

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO

DANILO PIRES ATALA

A FORMAÇÃO DO DIREITO COMO CIÊNCIA POSITIVISTA EM KELSEN

Cáceres-MT., outubro de 2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO

DANILO PIRES ATALA

A FORMAÇÃO DO DIREITO COMO CIÊNCIA POSITIVISTA EM Kelsen

Dissertação apresentada ao departamento de pós-graduação em direito da UFPA, que tem por objeto o Minter entre UFPA, Unemat e UFMT – edital n. 01/2012, como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. PAULO SÉRGIO WEYL A. COSTA

Cáceres-MT., outubro de 2015

CIP – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

A862f Atala, Danilo Pires.

A formação do Direito como ciência positivista em Kelsen / Danilo Pires Atala. – Cáceres, 2015.
103 f. : il.

Orientador: Dr. Paulo Sérgio Weyl A. Costa.

Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado Interinstitucional UFPA/UFMT/UNEMAT.

1. Objetividade Científica. 2. Direito Positivo. 3. Direito Puro.
4. Solipsismo. I. Costa, P. S. W. A., Dr. II. Título.

CDU 340.13

DANILO PIRES ATALA

A FORMAÇÃO DO DIREITO COMO CIÊNCIA POSITIVISTA EM KELSEN

Dissertação apresentada ao departamento de pós-graduação em direito da UFPA, que tem por objeto o Minter entre UFPA, Unemat e UFMT – edital n. 01/2012, com ênfase em Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável, como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos

Aprovado em : ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Sergio Weyl Albuquerque Costa
Orientador

Prof. Dr. Saulo de Tarso Rodrigues
Membro

Prof. Dr. Marcos Prado de Albuquerque
Membro

Agradecimentos

Ao Ente Supremo, pela permissão da própria existência e da vida, sem a qual nenhuma folha seca cai de uma árvore.

Ao meu orientador Prof. Dr. PAULO SÉRGIO WEYL A. COSTA, pelos seus ensinamentos, paciência e atenção; condições sem as quais a presente dissertação não seria possível; meu reconhecimento e meus agradecimentos.

Aos Profs. Drs. do programa do Minter, na pessoa dos Profs. Drs. Jean François Deluchey, Marcelo Antônio Theodoro, Marcos Prado de Albuquerque e Saulo Tarso Rodrigues.

Aos diretores dos departamentos de Pós-Graduação da UFPA, UFMT e Unemat, pela oportunidade do Minter.

Aos colegas do Minter e Dinter, nas pessoas do Prof. Armando do Lago Albuquerque filho e Prof. Juliano Poeta.

Dedicatória

Aos meus pais Ibraim e Elzira, pela reta formação moral, pelo exemplo, pelo amor, pelo apoio e por jamais duvidarem das esperanças depositadas em mim.

Nas horas mais incertas, quando as teorias perturbavam minha sã consciência, era nos fáceis e frágeis sorrisos de meus filhos e nos amorosos braços da minha esposa que me reencontrava na minha condição de ser humano: mortal e limitada, vivendo as alegrias da vida e deixando os problemas insolúveis da humanidade aos Deuses. Aos meus filhos Aécio, Neto e Ana Carolina, e à minha esposa, Suelem, essa singela dedicatória.

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto *investigar os limites da objetividade científica do Direito, como ciência positivista*, no referencial teórico da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. O método é o dedutivo-descritivo em pesquisa bibliográfica. A objetividade científica da ciência moderna (cartesiana) através do isolamento do objeto cognitivo e o emprego do rigoroso método como condição da verdade fez fortuna em todos os ramos do saber e, também, no Direito; que foi recriado no âmbito da *res extensa* como ciência jurídica positiva no conceito de lei civil de Hobbes ancorado na renúncia de parte das liberdades como direito natural. Kelsen empregou esta forma de pensar o saber no Direito com o intuito de lhe conferir cientificidade; isolando seu objeto que, para ele, é a norma positiva totalmente isolada da moral e da natureza. Kelsen nega o direito natural ou as liberdades imanentes do ser humano como direito, bem como, nega que a moral possa oferecer uma condição de validade do direito positivo. O princípio científico do Direito, enquanto ciência normativa, é a imputação. O método de sua teoria é a vinculação da norma maior sobre a menor, que nasce na pressuposta norma fundamental destituída de qualquer conteúdo moral, político e/ou religioso, que só se encontra com a realidade no momento da aplicação; embaraçando-se com a efetividade. Interpretar a norma jurídica, para Kelsen, é aplicar a norma jurídica, que tem duas funções: o conhecimento do ordenamento jurídico que vai até os limites exteriores da moldura e a função criativa do juiz de preencher a moldura, rejeitando a tese da decisão correta. Nesta etapa criativa, o juiz pode conhecer os elementos espúrios contidos ou não na norma pura, que são a moral, a política e/ou a religião, como forma de mitigar a subjetividade; assim a subjetividade é um ideal que rejeita o solipsismo, mas não alcança a objetividade científica. A presente dissertação alcançou a seguinte classificação: a decisão é vinculada quando os limites da moldura são estreitos; a decisão é discricionária quando a moldura for larga e contiver várias possibilidades; a decisão é ilegal quando a estiver fora da moldura; a decisão é arbitrária quando não se tem moldura; o ativismo judicial ocorre na moldura constitucional na concretização dos direitos fundamentais pelo judiciário. Conclui-se a dissertação afirmando que a mobilização dos elementos espúrios – ou seja, os renegados pela pureza do direito – é a única possibilidade de se mitigar a subjetividade e que a objetividade científica da ciência jurídica como ciência normativa alcança, apenas, os limites externos da moldura.

Palavra Chave: Objetividade científica. Direito positivo. Direito puro. Subjetividade. Solipsismo. Discricionariedade. Ativismo.

ABSTRACT

The current dissertation aims at investigating the *limits of scientific objectivity of Law, as positivist science*, on the theoretical referential of the Pure Theory of Law of Hans Kelsen. The method is deductive-descriptive in bibliographical research. The scientific objectivity of modern science (cartesian) through the isolation of the cognitive object and the use of rigorous method as condition of the truth made fortune in all branches of knowledge and also in Law; which was re-created in the ambit of the *res extensa* as positive law science on the concept of civil law of Hobbes anchored in renunciation of part of freedom as a natural law. Kelsen employed this way of thinking the knowledge in Law aiming to give it scientificity; isolating its object that, for him, is the positive norm totally isolated from the moral and nature. Kelsen denies the natural law or the inherent freedoms of the human being as law, and he also denies that moral can provide a necessary condition of validity of the positive law. The scientific principle of Law as normative science is the imputation. The method of his theory is the linking of higher norm on the norm, that is born on presupposed basic norm devoid of any moral, political and/or religious content, that only meets reality at the time of application; embarrassing with effectiveness. Interpreting the norm law, for Kelsen, is to apply the norm law, which has two functions: the knowledge of the legal system that goes to the outer limits of the frame and the creative function of the judge to fill the frame, rejecting the thesis of the correct decision. At this creative step, the judge may know the spurious elements contained or not in pure norm, which are the moral, policy and/or religion as a way to mitigate the subjectivity; so subjectivity is an ideal that rejects solipsism, but it does not reach the scientific objectivity. The current dissertation reached the following classification: the decision is binding when the frame limits are narrow; the decision is discretionary when the frame is large and contains several possibilities; the decision is illegal when it is out of the frame; the decision is arbitrary when there is no frame; judicial activism occurs on the constitutional frame in the implementation of fundamental laws by the judiciary. The dissertation is concluded by affirming that the mobilization of spurious elements – in other words, the renegades by the purity of law - is the only possibility to mitigate the subjectivity and that the scientific objectivity of law science as a normative science, reaches only the outer limits of the frame.

Keywords: Scientific Objectivity. Positive Law. Pure Law. Subjectivity. Solipsism. Discretion. Activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
Capítulo 1 – O MÉTODO DA NOVA CIÊNCIA DO SÉCULO XVII E O NASCIMENTO DO DIREITO COMO CIÊNCIA NORMATIVISTA..	13
1.1 - A objetividade científica do século XVII: o método	13
1.2 – O nascimento do direito como ciência normativista	16
1.3 - O método jurídico de savigny	23
1.4 – Conclusões Provisórias	25
Capítulo 2 – O OBJETO E O MÉTODO DO DIREITO COMO CIÊNCIA NORMATIVISTA.....	27
2.1 - A Teoria Pura do Direito de Kelsen	28
2.1.1 – Direito e Natureza	28
2.1.2 – Direito e Moral	33
2.1.3 – Direito e Ciência	35
2.1.4 – Direito Subjetivo – Garantias Constitucionais	40
2.1.5 – Dinâmica Jurídica	42
2.1.5.1 – <i>O fundamento de validade de uma ordem normativa: a norma fundamental</i>	42
2.1.5.2 – <i>A estrutura escalonada da ordem jurídica</i>	48
2.1.6 – A interpretação	57
2.2 – Críticas à Teoria Pura do Direito	61
2.2.1 – A norma fundamental é um ideal?	62
2.2.2 – A vigência, a eficácia e a validade da norma jurídica	67
2.2.3 – A Teoria Pura do Direito é uma teoria real ou ideológica?	69
2.2.4 – A liberdade negativa como direito	70
2.2.5 – A criação da norma jurídica individual	72
2.3 – O conteúdo da norma (geral) jurídica	74
2.4 - Conclusões Provisórias	80

Capítulo 3 – A SUBJETIVIDADE, A DISCRICIONARIEDADE E O ATIVISMO EM KELSEN	83
3.1 – Recapitulando a interpretação em Kelsen	84
3.2 – A moldura e seus limites	85
3.2.1 – A norma individual no centro da estreita moldura: a decisão vinculante	86
3.2.2 – A norma individual em qualquer lugar da larga moldura: a decisão discricionária	86
3.2.3 – A norma individual fora da moldura (estreita ou larga): a decisão ilegal	87
3.2.4 – A norma individual sem qualquer moldura: a decisão arbitrária	88
3.2.5 – A norma individual embasada em direitos políticos constitucionais: o ativismo	88
3.3 – O Conteúdo da moldura (quando se tem a moldura): o solipsismo, a subjetividade e a objetividade científica	90
3.4 – Os elementos espúrios da norma geral jurídica como salvação do direito puro	91
CONCLUSÃO	95
BIBLIOGRAFIA	101

INTRODUÇÃO

Com o título *a Formação do Direito como Ciência Positivista em Kelsen*, a presente dissertação tem por objeto principal *investigar os limites da objetividade científica do Direito, como ciência positivista*, no referencial teórico da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. O método é o dedutivo-descritivo em pesquisa bibliográfica. Para tanto, o ponto de partida, que é o objeto do primeiro capítulo, é *descrever o saber na plataforma cartesiana do conhecimento e descrever a criação do direito positivo* neste modelo do saber, no referencial teórico em Villey na obra *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. O segundo capítulo tem por objeto a investigação da teoria kelseniana sob a ótica do *objeto* e o *método desta ciência jurídica positivista*. Por fim, o objeto do último capítulo é *investigar as possibilidades dadas por esse discurso científico para a discricionariedade, a subjetividade e o ativismo das decisões judiciais*.

Em nome da objetividade e da utilidade prática do conhecimento científico, fundou-se, no século XVII, a ciência moderna, caracterizada pelo emprego de determinado método como condição da verdade. Descartes foi o principal filósofo responsável por tal método que consiste no isolamento do objeto, ou seja, o isolamento do objeto cognitivo pelo sujeito cognoscente. Esta nova forma de pensar o saber resultou na cisão do mundo em dois polos, a saber: a *res extensa* e a *res cogitans*. A *res extensa* representa o campo da matéria, da natureza; neste universo se aplica ao objeto cognitivo as leis inflexíveis da natureza, como a física, a química etc. O campo da *res cogitans* representa o âmbito do pensamento, da razão. A unidade clássica da filosofia antiga foi quebrada nesta plataforma cartesiana do saber, e o conhecimento científico foi separado do conhecimento religioso, bem como, das investigações das questões metafísicas.

Este método fez fortuna no conhecimento humano e refletiu, também, no Direito, que só teve duas saídas: ou ser situado no campo do *res cogitans* com um direito racional (jusnaturalismo), no qual a mente humana forja as normas e/ou princípios jurídicos, ou é tratado no âmbito da *res extensa*, como um

direito positivo regido pelas leis da mecânica, no qual o Direito é fruto das lutas e vontades sociais. Este foi o caminho que fez Hobbes, na obra *Leviatã* ao criar o direito positivo ancorando na renúncia do direito racional (jusnaturalista), como ato de vontade da autoridade dotado de sanção, criando, assim, o conceito da lei civil.

Kelsen empregou este rigoroso método, isolando a lei civil de Hobbes ao extremo. Para Kelsen, o objeto do Direito é a norma jurídica a qual está ancorada na pressuposta norma fundamental destituída de qualquer conteúdo político, moral e/ou religioso. O método do Direito, para Kelsen, é a vinculação e a predeterminação da norma maior sobre a menor, no eterno progredir da (re)criação da norma jurídica até os limites externos da moldura da norma individual, vale dizer, da decisão judicial. A pressuposta norma fundamental dá validade à primeira constituição histórica que, por sua vez, dá validade à segunda constituição e assim sucessivamente até a atual constituição, e esta à lei (em sentido geral) que, por fim, dá validade à norma individual; ou seja, a norma jurídica nasce pura e idealizada em um extremo como um *dever-ser*, segue isolada da realidade fática e só encontra com o fato, ou seja, com o *ser*, no outro extremo, no momento de sua aplicação. Isto conduz a problemática questão da vigência, validade e eficácia da norma jurídica que também é tratada nesta dissertação.

Acontece que a vinculação da norma geral sobre a norma individual não é completa, sempre fica certa margem de livre apreciação que Kelsen denominou de moldura, na qual o magistrado tem a liberdade da livre criação no preenchimento do conteúdo da moldura. Isto leva a discussão da subjetividade, da discricionariedade e do ativismo judicial. Ou seja, o rigoroso método da nova ciência, apesar de empegado ao Direito, não alcançou a objetividade científica, através da decisão correta. O objeto do direito puro é a norma jurídica extremamente isolada de qualquer elemento político, moral ou religioso na teoria kelseniana. O método deste direito puro é a vinculação e a predeterminação de conteúdo da norma maior sobre a menor. O resultado é o limite externo da moldura, cujo conteúdo é de livre criação do magistrado. A máxima do emprego do rigoroso método como condição da verdade não se verificou, portanto, no direito positivo.

Portanto, *investigar os limites da objetividade científica do Direito, como ciência positivista*, no referencial teórico da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen é tema de grande relevância; justificando-se, assim, esta investigação.

A presente dissertação é desenvolvida em três capítulos. O primeiro tem como título o *método da nova ciência do século XVII e o nascimento do Direito como ciência normativista* e quatro subtítulos, sendo primeiro *a objetividade científica do século XVII: o método*. O segundo é *o nascimento do Direito como ciência normativista*. *O método jurídico de savigny* é o terceiro item. O capítulo é encerrado com as *conclusões provisórias*. Este capítulo descreve a forma cartesiana do saber, o nascimento do Direito como ciência positivista e a principal teoria hermenêutica deste Direito.

O objeto e o método do Direito como ciência normativista é o título do segundo capítulo que tem três divisões. A primeira parte ocupa-se de uma profunda leitura da teoria kelseniana, com especial atenção na cisão entre o direito e a natureza; na cisão do direito e a moral; na consideração do direito como conhecimento científico; na visão dos direitos subjetivos e das garantias constitucionais de Kelsen. Ainda, na teoria da dinâmica jurídica de Kelsen, se trata do fundamento de validade de uma ordem normativa, que é a norma fundamental de Kelsen; e a estrutura escalonada da ordem jurídica. Por fim também se investigou a visão kelseniana da interpretação. Em sequência se trata *das críticas a esta teoria kelseniana*: questionando-se a norma fundamental como um ideal; aborda-se a questão da vigência, da eficácia e da validade da norma jurídica; trata-se a questão do caráter real ou ideológico da Teoria Pura do Direito; questiona-se a liberdade negativa como direito; e, por fim, critica-se a criação da norma jurídica individual. A última parte se descreve o *conteúdo da norma (geral) jurídica* desta teoria e, por fim, expõe-se as *conclusões provisórias*. Este capítulo é uma leitura crítica da teoria kelseniana sob a ótica do seu objeto e do seu método.

O último capítulo é nominado de *a subjetividade, a discricionariedade e o ativismo em Kelsen*, que tem quatro divisões. A primeira é uma *recapitulação da interpretação kelseniana*. *A moldura e seus limites* é a segunda parte, que sustenta a seguinte classificação: a norma individual no centro da estreita moldura: a decisão vinculante; a norma individual em qualquer lugar da larga moldura: a decisão discricionária; a norma individual

fora da moldura (estreita ou larga): a decisão ilegal; a norma individual sem qualquer moldura: a decisão arbitrária; a norma individual embasada em direitos políticos constitucionais: o ativismo. Em sequência se investiga o *conteúdo da moldura (quando se tem moldura): o solipsismo, a subjetividade e a objetividade científica*. Conclui o capítulo com o subtítulo *os elementos espúrios da norma geral jurídica como salvação do direito puro*. Neste capítulo se analisa as possibilidades dadas pelo discurso científico do direito normativo para a objetividade científica. Não se trata de uma tentativa de construir uma tese da decisão correta, mas de investigar, até onde seja possível, as possibilidades da objetividade deste discurso científico.

CAPÍTULO 1 – O MÉTODO DA NOVA CIÊNCIA DO SÉCULO XVII E O NASCIMENTO DO DIREITO COMO CIÊNCIA NORMATIVISTA

O objeto do primeiro capítulo é *descrever o método da nova ciência do século XVII e o nascimento do direito, como ciência normativista*; e isto é tratado em três tópicos, sendo o primeiro: *a objetividade científica do século XVII: o método*; o segundo: *o nascimento do Direito como Ciência Normativista*; o método de Savigny é o terceiro; e por fim *as conclusões provisórias*.

1.1 – A Objetividade científica do Século XVII: o Método

Villey em seu livro *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, chama de “*nova ciência do século XVII*” o que normalmente se denomina de ciência moderna; ou seja, esta forma de conceber o mundo que não mais se interessa pelas causas finais constituídas em função de determinada finalidade.

A partir daí, o mundo não é mais percebido do ponto de vista das causas finais, constituído em função de uma finalidade: que utilidade teria para as necessidades de nossa técnica compreendê-lo desse modo? Só é útil do ponto de vista das causas eficientes, obedecendo apenas às leis da mecânica.¹

Tal forma de conceber o saber ganhou toda a filosofia moderna e, conseqüentemente, o Direito. Sustenta Villey que esta “*visão da natureza seca, desumanizada, a qual a ciência moderna disseminou, é incompatível com a ideia do direito natural.*”²

Indica Villey três principais filósofos responsáveis pela *nova ciência do século XVII*, são eles: Bacon, Pascal e Descartes. Para Villey³, Bacon não fez distinção entre filosofia e ciência, o conhecimento deveria ser utilitarista, não se importando com a ordenação do cosmo e nem as causas finais, mas de ser útil,

¹ VILLEY. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. p. 591.

² Idem, p. 591.

³ Idem, ps. 592/596.

aplicar o conhecimento para as coisas da vida, como fabricar ouro, inventar máquinas. Ele desenvolveu seu método, tendo a audácia de tentar substituir a lógica de Aristóteles. A lógica de Bacon era experimental – empirista – reaplicar ao particular um entendimento nivelado e igual – indução. Entendeu o Direito como lei e que sua formação era da alçada do homem de Estado e não de filósofos. Ainda, queria que a lei fosse interpretada no limite da exegese estrita do texto, sem equidade e que a doutrina não pretendesse o papel criador.

Pascal, na visão de Villey,⁴ foi o primeiro a se preocupar com a salvação (religião), depois com a ciência e sustentou a obediência e submissão à lei, sem se questionar sobre sua justiça – obedecer à lei porque é superior.

Contudo, Villey afirma que “*Descartes é no mínimo o inventor de um método que, como todos sabem, fez enorme fortuna, mesmo na teoria do direito.*”⁵ A verdade, do ponto de vista científico, passa a ser um produto do método, ou, nas palavras de Villey: “*o único meio de chegar com segurança à verdade é portanto apegar-se à ordem.*”⁶

Para Descartes todos os homens são iguais na potência de bem julgar e a diversidade de conclusões decorre do fato de que o pensamento de cada qual percorre caminhos diversos,⁷ assim só a rigidez de um método poderia alcançar a verdade e; para tanto, o ponto de partida deveria ser duvidar de tudo, até de si mesmo. Logo, a demonstração racional de que o *ser* existe é o pensamento do próprio ser, na célebre expressão: “*yo pienso, luego soy.*”⁸ Seu método consistia em: a) duvidar de tudo, até de si mesmo; b) dissecar o todo até as menores partes; c) (re-)ordenar as partes e; e) reconstruir o todo artificialmente.⁹

⁴ Idem, ps. 597/599.

⁵ Idem, p. 600.

⁶ Idem, p. 603.

⁷ DESCARTES. *El Discurso del Método*, p. 27.

⁸ Idem, p. 70.

⁹ “*Fue el primero no aceptar nunca como verdadera ninguna cosa que no conociese con evidencia que lo es; es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención, y no comprender en mis juicios nada más que aquello que se presentase tan clara y distintamente a mi espíritu que no tuviese ocasión alguna de ponerlo en duda.*

El segundo, dividir cada una de las dificultades que examinaré en tantas partes como fuera posible y como requiriese su mejor solución.

Seguindo este raciocínio, Descarte¹⁰ dividiu o mundo em dois: a) *res cogitans*: mundo do pensamento, da alma, da vontade (ato livre), ele não confiou muito nos dados dos sentidos, apenas no pensamento; b) *res extensa*: mundo objetivo, coisas submetidas às leis da mecânica. Assim a doutrina cartesiana quebrou a unidade da filosofia antiga. O mundo passou a ser dividido em sujeito cognoscente e objeto cognitivo; entre valor e fato; entre dever-ser e ser.

Esta cisão e isolamento do sujeito cognoscente do objeto cognitivo, bem como, a necessidade de explicar o objeto pensado de forma racional, conforme o método acima exposto, possibilitou o surgimento das teorias que explicam o surgimento do Estado pelo contrato social a partir da posição inicial e, conseqüentemente, o liberalismo. Nesta perspectiva, o Direito passou a ser visto a partir do indivíduo isolado na posição inicial, o que quebrou a unidade da clássica filosofia do direito natural, que via o direito como uma realidade, uma realidade natural. São palavras de Villey:¹¹

Desta forma, o direito deixa de aparecer como uma realidade primeira, uma realidade natural. Mesmo os “empiristas” serão obrigados a pensar o direito a partir de um suposto “estado de natureza” não jurídico onde só teria havido *indivíduos* separados, e nenhuma relação de direito. Pelo fato de os modernos não saberem mais abrir-se para o espetáculo da natureza, colocam no lugar da natureza idéias claras e distintas, são cegos para a presença do direito como dado natural. E já que se precisa do direito, já que é uma coisa cuja função na vida cotidiana não se pode negar, são obrigados a reconstruí-lo como um produto artificial.

Assim, o indivíduo isolado de tudo é imaginado na hipotética situação natural e, deste ponto de partida, se começa a explicar, sob o crivo da racionalidade, como teria se relacionado com o ambiente e com os outros indivíduos até se descrever, teoricamente, como o Estado se originou.

Locke¹² em *Segundo Tratado de Governo* é apontado como criador do

El tercero, conducir por orden mis pensamientos, comenzando por los objetos más simples y más fáciles de conocer, para ascender poco a poco, como por grados, hasta el conocimiento de los más compuestos, e incluso suponiendo un orden entre los que no se preceden naturalmente.

Y el último, hacer en todo enumeraciones tan completas y revisiones tan generales que adquiriese la seguridad de no omitir nada.” (idem, p. 50)

¹⁰ Idem, p. 82.

¹¹ VILLEY. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, p. 611.

¹² “Como já mencionamos, os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso nenhum pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento.” (LOCKE. *Segundo Tratado de Governo*. ps. 68/69).

liberalismo pela via do consentimento; considera o indivíduo em seu estado natural como livre, igual e independente, não podendo ser privado de sua propriedade e ser submetido ao poder político de outrem sem emitir seu consentimento.

Estas são as bases embrionárias do Estado democrático, com direitos fundamentais garantidos pela Constituição e o regime econômico capitalista. Locke concebe a pessoa com direitos naturais e fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade privada; sendo a vida em sociedade fundamentada no consentimento e na vontade da maioria.

Mas foi outro pensador que, a partir do hipotético estado natural, criou o direito positivo; conforme se trata no próximo item.

1.2 – O Nascimento do direito como ciência normativista

Hobbes¹³ foi o filósofo que fundou o positivismo, a partir do jusnaturalista.¹⁴ Hobbes, influenciado pela nova ciência cartesiana, cindiu o sujeito cognoscente do objeto cognitivo, dissecou o todo até as menores partes, nominou e ordenou as partes, e reconstruiu o todo artificialmente, conforme se passa a expor.

O indivíduo, isolado de tudo e de todos, ou seja, em seu fictício estado natural ou inicial, tem necessidades e vontades, necessidade de se conservar e vontade de prazeres; assim o homem é pecador, é o lobo do homem, pura cobiça brutal, vivendo em constante estado de guerra civil.¹⁵

¹³ HOBBS. *Leviatán*.

¹⁴ Para Bonavides, Martins, Rodrigues e Silva, o verdadeiro jusnaturalismo é o da modernidade que tem origem na razão humana, ao passo que o jusnaturalismo escolástico tem origem na vontade divina (BONAVIDES; MARTINS; RODRIGUE; SILVA. *Teoria da Decisão Judicial e Teoria da Justiça: jusfilosofia e novos paradigmas constitucionais*. p. 28).

¹⁵ “Así hallamos en la naturaleza del hombre tres causas principales de discordia. Primera, la competencia; segundo, la desconfianza; tercera, la gloria.

La primera causa impulsa a los hombres a atacarse para lograr un beneficio; la segunda, para lograr seguridad; la tercera, para ganar reputación. La primera hace uso de la violencia para convertirse en dueña de las personas, mujeres, niños y ganados de otro hombre; la segunda, para defenderlos; la tercera, recurre a la fuerza por motivos insignificantes (...)

*Con todo ello es manifestó que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos.”(HOBBS. *Leviatán*, p. 88)*

O indivíduo, pela sua necessidade e/ou vontade, tem o direito natural à liberdade que é exercer sua vontade sem submissão a outrem, além da sua conservação, constituindo assim a lei fundamental da natureza. Portanto, o direito (natural) é a liberdade e a lei é a obrigação, ou seja, a lei não concede ou estabelece direito, mas só obrigação.¹⁶

Como é que Hobbes resolve isto, já que por um lado se tem direito (natural) à liberdade ilimitada que conduz ao constante estado de guerra civil e, por outro lado, se tem o dever (lei fundamental da natureza) que obriga a um homem a se conservar, à paz e a segurança? A resposta é o pacto que gera o Leviatã. Explicando: renúncia é despojar-se do direito (natural) sem transferir a outrem. Contrato é a transferência recíproca de direito. Pacto é a coletiva e simultânea transferência de direitos a um terceiro, qual seja: o Leviatã; com o propósito de tornar possível a vida em sociedade, vale dizer, manter a paz e defender a sociedade de ameaças estrangeiras. Este Leviatã é o Estado, representado pelo soberano, seja determinado Absolutista, seja determinada

Para Locke, a liberdade do estado natural não implica em licenciosidade, a razão impõe a lei natural de alta conservação e no dever de não prejudicar a outrem: *“Todavía, mesmo em se tratando de um estado de liberdade, não implica em licenciosidade; apesar de ter o homem naquele estado liberdade incoercível para dispor da própria pessoa e posses, não o tem para destruir a si mesmo ou a qualquer criatura de sua posse, a não ser quando um fim mais nobre do que a mera conservação o exija. O estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses.”* (LOCKE. *Segundo tratado de Governo*, p. 16)

¹⁶ *“EL DERECHO DE NATURALEZA, los que los escritores llaman comúnmente jus naturales, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propia poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin.*

Que es la Libertad. Por LIBERTAD se entiende, de acuerdo con el significado propio de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere.

Ley de naturaleza (lex naturalis) es un precepto o norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla (...) porque DERECHO consiste en la libertad de hacer o de emitir, mientras que la LEY determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia.

La Ley fundamental de naturaleza. La condición del hombre (...) es una condición de guerra de todos contra todos (...) La primera fase de esta regla contiene la ley primera y fundamental de naturaleza, a saber: buscar la paz y seguirla. La segunda, la suma del derecho de naturaleza, es decir: defendernos a nosotros mismo, por todas las medias.” (idem, p. 90/91)

Assembleia.¹⁷

No raciocínio de Hobbes o pacto se justifica, vez que não há nada pior que o constante estado de guerra de seu estado natural. Se pacto é a renúncia coletiva e simultânea de direito a um terceiro e se a lei (civil) do Leviatã não confere direitos, só obrigações, como fica os direitos dos súditos? A resposta é simples, vez que no pacto os indivíduos só renunciam parte dos direitos naturais, na justa medida para o Leviatã manter a paz e a segurança, bem como, a defesa de ameaças estrangeiras; conservando, cada qual, os demais direitos naturais não renunciados; ou seja, o critério é o finalístico.¹⁸

A relação que Hobbes faz entre direito e lei (natural ou civil) é a mesma entre liberdade e obrigação; vez que direito é a liberdade decorrente do jusnaturalismo e lei é a obrigação; lembrando como acima visto, da natureza se abstrai, pela razão, tanto o direito natural (liberdade) como a lei natural (obrigação), ao passo que a lei civil, como ordem emanada da autoridade dotada de sanção, só impõe dever.¹⁹

¹⁷ “Renunciar un derecho a cierta cosa es despojarse a sí mismo de la libertad de impedir a otro el beneficio del propio derecho a la cosa en cuestión. En efecto, quien renuncia o abandona su derecho, no da a otro hombre un derecho que este último hombre no tuviere antes.” (idem, p. 92)

“Que es contrato. La mutua transferencia de derecho es lo que los hombres llaman CONTRATO.” (idem, p. 93)

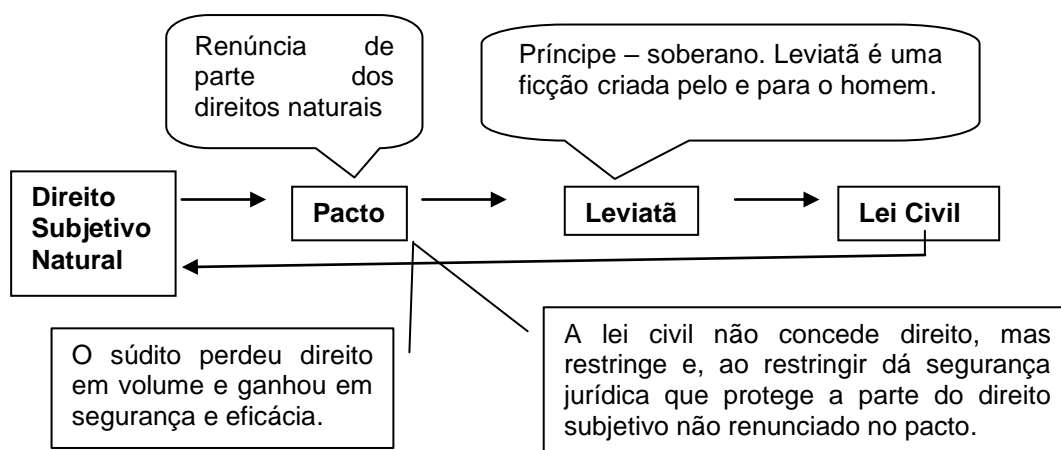
“Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la misma manera. Hecho esto, la multitud así unida en una persona de denomina ESTADO (...) Esta es la generación de aquel gran LEVIATÁN.” (idem, p. 120).

Para Locke, a formação do Estado está embasada no consentimento de cada indivíduo e na vontade de maioria: “Com já mencionamos, os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso nenhum pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela [...] Quando certo número de homens constituiu uma comunidade através do consentimento individual de todos, fez com isso, desta comunidade, um corpo de agir como um corpo, o que apenas ocorre pela vontade e resolução da maioria” (LOCKE. Segundo Tratado de Governo, p. 68).

¹⁸ “Cómo ha de medirse a libertad de los súbditos (...) la obligación y libertad del súbdito ha de derivarse ya de aquellas palabras u otras equivalentes, ya del fin de la institución de la soberanía, a saber: la paz de los súbditos entre sí mismo, y su defensa contra un enemigo común.”(HOBBS. Leviatán, p. 150).

¹⁹ “En efecto, derecho es libertad: concretamente, aquella libertad que la ley civil nos deja. Por la ley civil es una obligación, y nos arrebatada la libertad que nos dio la ley de naturaleza. La

Este é o esquema:



Com tal engenharia social, que cria artificialmente o Leviatã, Hobbes estabelece o conceito de lei que é a ordem emanada de autoridade dotada de sanção imediata. A lei civil, ao contrário da lei natural/divina, é expressa (promulgada/declarada) por uma autoridade política, dotada de sanção real e imediata ao invés de uma ameaça para além; a lei civil de Hobbes, como ato de vontade do soberano, ordena o justo e o injusto.²⁰

Hobbes dissecou o todo, deu nome às partes, ordenou e reconstruiu o todo artificialmente. Ao dizer o que é a lei civil, a diferenciou da lei divina e da lei natural, ainda, diferenciou a lei do direito. O direito subjetivo tem como gerador a vontade/poder do indivíduo e a lei civil é a ordem emanada de autoridade com sanção imediata. Leviatã é uma ficção criada pelo homem para o homem.

Hobbes não ficou só no conceito de lei, ele estabeleceu a intenção da lei e a necessidade da interpretação de todas as leis (naturais ou civis). Letra da lei é o sentido literal, mas, para Hobbes, só pode existir uma intenção da lei, ele reduziu a intenção do legislador ao sentido literal da lei que não pode ser outro que a equidade. Assim, a intenção do legislador sempre é a equidade.²¹

naturaleza otorgó a cada hombre el derecho a protegerse a sí mismo por su propia fuerza, y la invadir a un vecino sospechoso, por vía de prevención; pero la ley civil suprime esta libertad en todos los casos en que la protección legal puede imponerse de modo seguro. En este sentido, lex y jus son diferentes de obligación y libertad.” (idem, p. 199)

²⁰ *Teniendo esto en cuenta, yo defino la ley civil de esta manera: LEY CIVIL es, para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otro signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley. (idem, p. 182)*

²¹ *“Ahora bien, si por letra se entiende el sentido literal, entonces la letra y la sentencia o intención de la ley son una misma cosa, porque el sentido literal es aquel que el legislador se*

O interprete da lei natural necessita fazer uso da razão de forma imparcial e despido de qualquer paixão. Já as leis escritas, tanto curtas como extensas, são facilmente mal interpretadas devido à diversidade de significados das palavras; e uma boa compreensão depende de uma perfeita inteligência das causas finais do legislador. Contudo, para o legislador a lei civil não pode ter nó, ele identificar as ponta e desatá-lo, nem que seja elegendo um fim qualquer.²²

Portanto, se constata que, como a lei positiva é um ato de autoridade (soberano), somente a autoridade (judiciária) poderia, com precisão, dizer ou eleger a sua intenção. E com a interpretação não é diferente, vez que não é qualquer pessoa autorizada a interpretar a lei, mas a autoridade competente, que é o juiz, que ao interpretá-la, a aplica ao caso concreto. Assim, Hobbes reduziu a interpretação da lei à aplicação da lei.²³

Pode-se concluir, pois, que Hobbes, “criou” o direito positivo como dever (obrigação) e fruto do Estado moderno, no campo da *res extensa*, convivendo em conflito com o direito natural no campo da *res cogitans*; sendo que o direito positivo é ancorado no direito natural ao mesmo tempo que o limita e, por isto, é difícil a classificação de Hobbes ou como jusnaturalista ou

proponía significar por la letra de la ley. En efecto, se supone siempre que la intención del legislador es la equidad, pus sería una gran contumelia para el juez pensar otra cosa del soberano.” (idem, p. 192).

²² *“Todas las leyes escritas y no escritas tienen necesidad de interpretación. La ley no escrita de naturaleza, aunque sea fácil de reconocer para aquellos que, sin parcialidad ni pasión, hacen uso de su razón natural (...) Las leyes escritas, cuando son breves, fácilmente son mal interpretadas, por los diversos significados de una o dos palabras: si son largas, resultan más oscuras por los significados por las significaciones diversas de varias palabras; en este sentido, ninguna ley escrita promulgada en pocas o muchas palabras puede ser bien comprendida sin una perfecta inteligencia de las causas finales para las cuales se hizo la ley; y el conocimiento de estas causas finales reside en el legislador. Por tanto, para él no puede haber en la ley ningún nudo insoluble, ya sea porque puede hallar las extremidades del mismo, y desatarlo, o porque puede elegir un fin cualquier (...) por medio del poder legislativo; cosa que ningún otro intérprete puede hacer.” (idem, p. 189/190).*

²³ *“La interpretación de la ley de naturaleza es la sentencia del juez, constituido por la ley soberana para oír y fallar las controversias que de él dependen; y consiste en la aplicación de la ley al caso debatido.” (idem, 190)*

“De la misma manera, cuando se trata del significado de las leyes escritas, no es intérprete de ellas quien se limita a escribir un comentario sobre las mismas. En efecto, los comentarios están más sujetos a objeción que el texto mismo, y por tanto necesitan otros comentarios, con lo cual no tendrían fin tales interpretaciones. Por esta causa, a menos que exista un intérprete autorizado por el soberano, del cual no pueden apartarse los jueces subordinados, el intérprete no puede ser otro que el juez ordinario, del mismo modo que ocurre en los casos de la ley no escrita; y sus sentencias deben ser reconocidas por quien pleitea como leyes en este caso particular.” (idem, p. 192)

como positivista.

Embora Descartes seja visto como idealista em sentido amplo, ao tentar explicar o conhecimento com ideias, as suas ideias tiveram a consequência de superar a unidade da clássica filosofia e dividir todo conhecimento em dois campos: da *res cogitans* e da *res extensa*; e isto refletiu também no direito que foi dividido em duas concepções: o jusnaturalismo e o direito positivo.²⁴

Sustenta Villey²⁵ que:

Ou bem o direito será situado do lado da alma, no pensamento; consistindo nas regras que a mente forja ou que o pensamento humano inclui; sua fonte está no pensamento; será preciso extraí-lo, por uma série de deduções dos princípios racionais que seriam descobertos no fundo da consciência do homem, adotando então o direito a forma de um sistema dedutivo de regras. [...]

A outra via é pensar o direito sob a rubrica da matéria; fazer dele um produto das paixões animais do corpo, das forças dos indivíduos, e depois da força dos grupos ou do Estado; aplicar a ele os métodos das ciências da natureza física; situá-lo do lado dos fatos, regidos por leis mecânicas, objetivamente determinadas. [...]

Esta cisão foi a morte da clássica filosofia do direito natural, que o via de forma unitária. O idealismo cartesiano dividiu, inclusive, o Direito. O Direito tratado no campo das ideias foi denominado por Villey de direito racional.²⁶ Esta foi a opção dos ingleses. O Direito tratado no campo da mecânica foi denominado por Villey de direito natural.²⁷

Por conseguinte, a metafísica cartesiana não implica apenas a exclusão do antigo direito natural clássico. Ela impõe ao pensamento jurídico moderno suas duas novas direções: racionalismo e naturalismo. É este mesmo a explicação, a razão de ser filosófica dessa diversidade de doutrinas, ou mesmo das *contradições* do pensamento jurídico moderno. Pois, num mundo dissociado entre o pensamento e a matéria, o direito, que por essência, pertence ao mesmo tempo a esses dois domínios, não sabe mais onde ficar de pé: oscila, tratado ora como fenômeno dependente da ciência objetiva das coisas; e ora como dever-ser, ora como fato sociológico.

Conforme dito acima, Hobbes, ao aplicar a forma de pensar da nova ciência, isolou o sujeito cognoscente e partiu do hipotético estado natural no qual e no seu entender, os indivíduos estariam em constante estado de guerra

²⁴ Aqui se faz um corte metodológico, vez que a presente investigação trata, somente, do direito positivo.

²⁵ VILLEY. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, ps. 606/607.

²⁶ Necessário uma ressalva terminológica: Villey (idem, ps. 606/607) trata da expressão do Direito Natural como aquele situado no mundo do *res extensa*, ao qual se aplica as leis da natureza (mecânica), ou seja, o que se comumente se designa de positivismo; e o Direito Racional como aquele situado no mundo da *res cogitans*, o que comumente é designado de jusnaturalismo. Assim, direito natural e jusnaturalismo não são a mesma coisa.

²⁷ Idem. p. 607.

civil e a única possibilidade de paz seria pela renúncia dos direitos subjetivos ou naturais, fundada na vontade, em favor do Leviatã (ou Estado Soberano) que, por sua vez, cria a lei civil que torna possível a convivência pacífica da sociedade. Nasce, assim, o direito positivo,²⁸ no conceito de lei civil de Hobbes.

Conclui Villey que Hobbes, partindo do direito natural e/ou moral, através do direito subjetivo, calcado na vontade do indivíduo, criou o direito estatal, vale dizer, o positivismo jurídico; que não mais considera aquele direito natural e/ou moral. Assim o que é levado em consideração para o jurista moderno é o método e o direito estatal, não mais o direito natural e/ou moral.²⁹

É isso o que conta para os juristas, a consequência, o método: esse positivismo que M. Prélot, ao se proclamar seu defensor, chama de “metodológico”. Afirmo que isso é o essencial. Pois não tem a menor importância o fato de que a existência de uma lei natural *moral* seja mantida no ponto de partida (como fazia Hobbes, e como ainda hoje fazem Roubier, Dabin, Prélot), ou seja negada (como o é por Kelsen), desde o momento em que, no direito, concordem em não levá-la em conta e em reger-se exclusivamente pela decisão estatal.

[...]

- E, em terceiro lugar, a partir dessa lei natural, mas dialeticamente, por um salto para fora do regime da “natureza”, como produto substituto, construir um novo sistema das fontes da ordem jurídica.

Disso, Hobbes é o inventor.

Nesta conclusão Villey não está só. Bobbio descrevendo a origem do positivismo jurídico, citando Hobbes, diz que: *não é a sapiência mas sim a autoridade que cria a lei*,³⁰ e declina as duas características da concepção positivista: o formalismo e o imperativismo.³¹

²⁸ Não se pode confundir Lei Escrita com Positivismo. Para Hobbes, fundador do positivismo segundo Villey, a Lei Civil emana da vontade do soberano, dotada de sanção, que dita o justo ou injusto. Aristóteles em *Retórica* e *Ética a Nicômaco*, vê a lei como fruto da assembleia de homens virtuosos e a justiça é centro de todas as virtudes, sendo que o juiz, ao aplicar a lei, deve adaptar o justo segundo a lei ao justo pela equidade. Bentham em *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* funda o utilitarismo sustentando que o livre arbítrio humano tem dois senhores soberanos: a dor e o prazer, e este princípio deve fundar uma ordem moral e legal. Já Kant em *Introdução ao Estudo do Direito: doutrina do direito* dita como princípio do direito o seguinte postulado: “*age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.*” (KANT. *Introdução ao Estudo do Direito: doutrina do direito*, p. 46)

²⁹ VILLEY. *A Formação do Positivismo Moderno*. ps. 750/752.

³⁰ BOBBIO. *Positivismo Jurídico*, p. 36.

³¹ “a) **FORMALISMO**. Como se vê, na definição não se faz referência nem ao conteúdo, nem ao fim do direito: não se define o direito nem como referência às ações que estão disciplinadas ao conteúdo de tal disciplina [...] nem com referência aos resultados que o direito deseja conseguir [...] vice-versa, a definição do direito é dada apenas com base na autoridade que põe as normas, e portanto com base num elemento puramente formal.

b) **IMPERATIVISMO**. O direito é definido como conjunto de normas com as quais o soberano ordena ou proíbe dados comportamentos aos seus súditos. O direito, portanto, é um comando.

Conclui-se, pois que a origem do positivismo jurídico está intimamente ligada ao surgimento do Estado Moderno, sendo a lei civil ato de vontade do soberano, dotada de sanção imediata, e que existe uma tensão entre o direito positivo e o direito natural.

Antes de se adentrar no próximo capítulo que tem o tema o objeto e o método do Direito, como Ciência Normativista, com referencial teórico em Kelsen, se considera útil abordar a principal estratégia metodológica do positivismo na aplicação e interpretação da lei, que é o Método Jurídico de Savigny.

1.3 – O método Jurídico de Savigny

Savigny³² no preâmbulo de seu livro Metodologia Jurídica, diz que o êxito dos trabalhos eruditos depende: a) do talento que é o grau de força espiritual do indivíduo; b) aplicação deste talento e; c) método. Afirma que, com ou sem consciência, todo jurista tem um método e só sua contemplação conduz a um método correto.

Introduz seu método com uma visão bastante simplista do direito positivo, dizendo que para se evitar que um indivíduo submeta outro a sua arbitrariedade há um terceiro que decide, mas para que este terceiro não seja arbitrário, há a lei. A lei é o terceiro distante e independente. A tarefa do juiz é interpretar logicamente a lei e aplicá-la, dando o seguinte conceito: “*interpretación es reconstrucción del pensamiento (claro u oscuro, es igual) expresado en la ley en cuanto sea conocible en la ley*”.³³

Afirma que a *metodologia absoluta* é composta pela *crítica diplomática*, consistente em investigar a idoneidade do que se interpreta, e a *crítica suprema*, que tem como objetivo a certeza. Contudo, reconhece que a certeza

Também para Hobbes se verifica aquilo que observamos anteriormente, segundo o que a concepção positivista do direito está estreitamente ligada à concepção absolutista do Estado. (idem, p. 36/37)

³² SAVIGNY. *Metodología Jurídica*.

³³ Idem, p. 14.

é estranha ao direito, devendo o magistrado lograr, até onde seja possível, a certeza.³⁴ Em seguida apresente três cânones: o lógico, o gramatical e o histórico. O lógico investiga as relações das partes com o todo. O gramatical é a condição necessária da escrita. O histórico trata do contexto, dos usos e costumes do povo.³⁵

A metodologia do estudo literário da jurisprudência, que para ele, era a ciência da filologia, consistia em ler criticamente e ler historicamente. Ler criticamente é investigar qual é a missão/problema e o que faz o autor para resolvê-lo. Ler historicamente também tem duplo objeto: sincronizar as partes com o todo e respeitar a cronologia dos acontecimentos.

Assim, o método absoluto de Savigny³⁶ é caracterizado pela unidade. O primeiro passo é a crítica diplomática, o segundo é a crítica suprema com a utilização simultânea dos três cânones: o lógico, o histórico e o gramatical.

³⁴ *“Toda crítica, al igual que toda interpretación, debe trabajar con certeza. Aunque ello no es siempre posible, esta idea debe guiar al menos toda la labor. La expresión “audacia” es completamente impropia en la crítica, pues toda crítica prescinde de la arbitrariedad y presupone una necesidad.*

A esta crítica superior se le llama crítica de conjetura. Como parte de nuestra ciencia, éste es el lugar a que pertenece, puesto que la crítica diplomática debe precederla. El nombre crítica de conjetura es, sin embargo, no muy adecuado para nuestra teoría, porque esta busca certeza. Por otro lado, existe una crítica de conjetura totalmente peculiar que difiere de la crítica superior, y en la cual se plantean meras suposiciones ingeniosas. Su lugar no es éste.

Toda necesidad, toda certeza que se obtiene por crítica, resulta del hecho de que es tomado el concepto de un todo orgánico. Sin embargo, siempre existe cierta inseguridad en la aplicación de estos principios críticos. Todo lo que se nos presente como dado difiere naturalmente de lo que encontramos mediante la crítica; no se prestará, pues, más atención a lo dado, aunque éste es un hecho histórico innegable. Por ello que da siempre una sensación de inseguridad. Para lograr seguridad completa debe aclararse, respecto del texto encontrado correcto, cómo se originaron las deformaciones por errores en la transcripción u otras causas. Esta tarea no corresponde aquí, pero es la prueba diplomática del acierto de la crítica, entonces ella ha alcanzado todo lo que puede lograrse.” (idem, ps. 15/16)

³⁵ *“La interpretación debe tener, por tanto, una constitución triple: lógica, gramatical e histórica. Las dos primeras son consideradas como clases de interpretación, pero incorrectamente, pues todas deben estar así concebidas. Cada una debe tener*

- 1) *Una parte lógica que consiste en la presentación del contenido de la ley en su origen y presenta la relación de las partes entre sí. Es también la genética presentación del pensamiento en la ley. Pero el pensamiento debe ser expresado, por lo cual es preciso también que haya normas de lenguaje, y de ello surge*
- 2) *La parte gramática, una condición necesaria de la lógica. También se relaciona con la parte lógica*
- 3) *La parte histórica. La ley es dada en un momento determinado, a un pueblo determinado; es preciso conocer, pues, estas condiciones históricas para captar el pensamiento de la ley. La presentación de la ley es sólo posible por la presentación del momento en que la ley existe.” (idem, ps. 12/13)*

³⁶ Idem, p. 14.

Porém, este método não é isento de crítica. Destaca-se três pontos centrais: o primeiro é a posição de que a “certeza” é estranha ao Direito, ou seja, Savigny, apontado como criador dos cânones da interpretação, já tinha a consciência que o juiz, ao descobrir ou criar a norma individual, tinha o dever de buscar, até onde fosse possível, esta certeza.

Modernamente muitos doutrinadores, erroneamente, elencam inúmeros cânones interpretativos, cada qual usado para justificar este ou aquele resultado. O primeiro problema é que não se tem nenhum critério para determinar qual cânone deve ser aplicado. O segundo problema é que o método absoluto de Savigny se caracteriza através da unidade, composta pela crítica diplomática e pela crítica suprema, esta com a utilização simultânea dos cânones: o lógico, o histórico e o gramatical. O lógico trata das relações das partes com o todo; o gramatical, como se diz, é a condição necessária da escrita; e o histórico trata do contexto, dos usos e dos costumes do povo. Portanto, a unidade do método é o segundo ponto central.

O terceiro ponto é o conceito de interpretação como a reconstrução do pensamento expressado, contido ou conhecido na própria lei, ou seja, para se reconstruir o pensamento (a intenção) da lei não se pode socorrer de elementos estranhos à lei.

As indagações que se têm são: a) como é possível uma unidade da crítica suprema, através da aplicação simultânea dos três cânones, se cada qual conduz a um resultado diverso? b) como é possível uma interpretação reconstrutiva do pensamento da lei, dentro dos limites conhecido nesta lei? Estas respostas não foram logradas por Savigny.

1.4 – Conclusões Provisórias

Do primeiro capítulo se concluiu que:

A – o rigoroso método cartesiano da nova ciência que ignorou as causas iniciais e finais da metafísica antiga, que reduziu a verdade como fruto do método e, que promoveu a cisão do sujeito cognoscente e o objeto cognitivo, possibilitou pensar o homem isolado no fictício estado natural;

- B – Hobbes partindo do homem isolado no fictício estado natural, o dotou de direito natural às liberdades sem restrição, de forma tal que os indivíduos viviam em constante estado de guerra; sendo que a única forma de paz foi pela renúncia (pacto) de parte dos direitos (naturais) subjetivos que gerou o Leviatã, vale dizer, o Estado Moderno, que dita o justo e o injusto pela lei civil como ato de vontade do soberano dotado de sanção e, conseqüentemente, criou o positivismo jurídico;
- C – o direito positivo de Hobbes – a lei civil – estabelece apenas dever; que coexiste com os direitos naturais (liberdades) não renunciados. A tensão entre o dever da lei civil e a liberdade do direito natural é orientada pela finalidade do Leviatã que é manter a paz da sociedade;
- D – Hobbes reduziu a intenção da lei para o sentido literal, que é o equitativo, bem como, o ato de interpretar ao ato de aplicar a lei, vez que o juiz é a autoridade que interpreta;
- E – a objetividade do método cartesiano aplicado ao Direito, que resultou no positivismo, não conseguiu alcançar a certeza, como confessa Savigny em seu método que estabelece a crítica suprema através dos cânones gramatical, lógico e histórico. Para Savigny o conceito de interpretar é o ato de reconstruir o pensamento da lei, contido da própria lei; ou seja, nega-se a intenção do legislador.

Uma vez lograda estas conclusões, passa-se ao próximo capítulo que tem o tema o objeto e o método do Direito, como ciência normativista, em Kelsen.

CAPÍTULO 2 – O OBJETO E O MÉTODO DO DIREITO COMO CIÊNCIA NORMATIVISTA

Investigar o objeto e o método do Direito, como ciência normativista em Kelsen é o tema do segundo capítulo, que tem quatro itens: o primeiro aborda a Teoria Pura do Direito de Kelsen; o segundo critica o primeiro. No terceiro item se investiga o conteúdo da norma jurídica em Kelsen; e, por fim, se expõe as conclusões provisórias.

Cada homem vive seu tempo e para uma melhor compreensão da Teoria Pura do Direito é indispensável uma breve biografia³⁷ de seu autor. Hans Kelsen nasceu em Praga (Áustria) em 1881, sendo que três anos depois sua família mudou-se para Viena. Sua formação jurídica ocorreu em Viena, Heidelberg e Berlim. Em 1911 foi nomeado professor ordinário da Faculdade de Direito da Universidade de Viena. Em 1919 contribuiu para a redação do projeto da Constituição Austríaca, sendo o principal idealizador do controle de constitucionalidade pela via concentrada. Em 1920 tornou-se membro e conselheiro permanente da Suprema Corte Constitucional Austríaca. Entre 1919 e 1930 foi professor da Universidade de Viena e deu origem a Escola de Viena. De 1930 a 1933 lecionou na Universidade de Colônia, de onde se mudou para Genebra. Em 1933 deixou a Universidade de Colônia por imposição do governo nacional-socialista de Hitler, já que Kelsen era judeu. Mudou-se para Praga. Em 1940, devido à guerra, fugiu para os Estados Unidos e lecionou primeiro em Harvard e depois, em 1943, na cidade de Berkeley. Em 1945 obteve cidadania americana. Em 1952 foi jubilado como professor. Em 1973, faleceu com 92 anos de idade.

A publicação de livros e trabalhos de Kelsen é muito numerosa, sendo que a Teoria Pura do Direito foi publicada originariamente em 1934. A segunda edição ocorreu em 1960, está dividida em 08 (oito) capítulos e um ensaio sobre

³⁷ SGARBI. *Clássicos de Teoria do Direito*. p. 63.

justiça que nas traduções virou livro autônomo.³⁸ O primeiro capítulo trata do *Direito e Natureza*; *Direito e Moral* e *Direito e Ciência* são, respectivamente, o segundo e terceiro capítulos; a *Estática Jurídica* e a *Dinâmica Jurídica* são os capítulos quarto e quinto; sendo *Direito e Estado*, *O Estado e o Direito Internacional* e *A Interpretação* os capítulos finais, nesta ordem. Por corte metodológico, a presente dissertação enfoca os capítulos I, II, III, VI (item 3), V e VIII, por concentrarem o método e o objeto da teoria de Kelsen.

Descartes foi o precursor da nova ciência, através o rigoroso método como condição da verdade e a cisão entre o sujeito cognoscente e o objeto cognitivo. Hobbes empregou o método desta nova ciência, dissecando o “*todo*” em partes, ordenando e nominando as partes e o recriando artificialmente, nas facetas do Estado e direito positivo no mundo da *res extensa*. Savigny, com seu método e apesar de objetividade da nova ciência, não conseguiu lograr a certeza jurídica na aplicação da lei. Kelsen³⁹ logrou caráter científico ao Direito ao delimitar o método e o objeto, bem como, ao ordenar e sistematizar a lei positiva no ordenamento jurídico. Mas quais são o objeto e o método que Kelsen identificou no direito positivo para chamar o direito normativo de ciência em sua teoria, bem como, quais os pressupostos deste sistema de leis para se resultar em ordenamento? Passa-se, agora, a tratar da teoria de Kelsen.

2.1 – A Teoria Pura do Direito de Kelsen

2.1.1 – Direito e Natureza

Já nas primeiras linhas do livro *Teoria Pura do Direito*, Kelsen apresenta seu objeto devidamente delimitado e o seu rigoroso método, afirmando que pretende uma teoria descritiva do direito em geral, ou seja, do sistema positivo de forma genérica e não uma teoria específica deste ou daquele sistema. Mas não é de qualquer direito, é do Direito puro, ou seja,

³⁸ Conforme afirma Mário G. Losano na introdução da obra *O Problema da Justiça* (KELSEN. *O Problema da Justiça*. p. VII).

³⁹ KELSEN. *Teoria Pura do Direito*.

Kelsen pretende libertar do Direito tudo que não seja, no seu entender, da ciência do direito, vale dizer, político e/ou sociológico, sendo este seu princípio metodológico:⁴⁰

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. [...]

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.[...]

] Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental

A teoria kelseniana não trata, então, do direito natural e/ou moral; do direito sob a ótica social (como fato social); e nem sob a ótica da política. O objeto desta teoria é a descrição de um Direito (positivo) puro. Esta pureza é o seu princípio metodológico, um corte metodológico por assim dizer; e ele é rigoroso nisto. Aqui surge um primeiro ponto que é objeto de futura crítica: a teoria kelseniana do Direito descreve um direito real; ou descreve um direito ideal; ou isto realmente é um mero corte metodológico?

A aprovação de uma lei, uma sentença, a assinatura de um contrato ou um assassinato é um ato real em determinado tempo e espaço, como um fenômeno natural, mas o seu significado, seus efeitos jurídicos, são atos sociais e, como tal, o Direito, para Kelsen, é um fenômeno social.⁴¹ Este ato jurídico, como fenômeno social, pode ter um sentido subjetivo, que é a vontade do agente, e um sentido objetivo, que é a sua validade jurídica, e estes dois sentidos nem sempre coincidem; dando Kelsen o exemplo de determinada pessoa que dispõe por escrito em um papel o seu patrimônio para depois de sua morte, com a intenção de fazer um testamento, mas o mesmo não vale por lhe faltar determinada formalidade legal.⁴² O ato jurídico ou antijurídico é resultado de uma interpretação da norma jurídica que ordena um dever em sentido amplo, mas pode ser uma permissão ou um poder.

Afirma Kelsen que o objeto do Direito é a norma jurídica; e o objeto da norma jurídica é um dever-ser da conduta humana “e o ato de vontade de que

⁴⁰ KELSEN. *Teoria pura do Direito*, p. 1.

⁴¹ Idem, p. 2.

⁴² Idem, p. 3.

*ela constitui o sentido é um ser.*⁴³ Mas este dualismo entre *dever-ser* e *ser* não é aleatório, aquele só é objetivo quando emanar de uma norma objetivamente válida.⁴⁴ O costume, para Kelsen, decorre da vontade dos indivíduos de se conduzirem de determinada maneira, constituindo um *dever-ser* em sentido subjetivo, que só se torna objetivamente válido “*se o costume é assumido como fato produtor de norma por uma norma superior.*”⁴⁵

No âmbito da norma, como vigência da norma, Kelsen quer dizer que determinada norma existe e com eficácia da norma ele quer dizer que, de fato, determinada norma é aplicada/observada; entre vigência e eficácia há certa relação, embora nem sempre esta relação exista cronologicamente. A relação que Kelsen faz é que “*um mínimo de eficácia (como sóis dizer-se) é a condição da sua vigência.*”⁴⁶ Aqui se tem um segundo ponto de crítica decorrente da excessiva cisão do sujeito cognoscente e do objeto cognitivo, da norma e do fato, que leva a discussão de vigência, eficácia e validade⁴⁷ da norma jurídica. A validade pode ser espacial, temporal ou pessoal. Ainda, a regulamentação da norma pode ser positiva ou negativa, ordenando, conferindo poder/competência e permitindo.

Kelsen faz a seguinte relação entre a norma e a validade; e entre o fato e o valor: uma norma é válida ou inválida, mas nunca verdadeira ou não verdadeira. Se o fato, como ser, corresponde ao *dever-ser* da norma, este fato é de valor positivo; o inverso corresponde ao fato de valor negativo.⁴⁸ Ou seja, o critério de valor é a adequação do ser (fato real) ao *dever-ser* da norma, não

⁴³ Idem, p. 6.

⁴⁴ Idem, p. 9.

⁴⁵ Idem, p. 10.

⁴⁶ Idem, p. 12.

⁴⁷ Kelsen chega a usar os termos vigência e validade como sinônimos, como nestas passagens: “*Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra ‘dever-ser’ num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita [...] A norma pode valer (ser vigente) quando o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não exista.*” (idem, p. 11). Contudo, a conclusão mais acertada é compreender a validade de determinada norma em duas dimensões: lógica e fática. Se a norma está em consonância com as demais normas, sejam superiores, sejam posteriores do mesmo escalão, esta norma é válida no primeiro sentido; se a norma é vigente e tem o mínimo de eficácia ela é válida no segundo sentido. No capítulo de Ciência e Direito, Kelsen afirma que a eficácia é um pressuposto de vigência: “*Esta eficácia da ordem jurídica é – como sempre tem de ser acentuada – apenas o pressuposto da vigência e não a própria vigência.*” (idem, p. 88).

⁴⁸ Idem, p. 18.

guardando nenhuma relação com juízo valorativo de aprovação ou reprovação conforme determinada moral que uma pessoa possa fazer e isto não poderia ser diferente na teoria kelseniana, graças a seu rigoroso método objetivo.

A ordem social, como o Direito e a Moral, regula a conduta humana, impondo sanção à conduta proibida, o prêmio/louvor à conduta desejada. Dentro de tal ordem normativa duas normas não podem ser válidas se estão, simultaneamente, em contradição lógica; neste caso uma é, necessariamente, inválida. Embora não existindo contradição lógica, se houver conflito teleológico, as normas podem ser, embora válidas, politicamente insatisfatórias.⁴⁹ As ordens sociais (Direito e a Moral) estatuem sanções e a distinção que se faz é o tipo de sanção, sendo que na ordem moral/religiosa, a sanção pode ser transcendente (para depois da morte), compreendendo a aprovação ou a reprovação de parte dos outros semelhantes como uma forma de sanção moral imanente.

Na seara da ordem jurídica, Kelsen sustenta que ordem é um sistema de normas, e que a ordem jurídica é um sistema de normas jurídicas, e que a validade deste sistema está calcada em tal norma fundamental.⁵⁰ Nesta ordem jurídica, como sistema de normas cuja validade é sustentada pela norma fundamental, o Direito é uma ordem de conduta humana, uma ordem coativa, *“no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas ... indesejáveis ... com um ato de coação, isto é, com um mal.”*⁵¹ Esta coerção não significa que seja da essência do Direito a força, e nem que esta coerção seja psíquica ou moral, mas são exemplos de coerção a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos ou outros pressupostos por ela estabelecida.⁵² Quanto maior seja a organização da comunidade jurídica maior é a centralização e, conseqüentemente, o monopólio da coerção e menor é o campo da justiça privada (vingança) e/ou da autodefesa, mas há atos coercitivos que não têm caráter de sanção, nos exemplos de atos de polícia e a privação de liberdade do suspeito para se garantir o processo judicial.

⁴⁹ Idem, p. 27.

⁵⁰ Idem, p. 33.

⁵¹ Idem, p. 35.

⁵² Idem, p. 38.

Com o subtítulo de “o mínimo de liberdade” Kelsen estabelece duas espécies de liberdade: uma negativa e outra positiva. A liberdade é negativa quando: *“uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida;”*⁵³ e é positiva quando a ordem jurídica prescreve a todas as pessoas o respeito à liberdade de determinado indivíduo, no sentido de proibir a toda a conduta de ingerir na esfera desta liberdade. Assim, a liberdade positiva é um reflexo do dever de todos de não violá-la: *“somente então pode a conduta não proibida – e neste sentido negativo, permitida – valer com um direito, isto é, como conteúdo de um direito que é reflexo de uma obrigação que lhe corresponde.”*⁵⁴ A indagação que se faz é: esta liberdade negativa - na máxima: *tudo que não é proibido é permitido* – seria um direito natural? Não. Kelsen nega, expressamente, tal entendimento em sua teoria, sustentando que, embora se tenha a garantia de um mínimo de liberdade, isto não seria um direito inato/natural, mas uma impossibilidade de se regular todas as condutas humanas por normas jurídicas:⁵⁵

A ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição. Mesmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito inato do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana.

O rigor metodológico de Kelsen é tal que ele nega as garantias constitucionais como liberdade positiva. Reduz as chamadas liberdades constitucionalmente garantidas à limitação da competência dos órgãos legislativos infraconstitucionais de produzirem normas que permitam a violação destas liberdades:⁵⁶

Sob este aspecto, têm uma especial importância política as chamadas liberdades constitucionalmente garantidas. Trata-se de preceitos de Direito constitucional através dos quais a competência do órgão legislativo é limitada por forma a não lhe ser permitido [...] editar normas que prescrevem ou proibam aos indivíduos uma conduta de determinada espécie.

Destaca-se, aqui, o terceiro ponto de crítica: se este mínimo de

⁵³ Idem, p. 46.

⁵⁴ Idem, p. 47.

⁵⁵ Idem, p. 48.

⁵⁶ Idem, p. 48.

liberdade, entendido por Kelsen, como liberdade negativa, seria direito inato/natural? Os direitos fundamentais não seriam uma liberdade positiva?

Prosseguindo, o Direito não pode ser visto, somente, como uma ordem normativa de coação, porque “*não existe qualquer diferença entre a descrição de um comando de um salteador de estrada e a descrição do comando de um órgão jurídico.*”⁵⁷ Esta distinção não é a subjetividade, mas a objetividade, vez que o comando descrito pelo órgão jurídico é uma norma objetivamente válida e, aí se entende o comando do salteador como um delito, vez que ele não tem a autoridade para emanar a norma jurídica.

O parágrafo anterior remete, naturalmente, ao questionamento da possibilidade de existir dever jurídico sem sanção e Kelsen rejeita esta hipótese porque, para ele, o que distingue o Direito das outras ordens sociais é a coerção; embora, no seu entender, somente nas ordens jurídicas modernas, e de forma excepcional, podem ser encontradas normas em sentido subjetivo de ato de legislação sem que a conduta oposta seja tomada como pressuposto de um ato coercitivo; e nesta seara, conclui que se o Direito viesse a perder seu caráter coercitivo como profetiza o socialismo marxista, “*as comunidades por elas construídas perderia o seu caráter estatal ... e com o Estado também o Direito – ‘morreria.*”⁵⁸

Finalizando o primeiro capítulo da obra analisada sustenta Kelsen que, se a segunda norma jurídica estabelece a sanção da primeira norma jurídica, esta não seria uma norma autônoma, porque só valeria como norma jurídica se estiver essencialmente ligada à segunda, dando exemplos de normas penais onde uma norma estabelece a conduta prescrita e a outra estabelece a sanção.

2.1.2 – Direito e Moral

Seguindo no intento de delimitar o objeto da Teoria Pura do Direito, o segundo capítulo da obra de Kelsen trata de distinguir e separar o Direito e a Moral.

⁵⁷ Idem, p. 49.

⁵⁸ Idem, p. 60.

As normas sociais são o gênero que são espécies: as normas jurídicas e as normais morais. A disciplina das normas morais é a Ética. “*Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito,*”⁵⁹ e esta relação põe em perigo a pureza perseguida por Kelsen que trata só da norma jurídica como objeto da ciência jurídica; assim a ciência jurídica não se ocupa da moral. E, para tanto, Kelsen distingue o Direito e a Moral; sustentando que não é acertado a distinção de que o Direito se ocupa da conduta externa e a Moral da conduta interna porque a Moral, também, se ocupa da conduta externa; ou seja, para que tal conduta tenha valor moral, não basta que seu motivo seja virtuoso, mas deve estar de acordo com tal norma moral.⁶⁰ Assim como no Direito, as normas morais são criadas pelo costume ou por uma elaboração consciente, por exemplo à religião; e a “*distinção entre Direito e Moral não pode ser encontrada naquilo que as duas ordem sociais prescrevem ou proíbem, mas como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta,*”⁶¹ vez que a coerção jurídica é organizada/instituída (não raramente com uso de força física), e a sanção moral se limita à aprovação ou à reprovação social. O Direito, considerado no aspecto formal, pode não ser necessariamente moral, ou seja, tal conduta descrita pode ser considerada, simultaneamente, jurídica e não moral; por outro lado, o conteúdo do Direito pode ser moral e aí “*parte-se de uma definição do Direito que o determina como parte da Moral, que identifica Direito e Justiça.*”⁶² Tendo-se em vista que “*não há um Moral absoluta,*”⁶³ não se pode estabelecer um critério moral, um conteúdo mínimo de moral ao Direito; então Kelsen rejeita a teoria de que a ordem coercitiva, para ser Direito, deve atender uma exigência moral mínima. Por conseguinte, se não há uma moral absoluta, a norma jurídica pode ser ou não moral, conforme o critério relativo de moral que se considera. E encerrando o capítulo, Kelsen rejeita a tese de que a essência do Direito deve ser moral, porque se o direito fosse

⁵⁹ Idem, p. 67.

⁶⁰ Idem, p. 70.

⁶¹ Idem, p. 71.

⁶² Idem, p. 72.

⁶³ Idem, p. 72.

imoral não seria direito. A fundamentação da rejeição é que esta tese pressupõe uma moral absoluta, uma ordem moral válida e invariável em todos os tempos e em todas as partes, e isto não é verdadeiro. Admite Kelsen que a ordem jurídica pode corresponder a concepção moral de determinado grupo dominante e, simultaneamente, contrariar as concepções morais de outros grupos da sociedade;⁶⁴ admite ainda que a justificação do Direito pela moral pode ser politicamente boa e logicamente insatisfatória, mas do ponto de vista da ciência jurídica, tal tese é insustentável.⁶⁵

2.1.3 – Direito e Ciência

Após delimitar e precisar o objeto de sua teoria, Kelsen trata de atribuir caráter científico ao Direito e isto não é fácil, uma vez que o Direito, em sua teoria, é situado na ordem social, tendo por base a realidade e não a ideologia, e se guia pelo princípio da imputação e não da causalidade.

Kelsen desenvolveu sua teoria com extremo cuidado e rigor metodológico; sustenta que na afirmação evidente que o objeto da ciência jurídica é o Direito está contida a afirmação menos evidente que as normas jurídicas são o objeto da ciência jurídica e que *“a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência [...] na medida em que constitui conteúdo de norma jurídica.”*⁶⁶ Assim, vale dizer que nem todas as relações humanas tenham implicações jurídicas, só as que sejam objeto (descritas) pela norma jurídica.

A conduta humana é regulada por normas jurídicas, como também a conduta humana produz a norma jurídica; no primeiro caso o Direito está em seu momento estático e no segundo o Direito está no seu momento dinâmico, no qual ele é produzido e aplicado.

Kelsen distingue a norma jurídica da proposição jurídica, sustentando

⁶⁴ Idem, p. 77.

⁶⁵ Idem, p. 78. A conclusão de Kelsen não poderia ser diferente, dado seu rigor metodológica a partir das premissas iniciais trabalhadas em sua teoria.

⁶⁶ Idem, p. 79.

que norma jurídica é o enunciado da lei produzida pelo órgão jurídico a fim de ser aplicada e observada pelos destinatários do Direito, ou seja, elas não têm juízo hipotético, apenas enunciam sobre o objeto dado ao conhecimento; ao passo que as proposições jurídicas “*são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma norma jurídica ... devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas.*”⁶⁷ Prossegue afirmando que a distinção entre a norma jurídica e a proposição jurídica ganha importância na distinção das funções de produzir o Direito e de conhecer o Direito. A ciência jurídica tem a função de conhecer - de fora, por assim dizer - o Direito e descrevê-lo; ao passo que o legislador e o juiz competente a função de produzir e aplicar o Direito e, para tanto, devem conhecer o seu conteúdo, ou em outras palavras, conhecê-lo por dentro. Esclarece Kelsen, adiantando parte da Dinâmica Jurídica, que tanto o legislador como o juiz produzem o Direito, sendo o legislador a norma jurídica geral e o juiz a sentença que é a lei entre as partes ou, nas palavras de Kelsen, a norma jurídica individual;⁶⁸ vez que a ciência jurídica não é sinônimo de Direito, aquela apenas descreve o Direito, não prescreve nada, este tem a função de prescrever conduta humana. Agora Kelsen estabelece a seguinte distinção: as normas jurídicas – enunciados normativos produzidos pelos órgãos jurídicos - são válidos ou inválidos; as proposições – juízos hipotéticos – produzidos pelos destinatários das normas jurídicas – são verídicas ou inverídicas; e os fatos podem ser existentes ou inexistentes.⁶⁹

É frequentemente ignorada a distinção entre a função da ciência jurídica e a função da autoridade jurídica, e, portanto, a distinção entre o produto de uma e de outra. [...] A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-se, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verídicas ou inverídicas mas válidas ou inválidas, tal como também os

⁶⁷ Idem, p. 80.

⁶⁸ Idem, p. 81.

⁶⁹ Idem, p. 82. Não se quer, a partir de Kelsen, discutir e/ou construir uma teoria da verdade – mesmo porque tal intento seria completamente fora do objeto da presente dissertação - mas apenas evidenciar que entre o enunciado normativo como texto literal produzido pela autoridade jurídica e a proposição como juízo hipotético, deste enunciado, produzido pelo “cientista” que descreve o direito, tem uma distinção de verídico ou inverídico, vale dizer, a proposição feita a partir de determinado enunciado é correto ou errado. Problemático é que a teoria kelseniana não oferece nenhum critério para esta distinção.

fatos da ordem do ser não são verídicos, quer inverídicos, mas apenas existentes ou não existentes, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas.

As ciências causais, vale dizer, pertencentes ao universo da natureza, são regidas pelos princípios da causalidade, como na proposição: “*quando um metal é aquecido, dilata-se,*”⁷⁰ ou seja, quando A é, então B é; ao passo que as ciências normativas são regidas pelo princípio da imputação: “*quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja;*”⁷¹ assim se distingue a ciência do ser da ciência do dever-ser, aquela pela causalidade e esta pela imputação. Kelsen rejeita a teoria do direito natural sustentada na crença de que a causalidade natural é fruto da vontade divina do Criador e, por consequência, há normas que descrevem a vontade divina, e por consequência, a metafísica do Direito acredita ser possível encontrar na natureza um direito natural.

Destaca-se o segundo ponto de crítica. Kelsen sustenta que a ciência jurídica tem a função de descrever o Direito, conhecê-lo de fora, e que o seu objeto é a norma jurídica que descreve a conduta humana, e que o Direito está na seara das ciências sociais regido pela imputação, vale dizer, no âmbito do dever-ser. Assim, a ciência jurídica se limita a dizer que tal norma jurídica entrou em vigor em tal tempo e em tal espaço, e que a conduta descrita deve ser, ainda que efetivamente não seja; a efetiva concretização no ser, do dever-ser da norma não é objeto e nem modifica a ciência jurídica: “*esta eficácia da ordem jurídica é – como sempre tem de ser acentuada – apenas o pressuposto da vigência e não da própria vigência.*”⁷² Insiste Kelsen que o dever-ser da norma jurídica é, limitadamente, descritivo, não existindo qualquer referência de valor metajurídico, aprovação ou desaprovação emocional.

Kelsen rejeita a ideia de que a imputação teria originado no pensamento dos primitivos, que vivendo em grupo, tinha na felicidade ou no castigo, decorrente de uma boa colheita ou no insucesso da caça, como uma consequência de boas ou más condutas, sustentando que o mais provável é que a imputação tenha se originado a partir do princípio retributivo, dizendo que é altamente significativo que os termos *causa* e *culpa* tenham a mesma origem

⁷⁰ Idem, p. 85.

⁷¹ Idem, p. 87.

⁷² Idem, p. 88.

na palavra grega para causa “*αἰτία*”⁷³ que significa culpa: a causa é a culpa.

Kelsen afirma que a psicologia, a etimologia, a história, a sociologia são ciências que têm por objeto a conduta humana determinada através de leis causais⁷⁴ como é a física, a biologia ou a psicologia e a distinção é apenas o grau do princípio causal e não a essência deste princípio, na mesma forma que acontece com o Direito que, como ordem social, se orienta pelo princípio da imputação. Rejeita Kelsen a teoria americana da jurisprudência realista que sustenta que o Direito – *the law* – é uma profecia sobre como os tribunais decidirão, porque a norma jurídica não é uma afirmação do ser, mas uma prescrição do dever-ser, uma vez que sustenta que “os tribunais, nas suas decisões, criam Direito novo”⁷⁵ e sua predição seria pouco possível; concluindo Kelsen que a ciência jurídica, com as normas jurídicas, não tem a pretensão da conexão causal, mas a conexão da imputação.

Destaca-se o penúltimo ponto de crítica da teoria kelseniana consistente na afirmação que os tribunais criam direito.

A teoria kelseniana elenca duas distinções dentre os princípios da causalidade e da imputação, embora eles têm em comum um juízo hipotético de ligação de um determinado pressuposto à uma determinada consequência. A primeira diferença é o sentido da ligação, já que o princípio da causalidade liga-se a lei da natureza e o princípio da imputação na lei normativa: moral ou jurídica: “o princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando A é, B deve ser.”⁷⁶ A segunda distinção é a cadeia: no caso do princípio da causalidade os elos de causa e consequência se ligam harmoniosamente e concretamente remetendo uma cadeia interminável; o que conduz a uma ideia de causa primeira na forma da vontade criadora de Deus que remete a ideia de vontade livre do homem e uma metafísica religiosa. O princípio da imputação não, os elos que ligam a causa e a consequência têm pontos terminais.⁷⁷

Destaca-se o último ponto de crítica da teoria kelseniana correlata a

⁷³ Idem, p. 94.

⁷⁴ Idem, p. 95.

⁷⁵ Idem, p. 99.

⁷⁶ Idem, p. 100.

⁷⁷ Idem, p. 101.

norma jurídica fundamental.

Se o homem fosse considerado como parte da natureza não seria livre, porque sua conduta, considerada como fato social, seria determinada pela causalidade da lei natural, constituindo outro elo em sua cadeia interminável. Então o homem só pode ser considerado livre como parte de uma ordem social que o liga, pela imputação, às leis morais e jurídicas. Kelsen não afirma que o homem não esteja submetido às leis da natureza (no âmbito do ser), como seria a inevitável “morte” a todo ser vivente; o que ele afirma é que a vontade do homem é o ponto terminal da imputação, ou seja, se um determinado homem comete um crime, este fato é o terminal para a imputação da respectiva sanção penal e não se pode, assim, punir outras pessoas como os ascendentes do criminoso (pai, avó, bisavó ...), na forma dos elos da interminável cadeia da causalidade que liga a causa e a consequência. Portanto, *“o homem é livre porque esta sua conduta é um ponto terminal da imputação, embora seja causalmente determinada.”*⁷⁸

Para Kelsen somente a conduta humana pode ser imputada, não existindo outro fato social a ser imputado. A norma jurídica geral é sempre hipotética e nunca categórica, porque *“o pressuposto sob o qual uma determinada ação é normada é o conjunto das circunstâncias nas quais essa ação é possível”*⁷⁹ sendo que somente a norma individual pode ser categórica.

Embora esteja no último item do terceiro capítulo da obra Teoria Pura do Direito, já se tem definido e delimitado o objeto e o método da teoria kelseniana. Então, ao questionar o Direito como ideológico, Kelsen não mais indaga o que se deve entender por ciência jurídica, mas qual o sentido que se deve dar ao termo ideologia e, conseqüentemente, realidade. Se por ideologia se entende a oposição à realidade e, por realidade, o universo dos fatos na ordem causal da natureza, então a Teoria Pura do Direito é ideológica e, neste sentido de ideologia e realidade, somente é possível uma ciência sociológica do direito, que tem por objeto os fatos sociais e não a norma jurídica, vale dizer, que o legislador editou tal lei porque ocorreu tal fato social etc. Por outro lado, se por ideologia se entende a oposição da realidade e, como esta, não só

⁷⁸ Idem, p. 110.

⁷⁹ Idem, p. 112.

o fato na ordem do ser, mas todo objeto do conhecimento como também uma representação não objetiva, se tem a norma jurídica como real, na ordem do ser, como fruto da ação humana; e uma teoria que a descreve não pode ser ideológica. Neste sentido, Kelsen sustenta que a Teoria Pura do Direito é, radicalmente, realista, porque ela descreve o direito real, o direito existente, e não como o direito deveria ser: ideal, justo etc:

Somente quando se entenda “ideologia” como oposição à realidade dos fatos da ordem do ser, isto é, quando por ideologia se entenda tudo que não seja realidade determinada por lei causal ou uma descrição desta realidade, é que o Direito, como norma – isto é, como sentido de atos da ordem do ser causalmente determinados mas diferente destes atos – é uma ideologia.⁸⁰ Se por “ideologia” se entende, porém, não tudo o que não é realidade natural ou a sua descrição, mas uma representação não-objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos, que encobre, obscurece ou desfoca o objeto do conhecimento, e se se designa por “realidade”, não apenas a realidade natural como objeto da ciência da natureza, mas todo o objeto do conhecimento e, portanto, também o objeto da ciência jurídica, o Direito positivo como realidade jurídica, então também uma representação do Direito positivo se tem de manter isenta da ideologia. [...] 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 tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo “*ideal*” ou “*justo*.” Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista.⁸¹

Aqui se destaca o primeiro ponto de crítica que é, justamente, se a discussão da Teoria Pura do Direito é descritiva ou ideológica. Como anunciado na introdução, por corte metodológico, se trata a seguir do terceiro item do capítulo da Estática Jurídica.

2.1.4 – Direito Subjetivo – Garantias Constitucionais

Por questão de corte metodológico, não se trata do capítulo quatro (da Estática Jurídica) como um todo, mas apenas do direito subjetivo, ou seja, a terceira parte do capítulo quatro.

Para Kelsen, o direito subjetivo não existe de forma autônoma, mas

⁸⁰ Idem, p. 116/117.

⁸¹ Idem, p. 118.

apenas na forma de reflexo de dever de outrem, vez que a norma jurídica, como conduta humana, ordena uma conduta, permite uma conduta ou faculta uma conduta e, o reflexo deste dever de agir conforme esta conduta é o direito de outro, não um direito no sentido genérico de liberdade, mas de direito reflexo a um dever, ou seja, um direito subjetivo.⁸² Kelsen é tão fiel a este pensamento que reduz o direito real (*jus in rem*) ao direito pessoal (*jus in personam*). O direito real é uma relação secundária, o que atribui direito subjetivo à coisa é o fato de todos os outros indivíduos estarem obrigados a respeitar o direito de propriedade de alguém.⁸³

De primária importância é a relação entre indivíduos, a qual também no caso dos chamados direitos reais consiste no dever de uma determinada conduta em face de um indivíduo determinado. A relação com a coisa é de secundária importância, pois apenas serve para determinar com mais rigor a relação primária. Trata-se da conduta de um indivíduo em relação a uma determinada coisa, conduta que todos os outros indivíduos são obrigados, em face do primeiro, a suportar.

Kelsen rejeita a tese de que o direito subjetivo seja um interesse juridicamente protegido porque, o interesse protegido, uma vez disciplinado pelo direito positivo como um dever de alguém que gera, por reflexo, um direito subjetivo de outrem; não podendo haver um direito subjetivo na forma de interesse protegido e um direito objetivo.⁸⁴

Pretensão, para Kelsen, é o “*poder jurídico de um indivíduo de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico em face dele existente,*”⁸⁵ ou seja, a pretensão é o poder jurídico de fazer valer, pela via judicial, o cumprimento do dever do obrigado; já que seu direito subjetivo é o reflexo desta obrigação.

Se tal conduta ou atividade não é proibida ela é, assim, permitida como faculdade e, se alguém impede o exercício desta faculdade, fica sujeito ao procedimento jurídico que conduz a uma sanção. Contudo, o direito subjetivo a tal conduta ou atividade não impede a permissão positiva, ou licença, estabelecida pelo poder público ou determinado órgão.⁸⁶

⁸² Idem, p. 141.

⁸³ Idem, p. 145/146.

⁸⁴ Idem, p. 149.

⁸⁵ Idem, p. 151.

⁸⁶ Idem, p. 154.

Por fim, Kelsen nega o *status* de direito subjetivo aos “direitos políticos” garantidos nas modernas constituições, reduzindo estes direitos à garantia de que às normas infraconstitucionais não violem estes direitos. Não se sustenta que as normas infraconstitucionais não vão violar os ditos direitos, mas que, se violar, elas são anuladas sob o fundamento de inconstitucionalidade:⁸⁷

Entre os direitos políticos são também contados os chamados direitos fundamentais e os direitos de liberdade que as Constituições dos Estados modernos estatuem, enquanto garantem a igualdade perante a lei, a liberdade (isto é, a inviolabilidade) da propriedade, a liberdade da pessoa, a liberdade de opinião - particularmente a liberdade de imprensa - a liberdade de consciência - incluindo a liberdade de religião - a liberdade de associação e reunião, etc. Estas garantias de Direito constitucional não constituem em si direitos subjetivos - quer simples direitos reflexos, quer direitos privados subjetivos em sentido técnico. Elas apresentam-se, na verdade, como proibições de lesar, através de leis (ou decretos com força de lei), a igualdade ou liberdade garantida, quer dizer, como proibições de as anular ou limitar. Mas estas “proibições”, no essencial, não consistem no fato de se impor ao órgão legislativo o dever jurídico de não editar tais leis, mas no fato de tais leis, quando sejam postas em vigor, poderem ser de novo anuladas, com fundamento na sua “inconstitucionalidade”, num processo especial para tal fim previsto. As garantias constitucionais dos direitos e das liberdades fundamentais são preceitos da Constituição através dos quais é determinado o conteúdo das leis por forma negativa e é previsto um processo em que as leis que não correspondam a estas determinações podem ser anuladas. Na verdade, os chamados direitos e liberdades fundamentais podem ser violados não só através das leis (e dos decretos com força de lei), mas também através dos decretos regulamentares, atos administrativos ou decisões judiciais; quer dizer, também outras normas, tal como aquelas que aparecem na forma de leis (ou de decretos com força de lei), podem ter um conteúdo inconstitucional e, por este fundamento, ser anuladas. Mas também quando essas normas, não sendo postas com base em leis inconstitucionais, são, porém, estabelecidas sem qualquer fundamento legal, podem ser anuladas, já mesmo com base nesta razão formal e não somente por o seu conteúdo contrariar a “proibição” material da Constituição, quer dizer, por ser um conteúdo “proibido” pela Constituição.

Encerra-se assim os direitos subjetivos e passa-se à Dinâmica Jurídica.

2.1.5 – Dinâmica Jurídica

2.1.5.1 – *O fundamento de validade de uma ordem normativa:*

a norma fundamental

⁸⁷ Idem, p. 157/158.

Para a Teoria Pura do Direito, a ciência jurídica tem por objeto descrever o Direito entendido como normas jurídicas que enunciam uma prescrição no campo do dever-ser que liga ao ser pelo princípio da imputação. Como o Direito descreve uma norma real, a norma existente, ele é, para Kelsen, uma teoria radicalmente real, vale dizer, não ideológico. Agora Kelsen precisa organizar as tais normas jurídicas para formar um ordenamento jurídico, que tem três pressupostos: a unidade, a coerência e a completude.

O fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma superior e anterior à primeira, e isto leva a natural questão do fundamento da segunda norma e assim por diante. Kelsen apresenta e rejeita a possibilidade do fundamento da norma ser ato de autoridade: seja ser humano ou supra-humano.

Esta norma fundamental serve, simultaneamente, aos sistemas estático e dinâmico. No sistema estático o fundamento de validade e de conteúdo está contido na norma fundamental. No sistema dinâmico, o fundamento para que a autoridade legisladora edite normas gerais que, por sua vez, vinculam os tribunais na criação das normas individuais, estão contidos na norma fundamental.

O fundamento de validade de uma ordem jurídica é essencialmente dinâmico porque a norma fundamental regula e dá validade às demais normas criadas dentro deste sistema. Assim, o critério de validade de uma norma não é o seu conteúdo, mas deve estar de acordo com o sistema dinâmico de produção conforme sustenta a norma fundamental.

Kelsen defende a existência da norma fundamental como norma pensada,⁸⁸ como pressuposição lógica-transcendental. Já se disse que o fundamento de validade de uma norma inferior é outra norma superior e assim sucessivamente até se chegar à norma fundamental. Ou seja, a validade de um contrato de compra e venda ou de uma sentença judicial é o Código Civil que, por sua vez, vale em razão da Constituição que, por sua vez vale em razão da Constituição anterior até se chegar à primeira Constituição e esta, por fim, vale em razão da norma fundamental. Qual é a natureza desta norma? Ele sustenta que para conhecer a natureza desta norma deve-se "*ter em mente que ela se*

⁸⁸ A norma fundamental como norma "pensada" será objeto da quinta crítica.

*refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelece, [...] eficaz em termos globais,*⁸⁹ permanecendo fora de questão o seu conteúdo; ou seja, se a norma fundamental é justa ou se garante a paz:⁹⁰

Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo.

E o que dá validade a esta norma fundamental? Seria uma autoridade supra-humana? Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, preocupado com a pureza e a realidade, não poderia socorrer-se à natureza ou a moral. Ele tenta responder com Kant, sustentando que é uma norma pensada:⁹¹

Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados ao nosso sentido nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridade metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?
[...] se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada.

A norma fundamental, então, é pensada como pressuposto lógico, destituída de qualquer conteúdo/desejo e sem se socorrer à suposta ordem metajurídica:

Como esta norma fundamental não é uma norma querida e, por isso, também não pode ser uma norma querida pela ciência jurídica (quer dizer: pelo sujeito que faz ciência jurídica), e tal norma (melhor: a sua afirmação) é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas jurídicas positivas, ela apenas pode ser uma norma pensada.⁹²

Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas concretiza aquilo que todos os juristas fazem [...] quando concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica – quer dizer: uma norma posta por

⁸⁹ KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, p. 224.

⁹⁰ Idem, p. 225.

⁹¹ Idem, 225 e 227.

⁹² Idem, p. 227.

uma autoridade supra-ordenada à autoridade jurídica.⁹³

Superada a questão da norma fundamental, que dá unidade ao ordenamento jurídico e que é objeto da quinta crítica, trata Kelsen de estabelecer duas regras que dão lógica ao resolver o conflito entre normas, vez que não raramente as normas ditadas pela autoridade produtora do direito podem entrar em conflito. Seguindo a primeira lei da lógica que diz que uma coisa não pode ser e não-ser ao mesmo tempo; se conclui que se dois enunciados são contraditórios, um deve ser, necessariamente, falso; e logicamente, quando duas leis de igual escalão entram em contradição, a lei posterior revoga a anterior, no brocardo: *lex posterior derogat priori*.⁹⁴ Quando o conflito for entre escalões diferentes, prevalece a de maior grau, vez que o fundamento de validade da norma inferior é a norma superior.⁹⁵ Assim, o ordenamento jurídico resolve eventual contradição entre suas normas.

A validade de um ordenamento jurídico está assentada na constituição. Quando o procedimento de reforma ou substituição desta constituição por outra respeita os procedimentos preestabelecidos, se diz que a substituição foi legítima e a antiga ordem jurídica é validamente substituída pela nova. Contudo, se a substituição ocorre pela revolução, em sentido amplo, que compreende também o golpe de Estado,⁹⁶ esta substituição é tida como ilegítima. Porém, se a nova constituição é eficaz, ela passa a ser válida; caso a revolução não seja bem sucedida, esta nova constituição e, conseqüentemente, a nova ordem constitucional, é inválida. Assim, “o princípio que aqui surge em aplicação é o chamado princípio da efetividade. O princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade.”⁹⁷ Tanto na alteração

⁹³ Idem, p. 228.

⁹⁴ Idem, p. 230.

⁹⁵ Idem, p. 232.

⁹⁶ “Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. Dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego de força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduos. Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente” (idem, p. 233).

⁹⁷ Idem, p. 235.

legítima quanto na ilegítima, as normas infraconstitucionais que não sejam recebidas pela nova constituição são inválidas, as que sejam recepcionadas são válidas.

Kelsen admite que a questão da validade e da eficácia da norma jurídica é um dos problemas mais importantes da teoria jurídica positivista (que é objeto da segunda crítica), porque a validade remeta ao dever-ser e a eficácia ao ser; ou seja, os dois extremos e a teoria do direito positivo deve encontrar o meio termo correto entre estes dois extremos insustentável. A primeira tese sustenta que entre validade (dever-ser) e eficácia (ser) não há conexão alguma; a segunda tese sustenta que a validade (dever-ser) se identifica com a eficácia (ser). A primeira tese tende a ser idealista ao passo que a segunda tende a ser realista. A primeira é falsa porque: a) tem conexão entre dever-ser e ser, e b) perde-se a validade da norma jurídica quando ela não tem eficácia. A segunda tese é falsa porque em numerosos casos a norma ainda é vigente se não seja, ou ainda não seja, válida. A solução encontrada por Kelsen é a terceira tese que defende que não há identidade entre validade (dever-ser) e eficácia (ser), mas condição, ou seja, a eficácia passa a ser uma condição (ou pressuposto) de validade da norma jurídica e não a própria validade. Sustenta Kelsen que a ordem jurídica não perde sua validade se uma norma jurídica singular perde a sua eficácia, mas que a validade do sistema deve ser considerada em sentido global. Terminando o tópico, conceitua Kelsen o *desuetudo* como um costume negativo, ou seja, a invalidade da norma pela não eficácia por um prolongado tempo:⁹⁸

“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 identificada 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 da validade.”

Se o direito internacional for entendido como um ramo do direito interno, ou seja, parte-se do primado do direito interno sobre o direito internacional; e então a norma jurídica internacional só vale se for reconhecida pelo Estado, com base na sua constituição interna, a resposta dada pela Teoria Pura do Direito na questão da norma fundamental como norma pressuposta

⁹⁸ Idem, p. 236.

também vale para o direito internacional. Esta situação se modifica caso o direito internacional for considerado como uma ordem jurídica soberana, ou seja, parte-se do primado do direito internacional sobre o direito interno e se este direito internacional geral reconhece a um indivíduo ou a um grupo de pessoas o poder de, com base numa constituição eficaz, criar e aplicar, como governo legítimo, uma ordem normativa, legitimando um Estado, a pressuposta norma fundamental passa a pertencer ao campo do direito internacional. As normas do direito internacional são criadas pelos costumes e pelo tratado devido ao princípio do *pacta sunt servanda*.⁹⁹

Com o subtítulo *Teoria da norma fundamental e doutrina do direito natural*, investiga Kelsen a possibilidade do direito natural como fundamento de validade do direito positivo. Neste item Kelsen acrescenta os termos “*teorético-gnoseológico*”¹⁰⁰ como função da norma fundamental do direito positivo, reafirmando que ela não serve a qualquer função ética-política, bem como, que o fundamento de validade do direito positivo é uma ordem coercitiva globalmente eficaz. Assim, buscar uma justificação ética-política para esta ordem coercitiva global e eficaz implica num critério para que a norma jurídica positiva possa ser justa e, por isto válida, ou injusta e por isto inválida, conforme esta justificação ética-política; e isto não serve de fundamento de validade do direito positivo porque a norma fundamental do direito positivo não tem qualquer função ética-política. Sustentar que o direito natural, uma vez estabelecido o direito positivo, renuncia a função ética-política é o mesmo que negar o direito natural:¹⁰¹

Dado que [...] a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógica-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ética-política mas tão-só uma função teorético-gnoseológica.

Kelsen admite que a Teoria Pura do Direito, enquanto direito positivo, é muito criticada e julgada insatisfatória porque não oferece nenhum critério para apreciação de justiça ou injustiça daquele Direito, bem como, não oferece nenhuma justificação ética-política do mesmo. Kelsen refuta a teoria de que tal

⁹⁹ Idem, p. 241.

¹⁰⁰ Idem, p. 243.

¹⁰¹ Idem, p. 244.

critério só pode ser oferecido pela teoria do direito natural porque quando se “*intenta determinar o conteúdo das normas imanes à natureza, deduzidas da natureza, enreda-se nas mais insuperáveis contradições*,”¹⁰² como nos exemplos de uns que diz que só é natural a propriedade privada e outros que só é natural a propriedade coletiva; ou, ainda, que só é natural a democracia e outros, só a aristocracia.

2.1.5.2 - A estrutura escalonada da ordem jurídica

O que dá validade a um a norma inferior é a norma superior e assim por diante até a norma fundamental que confere, além da validade, a unidade ao ordenamento jurídico. Assim, este ordenamento está organizado em sistema escalonado de normas; e se levado em consideração somente o direito interno, o topo é a constituição que pode ser: outorgada ou consuetudinária, escrita ou não escrita. Ainda, a constituição pode ser formal e material: no sentido formal regula o processo legislativo, vale dizer, de que maneira ela pode ser reformada e como se produz as demais leis do ordenamento jurídico; no sentido material, ela regula a organização política do próprio Estado. Kelsen, sempre fiel a seu rigoroso método, reafirma sua postura de reduzir os chamados direitos e liberdades fundamentais previstos nas constituições modernas na tentativa de impedir que as leis infraconstitucionais neguem estas “liberdades políticas”:¹⁰³

O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. É eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis – v.g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade – se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis – de chefe do Estado, ministros – ou existe a possibilidade de as atacar e anular.

Imediatamente abaixo da Constituição ficam as normas gerais como a lei e, conforme o caso, o costume. A lei é posta por uma autoridade legislativa. O costume pode também ser instituído como fato produtor do Direito quando assim previsto na constituição; e se assim não for, o costume não pode ser dito

¹⁰² Idem, p. 245.

¹⁰³ Idem, p. 249.

como pertencente ao direito positivo deste determinado sistema. Enquanto a lei institui um dever-ser do ponto de vista objetivo, o costume institui um dever-ser do ponto de vista subjetivo; vez que os indivíduos, em sociedade, se conduzem, sob certas circunstâncias, da mesma forma, como uma vontade coletiva. Sustenta Kelsen que segundo a jurisprudência tradicional, a *opinio necessitatis*¹⁰⁴ é o elemento essencial do fato consuetudinário; e o direito consuetudinário, juntamente com o direito legislado, formam o direito positivo. “O Direito legislado e o Direito consuetudinário revogam-se um ao outro, segundo o princípio da *lex posterior*.”¹⁰⁵

A escalação geralmente é subdividida e, abaixo da lei e do costume há os decretos que, geralmente, são editados pelo poder administrativo e têm a função de regulamentação; podendo existir, também, decreto-lei produzido pelo órgão administrativo com força de lei. As normas gerais (leis, costumes e decretos) devem ser aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas e é preciso estabelecer as condições sob as quais um indivíduo funcione como juiz e administrador, que tem a função de aplicar a norma jurídica geral, *in abstracto*, ao caso particular, *in concreto*; ainda, as decisões devem ser cumpridas (vale dizer, executadas). “Portanto, a aplicação de uma norma geral a um caso concreto consiste na produção de uma norma individual, na individualização (ou concretização) da norma geral.”¹⁰⁶ As normas gerais aplicadas pelos órgãos judiciais e administrativos, têm dupla função: a) a determinação dos órgãos e do processo observado; b) a determinação do conteúdo das normas individuais. As funções correspondem a duas categorias de normas: a primeira corresponde às normas de categoria de direito formal; e a segunda corresponde às normas da categoria de direito material; como o são as normas do direito processual civil e o direito civil, e as normas do direito processual penal e do direito penal.

Então, nesta estrutura escalonada na qual a norma fundamental pressuposta e sem conteúdo ético-político, dá validade as demais normas em verdadeiro escalão, uma vinculado à outra, e assim por diante, até a norma

¹⁰⁴ Idem, p. 251.

¹⁰⁵ Idem, p. 252.

¹⁰⁶ Idem, p. 256.

individual que é a aplicação da norma geral, *in abstracto*, ao caso fato, *in concreto*; o ato de aplicação do Direito é sempre o ato de criação do Direito. Portanto, a sentença, o ato administrativo, um contato de compra e venda são as normas jurídicas individuais *in concreto*, vale dizer, criadas na aplicação das normas jurídicas gerais. Mesmo quando a norma geral não estabelece conteúdo, mas mera legitimidade e competência, como no Estado Ideal de Platão,¹⁰⁷ a norma individual livremente criada pelo juiz é um ato de aplicação jurídica, em razão da determinação da sua legitimidade e/ou competência. Contudo, não se pode confundir a aplicação/criação do direito como observância do direito porque esta é o respeito do dever, na medida que direito é o reflexo de um dever:¹⁰⁸

Todo ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade jurídica. Por isto, a criação jurídica deve ser concebida como aplicação do Direito, mesmo quando a norma superior apenas determine o elemento pessoal, o indivíduo que tem de exercer a função criadora de Direito.

[...]

Criação e aplicação do Direito devem ser distinguidas da observância do Direito. Observância do Direito é a conduta a que corresponde, como conduta oposta, aquela que é ligado o ato coercitivo da sanção.

Destaca-se que a norma individual como criação dos tribunais é o quarto ponto de crítica.

A jurisprudência tradicional considera que as decisões dos tribunais são meras aplicações do direito, legislado ou consuetudinário. A Teoria Pura do Direito, no sistema dinâmico, vai além disto. O tribunal aplica e (re)cria o direito, uma vez que a unidade do ordenamento jurídico proporcionado pela norma fundamental pressuposta que dá validade as demais normas em um sistema escalonado e vinculante tem na base a norma individual, que é, simultaneamente, a aplicação da norma geral *in abstracto* e a criação da norma

¹⁰⁷ Idem, p. 262. Nesta passagem Kelsen se refere à obra *A República* de Platão na qual a legislação seria mínima. Platão, no século IV a.C, já fazia considerações sobre a necessidade ou não de lei escrita; sustenta ele que a cidade ideal deveria ser governada pelos idosos que “*examinada su conducta a lo largo de toda su vida, nos parezcan más inclinados a ocuparse con todo celo en lo que juzguen útil para la ciudad*” (PLATÓN. *La República*, p. 124), por serem justos e virtuosos a cidade não necessitaria de uma complexa ordem normativa, porque o justo saberia governar com justiça e “*legislar sobre cuanto particulares antes enumerábamos, rectifican después [...] sin darse cuenta de que, en realidad, están cortando las cabezas de la hidra*” (idem, p. 141).

¹⁰⁸ KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. ps. 262/263.

individual *in concreto*:¹⁰⁹

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recia em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.

Afirma Kelsen que o tribunal responde a dupla questão: *quaestio facti* e *quaestio juris*.¹¹⁰ Na questão de direito o tribunal deve determinar a norma geral a aplicar, ou seja, se ela está em vigor e se liga uma sanção ao fato em apreço. A decisão não tem somente um caráter declarativo como se fosse descobrir a norma geral a ser aplicada, mas constitutivo. A norma jurídica individual é constitutiva em três sentidos: determina-se a norma geral a ser aplicada; determina-se a competência do tribunal; determina-se a situação fática. A norma a ser aplicada deve ser válida, deve estar vinculada a norma maior e assim por diante até a constituição; é esta norma válida que dá validade a norma individual constituída.

A unidade do ordenamento jurídico decorre do escalonamento do seu sistema dinâmico que tem na (pressuposta) norma fundamental a base de validade; que vincula as normas daí decorrente, sendo que a constituição vincula ou predetermina a lei, e esta o decreto e esta, por sua vez, a norma jurídica individual. Em outro momento já foi tratada a liberdade que pode ser negativa e positiva: a liberdade é negativa quando “*uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida;*”¹¹¹ e é positiva quando a ordem jurídica prescreve a todas as pessoas o respeito a liberdade de determinado indivíduo. Assim, a máxima da liberdade negativa é: *tudo que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido*. Contudo, Kelsen sustenta que quando a norma geral se limita a predeterminar o órgão julgador, não predeterminando nenhum dever, “*o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma*

¹⁰⁹ Idem, p. 263.

¹¹⁰ Idem, p. 264.

¹¹¹ Idem, p 46.

norma geral de direito material."¹¹² A predeterminação da norma jurídica geral para a criação, por parte do tribunal, da norma jurídica individual, nunca é total, a "*função criadora de Direito dos tribunais tem de ser deixada uma certa margem de livre apreciação*"¹¹³ e aí apresenta Kelsen a teoria da moldura, na qual a norma jurídica geral é equiparada a moldura de um quadro, cujo o tribunal tem uma margem de criação. Esta margem, vale dizer, as dimensões da moldura, pode ser mais larga se a norma jurídica geral só estabelece o poder ou a competência do órgão jurisdicional; e mais estreita se preestabelece o seu conteúdo. Mas o tribunal, embora crie a norma jurídica individual, não legisla, pois a norma jurídica criada pelo tribunal não é a geral, é a individual. E esta norma jurídica individual, criada pelo tribunal, mesmo quando o conteúdo não é predeterminado na norma jurídica geral, é aplicada ao caso concreto retroativamente (*ex tunc*):¹¹⁴

A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo.

Neste ponto importa observar que, quando a norma jurídica individual, a criar pelos tribunais, não está por forma alguma predeterminada numa norma jurídica geral positiva, essa norma jurídica individual é posta como eficácia retroativa.

Destaca-se que a criação da norma jurídica individual não predeterminada na norma jurídica geral, bem como, a sua aplicação *ex post facto* compõe o quarto objeto de crítica, juntamente com a lacuna e a liberdade negativa.

Já se disse mais de uma vez que são pressupostos do ordenamento jurídico a unidade, a completitude e a coerência; sendo que a (pressuposta) norma fundamental atribui o caráter da unidade ao ordenamento jurídico; os princípios da lógica atribuem o caráter da coerência. Agora é chegado o momento da completitude, através da negação de lacuna.

Sustenta Kelsen que o ordenamento jurídico positivo é completo, rejeitando a teoria da lacuna. Para ele o essencial desta teoria é que a aplicação do direito é uma conclusão de um silogismo onde o fato é a premissa

¹¹² Idem, p. 271.

¹¹³ Idem, p. 271.

¹¹⁴ Idem, p. 272.

menor e a norma geral a premissa maior e, na falta de norma geral que determine o conteúdo da norma individual ter-se-ia uma lacuna. Afirma Kelsen que tal teoria “*é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta.*”¹¹⁵ E mais a frente diz que se a conduta, embora não proibida, ou seja, permitida, for indesejável do ponto de vista da política judiciária, como não equitativa ou desacertada, deve ser coibida pelo tribunal. Veja-se que o tribunal afasta o direito vigente, qual seja, o que reconhece a “liberdade negativa”, para proibir a conduta indesejável do ponto de vista da política-judiciária:¹¹⁶

Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídico, por ser considerado pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada.¹¹⁷

Kelsen defende que quando um tribunal cria a norma individual em um caso que seu conteúdo não está preestabelecido pela norma geral ou, se estabelecido, o sentido não era unívoco, ele cria uma decisão dotada de força de precedente, direito material novo. Contudo, alguns sistemas podem estabelecer competência ou poder para que um tribunal, geralmente o de maior grau, possa produzir decisão vinculante, ou seja, o tribunal funciona como legislador neste particular, porque produz norma jurídica geral. Contudo, adverte Kelsen que um caso nunca é igual a outro, mas a aplicação do precedente ou da decisão vinculante deve levar em consideração as coincidências essenciais.¹¹⁸

Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, ou uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação [...] Como a decisão que constitui o precedente apenas pode ser vinculante para a decisão de casos

¹¹⁵ Idem, p. 273.

¹¹⁶ Idem, p. 274.

¹¹⁷ Idem, p. 274.

¹¹⁸ Idem, p. 278.

iguais, a questão de saber se um caso é igual ao precedente é de importância decisiva. Como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, a “igualdade” de dois casos que a esse respeito interessa considerar apenas pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais.

Há dois modelos de sistemas jurídicos, um centralizado e outro descentralizado. No primeiro somente o poder legislativo pode ditar normas jurídicas gerais e os tribunais têm a função de aplicá-las; neste sistema tem a vantagem da maior segurança jurídica e menor flexibilidade. No sistema descentralizado, o direito é ditado pelos tribunais e órgãos administrativos sem que haja uma norma geral para predeterminar o conteúdo da norma individual; neste caso se ganha em flexibilidade e se perde em segurança, pois não há nenhum critério de justiça para se vincular os magistrados. Kelsen sustenta que “a verdade está no meio”¹¹⁹ porque as normas jurídicas gerais ditadas pelo órgão legislativo, e o costume, são aplicadas pelo tribunal em um processo contínuo de produção que cria a norma individual que, sob certas condições, podem ser usado de precedente ou decisão vinculante.¹²⁰

A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma algum Direito mas apenas aplica Direito já criado. Esta teoria implica a idéia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.

O sistema escalonado que começa na norma fundamental, passando pela constituição, lei, decreto, até chegar à decisão do órgão judicial, designado por Kelsen de norma individual, resultado de um processo sempre crescente e vinculado que, simultaneamente, aplica e cria o Direito, também pode ter outra via, que é o negócio jurídico entre particulares. Assim, tanto a decisão do órgão judiciário como o negócio jurídico são normas individuais, que têm na norma geral e, conseqüentemente, na norma fundamental, seu critério de validade. Acontece que a sentença, civil ou penal, traz imanente a sua sanção; ao passo que o negócio jurídico, como norma individual, não é

¹¹⁹ Idem, p. 283.

¹²⁰ Idem, p. 283.

autônomo, por não estabelecer a sanção direta. O contrato estabelece uma conduta cuja conduta inversa está ligada, pela norma geral, a uma sanção; ou seja, o negócio jurídico deve estar em combinação com as normas gerais. O negócio jurídico pode ser um ato unilateral, bilateral ou multilateral de vontades, e, estes últimos, são designados de contratos. O contrato consiste em declarações de vontade das condutas dos declarantes, que impõe deveres e conferem direitos aos indivíduos contratantes, vinculados a uma norma geral. Pode ocorrer que entre a vontade real e a vontade declarada haja uma discrepância e esta situação deve ser respondida com base na ordem jurídica ou pela ciência do direito.¹²¹ Para a conclusão do contrato é necessário que haja uma proposta ou oferta de um lado, e a aceitação do outro.

São funções essenciais do Estado: o legislativo, o judiciário e o administrativo. Os dois primeiros são, em sentido restrito, funções jurídicas. Para Kelsen, as pessoas que desempenham estas funções são órgãos jurídicos.¹²² *“A atividade designada como administração estadual é, em grande parte, da mesma natureza que a legislação e a jurisdição, a saber, função jurídica no sentido estrito de criação e aplicação de normas jurídicas.”*¹²³ Kelsen não vê essencial diferença entre a aplicação/criação do Direito pelo Juiz e pelo administrador (em especial, ao administrador superior que tem independência funcional, que para Kelsen é um órgão jurídico), no caso de violação de preceitos fiscais, sanidade ou de trânsito.

Já se viu que o ordenamento jurídico tem como pressuposto: a unidade, a completude e a coerência. O pressuposto da unidade é atribuído pela norma fundamental em seu progredir vinculante sobre a constituição, lei, decreto e norma individual. A completude é atribuída pela ausência de lacuna. A coerência decorre da ausência de contradições entre as normas e aí entra em baila a decisão judicial ilegal e a lei inconstitucional.

Uma decisão judicial (norma individual) que não corresponde a uma norma geral que deveria ser aplicada e que definiria o seu conteúdo é um ato existente e como tal, não é nulo, mas anulável¹²⁴ e, em assim sendo, ele tem

¹²¹ Idem, p. 286.

¹²² Idem, ps. 290/291.

¹²³ Idem, p. 291.

¹²⁴ Idem, p. 298.

validade provisória; ou seja, até ser anulado por outra decisão de instância superior. Contudo, se a decisão não conforme com a norma geral for criada pelo tribunal de última instância, ela passa a ser, assim, uma norma individual que predetermine (crie) o conteúdo de uma norma geral.¹²⁵

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 jurídica, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral. O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermine o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir.

Talvez, a maior sacada de Kelsen com relação à coerência do ordenamento jurídico decorra de seus ensinamentos sobre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Depois de considerar a situação de determinada constituição conferir ao órgão legislativo a competência ou poder para declarar a inconstitucionalidade da lei; passa a tratar de outra situação, na qual a constituição atribua tal poder ou competência aos tribunais e aí Kelsen desenha as bases do controle difuso e concentrado de constitucionalidade que vige hoje nos países modernos, dizendo que *“se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considere a lei como ‘inconstitucional’, rejeitar a sua aplicação”*¹²⁶ sem que com isto se resulte na invalidação da lei, podendo cada tribunal fazer seu próprio juízo, ou seja, aplicando ou não. Contudo, *“se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como ‘inconstitucional’ ... quer dizer, para anular a lei como tal.”*¹²⁷

Para finalizar a dinâmica jurídica, Kelsen enfrenta a questão da nulidade e da anulidade, sustentando que não pode haver nulidade de norma jurídica, mas anulidade e que, esta pode ser de diferentes graus. A regra é que a anulidade seja constitutiva, ou seja, tem efeitos *ex nunc* deixando os efeitos já produzidos intocáveis. Contudo a anulidade pode ser *ex tunc*, ou seja,

¹²⁵ Idem, p. 297/298.

¹²⁶ Idem, p. 303.

¹²⁷ Idem, p. 303.

retroage e destrói os efeitos produzidos, com a anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela, sejam sentenças criminais ou negócios civis, conforme o caso.

2.1.6 – A interpretação

Interpretar, para Kelsen, “*é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior,*”¹²⁸ e a pergunta que se deve fazer ao interpretar é: qual o conteúdo que se vai dar à norma individual deduzida da norma geral? Reafirmando sua teoria da moldura, responde ele que a determinação da norma geral “*nunca é completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções [...] o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação [...] um quadro ou moldura a preencher.*”¹²⁹ A indeterminação da norma geral pode ser intencional, dando o exemplo da coerção aplicada à determinada conduta, como a pena de multa ou a pena de prisão; deixando a norma geral a faculdade para o juiz decidir qual vai aplicar ao caso concreto. Contudo, a indeterminação pode ser não intencional, decorrente: a) do sentido não unívoco do termo ou termos empregados na norma; b) discrepância entre o sentido literal da norma e a vontade do legislador; c) contradição entre duas ou mais normas gerais. A primeira e a última situações são de fácil compreensão, vez que a palavra ou a sequência de palavras empregadas no enunciado normativo dá(ão) uma pluralidade de significações, ao passo que quando se há conflito de normas se tem a dúvida da qual se deve seguir. A situação de discrepância de sentidos ocorre quando o magistrado crê que a intenção do legislador não está contida corretamente na intenção da norma e, por tal situação, abandona o sentido da norma para adotar a intenção presumida do legislador como determinante da norma individual:¹³⁰

A mesma situação se apresenta quando o que executa a norma crê

¹²⁸ Idem, p. 303.

¹²⁹ Idem, p. 388.

¹³⁰ Idem, p. 389.

poder presumir que entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, que se há de exprimir através daquela expressão verbal, existe uma discrepância, podendo em tal caso deixar por completo de lado a resposta à questão de saber por que modos aquela vontade pode ser determinada. De todo o modo, tem de aceitar-se como possível investigá-la a partir de outras fontes que não a expressão verbal da própria norma, na medida em que possa presumir-se que esta não corresponde à vontade de quem estabeleceu a norma.

Sob o subtítulo de *o Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação* Kelsen refuta a teoria usual de interpretação que “*quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta,*”¹³¹ reduzindo a interpretação a um mero processo de clarificação e de compreensão, bem como, reduzindo o aplicador do direito a ação de entender e escolher a correta e justa possibilidade no sentido do direito positivo. Kelsen sustenta que a vinculação e a predeterminação da norma geral oferece um quadro (ou moldura) no qual o magistrado tem diversas possibilidades e todas elas estão conforme a norma geral, embora somente uma seja concretizada.¹³²

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito.

Destaca-se que a criação da norma individual e a teoria da moldura é o objeto da terceira crítica.

Kelsen rejeita a tese de que um determinado método de interpretação pode alcançar um resultado que seja correto do ponto de vista do direito positivo; para ele nenhum método de interpretação (então conhecido por Kelsen em sua época), pode cumprir tal promessa; todos os métodos oferecem, cada qual, uma possibilidade dentro da moldura. Ainda, sustenta que a vontade presumida do legislado, embora problemática, tem o mesmo peso da observância estrita do teor verbal:¹³³

Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor

¹³¹ Idem, p. 391.

¹³² Idem, p. 391.

¹³³ Idem, p. 392.

verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática - do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual.

Segunda a teoria da moldura (ou quadro) de Kelsen, a vinculação de validade e a predeterminação de conteúdo que a norma geral deve exercer sobre a norma individual – lembrando que esta predeterminação pode ser de diferentes graus, embora Kelsen negue a lacuna jurídica - nunca é completa, sempre existindo certa margem de criação e/ou escolha de uma das diversas possibilidades possíveis, ante a impotência de qualquer método interpretativo lograr a escolha “correta.” Então surge a natural questão de saber qual deve ser o critério de escolha de uma das diversas possibilidades, uma vez que somente uma será concretizada na norma individual; contudo, para Kelsen, esta questão é um problema da política do direito e não de conhecimento do direito positivo:¹³⁴

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigida ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.

Kelsen faz o seguinte paralelo: a tarefa de fazer lei (norma geral) justa a partir da constituição; é a mesma tarefa de fazer sentença (norma individual) justa a partir da lei; e esta tarefa é um problema da política do direito. Existe somente uma distinção quantitativa e não qualitativa, ou seja, o papel criativo do legislador derivado, ao fazer lei, e do juiz, ao fazer sentença, é o mesmo, sendo que o magistrado tem maior liberdade. Este papel criativo é limitado devido ao vínculo de validade e grau de predeterminante de conteúdo que a constituição deve ter sobre a norma geral; bem como, que a norma geral deve ter sobre a norma individual:¹³⁵

A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) [...] é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

De cero que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito e

¹³⁴ Idem, p. 393.

¹³⁵ Idem, p 393.

também ele e, nesta função, relativamente livre.

Assim, no ato de aplicação do direito que, para Kelsen, sempre é ato criativo e/ou recriativo do próprio direito, o magistrado tem a função cognitiva do direito positivo que vai até os limites da moldura; deste ponto em diante, entra em ação a função criativa do magistrado, a de estabelecer o conteúdo da moldura ou, de eleger uma das diversas possibilidades possíveis de conteúdo. Deste ponto em diante, já se disse que é o ato criativo ou, como sustenta Kelsen, de vontade. Contudo, defende que ainda aqui pode existir uma atividade cognitiva, mas não do direito positivo, porém de outras normas, as normas morais, as normas de justiça, os juízos de valor social etc.¹³⁶

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro do qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outra norma que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade.

Kelsen termina sua obra afirmando que a interpretação da ciência jurídica, como interpretação científica, é puramente cognitiva do sentido da norma; diferentemente da interpretação do órgão aplicador do direito, que o cria. A interpretação jurídica-científica não tem a função de escolher qualquer das possibilidades dentre as reveladas, vale dizer, criar ao preencher a moldura predeterminada pela norma geral. A função do advogado que postula uma das hipóteses possíveis, defendendo os interesses de seu cliente, ou de um escritor que propõe uma das possibilidades, ou o tribunal que cria ao escolher uma das possibilidades, todos eles sustentando que a possibilidade eleita é a *acertada* ou a *correta*, são problemas jurídico-político e não jurídico-científico. Assim, a interpretação científica pode auxiliar o legislador, que desconhece as exigências técnicas-jurídicas, nas formulações inequívocas para se evitar a pluralidade de significações visando o maior grau de segurança

¹³⁶ Idem, p. 393. Aqui se poderia questionar porque que tais normas, como as normas morais ou as normas de justiça, não são encampadas pelo Direito, através de sua positivação. A resposta de Kelsen já foi dada no final da dinâmica jurídica ao sustentar que o Direito é como o rei Midas, que transformava tudo que tocava em ouro; assim é o Direito, tudo que for positivado passa a ser jurídico: “*Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico.*” (idem, p. 308)

jurídica:¹³⁷

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica [...]. O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do Direito vigente [...]. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso [...] não realizam uma função jurídico-científico mas uma função jurídico-político.

É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à existência técnica-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, obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.

Com a interpretação encerra-se a primeira parte do segundo capítulo e passa-se as críticas à teoria kelseniana.

2.2 – Críticas à Teoria Pura do Direito

Inicialmente se faz uma importante ressalva. Não obstante a tese de que a Teoria Pura do Direito de Kelsen seja passível de crítica, bem como, que alguns pontos da referida teoria possam ser de fraca consistência, não se tem a intenção de reduzir ou diminuir a sua importância. Ao contrário, o intuito das críticas é estabelecer um diálogo com objetivo de melhorar a sua compreensão; bem como, se rende todo o reconhecimento e homenagem a Kelsen por lograr o intento de atribuir caráter científico ao Direito, compreendido sob uma concepção puramente normativa, e por ser o principal responsável por organizar e/ou sistematizar o emaranhado normativo, estabelecendo uma ordem jurídica caracterizada pela sua unidade, coerência e completitude.

No item 2.1 se limitou a expor a teoria kelseniana e, para se assegurar maior fidedignidade, se adotou a sequência empregada por Kelsen em sua obra e, a medida que os trabalhos evoluíram se procedeu cinco destaques ou pontos de críticas; lembrando:

¹³⁷ Idem, ps. 395/397.

- 1º – o questionamento da natureza real ou ideológica da Teoria Pura do Direito;
- 2º - a vigência, a eficácia e a validade da norma jurídica;
- 3º - a liberdade negativa com direito;
- 4º - a criação da norma individual;
- 5º - a norma fundamental.

Agora se opta pelo desenvolvimento didático das críticas, vale dizer, se desenvolve as críticas conforme uma ordem lógica (pré-requisito) ao invés da ordem exposta por Kelsen; por isto, o ponto de partida são os dois extremos da norma, a saber: a *norma fundamental* e a *eficácia da norma como condição de sua validade*. Em sequência, se trata do *questionamento da natureza real ou ideológica da Teoria Pura do Direito*; a *criação da norma individual*; e a *liberdade negativa com direito*.

2.2.1 – A norma fundamental é uma ideia?

Recapitulando: o caráter da unidade do ordenamento jurídico é calcado na norma fundamental que sustenta a validade das demais normas dela derivadas, em um escalão hierárquico de progressão e vinculação, da norma maior à norma menor até se chegar à base que é a norma individual, num progredir onde o ato de aplicação da norma geral é, simultaneamente, o ato de (re)criar a norma individual. Assim, a norma individual, no exemplo da sentença, tem a validade sustentada na lei positiva (em sentido amplo) como norma geral que, por sua vez, vale em razão da constituição e, esta na constituição anterior e assim sucessivamente até a primeira constituição e, esta, por fim, na norma fundamental. Esta norma fundamental não está posta como realidade fática, pelo menos como está o código civil, a constituição vigente e/ou como estava à constituição anterior e assim sucessivamente; esta norma não é posta, mas pressuposta, como norma pensada.¹³⁸ Ainda, a norma fundamental tem a função teórica-gnoseológica, vez que destituída de qualquer critério e/ou conteúdo de ético-político de moral e/ou justiça. Assim, esta norma fundamental é uma norma pensada com a finalidade de atribuir

¹³⁸ Idem, p. 227 e 228.

validade e unidade ao ordenamento jurídico sem qualquer conteúdo moral e/ou político.

Então, a norma fundamental é fruto do pensamento, disto decorre a natural indagação: como é possível conhecer algo pensado?

Kant sustenta que o entendimento que serve para conhecer, pode ser sensível ou puro, sendo que a intuição é a representação mental do objeto dado ou posto; ao passo que a razão serve para conceber, gerando a ideia.¹³⁹

¹³⁹ Kant (*Crítica de la Razón Pura*) sustenta que o ser humano se relaciona com o mundo sensitivo (ou simplesmente mundo) através de seus sentidos: visão, audição, tato, olfato e paladar. Este conhecimento é denominado de empírico e está dentro dos limites de uma experiência possível. Por outro lado o homem é capaz de conhecimentos que estão além de uma experiência possível, designado de conhecimento puro, adstrito ao campo do mundo inteligível (ou simplesmente natureza). São exemplos de conhecimentos puros o tempo e o espaço:

Son, pues, tempo y espacio dos fuentes de conocimiento de donde pueden derivar-se a priori diferentes conocimientos sintéticos, como lo muestra el ejemplo que principalmente dan la matemática pura en los conocimientos del espacio y de sus relaciones. Tomados ambos juntamente espacio y tiempo, son formas puras de toda intuición sensible que hacen posibles las proposiciones sintéticas a priori. (idem, p. 213)

Comumente se faz o seguinte sofisma: assim como ninguém questiona a existência do tempo e do espaço, não se pode questionar a existência do Ente Supremo (Deus). Embora o tempo tem dimensão linear de passado, presente e futuro e o espaço tem tri-dimensões de altura, largura e profundidade ninguém consegue uma prova empírica de suas existências, vale dizer, colher uma alíquota do tempo/espaço, inserir no tubo de ensaio e fazer experimentos científicos. O mesmo valeria para a existência de Deus. Isto é um erro para Kant, que sustenta que a existência do Ente Supremo é só uma ideia:

El concepto de ente supremo es una idea muy útil en más de un aspecto; pero precisamente por ser sólo idea, es totalmente incapaz de ensanchar por sí sola nuestro conocimiento respecto de lo que no existe. (idem, p. 625)

Melhor explicando, a intuição, que pode ser sensível (empírica) ou pura, é a representação do objeto dado. A intuição se relaciona com o entendimento e somente o entendimento é capaz de formar conceitos:

los objetos nos son dados mediante la sensibilidad, y ella únicamente es la que nos ofrece las intuiciones; pero sólo el entendimiento los concibe y forma los conceptos (idem, p. 196). Llamo representación pura (en sentido trascendental) aquella en la cual no se halla nada de lo que pertenece a la sensación (...) Esta forma pura de la sensibilidad se llama también intuición pura. (idem, p. 197)

A Razão se relaciona com a ideia e serve para conceber:

Los conceptos de la razón sirven para concebir, como los del entendimiento para entender (las percepciones) (...) Vamos a dar una clasificación: el género es la representación con conciencia (perceptio). Una percepción que se refiera simplemente al sujeto como modificación de su estado, es sensación (sensatio), y una percepción objetiva conocimiento (cognitio). Éste puede ser intuición o concepto (intuitus vel conceptus); la primera se refiere directamente al objeto y es singular; el concepto, indirectamente, por medio de una nota que puede ser común a varios cosas. El concepto puede ser empírico o puro, y el concepto puro se llama noción (notio) si sólo tiene su origen en el entendimiento. Un concepto a base de nociones, que rebase la posibilidad de la experiencia, es la idea o concepto de la razón. (idem, p. 427 e 433)

Portanto, tudo que o ser humano compreende o faz no entendimento (de forma pura como o tempo e espaço, por exemplo, ou sensível); tudo que o ser humano concebe o faz na razão.

Retornando à norma positiva: determinada lei/constituição (escrita, verbal ou consuetudinária) como realidade posta no mundo fático (realidade social) é entendida pelo ser humano através da intuição; lembrando que o conhecimento intuitivo pode ser puro ou sensitível. Como a lei, a constituição ou o costume são realidades fáticas e/ou sociais, esta intuição é empírica (sensitível).

Nesta perspectiva, a norma fundamental só tem duas saídas: ou ela é uma realidade pura (no sentido de inteligível, igual é o tempo e o espaço) ou uma ideia e, como tal, é concebida pela razão. Kelsen sustenta que a norma fundamental não é posta, mas pressuposta, e se este raciocínio estiver correto, a norma fundamental não está no domínio do entendimento como algo a ser conhecido, ainda que de forma pura, mas concebido, no domínio da razão. Se estas premissas estiverem corretas e se este raciocínio estiver lógico, a conclusão que se tem é que a norma fundamental é uma ideia concebida pelo homem e para o homem com a finalidade teórica de sustentar e dar unidade ao ordenamento jurídico positivista.

Nem que seja por hipótese, e em se admitindo esta conclusão como verdadeira, como ficaria a função ética-política negada por Kelsen na norma fundamental, já que o ser humano a concebeu, não poderia fazê-lo atribuindo à mesma os ideais: da revolução francesa da liberdade, da igualdade e da fraternidade; de virtude;¹⁴⁰ da dignidade do ser humano;¹⁴¹ ou, políticos da justiça, igualdade e devido processo?¹⁴² Mas este raciocínio não reduziria a norma fundamental à situação de direito natural? Para Kelsen sim! Mas por quê? Porque buscar um ideal e/ou um critério de justiça para a norma fundamental seria o mesmo que fundar o direito positivo no direito natural.

Neste panorama, o direito natural também só tem duas saídas: ou se entende que o direito natural está posto pela natureza e o ser humano toma conhecimento do mesmo de forma pura, no entendimento – vale dizer, uma intuição pura – ou o direito natural é concebido pela razão, como uma criação do homem para o homem, conforme determinado ideal político ou valor moral. Este foi o caminho traçado por Hobbes ao atribuir, pela via da razão, direitos

¹⁴⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*.

¹⁴¹ KANT. *Fundamentação de Metafísica e dos Costumes*.

¹⁴² DWORKIN. *Imperio de la Justicia*.

naturais inerentes aos homens que, pela via do pacto, gera o Leviatã que outorga a lei positiva como ato de vontade do soberano dotado de sanção; disto decorre uma normal tensão entre o direito natural como liberdade e a lei positiva do Leviatã que impõe dever, conforme conclusões 1.4.b e 1.4.c.

Mas o intento de Kelsen é atribuir ao Direito o *status* de ciência, conforme o panorama científico da ciência moderna (conclusão 1.4.a) e, para tanto, deveria adotar seu respectivo método, partindo da premissa de isolar o objeto de seu conhecimento de tudo que não seja jurídico, ou seja, a Teoria Pura do Direito não trata de qualquer concepção de Direito, mas de um direito puro. Disto decorre a natural indagação: o que se deve entender pelo termo puro?

Kant sustenta que o Direito tem dois elementos: a) o concebido pela razão como a metafísica (ou o princípio), segundo o qual o livre uso do arbítrio de um deve coexistir com a liberdade de todos; e b) a legislação externa, como ordem coercitiva; ou competência para estabelecer sanção. O Direito concebido somente neste segundo elemento é tido por Kant de direito puro.¹⁴³

¹⁴³ Kant no livro *Introdução ao Estudo de Direito: doutrina do direito* sustenta que toda ciência precisa preestabelecer um sistema de princípios a que chama de metafísica, assim a ciência da natureza tem como ciência metafísica da natureza o princípio da igualdade da ação e reação de Newton, por exemplo (KANT. *Introdução ao Estudo do Direito: doutrina do direito*. p. 27). Contudo, para as leis morais, que tratam dos conceitos e juízos humanos, a questão não é tão fácil.

Na introdução deste livro Kant faz uma espécie de resumo do livro *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (KANT. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*); ele, negando que a doutrina da felicidade possa oferecer um princípio moral porque a faculdade do gosto (sentimento de agrado e desagradado) não serve para conhecer (KANT. *Introdução ao Estudo do Direito: doutrina do direito*. ps. 28 e 32), aponta que a única solução possível é a oferecida pela razão prática pura (idem, p. 29), chamado de metafísica dos costumes, que pode fundar um princípio moral universal para legislar sobre a faculdade do desejo no campo do livre arbítrio (idem, p. 33) porque a liberdade é um conceito puro da razão que transcende à filosofia teórica, ou seja, a liberdade é uma realidade; e através de um imperativo categórico (idem, p. 34) que cria um dever, a razão prática concebe o primeiro postulado da metafísica dos costumes que é: “*age com base em uma máxima que também pode ter validade como uma lei universal*” (idem, ps. 37/38). O imperativo categórico está para um princípio moral universal com imputação jurídica ou válida está para um princípio jurídico universal.

Kant chama de doutrina do direito a soma de uma legislação externa que forma o direito positivo; de jurista quem conhece e aplica estas leis, dando, também, o nome de jurisprudência a tal experiência. Porém, na falta destas condições, resta somente à ciência jurídica no conhecimento sistemático da doutrina do direito natural (idem, p. 45). Conceitua direito como “*a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida às escolhas de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade*” (idem, p. 46) e afirma que o princípio universal do direito é: “*age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal*” (idem, p. 47). Assim, ligado ao direito pelo princípio de contradição há uma competência de exercer a coerção quando alguém viola direito de outrem. Para Kant, o direito pode ser constituído por

Assim, o termo *puro* empregado ao Direito, no sentido de um direito estritamente positivado, foi forjado por Kant e não por Kelsen. Esta reflexão é crucial porque tanto Kelsen como Kant não estabeleceram uma preferência do direito positivo ao direito natural ou, em outras palavras, um juízo valorativo de um sobre o outro. Kelsen não ignora o fato do direito sofrer influências da sociologia e/ou da política, o que fez Kelsen foi um corte metodológico, conforme a concepção de ciência (conclusão 1.4.a). Ele sustenta que a ciência do direito não se preocupa com a moral, com a política e/ou com um princípio de justiça; estas questões não são objeto da ciência do direito, embora o legislador derivado (infraconstitucional), pode e deve usar estes elementos para criar a norma geral a partir da moldura constitucional e, conseqüentemente, o magistrado pode e deve usar estes elementos para criar a norma individual a partir da moldura da norma geral. E este foi o preço que Kelsen pagou para lograr uma ciência jurídica, não uma ciência sociológica-jurídica e nem uma ciência política-jurídica; e, por isto, a norma fundamental não tem conteúdo ético-político. Lembra-se que Villey (item 1.2) já denunciava que o Direito pertence tanto ao domínio da razão, quanto ao domínio da natureza.

Agora analisando a norma fundamental com os olhos dos princípios da causalidade e da imputação, tem-se que, como sustenta Kelsen, o princípio da imputação está para as ciências normativas como a causalidade está para as ciências naturais. A cadeia de causalidade é ligada por elos intermináveis de

dois elementos: a) a razão que cria uma obrigação recíproca no campo do direito natural; b) a legislação externa que cria uma obrigação vinculada a uma coerção. O direito concebido neste último aspecto é chamado de restrito ou **puro** (idem, p. 48), ou seja, destituído de qualquer vínculo ético e/ou moral dado pela razão. Dá Kant o seguinte exemplo: quando o credor exige do devedor o pagamento pode lembrá-lo que sua própria razão o coloca na obrigação de pagar, assim como, que a legislação externa exerce a coerção que constringe a todos a pagar suas dívidas e isto coexistir com a liberdade de todos (idem, p. 48).

O direito, assim, pode ser restrito (**puro**), vale dizer, como uma competência para exercer coerção; ou pode ser considerado em sentido mais amplo, sem lei externa que determina coerção. Estes verdadeiros ou pretensos direitos são: equidade e a necessidade. A equidade é um direito sem coerção, ou seja, não é um direito para obrigar, pela coerção, a outrem; dando o exemplo do contrato que funda uma companhia comercial com igual partilha dos lucros: se no momento de revés, um sócio faz mais que o outro, deveria receber mais que o outro, contudo, em eventual litígio, o juiz deveria decidir pelo contrato (idem, p. 50). A necessidade, ao contrário, é uma coerção sem direito: ao contrário da legítima defesa, no estado de necessidade não se tem uma agressão injusta; assim, um naufrago pode empurrar outrem cuja vida está igualmente em perigo, para salvar sua própria vida (idem, 51). Conclui Kant que a contradição sobre o que é direito nasce da equivocidade de se confundir a base subjetiva (razão) e objetiva (lei externa) de exercer o direito (idem, p. 52)

causa e efeito; ao passo que a cadeia da imputação é terminativa na vontade do ser humano. Assim uma conduta humana, conforme uma norma que impõe sanção – ato ilícito – ou contrário a esta norma – ato lícito – tem como fato determinante a vontade do agente; não se podendo imputar a sanção a outrem, como ao genitor, avó e assim sucessivamente.

Pensando sobre a vinculação da norma individual à norma geral, e desta a constituição, e desta a constituição anterior e assim sucessivamente até a norma fundamental, indaga-se: esta vinculação ou efeito é causal e, aí, ter-se-ia a concepção das ciências naturais; ou esta vinculação ou efeito é imputação e, aí, ter-se-ia a concepção das ciências normativas? A resposta correta somente pode ser a segunda opção, vez que a norma fundamental é uma norma pensada, um pressuposto e daí por diante. Portanto, tanto a crítica imanente, quanto a crítica transcendente, conduzem ao mesmo resultado: o de entender a norma fundamental como um corte metodológico, fruto de uma exigência da concepção científica.

2.2.2 – A vigência, a eficácia e a validade da norma jurídica

Kelsen expressamente admite que a questão da validade e da eficácia da norma jurídica é um dos problemas mais importantes das teorias jurídicas positivistas, porque a eficácia remete ao ser e a validade ao dever-ser, sendo que a solução encontrada por Kelsen, em sua teoria, é sustentar que a eficácia é uma condição de validade, já que não se pode negar a vinculação entre ambas, como também não se pode reduzir uma a outra, conforme as premissas da Teoria Pura do Direito.¹⁴⁴

Na nota de rodapé n. 47 se afirmou que a conclusão mais acertada é compreender a validade de determinada norma em duas dimensões: lógica e fática. Se a norma geral está em consonância com as demais normas, sejam superiores, sejam posteriores do mesmo escalão, esta norma é válida no primeiro sentido; como exemplo, cita-se a lei inconstitucional.¹⁴⁵ Se a norma é

¹⁴⁴ Idem, p. 236.

¹⁴⁵ Idem, p. 303.

vigente e tem o mínimo de eficácia ela é válida no segundo sentido e, como exemplo, cita-se o caso da revolução ou do golpe de Estado.

No exemplo da revolução em sentido amplo, que também envolve o golpe de Estado,¹⁴⁶ o direito puro de Kelsen não se interessa pelo fato da nova constituição ser imposta sobre a velha por via ilegítima, através da força do indivíduo ou grupo de indivíduos do próprio governo (golpe de Estado) ou pelas massas populares (revolução); o fato é que se a revolução ou golpe de Estado for bem sucedido, a nova constituição torna-se válida pela efetividade, limitando, assim, o princípio da legitimidade.

A pergunta que se faz é: como é possível, se é que é possível, um direito puro (vale dizer, normativo), que nasce na pressuposta norma fundamental (norma pensada – item 2.2.1) e segue isolado dos fenômenos e realidades sociais como política, moral e/ou religião, que se cria e se recria e que só vai encontrar a realidade social na sua aplicação, pela via da eficácia (ser), ter na própria eficácia, a condição de validade (dever-ser)?

Ora, no caso da revolução ou do golpe de Estado fica claro que a validade da nova constituição é sustentada ou pela força coercitiva ou pela vontade da maioria, através de sua efetividade, e não pela pressuposta norma fundamental; bem como, a validade da norma jurídica, no momento da aplicação, é verificada pela efetividade.

É evidente que a eficácia quebra, por completo, a pretensa pureza deste direito normativo. O método da nova ciência, que fez fortuna nas ciências da natureza, não consegue resolver, do ponto de vista científico, o problema deste direito normativo, decorrente da excessiva cisão do sujeito cognoscente e do objeto cognitivo, do ser e do dever-ser, do fato e da norma jurídica.

O dever-ser da norma, ainda que destituído de conteúdo (político, moral etc), é sempre algo idealizado, algo a acontecer, cuja concretização depende da ação humana e é esta a principal diferença do princípio da causalidade das ciências naturais para o princípio da imputação das ciências normativas, o fato que a causalidade independe do agir e/ou da vontade humana, ao passo que a imputação é totalmente dependente. Em uma análise mais apurada, se pode afirmar que o princípio da imputação é uma mera

¹⁴⁶ Idem, p. 233.

quimera, ou algo pensado como é a tal norma fundamental. A partir deste ponto de crítica, poder-se-ia construir uma teoria realista do direito ou defender uma nova estrutura do direito, como o fez Müller;¹⁴⁷ contudo, este intento está além do objeto da presente dissertação.

2.2.3 – A Teoria Pura do Direito é uma teoria real ou ideológica?

Kelsen sustenta que qualquer teoria do direito normativo será considerada como ideológica se a norma jurídica não for considerada como uma realidade, porque ela está na ordem do dever-ser como construção humana, sob o domínio da imputação e, nesta perspectiva, o real está adstrito à ordem do ser, com objeto regido pelo princípio da causalidade das ciências.

Por outro lado, se a norma jurídica for considerada como uma realidade social, como algo posto, a Teoria Pura do Direito pode e deve ser considerada uma teoria radicalmente realista, porque tem por objeto descrever o direito positivo existente; e este é justamente o que sustenta Kelsen, que sua teoria se limita a descrever o direito normativo que, em seu corte metodológico, é um direito puro, destituído de qualquer influência sociológica, política, moral etc.

Esta tese kelseniana conduz a seguinte indagação: é possível um Direito puro – vale dizer, destituído de qualquer conteúdo político/moral - enquanto realidade social? Se for possível entender o direito puro como realidade social é possível uma teoria que descreve este direito real, vale dizer,

¹⁴⁷ Para Müller “a norma jurídica não está nem pronta nem é simplesmente passível de ser aplicada” (MULLER. *Teoria Estruturante do Direito*, p. 148). São estruturas da norma: o texto da norma, o programa normativo, o problema (caso concreto) e o âmbito normativo. “Já em Savigny o mero texto, ou seja, a ‘imagem da lei’, encontra-se distinta de seu ‘conteúdo real’” (idem, p. 194). O texto da norma é interpretado pelos cânones de Savigny. Cada cânone, como o gramatical, o teleológico, histórico, etc., forma os topois que são candidatos à norma. Do campo do problema é extraído o âmbito normativo, através do empirismo do órgão julgador. Ou seja, o julgador deve colher elementos fáticos do âmbito da vida, como, por exemplo, no caso do princípio da igualdade, considerar as diferenças funcionais, biológicas e fáticas, como as diferenças existentes entre o homem e a mulher, entre a criança e o adulto, ou entre o são e o demente, etc. A descoberta da norma ocorre através da natureza da coisa que faz a intermediação e relação com o programa normativo (dever-ser) com o âmbito da norma (ser) (idem, p. 233). Assim, a norma jurídica é criada tanto com elementos do texto normativo (dever-ser) como elementos da realidade (ser), intermediados pela natureza das coisas (idem, p. 243). O programa normativo é extraído do texto da norma, através das técnicas clássicas de interpretação e sistematizado pela técnica tópica. O âmbito normativo é extraído do caso concreto, através de empirismo.

não ideológica. Contudo, se este direito puro não for considerado uma realidade social, como um direito ideal, a sua respectiva teoria será, necessariamente, ideológica.

Então a pergunta que se tem é: o direito puro descrito na teoria kelseniana é real ou ideal? Explicando: se o direito puro for possível como realidade social, a teoria que o descreve é, necessariamente, uma teoria realista; ao passo que o inverso é verdadeiro, vez que se a pureza do direito for algo idealizado, a teoria que o descreve é, necessariamente, ideal.

No item 2.2.1 já se viu que a norma fundamental é pensada (pressuposta), como corte metodológico. No item 2.2.2 viu-se que a efetividade quebra a pureza da norma geral, vez que a legitimidade da norma fundamental, na hipótese de revolução e/ou golpe de Estado, é limitada pela efetividade, bem como, que é na efetividade que a norma geral idealizada encontra a realidade social, como ser. Logo, o direito, na concepção de puro, só pode ser idealizado, nunca uma realidade social e, se estas premissas estiverem corretas, a Teoria Pura do Direito, por descrever um direito idealizadamente puro é, necessariamente, uma teoria ideal.

Um corte metodológico, como tal, serve para ordenar e/ou orientar um trabalho racional, como uma teoria o é; mas jamais terá a função e/ou o poder de mudar uma realidade posta, e o direito, como realidade social, deve encontrar sua validade na própria sociedade que o cria de forma transcendente, ora como norma, ora como costume, ora como precedente; ou de forma imanente, ora como natural, ora como racional. É real uma teoria que descreve e/ou explica um direito real, como um Direito que se tem, e é ideal a teoria que descreve e/ou explica um direito que se quer ter.

2.2.4 – A liberdade negativa como direito

A liberdade para Kelsen tem duas categorias: a liberdade positiva ocorre quando a norma jurídica proíbe a toda a conduta de violar esta liberdade; e a liberdade negativa é caracterizada quando a norma jurídica não

proíbe a respectiva conduta,¹⁴⁸ negando que esta seja um direito imanente ou natural com um mínimo de liberdade, sob a justificativa de que o direito positivo não pode disciplinar todas as condutas.¹⁴⁹ Com o conceito de liberdade negativa, nega Kelsen a lacuna no ordenamento jurídico, porque o que não é proibido é permitido.¹⁵⁰ O interessante é que quando a conduta não proibida, e por isto uma liberdade negativa, for contra a política jurídica do tribunal, este pode criar direito novo e tornar ilícita a conduta, até então, tida como liberdade negativa.¹⁵¹

As indagações que se faz são:

- A - como é possível uma liberdade que, simultaneamente, não decorra do direito positivo e nem do direito natural?
- B - como é possível sustentar a ausência de lacuna decorrente da liberdade negativa que, por sua vez, decorre da ausência (e não lacuna) de proibição do direito normativo se esta liberdade negativa pode ser negada pelo tribunal por ser contrária à política-judicial e transformada em ato ilícito com aplicação *ex post facto*?

Respondendo a primeira indagação, a teoria kelseniana tem por objeto o direito puro, entendido como direito normativo totalmente delimitado e separado de qualquer conteúdo político e/ou moral. Então, como corte metodológico, a teoria tem por objeto descrever este direito puro. Logo, negar a liberdade como um direito natural decorre do corte metodológico. Contudo, Kelsen é tão rigoroso com este método científico que reduz o direito normativo à conduta humana que não só prescreve, mas permite uma conduta ou faculta uma conduta. A liberdade, compreendida como uma faculdade humana ou poder, não pode ser reduzido à mera conduta. Assim, a liberdade não pode ser reduzida a conduta e, se não é conduta, não é objeto do direito puro, segundo a teoria kelseniana.¹⁵²

Tratando-se da segunda indagação, é evidente que a Teoria Pura do Direito não poderia sustentar a ausência de lacuna decorrente da liberdade

¹⁴⁸ Idem, p 46.

¹⁴⁹ Idem, p. 48.

¹⁵⁰ Idem, p. 273.

¹⁵¹ Idem, p. 274.

¹⁵² No item 2.3 se trata do conteúdo da norma jurídica (geral).

negativa que, por sua vez, decorre da ausência de proibição do direito puro e, ao mesmo tempo, permitir que o tribunal, sob o fundamento político jurídico, negue esta liberdade negativa. Estas premissas são contraditórias entre si. Permitir que o tribunal negue a liberdade negativa em nome da política jurídica é o mesmo que permitir que o tribunal, embasado na política jurídica, reconheça um pretense direito ou um dever não normado, vale dizer, natural ou imanente.

2.2.5 – A criação da norma jurídica individual¹⁵³

No prefácio da primeira edição da Teoria Pura do Direito, afirma Kelsen que há mais de duas décadas trabalhou no intento de desenvolver uma teoria jurídica purificada de ideologia política, que pretende, até onde seja possível, o ideal de toda ciência, que é a objetividade e a exatidão.¹⁵⁴ Explicando, a objetividade e a exatidão são da ciência jurídica que, segundo a Teoria Pura do Direito, descreve um direito estritamente normativo; e isto não quer dizer que esse Direito descrito seja, cientificamente, objetivo e exato.

Recapitulando a criação da norma individual: a pressuposta (pensada) norma fundamental (item 2.2.1), sem conteúdo ético-político, atribui unidade ao ordenamento jurídico e validade às demais normas em verdadeiro escalão de vinculação hierárquico, até a norma individual, como sentença, ato administrativo ou contrato. É problema da política do direito a tarefa de fazer lei justa, a partir da moldura constitucional, assim como, fazer sentença justa, a partir da moldura da lei; sendo que o juiz tem maior liberdade que o

¹⁵³ Neste momento se limita a meras críticas a tese kelseniana da criação da norma individual, uma vez que no último capítulo se abordará as questões da discricionariedade, subjetividade e ativismo.

¹⁵⁴ “*Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão*” (idem, p. XI).

legislador.¹⁵⁵ Mesmo quando a norma geral não preestabelece o conteúdo (item 2.2.4), mas mera legitimidade e competência do órgão judiciário, a norma individual livremente criada pelo juiz é um ato de aplicação jurídica.¹⁵⁶ O tribunal responde a dupla questão: *quaestio facti* e *quaestio juris*.¹⁵⁷ A decisão não tem somente um caráter declarativo, mas constitutivo em três sentidos: determina-se a norma geral a ser aplicada; determina-se a competência do tribunal; determina-se a situação fática. Mas o tribunal não legisla, embora crie a norma jurídica individual e a aplica *ex post facto*.¹⁵⁸ Quando um tribunal cria a norma individual em um caso que seu conteúdo não está preestabelecido pela norma geral ou, se estabelecido, o sentido não era unívoco, ele cria uma decisão dotada de força de precedente, vale dizer, direito materialmente novo. Uma decisão judicial (norma individual) que não corresponde a uma norma geral que deveria ser aplicada e que definiria o seu conteúdo é um ato anulável;¹⁵⁹ contudo, se esta decisão for criada pelo tribunal de última instância, ela passa a ser, assim, uma norma individual que predetermine (crie) o conteúdo de uma norma geral.¹⁶⁰

Após o breve resumo, indaga-se: qual é a vantagem ou benefício de se lograr uma Teoria Pura do Direito, que descrevendo, cientificamente o direito estritamente normativo, vale dizer, com objetividade e exatidão; se se não consegue explicar a subjetividade e inexatidão deste próprio direito?

Não se consegue explicar a subjetividade e inexatidão do próprio Direito descrito em decorrência da subjetiva e/ou política da criação da norma individual. A norma geral, cuja validade está substanciada na pensada norma fundamental destituída de qualquer conteúdo ético-político, apenas logra os limites da moldura, cujo conteúdo é livremente preenchido pelo juiz. Há sempre uma certa margem criativa, mesmo quando o conteúdo da norma individual está predeterminada na norma geral. Os limites da moldura são diretamente proporcionais com o grau de precisão ou univocidade dos sentidos das

¹⁵⁵ Idem, p. 393.

¹⁵⁶ Idem, ps. 262/263.

¹⁵⁷ Idem, p. 264.

¹⁵⁸ Idem, p. 272.

¹⁵⁹ Idem, p. 298.

¹⁶⁰ Idem, p. 297/298.

palavras empregadas no enunciado normativo. Ainda, mesmo quando a norma geral não determina o conteúdo da norma individual o ato criativo do juiz é válido porque a norma geral (sempre sustentada pela norma fundamental) atribui poder e/ou competência ao órgão julgador. A situação começa a ficar difícil quando o juiz cria norma individual que viola a liberdade negativa do indivíduo. Porém, a situação fica insustentável quando o juiz cria norma individual em desacordo com a norma geral, ou seja, contrariando o conteúdo predeterminado pela norma geral.

O início deste tópico (2.2) se rendeu todas as homenagens e reconhecimento à teoria kelseniana por ter atribuído caráter científico ao direito, bem como, por ser o principal responsável por ordenar o emaranhado normativo, com os pressupostos da unidade, coerência e completude; mas, apesar de seu rigoroso método não se conseguiu eliminar a subjetividade da decisão judicial e este ponto é tratado de forma mais profunda no terceiro capítulo desta dissertação.

Por ora e respondendo a indagação supra: se Kelsen não conseguiu responder todas as perguntas e se não conseguiu “resolver” a subjetividade jurídica, se é que seja possível uma solução, com certeza contribuiu em muito ao estabelecer as bases científicas do direito normativo, bem como, conceitos e princípios que orientam toda uma construção teórica que vem por depois dele.

Assim, termina-se a segunda parte do segundo capítulo que tem por objeto as críticas à Teoria Pura do Direito de Kelsen e, em sequência, se trata do conteúdo da norma (geral) jurídica em Kelsen.

2.3 – O Conteúdo da Norma (Geral) Jurídica

O objeto da ciência jurídica é o direito e o objeto do direito é a norma que compreende uma “*ordem normativa de conduta humana.*”¹⁶¹ “*Norma*’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou,

¹⁶¹ Idem, p. 5.

*especialmente, facultada,*¹⁶² ou seja, o objeto do direito normativo é a ordem de conduta humana que pode ordenar uma conduta, permitir uma conduta ou facultar uma conduta; mas sempre uma conduta humana.

Para Kelsen o direito subjetivo é um reflexo de um dever jurídico imposto pela norma jurídica a alguém e, nesta construção, o direito real é reduzido ao direito pessoal. O direito real é uma relação secundária do sujeito/proprietário com a coisa possuída, sendo que a relação principal é do sujeito/proprietário ter o seu direito respeitado por todos os outros indivíduos; ou seja, todos os demais indivíduos são obrigados a respeitar o direito subjetivo do proprietário.¹⁶³

Kelsen reduz os direitos fundamentais à mera garantia de que à legislação infraconstitucional não viole os referidos direitos, que são chamados por ele de direitos políticos; isto ocorre porque estes direitos não são direitos subjetivos, vale dizer, direitos reflexos de obrigações (dever) de outrem.¹⁶⁴

Entre os direitos políticos são também contados os chamados direitos fundamentais e os direitos de liberdade que as Constituições dos Estados modernos estatuem, enquanto garantem a igualdade perante a lei, a liberdade (isto é, a inviolabilidade) da propriedade, a liberdade da pessoa, a liberdade de opinião - particularmente a liberdade de imprensa - a liberdade de consciência - incluindo a liberdade de religião - a liberdade de associação e reunião, etc. Estas garantias de Direito constitucional não constituem em si direitos subjetivos - quer simples direitos reflexos, quer direitos privados subjetivos em sentido técnico. Elas apresentam-se, na verdade, como proibições de lesar, através de leis (ou decretos com força de lei), a igualdade ou liberdade garantida, quer dizer, como proibições de as anular ou limitar. Mas estas "proibições", no essencial, não consistem no fato de se impor ao órgão legislativo o dever jurídico de não editar tais leis, mas no fato de tais leis, quando sejam postas em vigor, poderem ser de novo anuladas, com fundamento na sua "inconstitucionalidade", num processo especial para tal fim previsto. As garantias constitucionais dos direitos e das liberdades fundamentais são preceitos da Constituição através dos quais é determinado o conteúdo das leis por forma negativa e é previsto um processo em que as leis que não correspondam a estas determinações podem ser anuladas. Na verdade, os chamados direitos e liberdades fundamentais podem ser violados não só através das leis (e dos decretos com força de lei), mas também através dos decretos regulamentares, atos administrativos ou decisões judiciais; quer dizer, também outras normas, tal como aquelas que aparecem na forma de leis (ou de decretos com força de lei), podem ter um conteúdo inconstitucional e, por este fundamento, ser anuladas. Mas também quando essas normas, não sendo postas com base em leis

¹⁶² Idem, p. 6.

¹⁶³ Idem, p. 145/146.

¹⁶⁴ Idem, p 157.

inconstitucionais, são, porém, estabelecidas sem qualquer fundamento legal, podem ser anuladas, já mesmo com base nesta razão formal e não somente por o seu conteúdo contrariar a “proibição” material da Constituição, quer dizer, por ser um conteúdo “proibido” pela Constituição.

O posicionamento acima, afirmado na estática jurídica, também é reafirmado na dinâmica jurídica.¹⁶⁵

O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. É eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis – v.g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade – se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis – chefe do Estado, ministros – ou existe a possibilidade de as atacar e anular.

A indagação é: se a norma (geral e pura) jurídica para é Kelsen é conduta humana que prescreve uma ordem, uma permissão ou uma faculdade, mas sempre uma conduta humana, se o direito subjetivo é o reflexo de um dever jurídico, e se a previsão de direito fundamental como igualdade, liberdade (inviolabilidade) de propriedade, liberdade da pessoa, liberdade de opinião e imprensa, liberdade de religião, liberdade de associação etc, não podem ser reduzido à mera conduta e nem a reflexos de obrigação; estes “direitos políticos” espúrios do ponto de vista do direito puro não teriam força normativa? O que se entende por força normativa ou normatividade?¹⁶⁶ Por

¹⁶⁵ Idem, p. 249.

¹⁶⁶ Hart (*O Conceito de Direito*), que está para a *common law* como Kelsen esta para o direito legislado, afirma que Direito são regras e as dividem em primárias e secundárias, em situação similar à vinculação das normas de Kelsen. Aquelas são as que concebem direitos ou impõem obrigações e estas as que regulam como aquelas são criadas, declaradas legais, modificadas ou revogadas. A regra pode torna-se válida pela vontade do grupo social, através de sua reiterada prática – costume -, pela imposição, através das regras secundárias – leis - ou através dos precedentes. A regra pode ter “*textura aberta*” entendida esta como indeterminação, como nos termos “*preço justo*” ou “*condições de segurança*”.

Os tribunais, quando vão aplicar regras com textura aberta, detêm o poder discricionário de criar direito novo e aplicá-lo *ex post facto*. A técnica a ser empregada pelos tribunais para o caso de regra com textura aberta é a diligência devida (HART. *O Conceito de Direito*, p. 145) ou a razoabilidade. Quanto maior for a abertura da regra maior são os limites da discricionariedade.

Evidente os pontos de contato da teoria de Hart com a teoria de Kelsen. O que este chama de “norma indeterminada” (de forma intencional ou não), aquele chama de regra com “textura aberta”. Ambos sustentam que o órgão julgador a partir da norma/regra geral tem poder de criar/descobrir a norma individual a ser aplicada *ex post facto* e este poder criador/descobridor (vinculante para o segundo e discricionário para o primeiro) está diretamente relacionado com a abertura/indeterminação da norma/regra. Contudo, oferece aquele as técnicas da razoabilidade e diligência a ser empregada nestes casos.

Dworkin, discordando de Hart, expõe sua teoria sobre norma, afirmando que as normas são compostas por *regras, princípios e políticas*:

Acabei de mencionar “princípios, políticas e outros tipos de padrão”. Com muita freqüência, utilizarei o termo ‘princípio’ de maneira genérica, para indicar todo

ora, se trata do conteúdo da norma jurídica, vez que o terceiro capítulo abordará este tema.

Recapitulando a norma jurídica geral, que tem dupla função: delimitar os limites da moldura que está diretamente proporcional com a precisão e univocidade dos termos do enunciado normativo, bem como, que a norma geral pode (ou não), predeterminar o conteúdo da moldura. Mesmo quando a norma geral predetermina o conteúdo da moldura sempre existe uma certa margem de livre criação do magistrado. Contudo, esta predeterminação pode não ser completa como também pode não ocorrer. Mesmo quando a norma geral não

esse conjunto de padrões que não são regras [...] Denomina 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN. *Levando os Direitos à Sério*, p. 36)

A distinção de regras e princípios é: de ordem lógica, de dimensão ou de peso. Kelsen e Hart afirmam que a regra é aplicada no modo de *tudo-ou-nada*, ou seja, ou ela é válida e é aplicada ou ela é inválida e não é aplicada. As regras se submetem as leis da lógica, ou seja: uma regra não pode ser e não ser ao mesmo tempo; se duas regras se contradizem, uma delas é, necessariamente, falsa e, conseqüentemente, inválida. O princípio, apesar de válido, pode não ser aplicado. O embate entre princípios é resolvido com ponderação, sem que qualquer deles perca a validade ou vigência. Os princípios têm maior aplicabilidade nos chamados casos difíceis – *hard cases*.

Os embates jurídicos que se estabelecem entre Hart e Dworkin são: A - se princípios e políticas são direitos (normas) ou não; B - se o órgão julgador tem poder discricionário para criar regras e aplicá-las *ex post facto*.

Os positivistas, não aceitam princípios e política como direito, bem como, sustentam que o órgão julgador tem poder discricionário para criar direito e aplicá-lo *ex post facto*. Os pós-positivistas, com expoente em Dworkin (*idem*, p. 36) sustentam que princípios e políticas, juntamente com as regras, constituem a norma jurídica, assim como o julgador, mesmo em casos difíceis não pode criar direito novo e aplicá-lo *ex post facto*.

Questão que não foi esclarecida por Kelsen e Hart é qual a fonte que o órgão julgador utilizaria para criar a regra nova e aplicá-la *ex post facto*. Se direito é norma/regra e se a norma/regra em casos difíceis é indeterminada/aberta ou inexistente, o órgão julgador só pode se amparar em elementos extrajurídicos. Se os positivistas afirmam que princípios e políticas não são regra e, conseqüentemente, não são direito, constituindo elementos extrajurídicos, então é verdadeiro afirmar que os princípios e políticas são aplicados pelo órgão julgador para criar a suposta *regra nova*, ou, nas palavras de Dworkin:

O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele concluiu ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso. É como se um zoólogo tivesse provado que os peixes não são mamíferos e então concluir que na verdade eles não passam de plantas (*idem*, p. 63).

Dworkin (*idem*, p. 63) não chega a afirmar, mas a conclusão que se pode chegar é que a função criativa do órgão julgador, nos casos difíceis, é justamente transformar os princípios e as políticas em regras, uma vez que, aqueles, não estão prontos para aplicação. A criação de direito novo pelo órgão judiciário e sua aplicação *ex post facto* é ilegal por violar o princípio da reserva legal, bem como contrariar a separação dos Poderes no Estado de Direito. O caso difícil é, justamente, a ausência de regra clara, mas não a ausência do direito, que é constituído por regras, princípios e diretrizes.

predetermina o conteúdo da moldura, não ocorre, para Kelsen, a figura da lacuna, em razão de seu conceito de liberdade negativa, na máxima que *tudo que não é proibido é permitido*.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

[...] Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.¹⁶⁷

[...]

A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo.

Neste ponto importa observar que, quando a norma jurídica individual, a criar pelos tribunais, não está por forma alguma predeterminada numa norma jurídica geral positiva, essa norma jurídica individual é posta como eficácia retroativa.¹⁶⁸

Recapitulando a política jurídica: Kelsen sustenta que quando a liberdade negativa for contrária à política jurídica, o magistrado pode criar direito novo e aplicar retroativamente. Ainda, Kelsen faz o seguinte paralelo: a tarefa de fazer lei (norma geral) justa a partir da Constituição; é a mesma tarefa de fazer sentença (norma individual) justa a partir da lei; e esta tarefa é um problema da política do direito. Ou seja, embora estes “direitos políticos” ou elementos espúrios que não se prestam para determinar os limites da moldura, eles têm a função secundária de informar um critério de “justo” no interior da moldura constitucional na criação da norma geral e na moldura legal na criação da norma individual. Mas como Kelsen deixou bem claro, este elemento é objeto da política do direito e não da Teoria do Direito ou do direito puro:

Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídico, por ser considerado pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada.¹⁶⁹

[...]

A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa

¹⁶⁷ KELSEN. *Teoria pura do Direito*, p. 1.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 272.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 274.

(certa) [...] é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito e também ele e, nesta função, relativamente livre.¹⁷⁰

[...]

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigida ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.¹⁷¹

Por fim da recapitulação, veja-se a decisão judicial (norma individual) ilegal, porque não corresponde a uma norma geral que deveria ser aplicada e que definiria o seu conteúdo. Esta decisão deve ser anulada pelo tribunal superior.¹⁷² Contudo, se a decisão não conforme com a norma geral for criada pelo tribunal de última instância, ela passa a ser, assim, uma norma individual que predetermine (crie) o conteúdo de uma norma geral.¹⁷³

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 jurídica, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral. O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermine o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir.

Disto se pode concluir:

A - o conteúdo da norma jurídica, considerando o caráter puro da norma geral idealizado por Kelsen, ou seja, destituído de qualquer conteúdo moral, político e/ou religioso, é só o comando de conduta; e assim sendo, eles tem dupla função:

- a.1 - precisão dos limites da moldura;
- a.2 - preestabelecer o conteúdo da moldura;

¹⁷⁰ Idem, p 393.

¹⁷¹ Idem, p. 393.

¹⁷² Idem, p. 298.

¹⁷³ Idem, p. 297/298.

B – em função da imprecisão dos termos do enunciado normativo, não univocidade de sentidos, ou falha¹⁷⁴ da norma (geral e pura) jurídica, tem-se:

- b.1 – o não preestabelecimento do conteúdo da moldura (2.3.a.2);
- b.2 – imprecisão ou maior alargamento dos limites da moldura (2.3.a.1);
- b.3 – indefinição dos limites da moldura uma vez que a norma (pura e geral) se limitou a atribuir a competência do órgão julgador;

C – os elementos espúrios do ponto de vista da norma (pura e geral) jurídica, como no exemplo dos “direitos políticos” têm:

- c.1 – função secundária de estabelecer um critério de justiça para a norma legal (moldura constitucional) ou individual (moldura legal) nas situações 2.3.b.1 e 2.3.b.2;
- c.2 – função criadora do direito quando a liberdade negativa colidir com os interesses da política do direito;
- c.3 – função criadora do direito quando o tribunal de última instância negar a vinculação de conteúdo dada pela norma (geral e pura) jurídica.

2.4 - Conclusões Provisórias

Do segundo capítulo se concluiu que:

A – Kelsen é merecedor de grande mérito por ser o principal teórico do ordenamento jurídico, com suas características da unidade, coerência e completitude;

B - embora Kelsen tenha logrado uma teoria objetiva e precisa, graças seu rigoroso método e aos diversos cortes metodológicos, o Direito por ele

¹⁷⁴ Usa-se falha porque Kelsen não aceita a teoria da lacuna.

idealizado não é real e nem preciso;

C – a norma fundamental é mais um corte metodológico de Kelsen;

D – a eficácia da norma jurídica é muito mais que mera condição de validade, porém um aprofundamento aqui foge ao objetivo desta dissertação;

E – a negação da teoria da lacuna é mais um corte metodológico de Kelsen;

F – kelsen não desconhece a influência da natureza (no sentido do direito natural) e da política (em sentido amplo), mas ignorá-los em sua teoria é mais um corte metodológico;

G – interpretar é o ato de aplicação da norma jurídica geral, em seu constante progredir do escalão superior ao escalão inferior, até os limites exteriores moldura da norma individual que é livremente preenchida pelo magistrado; sendo que nenhum critério de interpretação alcança o resultado correto;

H - o conteúdo da norma jurídica, considerando o caráter puro da norma geral idealizado por Kelsen, ou seja, destituído de qualquer conteúdo moral, político e/ou religioso, é só o comando de conduta; e assim sendo, eles têm dupla função:

h.1 - precisar os limites da moldura;

h.2 - preestabelecer o conteúdo da moldura;

I – em função da imprecisão dos termos do enunciado normativo, não univocidade de sentidos, ou falha¹⁷⁵ da norma (geral e pura) jurídica, tem-se:

i.1 – o não preestabelecimento do conteúdo da moldura (2.4.h.2);

i.2 – imprecisão ou maior alargamento dos limites da moldura (2.4.h.1);

¹⁷⁵ Usa-se falha porque Kelsen não aceita a teoria da lacuna.

i.3 – indefinição dos limites da moldura uma vez que a norma (pura e geral) se limitou a atribuir a competência do órgão julgador;

J – os elementos espúrios do ponto de vista da norma (pura e geral) jurídica, como no exemplo dos “direitos políticos” têm:

j.1 – função de estabelecer um critério de justiça para a norma legal (moldura constitucional) ou individual (moldura legal) nas situações 2.4.i.1 e 2.4.i.2;

j.2 – função criadora do direito quando a liberdade negativa colidir com os interesses da política do direito;

j.3 – função criadora do direito quando o tribunal de última instância negar a vinculação de conteúdo dada pela norma (geral e pura) jurídica.

Encerra-se, assim, o segundo capítulo. A resposta à pergunta plantada da normatividade dos “direitos políticos” e/ou dos elementos espúrios da norma (pura e geral) jurídica são tratadas no próximo capítulo que tem por objeto a discricionariedade, a subjetividade e o ativismo jurídico em Kelsen.

CAPÍTULO 3 - A SUBJETIVIDADE, A DISCRICIONARIEDADE E O ATIVISMO EM KELSEN

Descartes foi o precursor da nova ciência, com o rigoroso método como condição da verdade e a cisão entre o sujeito cognoscente e o objeto cognitivo. Hobbes empregou o método desta nova ciência, dissecando o “*todo*” em partes, ordenando e nominando as partes e o recriando artificialmente, nas facetas do Estado e direito positivo no mundo da *res extensa*. Savigny, com seu método e apesar da objetividade da nova ciência, não conseguiu lograr a certeza jurídica na aplicação da lei. Kelsen deu caráter científico à ciência jurídica ao delimitar o método e o objeto; atribuindo as características da unidade, coerência e completitude ao emaranhado normativo, criando o ordenamento jurídico; bem como, descreveu a criação, a recriação e o progredir da norma fundamental à norma geral e desta à norma individual. Mas, não obstante a objetividade e a exatidão de sua teoria, o direito (idealizadamente puro por Kelsen) não consegue alcançar a objetividade e a exatidão na criação da norma individual; logo, transcender a esta teoria com a discussão da subjetividade, da discricionariedade,¹⁷⁶ da arbitrariedade¹⁷⁷ e do ativismo¹⁷⁸ na criação da norma individual tem relevante importância e é, justamente, este o objeto do presente capítulo.

Inicialmente se faz necessária uma importante ressalva: Kelsen não só

¹⁷⁶ Kelsen usa o termo “*discricionária*” somente uma vez em sua obra (KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, p. 205), no item *deveres da pessoa jurídica*, dentro da Estática Jurídica, em sentido completamente diverso de interpretação e/ou aplicação do Direito. Quem usou este termo dentro deste contexto, como poder discricionário do tribunal ao empregar enunciado normativo com palavras de textura aberta foi Hart (HART. *Conceito do Direito*, p. 149) e, uma abordagem neste sentido leva, naturalmente, a mobilização de Dworkin, que estão fora do objeto da presente dissertação. Por tal razão, a construção de um conceito de decisão discricionária restrito a Teoria Pura do Direito de Kelsen é uma construção transcendente de sua própria teoria.

¹⁷⁷ Kelsen usa os termos: “*arbitrário*,” “*arbitrio*” e “*arbitrariedade*” (KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, ps. 19, 191 e 385); totalmente fora do contexto de interpretação/aplicação do Direito. Usa o termo “*arbitrio*” (Idem, p. 275) no sentido de decisão sem parâmetro, quando sustenta a ausência de lacunas no ordenamento jurídico e, neste sentido, será empregado na presente dissertação.

¹⁷⁸ Kelsen não usa o termo *ativismo* ou derivados em nenhum momento de sua obra (idem), e por tal razão, a construção de um conceito de *ativismo* restrito a Teoria Pura do Direito de Kelsen é uma construção transcendente de sua própria teoria.

não tratou destes temas em sua teoria, como também, sua teoria não é uma teoria interpretativa do direito positivo; assim o presente intento tem uma abordagem transcendente de sua teoria. Parte-se do princípio ou pressuposto de que seja possível esta abordagem ou discussão a partir das bases teóricas, vale dizer, princípios e conceitos, kelsenianos. Neste aspecto, se procede um corte metodológico.

O capítulo está organizado em quatro itens: *recapitulando a interpretação em Kelsen; a moldura e os seus limites; o conteúdo da moldura (quando se tem a moldura): o solipsismo, a subjetividade e a objetividade científica; os elementos espúrios da norma geral jurídica como salvação do direito puro.*

3.1 – Recapitulando a interpretação em Kelsen

Já se disse que a teoria kelseniana não é uma teoria de interpretação do direito positivo, mas uma teoria do direito puro de forma geral. Para Kelsen, interpretar “*é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior,*”¹⁷⁹ ou seja, ao interpretar se responde a pergunta sobre qual o conteúdo que se deve dar à norma individual. Mas Kelsen refuta a teoria usual de interpretação que “*quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta;*”¹⁸⁰ ou seja, ele rompe a exegese do positivismo legalista ou antigo, inaugurando um positivismo normativista. Sustenta Kelsen que a determinação da norma geral “*nunca é completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções ... o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação ... um quadro ou moldura a preencher.*”¹⁸¹ A indeterminação da norma geral pode ser intencional ou não e a situação de discrepância de sentidos ocorre

¹⁷⁹ Idem, p. 303.

¹⁸⁰ Idem, p. 391.

¹⁸¹ Idem, p. 388.

quando o magistrado crê que a intenção do legislador não está contida corretamente na intenção da norma e, por tal situação, abandona o sentido da norma para adotar a intenção presumida do legislador como determinante da norma individual.¹⁸²

Então surge a natural questão de saber qual deve ser o critério de escolha de uma das diversas possibilidades, uma vez que somente uma será concretizada na norma individual; contudo, para Kelsen, esta questão é um problema da política do direito e não de conhecimento do direito positivo.¹⁸³

Aqui adentra Kelsen para a distinção entre a função cognitiva e a função criativa/volitiva da norma individual: a função cognitiva do direito positivo vai até os limites externos da moldura; estabelecer o conteúdo da moldura é um ato criativo ou de vontade do magistrado. Contudo, sustenta Kelsen que ainda aqui pode existir uma atividade cognitiva, mas não do direito positivo, porém de outras normas, como as normas moral, as normas de justiça, os juízos de valores sociais etc.¹⁸⁴

Kelsen termina o capítulo afirmando que a interpretação da ciência jurídica, como científica, é puramente cognitiva do sentido da norma; diferentemente da interpretação do órgão aplicador do Direito, que o cria. A interpretação jurídica-científica não tem a função de escolher qualquer das possibilidades dentre as reveladas, vale dizer, criar ao preencher a moldura predeterminada pela norma geral. A função do advogado que postula uma das hipóteses possíveis, defendendo os interesses de seu cliente, ou de um escritor que propõe uma das possibilidades, ou o tribunal que cria ao escolher uma das possibilidades, todos eles sustentando que a possibilidade eleita é a *acertada* ou a *correta*, são problemas jurídico-político e não jurídico-científico.¹⁸⁵

3.2 – A moldura e os seus limites

Na atividade criativa da norma individual se tem duas funções: a

¹⁸² Idem, p. 389.

¹⁸³ Idem, p. 393.

¹⁸⁴ Idem, p. 393.

¹⁸⁵ Idem, ps. 395/396.

primeira função é a cognitiva da norma (pura e geral) jurídica, para se estabelecer os limites externos da moldura; a segunda é a volitiva, para a descoberta do conteúdo interno da moldura.

Obedecendo a ordem cronológica, trata-se das diversas espécies de molduras tratadas por Kelsen.

3.2.1 – A Norma individual no centro da estreita moldura: a decisão vinculante

Quando está(ão) presente(s) a(s) conclusão(ões) 2.4.h.1 e/ou 2.4.h.2, ou seja, quando os limites da moldura são estreitos e/ou a norma (pura e geral) jurídica preestabelece o conteúdo da norma individual, a função volitiva é insignificante ou reduzida à zero, e aí se tem a decisão vinculante. Muitas das vezes, a controversa judicial vai se reduzir a *quaestio facti*. Assim, chama-se de decisão vinculante quando satisfeita(s) a(s) conclusão(ões) 2.4.h.1 e/ou 2.4.h.2 na qual a função volitiva do magistrado é de grau insignificante ou zero.

3.2.2 – A norma individual em qualquer lugar da larga moldura: a decisão discricionária

Quando estão presentes as conclusões 2.4.i.1 e/ou 2.4.i.2, no sentido da norma (pura e geral) jurídica não preestabelecer o conteúdo da moldura e/ou permitir um alargamento dos limites da moldura, onde se tem diversas hipóteses ou possibilidades de preenchimento da norma individual, ou seja, diversas hipóteses igualmente corretas e/ou acertadas do ponto de vista da norma (pura e geral) jurídica; a atuação do juiz tem maior incidência na segunda função, que é a volitiva, e a isto chama-se de decisão discricionária. Ocorre a decisão discricionária quando há diversas possibilidades igualmente válidas de preenchimento da moldura e o magistrado, voluntariamente, escolhe uma possibilidade.

Do ponto de vista da ciência jurídica, qualquer hipótese de preenchimento é igualmente correta, e a norma (geral e pura) não oferece qualquer critério de eleição e/ou correção; sendo que, para a Teoria Pura do

Direito, um critério de justiça é problema da política do direito e, aqui, a ação volitiva pode também ser cognitiva dos elementos estranhos ao direito puro, vale dizer, a política e/ou moral (conclusão 2.4.j.1).

Uma decisão discricionária não é uma decisão vinculante, assim como não é uma decisão ilegal ou arbitrária. Na decisão vinculante o grau de escolha é reduzido ou nulo, vez que os limites da moldura são estreitos e/ou a norma (pura e geral) preestabelece o seu conteúdo.

Frisa-se que decidir discricionariamente não é decidir arbitrariamente. Poder-se-ia argumentar que a ausência de um critério válido de eleição de uma das diversas possibilidades é um arbítrio. Não obstante este argumento, sustenta-se que a decisão não é arbitrária porque todas as hipóteses são, do ponto de vista do direito positivo, igualmente válidas, e decidir por escolha ou opção não é decidir sem critério algum.

3.2.3 – A norma individual fora da moldura (estreita ou larga): a decisão ilegal

Não importa se os limites externos da moldura são estreitos ou largos, bem como, se a norma (pura e geral) preestabelece o conteúdo da moldura, se a decisão está fora da moldura, se tem a decisão é ilegal.

Kelsen define decisão ilegal, a qual ocorre quando o tribunal não aplica à norma individual o conteúdo preestabelecido pela norma (pura) geral. Assim há que estabelecer dois níveis de decisão ilegal. A ilegalidade substancial ocorre quando o conteúdo da norma individual não corresponde com o conteúdo da norma (pura) geral que predetermina o seu conteúdo e, logicamente, que neste caso os limites da moldura são estreitos. Quando a norma (pura) geral não preestabelece o conteúdo, mas só os limites externos da moldura, e a norma individual está fora da moldura, ela é classificada de ilegalidade formal.

Assim, fica mais clara a distinção da decisão ilegal (material/formal) da decisão discricionária. Na decisão discricionária a escolha voluntária do magistrado está restrita a uma das diversas possibilidades igualmente possíveis. Embora a escolha possa ser sem critério, o universo do que se escolhe está restrito a um critério comum, qual seja, os limites da moldura, ao passo que a decisão ilegal está fora da moldura.

3.2.4 – A norma individual sem qualquer moldura: a decisão arbitrária

Quando ocorre a hipótese da conclusão 2.4.i.3, ou seja, quando a norma (pura e geral) jurídica se limita a atribuir somente a competência do órgão julgador sem ter nenhum outro critério para o preenchimento da moldura, bem como, nenhum outro critério para a fixação dos limites da moldura, se tem a decisão arbitrária.

A hipótese aqui é o caso da liberdade negativa, na qual a conduta do agente, que não é proibida pelo direito positivo, é permitida, não como um direito subjetivo (reflexo de um dever), mas como uma impossibilidade do direito positivo de prever todas as condutas humanas.¹⁸⁶ Kelsen sustenta que, não obstante a liberdade negativa, se a dita conduta for contrária à política do tribunal o mesmo pode negar a liberdade e criar direito novo. Emprega-se, aqui, a conclusão 2.4.j.2.

Agora, fica mais clara a distinção das decisões anteriormente vistas: a decisão vinculante está no centro da estreita moldura, sendo que a função volitiva do magistrado é insignificante; na decisão discricionária a função volitiva se restringe a escolher/optar por uma das diversas hipóteses igualmente válidas dentro da moldura; a decisão ilegal está fora da moldura; e a decisão arbitrária é destituída de qualquer critério objetivo, entendendo-se objetivo um elemento informado pela norma (pura e geral) jurídica.

3.2.5 – A norma individual embasada em direitos políticos constitucionais: o ativismo

Na conclusão 2.4.g se viu que a norma (pura e geral) jurídica idealizada por Kelsen é uma conduta humana que ordena, é uma conduta humana que permite, é uma conduta humana que faculta; mas sempre uma conduta humana. No item 2.3 se viu que os direitos e garantias fundamentais das modernas constituições, chamados por Kelsen de “direitos políticos”, não são

¹⁸⁶ Com a teoria da liberdade negativa nega Kelsen a lacuna do direito positivo.

direitos porque não podem ser reduzidos a conduta humana. Estes direitos políticos são, segundo Kelsen, garantias que as normas infraconstitucionais não violem estes direitos, sob pena de inconstitucionalidade. Logo, se pode concluir que, para Kelsen, estes direitos políticos não podem ter força normativa porque não prescrevem conduta humana.¹⁸⁷

Entre os direitos políticos são também contados os chamados direitos fundamentais e os direitos de liberdade que as Constituições dos Estados modernos estatuem, enquanto garantem a igualdade perante a lei, a liberdade (isto é, a inviolabilidade) da propriedade, a liberdade da pessoa, a liberdade de opinião - particularmente a liberdade de imprensa - a liberdade de consciência - incluindo a liberdade de religião - a liberdade de associação e reunião, etc. Estas garantias de Direito constitucional não constituem em si direitos subjetivos - quer simples direitos reflexos, quer direitos privados subjetivos em sentido técnico. Elas apresentam-se, na verdade, como proibições de lesar, através de leis (ou decretos com força de lei), a igualdade ou liberdade garantida, quer dizer, como proibições de as anular ou limitar. Mas estas "proibições", no essencial, não consistem no fato de se impor ao órgão legislativo o dever jurídico de não editar tais leis, mas no fato de tais leis, quando sejam postas em vigor, poderem ser de novo anuladas, com fundamento na sua "inconstitucionalidade", num processo especial para tal fim previsto. As garantias constitucionais dos direitos e das liberdades fundamentais são preceitos da Constituição através dos quais é determinado o conteúdo das leis por forma negativa e é previsto um processo em que as leis que não correspondam a estas determinações podem ser anuladas. Na verdade, os chamados direitos e liberdades fundamentais podem ser violados não só através das leis (e dos decretos com força de lei), mas também através dos decretos regulamentares, atos administrativos ou decisões judiciais; quer dizer, também outras normas, tal como aquelas que aparecem na forma de leis (ou de decretos com força de lei), podem ter um conteúdo inconstitucional e, por este fundamento, ser anuladas. Mas também quando essas normas, não sendo postas com base em leis inconstitucionais, são, porém, estabelecidas sem qualquer fundamento legal, podem ser anuladas, já mesmo com base nesta razão formal e não somente por o seu conteúdo contrariar a "proibição" material da Constituição, quer dizer, por ser um conteúdo "proibido" pela Constituição.

Correto? Nem tanto! Se a lei infraconstitucional (vale dizer, a lei), o decreto administrativo, ou o próprio ato administrativo ou decisão judicial, violarem os "direitos políticos" eles devem ser anulados por inconstitucionalidade. Ora, se num primeiro momento se poderia afirmar que tais direitos políticos não têm força normativa, como poderia, então, com bases neles, anular não só a norma geral infraconstitucional, mas também a decisão judicial e o ato administrativo.

Já em Kelsen se percebe que tais direitos políticos têm certa força normativa embora não sejam entendidos como norma (pura e geral) jurídica. Chama-se, pois, de ativismo jurídico a atribuição de força normativa aos direitos

¹⁸⁷ KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, p 157.

fundamentais chamados por Kelsen de “*direitos políticos*.”

Modernamente já não mais se questiona se os elementos empregados na norma como os direitos e as liberdades fundamentais tenham força normativa. Toda vez que se socorre ao Judiciário para concretizar os ditos direitos se está pretendendo uma decisão ativista. Obviamente, os direitos políticos vão fornecer uma larga moldura decorrente de prováveis colisões destes ditos direitos e, uma decisão ativista traz, assim, uma grande carga de discricionariedade.

3.3 - O conteúdo da moldura (quando se tem a moldura): o solipsismo, a subjetividade e a objetividade científica

Repetindo: a função criativa da norma individual é dupla: a função cognitiva da norma (pura e geral) jurídica que estabelece os limites exteriores da moldura; e, a função volitiva de eleição de uma das possibilidades possíveis. A pergunta que se faz é: na função volitiva se tem uma fonte preestabelecida que, na visão kelseniana, seria espúria (entendendo-se por espúrio um elemento contido na norma que não seja puro, como um valor político e/ou moral); ou se adota um critério subjetivo, vale dizer, solipsista?

Kelsen defendeu que a atividade de vontade pode ter, também, uma função cognitiva não da norma (pura e geral) jurídica, mas da política, da moral, da religião etc. Ressalta-se que a ciência jurídica, para Kelsen, se ocupa só do conhecimento da norma (pura e geral) jurídica, ou seja, ela fica adstrita aos limites externos da moldura, sendo um problema político-jurídico o conteúdo da moldura. A subjetividade, assim, aos olhos da Teoria Pura do Direito, é um problema jurídico-político; como se um corte metodológico pudesse reduzir a importância e a relevância do problema.

A presente dissertação não pretende fundar uma teoria da decisão correta,¹⁸⁸ muito menos contrariar a expressa confissão de Kelsen de que sua teoria não logra a decisão correta, mas estabelecer parâmetros para a discussão

¹⁸⁸ As duas teorias mais importantes da atualidade que defendem a possibilidade de se lograr a decisão correta são: a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy (ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*)¹⁸⁸ e a Teoria do Direito com Integridade do Ronald Dworkin (DWORKIN. *El Império de la Justicia*).

entre a subjetividade, a discricionariedade, a arbitrariedade e o ativismo.

Não obstante o corte metodológico, Kelsen deixa pistas para a discussão da subjetividade, uma vez que sustenta que o órgão julgador “possa” ter a função cognitiva de elementos espúrios. Ainda, defende que um critério de justiça para a norma geral a partir da moldura constitucional, assim como um critério de justiça para a norma individual, a partir da moldura legal, é um problema da política do direito. Por fim, sustenta que os direitos e garantias fundamentais das modernas constituições, que chamou de “direitos políticos”, são garantias que as normas infraconstitucionais não violariam estes direitos sob pena de anulação por inconstitucionalidade.

Logo, se nega que a subjetividade seja eminentemente solipsista; o magistrado deve, até onde seja possível, se socorrer destes elementos normativos espúrios para descobrir, senão o conteúdo da norma individual, pelo menos os limites externos da moldura.

A indagação é: como o magistrado deve proceder para, em negando o solipsismo, até onde seja possível, buscar num elemento espúrio (político/moral) da norma (pura e geral) jurídica um critério ou parâmetro de descoberta do conteúdo da moldura? Ou, ainda, como assegurar que tal critério adotado seja, realmente, um elemento espúrio (moral ou político) da norma pura?

Não é atoa que esta particularidade ou situação é denominada de subjetividade, ante a ausência de um critério objetivo e, se não tem um critério objetivo, não se pode ter objetividade científica; sendo que a única resposta factível é a já dada, ainda que possa ser insatisfatória, no qual o magistrado deve fugir do solipsismo até onde seja possível.

3.4 – Os elementos espúrios da norma geral jurídica como salvação do direito puro

Retornando ao primeiro capítulo, já se repetiu por mais de uma vez que Villey¹⁸⁹ sustenta que o Direito pertence, simultaneamente, ao universo da *res cogitas* e da *res extensa*, e que a divisão cartesiana, qual seja, o isolamento do

¹⁸⁹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 607.

sujeito cognoscente do objeto cognitivo, do ser e do dever-ser, do fato e da norma, quebrou a unidade clássica do Direito.

O método cartesiano que inaugurou a nova ciência fez fortuna, não só nas ciências naturais, mas também nas ciências do espírito que carente, até os dias atuais, de um método próprio, toma por base o método das ciências naturais, tudo em nome da objetividade, da precisão e da exatidão da ciência, como conhecimento infalível.

Neste paradigma, Hobbes fundou, a partir do direito natural, o direito positivo. Ressalta-se que a posição natural de Hobbes não é uma realidade, mas algo idealizado como uma liberdade licenciosa que leva a guerra de todos contra todos. O que se quer dizer é que o direito positivo como um direito artificial, no sentido de direito criado pelo Estado, é ancorado no ideal (e, se ideal também, em certa medida, artificial) direito natural de Hobbes. Este nascente direito positivo impõe dever, e a liberdade como direito, é fruto da razão humana, e aí surge a tensão entre o dever do direito positivo e a liberdade como direito natural.

Assim como Kelsen não fez uma teoria da interpretação, Hobbes não fez uma teoria do direito. Hobbes teve o intento de justificar o Estado Absolutista e, como tal, um direito positivo que impõe dever; ao passo que Kelsen teve no intento de atribuir caráter científico, cientificidade sob as exigências cartesianas, à ciência jurídica, e nisto foi muito feliz e, repita-se, se rende todas as homenagens.

Apegando-se em tudo que pode ser objetivamente demonstrado, Kelsen vê no direito apenas a norma e, como tal, a isola de todo e qualquer realidade que não atenda as exigências científicas, inaugurando sua Teoria Pura do Direito. Já se disse que a teoria logrou a precisão científica, vale dizer, objetividade e exatidão de um direito idealizadamente puro e este foi o preço que Kelsen pagou. Fundou a validade da norma geral em pressuposta norma fundamental pensada e, se numa extremidade a Teoria Pura do Direito foge da realidade, na outra ponta se embaraça na vigência, validade e eficácia da norma geral.

O que é por demais idealizado é, por consequência, infactível, e novamente Kelsen paga o preço de sua idealização, ao efetuar o último corte metodológico, dizendo que o direito normativo cuida somente dos limites externos da moldura, varrendo a vinculação, a discricionariedade, a ilegalidade e o ativismo para debaixo do tapete. O problema maior é que este tapete tem o nome e a

marca do subjetivismo, que luta contra o solipsismo e não logra a objetividade.

Este é o ponto nefrágico da Teoria Pura do Direito: para se negar o subjetivismo do direito puro se deve mobilizar elementos políticos e morais renegados em nome da própria pureza.

Que pureza é esta?

A que presta esta pureza?

Qual objetividade alcançou esta pureza?

Antes Kelsen tivesse ancorado sua teoria em um princípio metafísico que pudesse sustentar não só a norma pura, mas socorrê-la donde ela não desse mais conta.

Kelsen foi tão cego em seu intento de pureza e objetividade que reduziu a norma à conduta humana, como se a lei positiva fosse, apenas, um dever de Hobbes, deslocando o direito subjetivo ao reflexo deste dever; para negar a liberdade como direito natural e, conseqüentemente, negar a lacuna no ordenamento jurídico com a sua teoria da liberdade negativa que nenhuma força tem contra a política-judiciária. Que liberdade negativa garantida pelo direito puro é esta que não vence nenhum elemento espúrio do idealizado direito puro?

Hobbes, que reduz a interpretação, tanto do direito natural, quanto do direito positivo, ao ato de autoridade é, em certa medida, imitada por Kelsen, que no final de sua interpretação, exalta a interpretação autêntica.¹⁹⁰

Mas por diversas vezes se reconheceu e se rendeu homenagem a Kelsen, principalmente por lograr as características da unidade, coerência e completitude do ordenamento jurídico. Se sua teoria não alcançou a objetividade na aplicação do direito não se deve, por isto, lhe atribuir menor importância, vez que Savigny, que teve o intento da teoria da interpretação (conclusão 1.4.e), também não logrou e foi brilhantemente honesto ao afirmar que o Direito não consegue a certeza.

Feitas estas últimas críticas, retorna-se aos objetivos do presente capítulo, que é as possibilidades da discussão científica da subjetividade, discricionariedade e ativismo em Kelsen:

¹⁹⁰ KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, p. 395.

- A – a subjetividade é um ideal que rejeita o solipsismo e que persegue o objetivismo;
- B – a decisão vinculante é aquela que a atividade subjetiva é reduzida ao seu limite, em razão da precisão dos termos empregados no enunciado normativo;
- C – a decisão discricionária é aquela que se escolhe uma das hipóteses igualmente válidas porque todas estão dentro da moldura legal;
- D – a decisão ilegal é aquela que está fora da moldura;
- E – a decisão arbitrária é aquela donde não se tem moldura.
- F – o ativismo é a decisão que busca, sem negar a objetividade no enunciado normativo, a concretização dos direitos fundamentais – moldura constitucional.

CONCLUSÃO

Como dito na introdução, a presente dissertação tem por objeto principal *investigar os limites da objetividade científica do Direito, como ciência positivista*, no referencial teórico da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. A relevância e importância da presente investigação decorre da constatação de que a objetividade científica da ciência moderna, decorrente do rigoroso método como condição da verdade, empregado ao Direito, como ciência normativa, não alcançou esta objetividade, que consistiria na “garantia” da decisão correta, sendo que no juízo jurídico existe grande influência da subjetividade (conclusões 1.4.e, 2.4.b e 2.4.g).

A objetividade científica da nova ciência, também chamada de ciência moderna, foi fundada no século XVII, que mudou a forma de pensar o saber, não de qualquer saber, mas o saber científico, que deve ser objetivo e proporcionar uma utilidade de ordem prática. Esta forma de pensar o saber é caracterizada, basicamente, pelo isolamento do objeto cognitivo e no emprego de um rigoroso método como condição da verdade. Este método visa disciplinar o pensamento humano, vez que, para Descartes, todo ser humano é igual na potência de julgar, e a diversidade de conclusões decorre do fato de que cada qual percorre caminho diferente e é por isto que chegam a conclusões diversas; logo, só um rigoroso método para disciplinar o pensar humano pode proporcionar a unicidade de conclusão, vale dizer, objetividade, ou seja, o método como condição da verdade. Esta nova forma de pensar o saber resultou na dualidade da *res extensa* e a *res cogitans*. A *res extensa* representa o campo da matéria, da natureza; neste universo se aplica ao objeto cognitivo as leis rígidas da natureza, como a física, a química etc, ou seja, é a seara do *ser*. A *res cogitans* representa o campo do pensamento, da razão, ou seja, é o âmbito do *dever-ser*. A unidade clássica da filosofia antiga foi quebrada nesta plataforma cartesiana do saber, e o conhecimento científico foi separado do conhecimento religioso, bem como, das investigações das questões metafísicas das causas iniciais e finais da filosofia. Assim, a ciência não mais se preocupa das questões metafísicas que são *virgens estéreas*, na medida em que nenhuma utilidade prática oferecem à humanidade

no sentido da evolução social e no progresso do conhecimento científico (conclusão 1.4.a).

Este método fez fortuna no conhecimento humano e refletiu, também, no Direito, que só teve duas saídas: ou ser situado no campo do *res cogitans* com um direito racional (jusnaturalismo), no qual a mente humana forja as normas e/ou princípios jurídicos; ou é tratado no âmbito da *res extensa*, como um direito positivo regido pelas leis da mecânica, no qual o Direito é fruto das lutas e vontades sociais. O Direito tratado no âmbito da *res extensa* foi criado por Hobbes como direito positivo no conceito de lei como ato normativo emanado de autoridade competente dotado de sanção, ancorado na renúncia de parte das liberdades como direito racional (jusnaturalista) (conclusão 1.4.b).

Kelsen é merecedor de grande mérito e reconhecimento por organizar o emaranhado normativo formando o ordenamento jurídico pelas características de unidade, coerência e completitude; sendo que a unidade decorre da pressuposta norma fundamental que dá validade à ordem normativa, a coerência decorre das regras de organização do ordenamento jurídico e de seu controle difuso e concentrado de constitucionalidade; e a completitude é atribuída pela tese de ausência de lacuna decorrente do conceito de liberdade negativa (conclusão 2.4.a).

Porém a norma fundamental, como norma pensada, não é posta, mas pressuposta e, como tal, é mais um corte metodológico de Kelsen no seu intento de isolar o objeto cognitivo, vez que a norma jurídica kelseniana está ancorada na idealizada norma fundamental destituída de qualquer conteúdo moral, político e/ou religioso (conclusão 2.4.c); ao passo que a lei civil de Hobbes está ancorada no pacto que é a renúncia coletiva de parte das liberdades como direito natural dos indivíduos (conclusão 1.4.c). Ora, Kelsen não pode ancorar a norma jurídica no direito natural porque, em seu intento científico – na concepção cartesiana de ciência – necessita isolar o objeto cognitivo. Contudo, Kelsen não desconhece a influência que estes elementos têm no Direito, ignorá-los é um corte metodológico (conclusão 2.4.f). Se estes elementos violam a pureza do direito, eles só podem ser elementos espúrios do direito puro (conclusão 2.4.i).

Para Hobbes existe uma natural tensão entre o dever da lei civil e a liberdade como direito natural (conclusão 1.4.c), ao passo que, para Kelsen, o tribunal pode apoiar-se nestes elementos espúrios do direito puro para criar o

direito novo e aplicá-lo retroativamente, violando a tese da liberdade negativa como direito (conclusão 2.4.e). Ora, é evidente que negar a liberdade negativa como direito é mais um corte metodológico.

Para Kelsen, a norma jurídica geral nasce na idealizada norma fundamental e segue isolada da realidade, só a encontrando no momento da aplicação, no qual o *dever-ser* ideal encontra-se com o *ser* como fato real a ser julgado e, neste sentido, o critério da eficácia é muito mais que uma mera condição de validade (conclusão 2.4.d).

Após isolar o objeto cognitivo da ciência jurídica para a Teoria Pura do Direito, Kelsen trata do método deste direito puro consistente na vinculação da norma maior sobre a norma menor até os limites exteriores da moldura, sendo que esta norma pura só concebe comando de conduta e, em muitos casos, tem indeterminação intencional ou não, imprecisões ou falhas, necessitando da interpretação. Hobbes reduziu o ato de interpretar ao ato de aplicar a lei, sendo o magistrado a única autoridade competente para aplicar e, conseqüentemente, a única autoridade competente para interpretar a lei. Ainda, a intenção da lei é reduzida ao sentido literal da lei, que não pode ser outro que não o equitativo (conclusão 1.4.d). A crítica suprema de Savigny, mesmo empregando os cânones lógico, gramatical e histórico, não logra a certeza, vale dizer, a decisão correta. Ainda, o conceito de interpretar de Savigny é o ato de reconstruir o pensamento da lei contido na própria lei; ou seja, nega-se a intenção do legislador (conclusão 1.4.e). Para Kelsen, o ato de interpretar é o ato de aplicar a norma jurídica geral, em seu constante progredir do escalão superior ao escalão inferior até os limites externos da moldura da norma individual que é livremente preenchida pelo magistrado; sendo que nenhum critério de interpretação alcança o resultado correto (conclusão 2.4.g). Portanto, no ato de aplicar/interpretar a norma, para Kelsen, tem duas funções: uma cognitiva do ordenamento jurídico que conduz até os limites exteriores da moldura; e a função de livre criação que não é objeto da ciência do direito, mas da política do direito; expressamente admitindo que nesta função criativa o magistrado pode ter uma tarefa de conhecimento destes elementos renegados – vale dizer, espúrios – do direito puro.

O parâmetro é que a norma geral tem a dupla tarefa: a tarefa de precisar os limites externo da moldura (conclusão 2.4.h.1); e a tarefa de precisar o conteúdo da moldura (conclusão 2.4.h.2); embora sempre fica certa margem de

livre criação do magistrado (conclusão 2.4.g). Contudo, em razão da imprecisão dos termos do enunciado normativo, não univocidade de sentidos, ou falha da norma (geral e pura) jurídica, tem-se o não preestabelecimento do conteúdo da moldura (conclusão 2.4.i.1), a imprecisão ou maior alargamento dos limites da moldura (conclusão 2.4.i.2) ou a indefinição dos limites da moldura uma vez que a norma (pura e geral) se limitou a atribuir a competência do órgão julgador (conclusão 2.4.i.3).

Kelsen não ignora a influência da natureza (como direito natural) ou da política (em sentido amplo) no Direito, mas procedeu um corte metodológico em nome do isolamento do objeto cognitivo como exigência do conhecimento científico (conclusão 2.4.f) e, expressamente, admite que estes elementos espúrios podem ter: a função de estabelecer um critério de justiça para a norma legal (moldura constitucional) ou individual (moldura legal) nas situações das conclusões 2.4.i.1 e 2.4.i.2 (conclusão 2.4.j.1); a função criadora do direito quando a liberdade negativa colidir com os interesses da política do direito (conclusão 2.4.j.2); a função criadora do direito quando o tribunal de última instância negar a vinculação de conteúdo dada pela norma (geral e pura) jurídica (conclusão 2.4.j.3).

Neste horizonte, então, ou o magistrado cria livremente o conteúdo da moldura – quando se tem moldura - em uma decisão solipsista, ou ele conhece (persegue) um parâmetro de justiça nos elementos espúrios do direito puro; vale dizer, só o resgate dos elementos espúrios do direito puro podem mitigar a subjetividade na decisão judicial; ou seja, a linha da subjetividade tem dois extremos: de um lado a decisão solipsista, no outro a decisão objetiva. Portanto, a decisão subjetiva é um ideal que rejeita o solipsismo e que persegue, sem alcançar, o objetivismo (conclusão 3.4.a).

Em razão dos limites externos da moldura conforme o grau de determinação que a norma geral tem sobre a norma individual, pode-se fazer a seguinte classificação: a decisão vinculante é aquela que a atividade subjetiva é reduzida ao seu limite, em razão da precisão dos termos empregados no enunciado normativo (conclusão 3.4.b); a decisão discricionária é aquela que se escolhe uma das hipóteses igualmente válidas porque todas estão dentro da moldura legal (conclusão 3.4.c); a decisão ilegal é aquela que está fora da moldura (conclusão 3.4.c); a decisão arbitrária é aquela donde não se tem

moldura (conclusão 3.4.e); o ativismo é a decisão que busca, sem negar a objetividade no enunciado normativo, a concretização dos direitos fundamentais – moldura constitucional (conclusão 3.4.f).

Retornando à introdução, no último parágrafo se afirmou que a presente dissertação *não é uma tentativa de construir uma tese da decisão correta*, mas como se afirma no primeiro parágrafo, o objeto principal da presente dissertação é *investigar os limites da objetividade científica do Direito, como ciência positivista*, no referencial teórico da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

O conhecimento científico - conforme as exigências do cartesianismo - deve ser objetivo, com o objeto isolado e o método rigoroso como condição da verdade; e estes parâmetros foram devidamente empregados por Kelsen em sua teoria que isolou o objeto cognitivo como um direito normativo puro e o método da vinculação da norma maior sobre a menor. A norma pura como um *dever-ser*, que nasce em uma extremidade na pressuposta norma fundamental destituída de qualquer conteúdo moral, político e/ou religioso, e segue isolada até se embarçar, na outra extremidade, com a efetividade ao se encontrar com o *ser*. A vinculação da norma maior sobre a norma menor no eterno progredir da norma jurídica logra, somente, os limites externos da moldura – quando se tem moldura – da norma individual; ou seja, o objeto isolado e o rigoroso método não logra a verdade como a decisão correta. A teoria kelseniana, então, descreveu cientificamente um direito idealizadamente puro e, por isto, Kelsen faz cortes metodológicos nos dois extremos: em um extremo a norma fundamental é uma cortina de fumaça na verdadeira fonte do direito positivo como o conflito de interesses sociais ou no jusnaturalismo racional; e no outro extremo, os limites externos da moldura – quando se tem moldura – é o limite objetivo possível desta teoria idealizadamente pura.

O conteúdo da moldura, nesta perspectiva, é uma decisão subjetiva. Esta subjetividade pode ser mitigada com a mobilização de elementos não puros, contidos ou não na norma jurídica; vale dizer, os elementos renegados em nome da pureza e da cientificidade do Direito é a única alternativa para se mitigar a subjetividade e se perseguir a objetividade como um ideal científico, ou seja, é evidente a contradição.

O Direito pertence simultaneamente aos domínios da *res extensa* e da *res cogitans* e a subjetividade da decisão só pode ser mitigada com a mobilização de

um ideal que esteja além da norma fundamental e que possa socorrer o direito positivo quando ele não dá mais conta, vale dizer, os limites interiores da moldura. Que ideal é este e como isto é possível? Bem, esta questão está fora do objeto da presente dissertação.

Por fim, respondendo a pergunta principal da presente dissertação, os limites objetivos do discurso científico do Direito, como ciência normativista, na teoria kelseniana, são os limites exteriores da moldura.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** São Paulo: Nova Cultura, 1991.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico.** São Paulo: Conde, 2006.

BONAVIDES, Paulo. MARTINS, Nuria Beloso. RODRIGUES, Saulo Tarso. SILVA, Alexandre Fernandes. **Teoria da Decisão Judicial e Teoria da Justiça: jusfilosofia e novos paradigmas constitucionais.** Curitiba: Juruá, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Elogio de los Jueces.** Buenos Aires: El Foro, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodología Jurídica.** Buenos Aires: El Foro, 2006.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo. Teoria e Casos Práticos.** São Paulo: Madras, 2007.

DESCARTES, René. **Discurso Del Método.** Barcelona: Brontes, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípios.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DWORKIN, Ronald. **El Imperio de la Justicia.** Barcelona: Gedisa, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FULLER, Lon L. **O Caso dos Exploradores de Cavernas**. Porto Alegre: Frabis, 1976.

Jr. HOLMES, Oliver Wendell. **La Senda del Derecho**. Madri: Marcial Pons, 2012.

HART, Herbet L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatán**. Buenos Aires: Libertador, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica de La Razón Pura**. Buenos Aires: Losada, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica de La Razón Práctica**. Buenos Aires: Losada, 2007.

KANT, Immanuel. **Crítica del Juicio**. Buenos Aires: Losada, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KANT, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito: doutrina do direito**. São Paulo: Edipro, 2007.

LOCKE. **Segundo Tratado de Governo**. São Paulo: Martins Claret. 2002

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **¿O que es la Justicia?** Buenos Aires: El Foro, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

OST, Francois. **Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez**. Doxa. n. 14 (1993). ISSN 0214-8876, pp. 169-194, acessado em <<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa1410.pdf>> em data de 05 de fevereiro de 2013.

PLATÓN. **La República**. Buenos Aires: Libertador, 2009.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodología Jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SGARDI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.