Luiz Fernando Barzotto, sobre o positivismo jurídico contemporâneo, 2007, p. 57; e Arnaldo Vasconcelos, sobre a teoria empirista de Kelsen, 2010, p. 95.

em si ignoradas, mas não constituem por si só a disciplina autônoma da ciência jurídica, pois do contrário haveria um sincretismo metódico. Desta forma, o autor separa a ciência do direito das ciências que estudam a natureza do comportamento humano e, por conseguinte, não tratam de deveres, de normas, mas de fenômenos naturais. Aqui já há a principal distinção entre os dois tipos de interpretação – autêntica e não-autêntica, sendo que esta também não exclui a interpretação do direito como um ato de vontade e não apenas como um sentido desse mesmo ato, até mesmo porque o autor admite a interpretação teleológica como método válido de interpretação científica. (KELSEN, 2009, p. 2 e 392)

Assim, quando denominada pura, nesse sentido, a teoria propõe-se a garantir um conhecimento dirigido apenas ao Direito, excluindo deste tudo o quanto não pertença ao seu objeto. Esta exclusão ocorre de maneira crítica, delimitando seu campo em face das disciplinas tradicionalmente confundidas com o direito, tal como a psicologia e a sociologia ou a ética e a teoria política, evitando-se, assim, um sincretismo metódico obscuro. Contudo, essa delimitação do direito não exclui a sua origem empírica da norma, como ato de vontade. Afirma o autor:

Se se parte da distinção entre ciências da natureza e ciências sociais e, por conseguinte, se distingue ente natureza e sociedade como objetos diferentes destes dois tipos de ciência, põe-se logo a questão de saber se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, se o Direito é um fenômeno natural ou social. Mas esta contraposição de natureza e sociedade não possível sem mais, pois a sociedade, quando entendida como a real ou efetiva convivência entre homens, pode ser pensada como parte da vida em geral e, portanto, como parte da natureza. Igualmente o Direito – ou aquilo que primo conspectu se costuma designar como tal – parece, pelo menos quanto a uma parte do seu ser, situar-se no domínio da natureza, ter uma existência inteiramente natural. Se analisarmos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que têm qualquer conexão com o Direito – por exemplo, uma resolução parlamentar, um ato administrativo, uma sentença judicial, um negócio jurídico, um delito, etc. - , poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta

humana; segunda a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito. (KELSEN, 2009, p. 2)

Conclui-se, portanto, a origem factual da decisão judicial. Nesse sentido, a interpretação dessa decisão é vista nesse primeiro momento como uma manifestação observável no espaço e no tempo. Então, conseqüentemente, exclui-se a hipótese da origem racional da decisão judicial. Como ato de vontade, então, interpreta-se, pelo menos nesse primeiro momento, a subjetividade do intérprete autêntico na aplicação da norma no sentido de que ele decide conforme a sua vontade. Tal subjetividade transforma-se em objetividade apenas quando transitada em julgada a sentença.

4.1.2 Toda decisão judicial é o sentido objetivo de um ato de vontade

No primeiro momento admite-se, como característica específica da decisão judicial, o acontecer fático da mesma em sua origem e a recusa da razão como seu fundamento. Ocorre, entretanto, que a sentença, apesar da sua origem factual, não é determinada em seu conceito final por esse mesmo ato de vontade. A decisão judicial, assim como todas as normas, representa o sentido desse ato de vontade. Ocorre que de fato existe um ato que constitui a norma, porém ela mesma não se resume a esse, mas é entendida como o seu sentido de vontade. (KELSEN, 2009, p. 3)

Nesse interim, esquematicamente, a regra exposta (KELSEN, 2009, p. 3) pode ser apresentada sequencialmente como: primeiro há um fato (observável), do qual se interpreta a existência de um ato de vontade. Tal ato deve ser entendido como possuidor de um sentido. Por exemplo, quando alguns homens em uma sala levantam as mãos concordando com outro homem que expressam sua vontade, temos vários atos de vontade interpretados como sentido de atos de vontade. Evidentemente essa interpretação do fato, do ser, distingue-se conscientemente do dever-ser. Não há aqui uma falácia naturalista. Para Hume, a falácia naturalista advém da ilegítima aplicação do conceito da causalidade como existente e natural a partir da indução das premissas. (HUME, 2009, p. 167) Em Kelsen, contudo, esse dever-ser é um esquema mental que representa que alguns fatos possuem sentido de ordem, comando, permissão ou autorização. Esse dever-ser incontestavelmente origina-se em um ser (pois logicamente tudo resulta de um ser e não da metafísica), representado como ato de vontade, contudo não significa que a partir da reiteração desse ato haverá a conclusão causal do dever-ser (a própria

falácia naturalista). Há unicamente a interpretação desse dever como sentido do ato de vontade.

Dando seqüência a interpretação específica do direito em relação à natureza, esse sentido do ato de vontade pode ser tanto subjetivo quanto objetivo. O dever-ser em seu sentido subjetivo é todo ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro sob o ponto de vista da obrigatoriedade dessa conduta apenas para o sujeito a ela dirigida, e não para todos os demais. Por conseguinte, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser para todos é que designamos esse sentido de ato de vontade como norma jurídica. (KELSEN, 2009, p. 3)

Essa obrigatoriedade reconhecida objetivamente, por sua vez, tem o sentido de obrigatoriedade a ela atribuída por outra norma superior. E essa atribuição é realizada, por sua vez, pela própria norma jurídica que, então, funciona como esquema de interpretação do ato de vontade como sentido objetivo. Assim, não é o fato externo que determina o sentido especificamente jurídico desse ato de vontade, mas a sua significação por intermédio de uma norma reconhecida como jurídica.

O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lítico ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lítico ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretação segundo essa norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras, o juízo em que enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou

antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. (...) Isso quer dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida. (KELSEN, 2009, p. 4-5)

Em específico sobre o reconhecimento da objetividade dessas normas, Kelsen (2009, p. 8) afirma que a característica da objetividade do sentido do ato de vontade se caracteriza quando esse mesmo sentido de ato de vontade é considerado como obrigatório não apenas do ponto de vista do indivíduo que põe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado, mesmo depois da vontade do indivíduo que institui esse dever-ser ter cessado. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objeto por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma superior, atribui a alguém competência para esse ato.

Em resumo, então, toda norma é o sentido objetivo de um ato de vontade. Sendo a decisão judicial também uma forma de constituição normativa, também ela se determina como sentido objetivo do ato de vontade. Mesmo reconhecendo, portanto, a discricionariedade judicial na determinação do sentido da norma geral aplicada ao caso concreto, o que nos leva concluir que nessa fase há o emprego da vontade subjetiva da autoridade, a decisão é reconhecida como norma objetiva porque determinada como válida por outra norma superior, que por sua vez é validada por outra superior até a norma fundamental. Considerando, por fim, a mudança dessa norma fundamental de hipotética para ficcional (na TGN), então a objetividade da decisão judicial se dá pela pressuposição ficcional de validade de todo o sistema normativo.

4.1.2.1 Consequências da negação do dualismo entre ser e dever-ser para o problema da decisão judicial

Apesar da disparidade entre ser e dever-ser, sustentada por Kelsen como dada espontaneamente à nossa consciência, há históricas tentativas

de conexão e aplicação dos princípios resultantes dessa conexão, inclusive para determinar semanticamente como naturais determinados sentidos normativos, assim como interpretar como natural determinada decisão judicial. Supõe-se que o ser esteja implicado no dever-ser ou o dever-ser no ser (KELSEN, 1986, p.76) e tal representa, também, um critério naturalístico fundamentador da determinação da decisão judicial, pois defende a ideia de uma teoria da decisão pautada por critérios naturais.

Na TGN, o primeiro, conforme Kelsen (1986, p. 81), responsável pela negação do dualismo entre ser e dever-ser foi Platão. A identificação do dever-ser como o ser é exposta através da comparação entre o bem e o verdadeiro. A ideia do bem é descrita por Platão também como a própria ideia do verdadeiro.

Outro filósofo responsável para a interpretação monista entre ser e dever-ser foi Aristóteles. A tese teleológica da natureza pressupõe tal interpretação, essencial para a sua teoria do direito natural. A conduta boa (e conseqüentemente a interpretação boa ou correta), para Aristóteles, segundo Kelsen, isto é, moralmente boa, é encontrável na natureza das coisas, ou na natureza das pessoas como de um ser racional. (KELSEN, 1986, p. 87) Dessa interpretação aristotélica repousa a teoria do direito natural teológico de Tomás de Aquino. A lei eterna divina é o governo do mundo pela razão divina. A razão divina, ainda, é idêntica à vontade divina, isto é, o ser existente identifica-se com o dever-ser da vontade divina. (KELSEN, 1986, p. 90)

Por fim, o autor fundamental para Kelsen para a interpretação monista entre ser e dever-ser foi Kant. Essa é a principal recusa de Kelsen em compreender como racional a filosofia prática kantiana. Para Kelsen, a teoria prática de Kant, chamada de teologia kantiana, não passou, de fato, de uma defesa do cristianismo protestante e puritano, permeado frequentemente por termos tais quais – comportamento natural, normal. Assim, também a filosofia política de Kant não se sustenta tendo em vistas as críticas da falácia naturalista. O que Kant fez foi abstrair da própria sociedade e cultura em que estava inserido regras de comportamento pretensamente universais, isto é, de um ser, Kant obtém um dever-se, considerado, então, natural e cognoscível os valores do seu contexto social. Dessa abstração, contudo, Kant não poderia formar uma teoria do direito. Ocorre que o faz, garantindo, assim, um posicionamento falacioso. Enfim, Kelsen interpreta a teoria dos imperativos de Kant como uma forma desesperada do autor de salvar seus dogmas religiosos. (KELSEN, 2005, p. 635)

É nesse sentido, então, que se admite a inviabilidade de qualquer interpretação naturalista da moralidade justamente pela impossibilidade epistemológica de fundamentação de qualquer jusnaturalismo. Nesse sentido, há mais uma limitação cognoscitiva dos sentidos das normas – mesmo que a decisão judicial expresse uma justificativa ilusória, fundada no pretense conhecimento da regularidade inevitável da natureza com o fim de eliminar sentidos antípodas, ainda sim a expressão desse ato de vontade apenas é compreendida a partir da radical separação entre ser e dever-se.

4.1.3 A validade da decisão judicial independe da sua legitimação ou justificação

Conforme já defendido nessa dissertação (seção 3.2), para Kelsen os conceitos de direito e moral são formalmente inconciliáveis. Mesmo que possuam conteúdos idêntico, formalmente o direito exclui de seu conceito todos os elementos da moral.

Nesse sentido, a decisão judicial, por mais que se arrogue justa e correta, sua validade independe dessa justiça autorreferente. Da mesma forma, não há qualquer norma de justiça que vá determinar a validade da decisão por não corresponder aos seus critérios absolutistas. Isso tudo em virtude da relatividade dos valores defendida desde as primeiras obras de Kelsen.⁴²

Mesmo considerado a hipótese da legislação autorizar ao magistrado a utilização da moralidade como suplementar das normas em casos não previstos pela norma geral, a decisão ainda assim não é entendida a partir da moralidade, mas apenas como resultado da autorização de aplicação do sentido subjetivo do juiz no caso concreto como seu sentido objetivo. Ocorre que se o juiz vem a ser chamado para criar normas gerais através de uma decisão ‘justa’, como na hipótese da livre descoberta do direito, o que se entende é que lhe foi dada a competência para criação de normas sem vinculação da sua validade à outra norma geral superior. Contudo, reitera-se que não se confunde direito e moral e a decisão tomada na criação dessa norma geral via judiciário independe da sua legitimidade, tendo em vista a relatividade dos valores.

Assim, afirma Kelsen:

Contra esta fundamentação da descoberta livre do Direito deve objetar-se pela forma seguinte: o que

⁴² Conferir seção 3.2.1.

efetivamente sucede quando a decisão dos casos concretos não é vinculada a normas jurídicas gerais, legislativa ou consuetudinariamente criadas, não é de forma alguma a complexa exclusão, do processo de criação jurídica, das normas gerais. Se o órgão, perante o qual se apresenta o caso concreto a decidir, deve dar uma decisão “justa”, ele somente pode fazer aplicando uma norma geral que considera justa. Como uma tal norma geral não foi já criada por via legislativa ou consuetudinária, o órgão chamado a descobrir o Direito tem de proceder pela mesma forma que um legislador que, na formulação das normas gerais, é orientado por um determinado ideal de justiça. Como diferentes legisladores podem ser orientados por diferentes ideias de justiça, o valor de justiça por eles realizado apenas pode ser relativo; e, conseqüentemente, não pode ser menos relativa a justiça da norma geral pela qual se deixa orientar o órgão chamado a decidir o caso concreto. Do ponto de vista de um ideal de justiça – apenas possível como valor relativo –, a diferença entre o sistema da livre descoberta do Direito e o sistema da descoberta do Direito vinculada à lei ou ao direito consuetudinário reside no fato de o lugar da norma geral de Direito positivo e da norma geral do ideal de justiça que orienta o legislador ser ocupado pela norma geral do ideal de justiça do órgão chamado à descoberta do Direito. (KELSEN, 2009, p. 280)

Conclui-se, assim, que como regra de interpretação, o cientista do direito ignora a legitimidade ou a justificação da decisão judicial como vinculante da sua validade. Portanto, uma decisão, mesmo considerada injusta, não razoável ou imponderável ainda assim mantém-se como norma jurídica.

4.1.4 A decisão judicial segue um escalonamento que culmina na pressuposição da norma ficcional fundamental

Como já visto na seção 2.1.1.1, a normatividade segue um escalão normativo desde a norma fundamental até a concretização das normas gerais nos casos concretos. Também, a fundamentação dessa norma fundamental passa por reformulações as quais resultam no abandono em

partes da pressuposição lógica-transcendental dessa norma fundamental para uma norma ficcional fundamental.⁴³

Assim, a decisão judicial segue um escalonamento que tem na norma fundamental a unificação do conjunto normativo. Em resumo, pergunta-se: por que devo obedecer a uma decisão judicial? A resposta pode ser – porque há uma lei ordinária que sustenta a objetividade dessa decisão. Contudo se se pergunta por que devo obedecer a essa lei ordinária, a resposta se dá pela validação dessa mesma lei pela Constituição, que empresta a ela o sentido objetivo necessário para satisfazer o seu conceito de norma. Finalmente se pergunto por que devo obedecer a constituição, a única resposta possível é – obedecer a constituição porque a pressuponho como válida e obrigatória para todos, portanto um sentido objetivo.

Portanto, observamos em Kelsen:

Que a validade de uma norma fundamenta a validade de uma outra norma, de um modo ou de outro, constitui a revelação entre uma norma superior e uma inferior. Uma norma está em relação com uma outra norma; a superior em relação com uma inferior, se a validade desta é fundamentada pela validade daquela. A validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior pela circunstância de que a norma inferior foi produzida como prescreve a norma superior, pois a norma superior, em relação com a inferior, tem o caráter de Constituição, pois que a natureza da Constituição existe na regulação da produção de normas. Então, a lei, a qual regula o processo, em que o órgão aplicador do Direito, especialmente os tribunais, produzem normas individuais, é a “Constituição” na relação com o processo desses órgãos, como a “Constituição” no sentido específico mais restrito da palavra, isto é, na relação com o processo legislativo de produção de leis, e a Constituição no sentido lógico-transcendental na relação com a historicamente primeira Constituição, com a Constituição no sentido jurídico-positivo. (KELSEN, 1986, p. 329 e 330)

Portanto, mantém-se a regra de interpretação que afirma que toda a decisão judicial segue um escalonamento normativo, mesmo com as

⁴³ Ver seção 2.1.2.

reformulações da TGN. Ocorre, entretanto, que, em virtude dessas modificações, mesmo que a decisão, como relação entre normas gerais e particulares, contradizer a norma geral, ela mantém sua validade, desde que interpretada como válida por um tribunal competente para decidir que essa contradição é válida. Em suma, a proposição de não-contradição não é aplicável num silogismo normativo sobre a relação entre normas, porém mantem-se, ficcionalmente, esse escalão para possibilitar o sentido objetivo de todo ordenamento. (KELSEN, 1986, p. 343)

4.1.5 Toda decisão judicial imputa uma coerção socialmente organizada

A questão da pena em Kelsen está vinculada ao problema da evolução antropológica da sociedade no que diz respeito a separação entre o que se entende por natureza e o que se entende por sociedade, isto é, está novamente vinculada a ideia de separação entre ser e dever-ser. A obra em que o autor trata do tema é intitulada de *Sociedad y naturaleza: una investigacion sociologica* (KELSEN, 1945). Para Kelsen, na obra em questão, a pena não se trata de uma retribuição racional ao delito cometido pelo sujeito contra a sociedade – tese clássica e adotada por Kant, exemplo - mas sim da imputação por parte da decisão judicial que é escolhida emotivamente pelos membros da sociedade contra aquele que praticou o ato previsto na norma. Ou seja, a retribuição penal funda-se no princípio da causalidade ou das associações necessárias, enquanto a imputação penal, tese defendida por Kelsen, baseia-se na ideia de irracionalidade (emotividade ou voluntariedade) das penas. Ocorre que, baseado em Hume, também a retribuição penal, tal qual a causalidade na natureza, carece de fundamento epistemológico. Ora, para as teses clássicas, assim como haveria uma causalidade necessárias nos fenômenos naturais, também as penas seguiriam tal associação por determinar uma retribuição do culpado para com a sociedade. Nessa sequência, a pena determinada pela sentença era entendida como uma causa necessária cujo efeito consistia no comportamento considerado antinatural do infrator, devendo esse retribuir à sociedade o mal cometido.⁴⁴

⁴⁴ Nas palavras de Kelsen sobre a crítica ao princípio da causalidade originada a partir da crítica de Hume: “Originariamente desarrollado en las doctrinas de los atomistas, el principio de causalidad absolutamente válido, que en cuanto ley natural no admitía excepciones, fue acogido luego por Epicuro y sus seguidores. Después del triunfo del cristianismo, empero, la idea corrió peligro de perderse

Para Kelsen (1945, p. 384), nesse sentido, a imputação da coerção por parte da decisão judicial se dirige sobretudo contra a ideia da retribuição penal de que existe uma conexão objetiva entre causa e efeito, inerente às próprias coisas. Daí a causa ser ilusoriamente concebida como um agente, uma substância que emite força. Tal ideia parece ter se apoiado na experiência da operação da vontade do homem, que considerava o seu eu e a sua alma (um conceito similar ao conceito de força natural) como a causa de suas ações. O giro decisivo kelseniano se dá pela recusa da causalidade traduzida em retribuição como princípio justificador das penas na transferência da conexão entre causa e efeitos da esfera do objeto para a esfera do sujeito (revolução psicológica), fazendo, assim, de um problema ontológico, um problema epistemológico, afirmando que na natureza não há conexões necessárias, mas somente a percepção de sucessões regulares de fatos. Outrossim, a ideia de uma lei geral da causalidade, conforme a qual causas similares produzem necessariamente efeitos similares, é meramente um hábito do pensamento

nuevamente en la concepción teológica del mundo que reinó en la concepción teológica del mundo que reinó en la Edad media. Pero la nueva ciencia natural fundado por Bacon, Galileo y Kepler resucitó y revió el principio de causalidad, en forma tal que quedó como único esquema para la interpretación de la naturaliza hasta muy recientemente, en que se lo cuestionó en ciertas esferas de la física moderna, si es que no se lo negó del todo. Si se habla hoy, con razón o sin ella, de una crisis de este principio, no debe olvidarse que esa crisis empezó con la crítica famosa por Hume de la creencia [*belief*] en la causalidad. Las objeciones de Hume se dirigen sobre todo contra la idea, aún dominante en su tiempo, de que existe una conexión objetiva entre causa y efecto, una conexión inherente a las cosas mismas – una lazo íntimo tal que la causa produce en alguna forma el efecto; la causa hace algo que trae como consecuencia el efecto. De ahí que la causa sea concebida como un agente, una substancia que emite fuerza.

(...)

El verdadero logro de Hume no consiste en señalar que, sobre la base de la experiencia, no se puede suponer ninguna conexión necesaria de causa y efecto. Eso había sido ya determinado antes de su tiempo. Consistió esta idea junto con toda la noción previa de causalidad. La ley de causalidad dejó de ser una expresión de la voluntad divina, una norma. El único elemento al cual podía atribuirse absoluta necesidad, la voluntad trascendental que establecía la conexión objetiva entre causa y efecto, fue entonces puesto aparte. Sólo una norma puede pretender inviolabilidad, porque una norma no es un juicio sobre la realidad y, por tanto, no puede nunca contradecirla. La realidad, empero, tal como aparece ahora al conocimiento humano, no admite como esquema de interpretación una ley inviolable.” (KELSEN, 1945, p. 383-402)

originado das impressões regulares dos fatos, que por fim tornam-se convicções. Portanto, Kelsen descarta a ideia de causalidade necessária aplicada às penas na forma do princípio de retribuição, visto o mesmo se fundar analogicamente sob o princípio da causalidade.

Assim, para Kelsen (1945, p.385), sobre a base da experiência não se pode supor nenhuma conexão necessária de causa e efeito. O que consistiu também em recusar qualquer fundacionalismo naturalista no âmbito da decisão judicial – isto é, Kelsen renuncia buscar a necessidade do nexos causal na própria sociedade. Essa contestação da causalidade, refletida na decisão judicial, também resulta na recusa lógica do princípio da retribuição, o qual afirma que para toda ação má haverá a aplicação da retribuição social determinada pelo Estado. É nesse sentido que Kelsen argumenta pela superação do princípio da retribuição penal, tal qual a superação da causalidade necessária. Nesse sentido, percebe a justificação das penas pelo princípio da imputação penal. Não se trata de retribuir uma ação considerada indesejada socialmente por uma pena, aplicada causalmente à retribuição do fato delituoso. Ocorre, enfim, que não há retribuição necessária para determinada ação ou omissão, mas há uma imputação, e portanto, unicamente um sentido de um ato de vontade, não de conhecimento, na aplicação das penas. Enfim, para Kelsen também o direito penal, mesmo se arrogando racional através da retribuição, não passa da aplicação das paixões de forma legitimada não racionalmente, mas pelos hábitos e consuetudinariamente, o que se justifica sua renúncia ao princípio da retribuição, como queria Kant na doutrina do direito, para simplesmente sustentar imputação de uma pena a determinado ato.

A desconsideração do princípio da retribuição e adoção da imputação também aparece como fundamento da decisão na própria TPD. No texto, Kelsen destaca o desaparecimento da distinção entre causalidade e imputação para a doutrina metafísico-religiosa do direito. Acontece que a ligação de causa e efeito para uma doutrina religiosa é produzida por uma vontade divina, sendo que, conseqüentemente, as leis naturais descrevem normas nas quais se exprimem a vontade divina e que essa vontade prescreve à natureza um determinado comportamento. Nesse sentido, estando a decisão judicial em conformidade com as leis consideradas naturais por essa doutrina metafísico-religiosa, essa mesma decisão tem competência de, baseando-se na causa e efeito natural, aplicar uma pena sob a justificação de que ela é a retribuição causal do crime. Nesse sentido, a doutrina tradicional de retribuição funda-se na pressuposição de que a decisão judicial no âmbito penal desconsidera o ato de vontade do magistrado e da legislação em geral na aplicação das

penas, pois entende que a penas existe independente da vontade do sujeito que estabelece a norma. Nas palavras de Kelsen:

Procurando uma fórmula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecido. É esta a forma fundamental da proposição jurídica, já acima posta em evidência. Tal-qualmente uma lei natural, também uma proposição jurídica liga entre si dois elementos. Porém, a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, a da causalidade. Sem dúvida alguma que o crime não é ligado à pena, o delito civil à execução forçada, a doença contagiosa ao internamento do doente como uma causa é ligada ao seu efeito. Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto -, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie.

Esta distinção desaparece nos quadros de uma mundividência metafísico-religiosa. Com efeito, por força dessa mundividência, a ligação de causa e efeito é produzida pela vontade do divino Criador. Portanto, também as leis naturais descrevem normas nas quais se exprime a vontade divina, normas que prescrevem à natureza um determinado comportamento. (KELSEN, 2009, p. 86 e 87)

Ocorre, enfim, uma mudança significativa na justificação da aplicação das penas em Kelsen, o que inclui também uma análise do seu positivismo exclusivo. Ao criminoso é imputada uma pena, sendo essa não uma causação necessária que busca a retribuição do crime à sociedade, mas um sentido de um ato de vontade aplicado a uma conduta não desejada. Consequentemente, também a moralidade é afastada da

aplicação penal – define-se o sujeito como criminoso não porque agiu de forma imoral, nem é mau por si mesmo ou porque agiu contra a natureza humana e deve retribuir à sociedade o mal causado; o criminoso assim deve ser qualificado antes porque há uma norma que lhe imputa uma pena sobre sua conduta, ou seja, só há crime porque há norma. Nesse sentido, em suma, a decisão judicial não se fundamenta pelo princípio da causalidade e retribuição, mas escolhe imputar uma pena de acordo com sua vontade de criminalizar determinada conduta, isto é, a decisão não é a aplicação causal da norma ao caso concreto, mas a imputação de determinada ordem caso o sujeito conduza-se de forma prevista como indevida pela norma.

4.1.6 A decisão judicial leva em consideração o direito internacional como variável do escalonamento normativo

Após analisada a questão da decisão judicial no seu aspecto do escalão normativo interno e relativo, referente à validade da ordem jurídica sob a pressuposição da norma fundamental logo acima da constituição nacional, esta seção destina-se a compreender como Kelsen articula o problema do direito internacional e como tal refletirá na validade da ordem jurídica desde a pressuposição de uma norma fundamental além da própria Constituição, fundada na pressuposição de validade sobre a legislação internacional e como fica, por fim, a decisão judicial a partir desse alargamento e superação do conceito de soberania e nacionalismo.

Como visto na seção 4.1.4, a decisão judicial constitui a base do sistema escalonado de normas. Da pressuposição de validade do escalão superior segue-se todo o processo de autorizações e validações de normas jurídicas até se chegar ao escalão da aplicação da lei, que como último, admitirá a discricionariedade judicial na aplicação da norma ao caso concreto. Assim, o sujeito, dentro do aspecto interno do sistema normativo, pode se perguntar: por que ele deve obedecer à ordem emanada pelo magistrado. A resposta expõe o conceito de ordem e validação do direito para Kelsen – ele deve obedecer ao magistrado porque uma lei superior autoriza ou obriga o funcionário do governo a aplicar uma pena sob determinadas circunstâncias. Mas se ele continua a questionar por que deve obedecer a essa norma que autoriza o magistrado, chega-se enfim à pressuposição de uma norma ficcional fundamental. Acontece, finalmente, que para Kelsen, no aspecto de uma sociedade moderna global, a pressuposição de uma norma fundamental não se dá logo após a constituição, mas há um escalão paralelo à Constituição e,

portanto, que estabelece em si também o último escalão para a validação da ordem jurídica. Esse último escalão é a própria legislação internacional. Assim, sob a pergunta, por que devo obedecer a uma lei internacional? A resposta que se segue é – porque a lei internacional, formada pela comunidade internacional, está em paralelo com a Constituição posta e eficaz. Nesse ponto reside a pressuposição monista entre da norma fundamental nacional e internacional. Ou seja, a teoria monista do direito internacional de Kelsen acaba por alargar o escalonamento judiciário, estabelecendo um escalão paralelo à própria Constituição. E esse monismo, para o autor, é inevitável.⁴⁵

O problema será, enfim, como esse procedimento de Kelsen se relaciona com a questão da soberania do Estado e, finalmente, como fica determinado o problema da discricionariedade do magistrado a partir desse alargamento da validade normativa.

Primeiramente, analisaremos a questão da soberania do Estado para Kelsen para, ai sim, estudarmos o objeto específico desse ponto – a decisão judicial sob a ideia de uma sociedade global. Para Kelsen (KELSEN, 2009, p. 364), a questão da soberania é superada pelo estado moderno na consideração da unidade do direito internacional e do direito nacional. Mesmo sistemas fechados e nacionalista são explicados não pela dualidade entre direito nacional e internacional, mas pelo monismo entre a lei constitucional e internacional, superando-se, então o problema da soberania estatal. Nesse sentido, para o autor, toda a evolução jurídica faz com que se desapareça a linha divisória entre direito internacional e ordem jurídica do Estado singular, dirigida a uma centralização cada vez maior de uma comunidade universal de direito. Ou seja, a técnica moderna tenderá a superar a concepção tradicional que considera o direito internacional e o direito Estatal como dois sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, isolados um em face dos outros, porque apoiados em duas normas fundamentais diferentes.

Por oposto, o reconhecimento dualista do direito internacional e nacional é, para o autor (KELSEN, 2009, p. 364), insustentável tanto no aspecto lógico como histórico – lógico porque seria uma dialética admitir a validade normativa de dois sistemas distintos e, possivelmente, contraditórios; insustentável historicamente pela evolução das relações internacionais e a necessidade de uma política internacionalista, além dos nacionalismos românticos: essa visão nacionalista, para Kelsen, é uma

⁴⁵ Observa-se que essa interpretação da Constituição se dá sob o aspecto internacionalista do Direito, para o qual a Constituição e as leis internacionais atuam como ordenações paralelas sob um sistema de autorizações.

concepção primitiva do direito, a qual considera o direito internacional sem força vinculante por não possuir um Estado internacional, tal qual as tribos primitivas, que possuíam um direito primitivo, mas não um Estado centralizado. (KELSEN, 2009, p. 358) Nesse sentido, sob a égide do dualismo, utiliza-se a afirmação, reiteradamente negada por Kelsen, de que o direito internacional tem função acessória quando da decisão judicial. Como resultado desse dualismo, segundo o autor, (KELSEN, 2009, p. 369) há dois complexos de normas que podem formar um único sistema de normas (tese monista) tal que os dois ordenamentos surjam como situados ao mesmo nível, quer dizer, delimitados, nos respectivos domínios de validade, um em face do outro. Isso pressupõe, porém, um terceiro ordenamento, de grau superior que determine a criação dos outros dois que os delimite reciprocamente nas respectivas esferas de validade e, assim, os coordene. Ou seja, a própria ideia de soberania entendida de forma dualista, tal como o projeto da Paz perpétua de Kant, se vê prejudicada justamente porque sustenta duas ordens normativas, uma nacional e outra internacional, na qual essa serve unicamente de valor moral, como uma máxima categórica universal que tem a função de justificar moralmente o direito nacional.

Portanto, as normas do direito internacional devem ser consideradas simultaneamente válidas às normas do direito nacional ou serem desconsideradas por esse mesmo Estado. Enfim, é uma superação do conceito de soberania estatal defendida pelo postulado dualista que obriga a abranger o direito nacional e internacional em dois sistemas isolados, no qual, para um nacionalista, a legislação internacional não tem força normativa, mas tão somente representa princípios gerais, de cunho moralista e consultivo, não obrigatório. Observa-se que não se trata de desrespeitar a autonomia dos Estados, mas reconhece-los internacionalmente constituídos como uma forma de possibilidade de conhecimento do próprio direito interno na pressuposição de uma norma fundamental no sentido de ser posta e globalmente eficaz para aquele Estado em específico.⁴⁶

⁴⁶ Nesse sentido, conferir o debate entre Kelsen e Campagnolo sobre o problema do pluralismo de Estado e o dualismo entre direito nacional e internacional. Para Kelsen, a ideia de um dualismo entre direito nacional e internacional é constituído pelo dogma da soberania estatal e está em franca contradição com a possibilidade da existência de uma ciência do direito. Afirma: “Ao fazer-se a pergunta se existe um só Estado, ou uma pluralidade de Estado, deve-se considerar uma questão de extrema importância para a ciência jurídica, o seja, se esta última considera como seu objeto também o direito internacional. Na verdade, o dogma da soberania leva necessariamente a uma negação radical do direito internacional, como já foi

Não há, enfim, qualquer conflito entre direito internacional e direito nacional através da concepção monista de Kelsen. (KELSEN, 2009, p. 366) Ocorre, entretanto, que o problema se concentra quando a norma internacional contraria uma norma constitucional. Nesse sentido, questiona-se a quem deve o magistrado recorrer para qualificar sua sentença como objetivamente válida através da pressuposição de uma norma fundamental. Para Kelsen, (2009, p. 368) aí reside uma subjetividade do legislador em admitir um sistema jurídico aberto ou fechado. Quanto conflitantes, o aspecto internacionalista de Kelsen acaba por se decidir pela norma internacional como último fundamento de validade.

A partir desse internacionalismo, para Kelsen, (2009, p. 369) a determinação do domínio de validade é constituída de um elemento de conteúdo do ordenamento inferior pelo ordenamento superior. A determinação do processo de produção pode fazer-se direta ou indiretamente (resultado de uma política mais nacional mais restrigente ou mais aberta), conforme a norma superior determine o próprio processo no qual a inferior é produzida, ou se limite a instituir uma instância que, desta forma, é autorizada a produzir, como bem entenda, normas com validade para um determinado domínio. Fala-se, aí, de delegação, e a unidade em que o ordenamento superior está ligado com o ordenamento inferior tem o caráter de uma conexão delegatário. Daí mesmo já ressalta que a relação do ordenamento superior com os vários ordenamentos inferiores em que aquele delega sem tem de ser, simultaneamente, a relação de um ordenamento total com os ordenamentos parciais por ele abrangidos. Com efeito, como a norma que é o fundamento de validade

demonstrado diversas vezes. A tentativa de Campagnolo de conservar o direito internacional fundamentando-se ao mesmo tempo no dogma da soberania como parte do ordenamento jurídico estatal é, como todas as tentativas desse tipo, intrinsecamente contraditória.

Campagnolo acredita poder confutar essa objeção demonstrando que a pressuposição da existência de uma pluralidade de Estado ou de ordenamentos jurídicos estatais, dos quais o direito internacional é parte, não é um obstáculo à exigência epistemológica da unidade do direito como objeto da ciência jurídica. Ele acredita “que a existência de uma pluralidade de Estados não esteja de jeito nenhum em contraste com a unidade sistemática da ciência do direito [...], assim como a antropologia não deva perguntar-se se existe um único ser humano ou uma pluralidade de seres humanos: esta deve apenas distinguir um ser humano do outro. A unidade da ciência depende apenas da unidade conceitual do seu objeto, que é constituído por uma multiplicidade de experiências” (p. 228)”. (KELSEN, 2002, p. 131)

do ordenamento inferior forma a parte integrante do ordenamento superior, pode aquele, enquanto ordenamento parcial, ser pensada como contido neste, enquanto ordenamento total. Assim, a norma fundamental do ordenamento superior – como escalão máximo do ordenamento global – representa o último fundamento de validade de todas as normas – mesmo das dos ordenamentos interiores. (KELSEN, 2009, p. 369)

Dá especificamente sobre o direito internacional, Kelsen afirma:

Se o Direito internacional e o Direito estadual formam um sistema unitário, então a relação entre eles tem de ajustar-se a uma das duas formas expostas. O direito internacional tem de ser concebido, ou como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual e, por conseguinte, como incorporada nesta, ou como uma ordem jurídica total que delega nas ordens jurídicas estaduais, supra-ordenada a estas e abrangendo-as a todas como ordens jurídicas parciais. Ambas estas interpretações da relação que intercede entre o Direito Internacional e o Direito estadual representam uma construção monista. A primeira significa o primado da ordem jurídica de cada Estado, a segunda traduz o primado da ordem jurídica internacional. (KELSEN, 2009, p. 369 e 370)

O problema da soberania, então superado, dá espaço para uma nova dualidade, a qual não é jurídica, nem epistemológica, mas unicamente política – trata-se do primado do direito internacional ou do primado do direito nacional. O Estado que faz a escolha por um primado do direito nacional, fecha-se diante dos outros estados, porém não pode reconhecer o próprio Direito internacional como fonte subsidiária de direito – pelo sistema monista de Kelsen, todo Direito não posto na própria constituição carece de validade e, portando, não é em si direito. Sendo assim, não há dualidade entre Direito internacional e nacional para o país que adota um primado nacionalista, simplesmente porque não existe tal direito internacional para aquela Estado determinado por uma política nacionalista. (KELSEN, 2009, p. 370)

Por oposto, se o primado do direito internacional é previsto na própria Constituição, então transmitirá a pressuposição de validade de todo o ordenamento normativo não mais apenas para a própria Constituição, mas para uma ordem internacional paralela. Como o assunto é complexo e polémico, analisemos as próprias palavras do autor:

A segunda via pela qual se alcança o conhecimento da unidade de Direito internacional e Direito estadual toma por ponto de partida o Direito internacional como ordem jurídica válida. (...) Se se parte da validade do direito internacional, surge a questão de saber como, deste ponto de partida, se poderá fundamentar a validade da ordem jurídica estadual; e, nesta hipótese, esse fundamento de validade tem de ser encontrado na ordem jurídica internacional. Isto é possível porque, como já notamos a outro propósito, o princípio da efetividade, que é uma norma do direito internacional positivo, determina, tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais e estas, por conseguinte, podem ser concebidas como delegas pelo direito internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como numa ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possível através do direito internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional. (KELSEN, 2009, p. 373-377)

E este primado pode harmonizar-se com o fato de a Constituição de um Estado conter um preceito por força do qual o direito internacional geral deve valer como parte integrante da ordem jurídica estadual.

Ou seja, fica claro que para Kelsen, mesmo existindo um primado do direito nacional, ainda o monismo entre direito internacional e direito nacional é inevitável. Mesmo uma política nacionalista só pode reconhecer o direito internacional como juridicamente válido se ele se encontra pareado com a sua própria constituição, o que alarga, também em regimes nacionalista, a moldura de interpretação da norma no sentido da sua validade ser atribuída a pressuposição de uma norma fundamental mais abrangente.⁴⁷

⁴⁷ Sobre a posição liberal defendida por Kelsen e a não fragmentação do direito internacional, conferir BERNSTORFF, 2010, capítulo 6, seção B, I e II. No texto em questão, o autor aprofunda-se no aspecto liberal da concepção internacionalista de Kelsen, com especial foco sobre o problema da decisão judicial a partir da consideração de um cosmopolitismo kelseniano que interpreta o direito internacional através de uma lei universalista e não fragmentada entre os diversos Estado. O problema está, então, na fundamentação de Kelsen acerca

Nessa sequência, há a sua interpretação monista também da construção escalonada do direito internacional (KELSEN, 2009, p. 359), que se aplica, ao final da estrutura, na decisão judicial no que diz respeito à aplicação das normas do direito internacional nos casos concretos. Inevitavelmente, para Kelsen, há de se superar a teoria dualista do primado nacionalismo do direito interno ser o unicamente válido e o direito internacional uma regra moral a ser seguida, mas sem coatividade. Nesse sentido, podemos concluir o inevitável alargamento da juridicidade em relação ao problema da decisão judicial em Kelsen. A decisão do juiz, a partir das considerações monistas do autor, acaba por ser mais abrangente, englobando normas não apenas do direito positivo nacional, mas também normas do direito positivo internacional, o qual, por fim, será quem funcionará como sistema normativo fornecedor do sentido objetivo dos atos de vontade globalmente considerados. E tal posicionamento do autor, finalmente, agrava a questão da discricionariedade, pois logicamente amplia a subjetividade do magistrado e acresce nas possibilidades de interpretação. Com isso, faz-se mais do que necessário e urgente a participação da figura do interprete não autêntico de Kelsen, cujo trabalho também se aplica, visto ter de conhecer os vários significados das normas e a sua estrutura escalonada a partir de um âmbito muito mais abrangente e extenso.

Finalmente, a partir da problematização entre direito nacional e direito internacional sob o aspecto a decisão judicial, podemos afirmar que a tese monista para Kelsen supera logicamente o dualismo entre a interpretação as normas nacionais separadas das normas internacionais, ou estas como suplementares daquelas. Nesse sentido trata-se de uma posição política do legislador adotar a validade da ordem tanto a partir da legislação internacional quanto a partir da legislação nacional. Ocorre, entretanto, que a flexibilidade da decisão judicial torna-se maior no primeiro caso, necessitando-se também distinguir os vários sentidos das normas sob o aspecto internacional. Observa-se, enfim, que a indeterminação do sentido das normas não pode ser considerada superada pela proposição moralista da qual vê no direito internacional regras práticas de ação que determinam o sentido justo ou correto da interpretação a partir da comunidade internacional.

5 CONCLUSÃO

A primeira conclusão que se chega após a análise da teoria da decisão judicial de Kelsen é acerca da sua atualidade ainda hoje no pensamento jurídico. Observando-se a constante citação das obras do autor nos textos hodiernos sobre teoria da decisão, seja para justificar posições ou para atacá-las, prova-se que a teoria pura kelseniana mantém-se significativa. Nesse sentido, o pensamento Kelsen mante-se na teoria jurídica contemporânea, mesmo tendo começado suas reflexões a quase um século atrás.

Também conclui-se que a teoria positivista clássica da exegese foi sempre questionada por Kelsen. Nesse sentido, as interpretações parciais que faz do autor, principalmente acusando-lhe de legalista, não compreendem qualquer fase do pensamento kelseniano. Ignora, inclusive, os primeiros trabalhos de Kelsen contra a legitimidade da subsunção como método válido para determinar a interpretação jurídica. Portanto, considerar Kelsen como legalista não só é uma demonstração de profunda ignorância, como de má-fé tendo em vista as constates referências do autor contra essa tese.

Nesse sentido, admite-se que Kelsen problematiza a questão da discricionariedade judicial desde suas primeiras obras. Entretanto, há de se aceitar que na sua fase inicial, de formação do seu pensamento, Kelsen postula uma forma lógica de delimitação dos sentidos das normas, a qual poderia limitar a discricionariedade judicial na aplicação das normas gerais nos casos concretos através de um quadro previsível de possíveis sentidos da norma. Tal posição, entretanto, foi reformulada nas suas fases posteriores, chegando a negação da relação entre normas jurídicas e normas lógicas.

Assim, aceita-se a tese de ruptura entre as primeiras obras e os textos após a TGDE (1945), principalmente a segunda edição da TPD e a TGN. Portanto, são coerentes as tentativas, por exemplo de Paulson e Heidemann, de periodização das fases de Kelsen, as quais acertadamente podem justificar a passagem conceitual desde o construtivismo neokantiano até o ceticismo da TGN.

Admitindo-se então a possibilidade de periodização das teses de Kelsen, conseqüentemente há de se refutar a leitura formalista normativista do sentido das normas. Ocorre que, de fato, encontramos referência textual nas primeiras obras sobre a possibilidade de determinação semânticas das normas através do método lógico e formal. Contudo, a leitura formalista não se sustenta desde a década de 1940, quando Kelsen lança a TGDE com elementos pós neokantianos no que

concerne à interpretação judicial. Assim, o autor se autocorrige e, conseqüentemente, invalida as suas concepções de interpretação normativa através de uma lógica formal.

Ocorre que, ao contrário da leitura formalista, surge na literatura especializada o entendimento majoritário de que Kelsen teria, então, abandonado completamente o neokantismo e o formalismo jurídico e adotado o realismo jurídico para explicar a completa discricionariedade na aplicação da norma pelo intérprete autêntico. Nesse caso, defende-se uma ruptura radical entre as primeiras obras e a fase madura da teoria da decisão de Kelsen. Argumentam, os defensores dessa tese, que, especialmente em função da não limitação da moldura de significados a partir da segunda edição da TPD, da mudança da norma fundamental, de hipotética para ficcional e a distinção entre normas jurídica e normas lógicas na TGN, o autor teria invariavelmente e contrariamente a suas primeiras obras, adotado um ceticismo de regras, o qual lhe aproximaria do pragmatismo norte-americano e resultaria da revogação de toda sua produção teórica anterior à segunda edição da TPD.

Entretanto, apesar de se admitir como coerente a leitura realista a partir últimas obras, a concepção mais adequada, especialmente por articular todas as fases do jurista austro-húngaro, defende a possibilidade de um realismo normativista ou, em outros termos, um realismo moderado em Kelsen. A possibilidade da abordagem hermenêutica defendida pela hipótese dessa dissertação apenas é viável através dessa concepção realista moderada, portanto, condicionada a sua aceitação. Acontece que se entendermos como válida a leitura formalista, as regras lógicas determinariam todos os sentidos das normas, sendo dispensável uma teoria da interpretação mais complexa. Uma leitura realista, por sua vez, tornaria supérflua a proposição de regras de interpretação, tendo em vista que o magistrado decidiria arbitrariamente.

Quanto ao relativismo moral, observa-se que é no aspecto da decisão judicial que melhor observamos a influência da teoria cética da moralidade inserida na teoria pura do direito. Ocorre que aí notamos que a decisão judicial, mesmo arrogando-se justa ou correta, é interpretada sempre como relativa, visto a insustentabilidade de normas morais absolutas, válidas para todos em qualquer tempo e espaço. Assim, observa-se a coerência entre as teses políticas de Kelsen e a sua teoria jurídica. Nesse ponto também se observa o maior contraste com as teorias moralistas hodiernas. Comparando-se o positivismo exclusivo de Kelsen com as teses de conexão entre direito e moral observamos a completa disparidade entre as teorias da justiça e o positivismo jurídico do mestre de Viena. Embora, há de se admitir, que a tese de Kelsen contra as teorias

de conexão está fundada na sua refutação do jusnaturalismo. Entretanto, as teorias conectivas não mais se estabelecem estritamente aos pressupostos absolutistas do jusnaturalismo, tal como Rawls, que apesar de retomar a filosofia prática kantiana, justifica os princípios de justiça sobre uma base política, não metafísica, entendendo o imperativo categórico de forma mitigada, isto é, sem requer a validade absoluta dos princípios escolhidos. Assim, justifica uma teoria da justiça de forma coerentista e não fundacionalista. Ocorre na obra de Kelsen não encontramos uma objeção a esse tipo de fundamento. Portanto, nesse ponto em específico, é possível admitir que a teoria pura não está preparada para enfrentar teorias da justiça não fundacionalistas.

Porém, mesmo admitindo-se essa falha no pensamento de Kelsen, ainda assim defende-se, sob o postulado da possibilidade, ainda que ficcional, do conhecimento objetivo do sentido das normas, a possibilidade, através de regras de interpretação deduzidas do texto do autor, compreender o sistema normativo como um todo e analisa-lo no intuito de descrever os sentidos das normas com a esperança futura do legislador delimitar essas normas e, conseqüentemente, restringir a discricionariedade do magistrado, sem, contudo, recorrer a qualquer espécie de moralismo, seja ele fundacionalista ou coerentista.

REFERÊNCIAS

ALDAY, Rafael Escudero. Algunos argumentos frente al positivismo jurídico incluyente. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008, p. 375-391.

ALEXY, Robert. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Tradução: PAUSON, Stanley; PAULSON, Bonnie Litschewski. Oxford: Clarendon Press, 2002.

BAPTISTA, Fernando Padovan. *O Tractatus e a Teoria Pura do Direito: Uma análise semiótica comparativa entre o Círculo e a Escola de Viena*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross, e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BECKENKAMP, Joãosinho. Sobre a moralidade do direito em Kant. *Ethic@: Revista internacional de Filosofia Moral*. Florianópolis v. 8, n. 1, 2009, p. 63-83

BERNSTORFF, Jochen Von. *The public international law theory of Hans Kelsen: believing in Universal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. (Edição Kindle)

BINDREITER, Uta. The Realist Hans Kelsen. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (Org.). *Kelsen Revisited: new essays on the Pure Theory of Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, p. 101-129.

BITTAR, Eduardo. *Curso de Filosofia do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2ª ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BUROWSKI, Martin. A Doutrina da Estrutura Escalonada do Direito de Adolf Julius Merkl e sua Recepção em Kelsen. In: OLIVEIRA, Júlio de Aguiar; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.). *Hans*

Kelsen: Teoria jurídica e política. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 129-184.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Criação do Direito pela Jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na Teoria Pura do Direito. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 423-438

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CHIASSONI, Pierluigi. Wiener Realism. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (Org.). *Kelsen Revisited: new essays on the Pure Theory of Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, p. 131-162.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (Org.). *Kelsen Revisited: new essays on the Pure Theory of Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

DUARTE, José Florentino. Palavras do tradutor. In: KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Manual de filosofia do direito*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2008.

GAVAZZI, Giacomo. Introdução. In: KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução: Vera Barkow et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano*. Brasília: edição do autor, 2013. Disponível em: <http://www.justocantins.com.br/academicos-19762-e-book-introducao-ao-realismo-juridico-norte-americano.html>. Acesso em 10/2014.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução: Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUASTINI, Ricardo. The Basic Norm Revisited. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (Org.). *Kelsen Revisited: new essays on the Pure Theory of Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, p. 63-74.

GUYER, Paul. *Kant*. 1º ed. Oxon/USA: Rutledge. 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Tradução: Débora Danowski. São Paulo. UNESP, 1999.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

_____. *Crítica da razão pura*. Tradução: Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2005.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução: Vera Barkow et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *A ilusão da justiça*. Tradução: Sérgio Tellaroli. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

_____. *A justiça e o direito natural*. Tradução: João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Compendio de Teoría General del Estado*. Tradução: Luis Recaséns Siches e Justino de Azcárate. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1934.

_____. *Direito internacional e Estado soberano*. Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Jurisdição constitucional*. Tradução: Alexandre Krug, et. al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Normas jurídicas e análise lógica: correspondência 1959-1965*. Tradução: Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *O que é justiça?* Tradução: Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *O problema da justiça*. Tradução: João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Sociedad y Naturaleza: una investigacion sociologica*. Tradução: Jaime Perriau. Buenos Aires: Editorial DEPALMA, 1945.

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e Teoria Pura do Direito: Notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. *Seqüência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, v. 24, n. 47, Florianópolis, 2003, p. 11-32

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. *Seqüência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, v. 31, n. 60, Florianópolis, 2010, p. 195-224.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Contra Natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, n. 58, Belo Horizonte, 2011, p. 41-84.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011.

MATTA, Emmanuel. *O realismo da teoria pura do direito: tópicos capitais do pensamento kelseniano*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1994.

MONCADA, Luís Cabral. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Editora 1995.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.). *Hans Kelsen: Teoria Jurídica e Política*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

O'NEILL, Onora. "Constructivism in Rawls and Kant". In: FREEMAN, S. (Ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 347-367.

OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

PAUSON, Stanley. El periodo posterior a 1960 de Kelsen: ruptura o continuidad? Tradução: Josep Aguiló Regla. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 2, 1985. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-periodo-posterior-a-1960-de-kelsen--ruptura-o-continuidad-0/>. Acesso em 12/2014.

_____; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. New York: Oxford University Press Inc.: 2007.

_____. Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen – com pós-escrito inédito. In: OLIVEIRA, Júlio de Aguiar; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.). *Hans Kelsen: Teoria jurídica e política*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 3-37.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000a.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenia M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

RAZ, Joseph. Kelsen's Theory of the Basic Norm. In.: PAULSON, Stanley Litschewski; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. New York: Oxford University Press Inc.: 2007, p. 47-67.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Isaac. Interpretação na teoria pura do Direito. *Seqüência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC*, v. 23, n. 45, 2002, p. 11-30.

RORTY, Richard. *A Filosofia e o espelho da natureza*. Tradução: Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant; seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A Teoria da Interpretação em Hans Kelsen. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 381-404.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo (revisado). In: Chitolina, Claudinei Luiz; Pereira, José Aparecido; Oliveira, Lino Batista de; Bordin, Reginaldo Aliçandro. (Org.). *Estado, Indivíduo e Sociedade: problemas contemporâneos*. v. 1. Jundiaí/SP: Paco Editorial, 2012, p. 161-185.

SIMON, Henrique Smitd. *Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismos em Kelsen e Hart*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013a.

_____. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013b.

_____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008, p. 129-157.

TERRA, Ricardo. *Kant e o Direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.