

Kelsen e seu mundo-positivista: uma revisão bibliográfica

Kelsen and its world-positive: a literature review

Guilherme Camargo Massaú*

Resumo

O texto visa refletir o pensamento kelseniano com a pretensão de uma revisão bibliográfica. Ainda com este intuito, a exposição realizada no desenvolvimento está calcada mais na visão/interpretação kelseniana por outros autores do que especificamente nos próprios textos do autor, salvo alguns tópicos. Assim busca-se apresentar o mundo-positivista com as concepções jurídicas de Kelsen, ou seja, a análise desse positivismo está atrelada às ideias do austríaco em relação aos institutos jurídicos abordado no texto.

Palavras-chave: Kelsen. Positivismo jurídico. Teoria pura do direito. Ciência Jurídica

Abstract

The text aims to reflect the thinking Kelsenian with the pretense of a literature review. Even with this view, the exhibition held in development is based more on vision and interpretation Kelsenian by other authors of what specifically the author's own texts, except a few topics. So try to present the world-positivist with the legal concepts of Kelsen, namely the analysis of positivism is tied to ideas of the Austrian in relation to legal institutions addressed in the text.

Keywords: Kelsen. Legal positivism. Pure theory of law. Legal science.

* Doutorando em Direito pela Unisinos (Bolsista Capes/Prosup II); Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito de Coimbra/PT.

Introdução

Embora a reflexão sobre o pensamento *kelseniano* seja uma temática muito explorada nas academias jurídicas, tanto em âmbito brasileiro como mundial, a pretensão deste trabalho não reside no esgotamento bibliográfico nem analítico; pelo contrário, constitui mais um quadro informativo com um percurso distinto do desenvolvimento temático corrente na bibliografia consultada. Além disso, ainda com este intuito, a exposição realizada no desenvolvimento está calcada mais na visão/interpretação kelseniana por outros autores do que especificamente nos próprios textos do autor, salvo alguns tópicos. Tal opção foi motivada pela intenção de explorar a bibliografia sobre o tema.

Na exposição da região da *Teoria Pura do Direito*, o esforço é estabelecer, expositivamente, os conceitos principais, além de especificar, diretamente, a origem intelectual do autor. A Wiener Schule, ponto de início e fundamento conceitual, possui influência definitiva na formação do pensamento *kelseniano*. Talvez essa influência tenha sido abalada após o seu período de refúgio nos Estados Unidos da América, embora sua convicção nos objetivos científicos do seu próprio pensamento jurídico hodiernamente causem admiração. Mas essa admiração só torna-se verdadeira quando for bem compreendida sua intenção de pureza lógico-formal, sem levar em consideração o vazio material ocasionador de equívocos na interpretação de sua teoria e do seu objetivo. Portanto, o itinerário expositivo da concepção kelseniana se resume a estabelecer pontos cruciais a fim de possibilitar o entendimento do alicerce da Teoria Pura; então, a crítica a cada elemento exposto não cabe nesse momento.

Cabe destacar que o cientista do Direito tem como objeto exclusivo a norma posta, o que não significa ignorar as conexões de outros fenômenos com o Direito, porém a incidência desses fenômenos deve ser analisada à luz de cada disciplina e sua conexão com o Direito. Daí decorre a neutralidade dos cientistas jurídicos, pois seu objeto é exclusivamente a norma. A negação de juízos de valor adotada não se refere à norma, mas à análise da norma pelo cientista jurídico. A ele não cabe ponderar sobre os juízos de valor objetivados no Direito, apenas se concentrar no conhecimento da norma jurídica. Essa atitude busca imunizar o cientista contra falsas afirmações sobre a verdade da norma, segundo Fábio Ulhoa Coelho (2007, p.1-3). Destarte, o *positivismo jurídico* e o *filosófico* predominaram no Ocidente até o final da Segunda Guerra Mundial, segundo Chaím Perelman (1998, p.91). Por isso, a imperial necessidade de uma passagem panorâmica pela esfera cultural estruturante do pensamento de Kelsen, qual seja: a Wiener Kreis.

1 A região kelseniana

A concepção científica do Direito, sob a influência dos rigores das ciências humanas do século XX (REALE; ANTISERI, 2005, p.869-870), conheceu em Kelsen um dos (ou o nome) mais destacável(eis) dessa corrente (filosófico-)científica. O relevante a ser pontuado está em sua orientação teórica em direção ao estudo científico do Direito. Isso significa destacar, desde agora, a necessidade de se diferenciar o aspecto *ideológico* e o *científico*, pois a atitude de Kelsen não tem o sentido ideológico; ele se concentra no estudo científico do Direito. Portanto, a distinção a ser efetuada nesse sentido leva em consideração o foco do objeto em análise. Em relação à ideologia, o positivismo atenta para a justiça da norma como aspecto da autoridade emanadora e coatora. Em outros termos, a justiça localiza-se nessa autoridade (nesse sentido, o soberano designa o *justo* e o *injusto*), mas não é tarefa própria do cientista jurídico atribuir valores à norma. Ainda em outro sentido, o pensamento *kelseniano* junte-se na validade jurídica que constitui o Direito. Destarte, o problema jurídico é, também, o problema da validade das normas [que consistem em: a) legitimidade da autoridade emanadora da norma; b) vigência da norma; c) compatibilidade da norma com o sistema jurídico]. (REALE; ANTISERI, 2005, p. 910). Isso acarreta o afastamento entre a justiça e a validade, pois a questão da justiça é lançada como problema ético. (REALE; ANTISERI, 2005, p. 909-910)¹.

A Escola de Viena foi, para Kelsen, seu ambiente intelectual de 1919 a 1929. Como professor da Universidade de Viena, teve contato com teóricos *neopositivistas* e *neokantianos*². Encontram-se nessas influências os aportes teóricos do pensador, que fazia a distinção entre “juízo de fato” e “juízo de valor”. Isso devido à falta de condições da ciência para pronunciar juízos de valor. Ela pode compreender as normas valorativas, mas não pode criá-las, pois existe a barreira epistemológica de o conhecimento produzir juízos de valor. A fundamentação do ideal de justiça não abrange o estudo do Direito; o estudo do Direito deve se limitar a responder: “o que é e como é o Direito”. Dessa maneira, o objetivo primacial é conhecer exclusivamente o seu objeto.

Estabelece, claramente, o trabalho da ciência do Direito, porém não implica em renegar a incidência ética no Direito, apenas deixá-la a cargo de outra esfera do conhecimento que não a Ciência Jurídica. (REALE;

¹ Vide: Hans Kelsen (1979, p.3-12). Esse livro também insere a perspectiva diferenciada entre Justiça e Ciência do Direito; justamente, pela finalidade desse texto não cabe inserir outras discussões além das ligadas ao positivismo, mesmo que seja uma obra do austríaco.

² No livro *Das Wesen des Rechts* Zippelius inclui a doutrina de Kelsen no tópico: *Die Rechtstheorien des Neukantianismus* (p. 15). O tópico anterior é denominado: *Die Rechtstheorien des philosophischen Positivismus* (p. 11).

ANTISERI, 2005, p.910). Portanto, num conceito estrito de Direito, o detentor do “poder jurídico” (poder soberano) pode promulgar qualquer proposição, inclusive imoral. Logo, todo conteúdo pode pertencer à norma jurídica, segundo Hans Welzel (2005, p.251-252). Isso fica claro quando se observa o conceito de sanção, pois para ele a ilicitude da ação é verificada quando a ela é designada uma *sanção*. Por conseguinte, o dever jurídico encontra-se no comportamento que evita o ilícito. Nota-se, com isso, a indiferença em relação ao conteúdo da norma; a preocupação está em determinar o momento do lícito e do ilícito, tendo a *sanção* como condição delimitadora.

Em suma, a ciência do Direito não se confunde com o conhecimento da conduta efetiva do Homem, ela não é ciência dos fatos como a sociologia. Os seus objetos são a *norma* e o *ordenamento normativo*, ela é uma *ciência de normas*. Para manter a *pureza* do método e a rigorosidade da ciência, o *pensador austríaco* procura afastar qualquer incidência de objetos estranhos à sua idéia de ciência do Direito, no qual o apoio em fatos, em proposições éticas ou religiosas, em tudo aquilo além da especificidade do seu objeto (as normas) era rechaçado, pois ele não necessita perseguir nenhum fim prático. A tentativa de afastar os interesses manipuladores do Direito como a paixão, a política, a economia, a ideologia [...] possui o caráter de instaurar a ciência jurídica que se satisfaria com a efetiva pureza do método, segundo Karl Larenz (1997, p.93).

2 Que positivismo?

A *Grundnorm*, embora seja a condição de validade das demais normas do ordenamento jurídico, não possui a função de determinar seu conteúdo. Qualquer conteúdo pode ser afirmado como jurídico em face da “neutralidade” de vinculação das demais normas com a *Grundnorm*. Assim, a concepção positivista adquire contornos particulares, pois se restringe ao caráter lógico e formal da expressão do Direito. Por isso, a idéia de positivismo jurídico é distinta daquela do *positivismo filosófico*, segundo Hans Kelsen (1965, p.465). A expressão positivismo, no caso de Kelsen, se refere ao rigor na conquista do conhecimento, atitude assumida pelo Wiener Kreis. Tenham-se em consideração as diversas posturas denominadas positivistas desde Comte, porém, para esse Kreis, o positivismo lógico é a denominação mais adequada. Também é necessário levar em conta as imprecisões da designação na própria esfera da filosofia jurídica, a ponto de Bobbio distinguir três modos de compreendê-lo, segundo Norberto Bobbio (1972, p.103-105). Embora existam distintos posicionamentos e correntes positivistas, é possível atribuir aspectos gerais como a negação de qualquer manifestação jurídica que não advenha do Estado – que faz parte do ordenamento jurídico – e a crença na construção de um

conhecimento científico do fenômeno jurídico. O pensamento *kelseniano* se enquadra nessas generalidades, ainda mais quando ele renuncia à análise do conteúdo valorativo das normas (sua justiça ou injustiça) para salvar a pureza do método científico. (COELHO, 2007, p.18-19).

No *positivismo filosófico* estão compreendidos alguns sentidos da Philosophie e da Wissenschaft, como o dado, o apreensível numa exata descrição do objeto pesquisado ao repudiar o modo transcendental Metaphysik e todo conceito de sobrenatural, de força e de motivo, até mesmo as formas apriorísticas do pensamento. O juristischem Positivismus abrange a teoria do Direito, ao considerar, somente, o direito positivo como „Recht“. As outras ordens sociais são desconsideradas como Direito, inclusive o chamado Naturrecht. A questão é enxergar as condições científicas de uma ordem social, como a do Direito positivo; para tal, a resposta está no conceito de Direito como uma ordem normativa que procura conduzir às denominadas condutas ilegais um ato coativo chamado de sanção – portanto, o Direito é uma ordem normativa (sistema de normas) de coação e sua existência específica está na sua validade. Essa, por sua vez, seja do ordenamento jurídico em geral, seja da norma jurídica isolada, está condicionada ao fato. Os fatos (Seins-Tatsachen) (KELSEN, 1965, p.465) são a condição de validade, mas não a validade, pois ela está no Sollen – a abranger a positividade do Direito. (KELSEN, 1965, p.465).

Na perspectiva histórica da linguagem, a expressão *ius positivum*, aparecida no século XII, foi originalmente empregada para distinguir a norma produzida pelo Homem da norma advinda da divindade. A teoria do Direito, como ciência, não pode conceber um ato de vontade divina revelada por um profeta, sem ser o ato divino observável e reconhecível (questão da validade) enquanto, o interesse na norma jurídica geral, diferente do direito costumeiro, reside num ato humano dirigido pela vontade (validade da fonte que emana a norma); destarte, o ato é um Sein e seu sentido é um Sollen. O regulamento jurídico resulta de uma sociedade e sua divisão funcional do trabalho em órgãos. Numa monarquia absoluta, a função de estabelecer norma jurídica geral é do monarca; numa monarquia constitucional ou num Estado democrático essa função é atributo do legislador, constituído por membros eleitos. As consequências impossibilitam a norma jurídica geral de ser somente lei, a não ser sobre o fundamento de leis a serem executadas, como pré-ordenação dos órgãos do governo ou da administração. Em face disso, a Constituição determina as condições de operacionalidade do ordenamento. (KELSEN, 1965, p.465-466).

O *Gewohnheitsrecht* desenvolve papel principal em comunidades jurídicas primitivas, mas também, em comunidades tecnicamente desenvolvidas, possuindo grande significação. O *Tatbestand* – e a produção

jurídica – do *Gewohnheit* é constituído, na comunidade jurídica, pelo passar de um longo tempo de uma conduta em condições e de maneira igual. Se os Homens coexistem socialmente, através de certo tempo, de certas condições e de certa maneira, resulta dessa constante a vontade particular do indivíduo. Porém essa vontade o orienta na condução de seus atos na comunidade. Está aí o fundamento psicológico do *Gewohnheitsrechts*. Em face disso, esse Direito, como ato de vontade, pode ser destacado como direito positivo no sentido do voluntarismo. (LARENZ, 1997, p.94). Também devido à aplicação do *Gewohnheitsrechts*, que precisa ser efetuada por um órgão competente (*Gerichtsorgan*). Por isso, nessa última instância de aplicação, o *Gewohnheitsrecht* será “criado/trabalhado/produzido” (*schaffen*) pelo órgão competente. Logo, retira-se o puro significado costumeiro desse Direito, pois ele será produzido, como norma individual, por um ato humano. O caráter da norma individual traz à cena uma decisão com base em considerações efetuadas pelo órgão julgador (ou qualquer órgão legitimado a fixar o juízo com natureza normativa) – ao especificar e concretizar a norma geral. (KELSEN, 1965, p. 466).

Em outra perspectiva positivista, além da norma criar outra norma, a palavra “positivo” designa a essência do direito positivo como fato, mas não só, também como a equiparação do Direito à lei. Destaca, sob a cobertura de Adolf Merkel, o primado da vontade no Direito, no caso do discurso do positivismo ou da natureza positiva do Direito. Logo, isso expressa que sua determinação de validade na pretensão inclui a exteriorização de determinadas vontades, independente de as convicções estarem em harmonia. Nem a realidade dessa vontade nem a harmonia com a verdade, a justiça e a opinião estabelecida sobre algo prescindem do acontecimento. Reconhece-se, assim, a eficácia como uma condição de validade, mas não o *Grund* de sua *Geltung*. O jusfilósofo destaca que o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma (superior) determinada anteriormente. A significação da validade do Direito está no *Sollen* e a da eficácia está no *Sein*. A eficácia não é um elemento do conceito de Direito positivo, ela é um dos conceitos do positivismo jurídico, condição postulada pela sua validade. Portanto, ela compreende uma relação essencial entre o Direito e o poder do Estado, pois o positivismo pressupõe a disposição do Estado sobre o Direito, visto existir uma estreita conexão com a soberania estatal, resultando daí a competência da instauração do Direito. A figura do Estado se impõe como uma ordem humana de relações e, como ordem, ela só pode ser ordem jurídica. Logo, seu poder é a eficácia dessa ordem, ele impõe/executa o ato coativo estatuído na ordem jurídica. Porém, se o princípio de que o Direito não vale sem o poder, apresentar uma ordem jurídica ou constituir uma comunidade estatal, o Estado não se qualifica

como soberano. (KELSEN, 1965, p. 466-468).

A consequência principal do positivismo jurídico está em separar o Direito da Moral, ao considerar a Moral parte integrante do Direito Natural – tal Direito não é posto por ato de vontade – que pode ser deduzido da natureza. Todavia, seria possível a aceitação teológica dessa perspectiva, com o manifestar da vontade divina. Mas a separação entre Direito e Moral, naturalmente, não significa somente isso, essa questão se desenvolve em outras direções ao atingir a ideal de justiça. Se o ideal de justiça corresponder ao direito positivo, ao mesmo tempo um outro ideal de justiça pode contradizê-lo (como exemplo: o conflito de valores entre os sistemas do capitalismo liberal e do socialismo). A validade do Direito positivo é independente de sua relação com a Moral em geral e com o ideal de justiça em particular. Assim, como destaca Kelsen, a essência do Direito do positivismo jurídico é inconciliável com a Moral para realizar a idéia de Justiça. Do mesmo modo, é inconciliável o positivismo jurídico com o costume, pois só a norma jurídica pode obrigar. Desse ponto de vista, o positivismo é uma conduta determinada junto a uma obrigação jurídica, ou seja, junto à norma jurídica prescrita está prevista uma sanção. (KELSEN, 1965, p. 468).

Outra consequência do positivismo jurídico é a divisão do funcional trabalho dos órgãos, principalmente ao instituir o órgão que aplica e o que legisla, ou seja, corresponde à exigência político-jurídica da previsibilidade da decisão e, com isso, a exigência ligada à segurança jurídica. Ao estabelecer a legislação e o ordenamento, e a norma jurídica geral publicizada, poderá ela ser aplicada no caso concreto, ou seja, submeter a determinadas consequências (sanções estatuídas na norma jurídica geral) alguém em decorrência de sua conduta. A norma jurídica geral será aplicada por meio da estruturação da norma jurídica individual; tal norma origina-se do julgamento de determinado órgão que interpreta a norma jurídica geral. Porém, é destacável, o que a linguagem humana expressa na norma geral possibilita inúmeras interpretações. Por isso, não é justo considerar o positivismo jurídico como uma teoria que torna o juiz uma máquina produtora de subsunções. Em face disso, a ordem jurídica positiva pode ser aplicada a cada caso concreto por um tribunal. Ainda, se não existir lei ou costume produtor de norma válida, constitui um dever jurídico indeferir a acusação ou absolver o acusado, e essa decisão é uma aplicação jurídica. Nesse sentido, não existe lacuna no Direito. (KELSEN, 1965, p.468).

O positivismo não conduz, como acentua Kelsen, ao falar de Radbruch, à substituição da filosofia jurídica por uma teoria geral do Direito, na realidade elas dividem tarefas. Assim, a teoria geral descreve o Direito positivo sem valoração – como ele é e não como ele deve ser –,

não significando que o Direito não tenha nada de valor. A norma jurídica prescreve uma conduta devida, um valor específico do Direito. Os juízos de uma conduta legal ou ilegal são juízos valorativos, mas quando a teoria geral do Direito analisa a função valorativo-constitutiva da norma jurídica, ela não valoriza essa função. A valoração de como o Direito deve ser, o que é o Direito correto, justo, está reservada à Filosofia do Direito, que desempenha essa função com a política jurídica, embora tenham ideais distintas de justiça. Em decorrência disso, podem advir resultados diferentes. (KELSEN, 1965, p.468-469).

A distinção kantiana: Em primeiro lugar, a acepção de dever jurídico em Kelsen está ligada à norma jurídica positiva que impõe o comportamento ao indivíduo por estabelecer uma sanção. Logo, não existe implicado nenhum valor moral. Porém, a palavra dever encontra-se associada na língua alemã à Kant e representa um valor moral absoluto. Junto a essa transformação conceitual, existem outras; o ponto principal é a tendência dele em transformar todos os elementos que recaem no campo jurídico em conceitos jurídicos. Isso significa alterar, pelo menos juridicamente, determinadas noções advindas de distintos campos do conhecimento humano. Tais noções só serão entendidas por meio do expediente artificial criado pelo conhecimento jurídico. Sem tal expediente, a pretensão de pureza da ciência não pode ser realizada. (LARENZ, 1997, p.102-103).

A distinção kantiana é ponto imperial de compreensão do pensamento de Kelsen. Sem ela, não se pode chegar até a sua concepção de Direito, sendo essa diferença categorial (ZIPPELIUS, 1973, p.21) o fundamento (Grundlage). Portanto, é marcante a distinção entre os métodos da ciência natural e da ciência do espírito. Está na distinção kantiana o corte epistemológico do positivismo kelseniano para os demais, pois o Direito não se encontra no simples empirismo do nexos causal. O jusfilósofo transcende a causalidade para impregnar cientificamente a esfera jurídica de outro modo. A distinção kantiana está na dicotomia Sein/Sollen. Isso significa a separação entre distintos fenômenos. O Sein carrega em si fenômenos naturais, mantendo o nexos causal de causa e de consequência. O enunciado de Sein descreve um fato realmente verificado, a passo de o enunciado ser correto somente quando concorda com os fatos. Porém, o Direito consiste em fenômenos de Sollen, baseados em enunciações jurídicas que têm juízos de nexos entre acontecimentos. Tais enunciações podem não corresponder ao fato acontecido, mas precisam, sim, indicar um fato que deve verificar-se ou não. Isso implica compreender a prescrição de um fato que deve ocorrer e não a descrição de um fato ocorrido. São duas formas de observação a não serem confundidas; o Sollen é definido como uma categoria lógico-formal. (LARENZ, 1997, p.92 e 100). O princípio

da imputação, assim denominado por Kelsen, orienta a conexão entre os fenômenos. Desse modo, dá-se a diferenciação da lei natural e da norma jurídica.

Pelo caráter coercitivo do Direito, a norma jurídica possui a seguinte estrutura: enunciado de um acontecimento ilícito A; deve incidir nele um acontecimento sancionatório B. Tal estrutura normativa demonstra um nexo entre o ilícito e a sanção, de imputação/atribuição estabelecida por uma vontade, querida pelo Estado – o Direito é considerado uma técnica social de organização da força. Pelo contrário, o nexo da lei natural seria o causal entre os fenômenos, e não dependeria da vontade de ninguém atribuir consequências, mas, simplesmente, descrevê-las. Portanto, a sanção à conduta considerada ilícita é condição e não causalidade; a sanção B não é causa do ilícito A, pois se assim a vontade não desejasse, não haveria sanção ou não seria ilícita a conduta A. O ilícito não se configura em negação do Direito, ele apenas é considerado como tal por estar vinculado com ele, um ato de coerção – não existe qualquer valoração intrínseca. Em face disso, causa (válida para a lei natural) é substituída pela condição, por isso, Kelsen classifica o Direito como ciência normativa. (REALE; ANTISERI, 2005, p.910-911).

3 Forma do sistema

Para não retroceder/regressar ao infinito nem ter de recorrer à metafísica, Kelsen convoca um dispositivo lógico para blindar seu sistema e atribuir validade a todas as demais normas constituintes do ordenamento – inclusive a Constituição – e unidade ao sistema, por ele denominado de *Grundnorm*. Essa norma não é positiva, ela é pensada e seu caráter é jurídico na medida da sua relevância funcional, pois confere validade a todo o ordenamento jurídico. A *Grundnorm* é pressuposta (e não posta); assim pode-se remontar à “primeira Constituição” (estabelecida por um assembléia ou usurpador qualquer). (REALE; ANTISERI, 2005, p. 912). A primeira Constituição histórica é um recurso capaz de determinar o início da ordem jurídica apenas a partir das normas positivas, não significa refazer a História do Direito até os primórdios. (COELHO, 2007, p.15). Ela é o epistemológico fundamento lógico-transcendental de validade; é ontológica por ser fundamento de validade do ordenamento. Para o delineamento científico-positivista do Direito, esse mecanismo hipotético, segundo Luis Fernando Barzotto (2007, p.38-39) do positivismo *kelseniano* não pode ser a ordem jurídica e constitucional eficaz, mas ela pode advir de uma legitimação normológica e geral, não do Direito eficaz, pois a eficácia e o fato não são normativos, são apenas soziologischer Tatbestand, segundo Reinhold Zippelius (1973, p.22-23). A validade deve ser pressuposta, sendo

essa norma pensada com o sentido objetivo de um deve ser calcado em ato de vontade imaginário. (BARZOTTO, 2007, p.39)³.

Além do mais, o sistema jurídico é considerado um sistema dinâmico, ao contrário do caráter estático do sistema formal, ou seja, as normas reguladoras da conduta humana. A dinâmica do sistema está localizada na possibilidade de a autoridade (legislativo, executivo, judiciário...) exercer com certa liberdade as suas prerrogativas, mas é preciso levar em consideração a impossibilidade de sair dos limites fixados pelas normas superiores até culminar na *Grundnorm*. Portanto, a norma fundamental estabelece uma espécie de moldura para ter suas delimitações observadas, além de atribuir validade às demais normas. Ou seja, ela é o início da dinâmica do processo de produção normativa ao se fixar como último ponto referencial na interpretação do sentido do Sollen e na criação de normas com os respectivos atos de vontade objetivados. (PERELMAN, 1998, p.92). Por fim, a *Grundnorm* exerce a função atribuidora de força vinculante à Constituição; tal efeito se estende às demais normas criadas de acordo com o processo constitucionalmente previsto.

O ordenamento jurídico parte da noção básica da inexistência de normas isoladas. A norma jurídica encontra-se acompanhada de outras normas, e o conjunto de normas forma um sistema. Porém, elas não estão dispostas desordenadamente no pensamento *kelseniano*, mas estão organizadas em forma hierárquica decrescente, de acordo com a lógica de produção (coerência formal) de normas. Inicia-se na *Grundnorm* até atingir as normas emanadas do órgão aplicador – sua forma é “piramidal”. O sistema *kelseniano* é independente de qualquer outro sistema; nele, somente o sistema jurídico pode criar normas jurídicas, sendo a fonte do Direito incontornavelmente jurídica. A organização do ordenamento jurídico, após a noção topológica, é de simples sobreposição; a *Grundnorm* estabelece o fundamento de validade às demais normas do sistema; assim, as normas inferiores devem estar em conformidade com as superiores. No entanto, aqui cabe a questão do conflito entre normas de graus distintos. A princípio, essas questões se resolveriam facilmente ao estabelecer o nexo de autoridade hierárquica – uma norma só pode existir nos termos da norma superior – mas a questão em voga se refere à norma estabelecida fora da competência por um órgão autorizado a produzi-la. (BARZOTTO, 2007,

³ Na obra póstuma (*Allgemeine Theorie der Normen*) o autor reavalia sua posição em relação ao caráter hipotético da *Grundnorm*, ela seria uma ficção, pois contraria a realidade e, até mesmo, se contraditaria. A norma pensada parte da contradição à realidade normativa, nela não existe nenhum ato de vontade, portanto, não existe como norma. (COELHO, 2007, p. 15-16).

p.40-41).

O caso apresenta uma norma inválida, porém a invalidade representa uma contradição, pois uma norma para ser inválida precisa ser reconhecida como tal. Logo, validade e existência, ao se equipararem no pensamento *kelseniano*, produzem uma contradição; a norma “inválida” nem seria de fato norma jurídica, por não estar de acordo com a norma superior. Para Kelsen, a anulação de uma norma jurídica pelo ordenamento permite a validade dela objetivamente, portanto, admite-a como uma norma em conformidade ao Direito. Para tal análise, o pensador da *Reine Rechtslehre* se aterá a dois casos que contrariam normas superiores: a sentença ilegal e a lei inconstitucional. Em relação à sentença, a hipótese a ser tratada é a norma individual disforme com o conteúdo da norma geral (KELSEN, 1965, p.465 - 466) e/ou com o procedimento pelo qual deveria ter sido confeccionada. Essa constatação não pode ser efetuada por qualquer pessoa ou órgão jurídico. Se qualquer um pudesse constatar o mecanismo de vinculação de normas ao sistema, este estaria prejudicado. Por isso, ao visualizar o direito estatal, encontra-se um tribunal superior competente, dentre outras coisas, para avaliar as questões suscitadas pelo descompasso de uma sentença ilegal.

Isso indica a permanente possibilidade de anulabilidade da sentença até o momento da decisão do tribunal. Nesse caso, o ordenamento, ao não prever outra instância de julgamento ou de reforma, tornará a decisão do tribunal definitiva (irreformável) – e considerada norma válida –, estando ela em conformidade ou desconformidade com o conteúdo ou com o procedimento da norma geral. Em tal situação, ter-se-á uma norma individual em descompasso com a norma geral, ou seja, a ferir-la. Essa questão é contornada da seguinte forma: os órgãos de primeira e de segunda instâncias estão autorizados a sentenciar conforme o conteúdo predeterminado na norma geral ou conforme um conteúdo determinado por esses órgãos. A diferença entre a decisão da primeira e a da segunda instância, localiza-se na possibilidade de anular a decisão da instância inferior. Essa faculdade de decidir conforme regra prescrita e a autodeterminação desses órgãos ao estabelecerem a regra individual devem se encontrar em norma geral preexistente às suas produções, que regulam essa alternativa de decisão. Portanto, essa faculdade do órgão julgador tem origem no próprio ordenamento jurídico. Logo, a norma a ser considerada é a norma facultativa dessa possibilidade e não a norma geral a ser aplicada. (BARZOTTO, 2007, p.41-42).

A Constituição é o fundamento de validade da lei, por isso, a lei qualificada de inconstitucional é inválida e, em último grau argumentativo, ela é inexistente. Por ser inexistente, o ordenamento jurídico não pode

atribuir sentido a ela ao considerá-la como lei que esteja em conflito com a Constituição, pois lei ela não pode ser. A “lei inconstitucional” possui essa referência por se tratar de uma norma passível de ser anulada por procedimento especial. Enquanto isso não ocorrer, ela será considerada válida, logo, não pode ser tomada por inconstitucional. A anulação de tal lei não pode ser feita por qualquer órgão, sob pena de extinguir a vinculação normativa do ordenamento. Por conseguinte, a avaliação e a decisão de anular a lei por inconstitucionalidade devem ser delegadas a um órgão especial (legislativo ou judicial). Aqui cabe, também, a alternativa concedida pela norma superior aos órgãos de seguirem ou não normas prescritas. Tanto o legislativo como o judiciário podem, conforme a faculdade existente, estabelecerem normas contrárias às normas superiores desde que estejam respaldados por uma outra norma que lhes faculte agir. Assim, o legislativo pode criar normas contrárias às normas superiores, como o judiciário pode deixar de aplicar normas prescritas e admitir normas elaboradas por algum poder usurpador. Para tal problemática, é necessário considerar a dimensão da validade. (BARZOTTO, 2007, p 42-44).

Nota-se com tudo isso, que o ordenamento jurídico possui graus de abertura determinados por normas e não pela hierarquia, pois essa não necessariamente precisa ser observada. É notável quando se examina a admissibilidade de decisão em desconformidade à norma geral, mas em conformidade com outra norma hierarquicamente superior à norma geral. As lacunas que podem ser invocadas no âmbito da completude do sistema jurídico, não são consideradas pertinentes à lógica do sistema. A impossibilidade de existência se refere à norma geral de permissão de condutas – o que não está proibido está permitido. Por logicidade, essa regra monta uma estrutura jurídica sem ausência de espaços. (COELHO, 2007, p.37-40).

4 Norma jurídica

Para Kelsen delimitar os fenômenos jurídicos e, por conseguinte, alcançar o conceito de Direito, ele perscruta a idéia de norma. Diante das correntes jurídicas existentes, o pensador acabou por questionar a essência do fenômeno jurídico: social ou natural. Destarte, existe o reconhecimento dos fatos jurídicos possuírem aspectos naturais, ao serem localizados no espaço e no tempo e captáveis pelos sentidos. Porém, não se pode ficar restrito à natureza, também existe um elemento incapaz de ser captado pelos sentidos, o significado atribuído pelo Homem ao fato/ato. A questão, nesse ponto, está em tornar objetivo o sentido subjetivo do fato ou ato de vontade. Somente então, se pode se expressar em termos jurídicos, ou seja, quando juridicamente uma norma prescreva o fato/ato e o muna com efeitos

jurídicos. Sem essa conjugação, a pena capital e o assassinato seriam indistinguíveis. Aqui se insere, objetivamente, o Sollen ao orientar uma prescrição ou permissão intencionalmente dirigida ao comportamento de outrem. Portanto, Sollen possui a parte subjetiva de qualquer ato designado ao comportamento de outrem. A norma indica o modo como alguém deve comportar-se – ela se formará na coincidência do sentido subjetivo (Sollen) com o objetivo (Tatsache). Essa coincidência dá-se: a) quando um comportamento é considerado obrigatório por um terceiro estranho à relação entre o autor do ato de vontade e seu destinatário; b) quando o querer deixa de existir, mas o sentido de dever ser subsiste; c) quando o ato de vontade e seu sentido são desconhecidos pelo destinatário e, mesmo assim, ele sente-se obrigado ou autorizado a comportar-se conforme prescrito no ato de vontade. (BARZOTTO, 2007, p.31-34).

No entanto, essas considerações sobre a norma não bastam para defini-la e distingui-la como moral ou jurídica. Então, para resolver essa questão, Kelsen adiciona o elemento coercitivo ao conceito de Direito e, com isso, realiza (ou tenta) a distinção de qualquer outro ordenamento social. No intento de afirmar a coerção como elemento do Direito, ele convoca a concepção invariável de Direito em outros idiomas para designar um conjunto de normas reguladoras de atos de coerção. Percebe-se que, para ele, o Direito consiste em um sistema (ordenamento) de normas jurídicas. (BARZOTTO, 2007, p. 34). Em suma, a norma jurídica possui uma dicotomia inerente à sua natureza; por um lado ela estabelece uma determinada conduta que deve ser (Soll-en) observada pelo indivíduo, mas, por outro, exige a atividade sancionatória de outro indivíduo no caso da não-observância da conduta prescrita. Assim se apresenta uma estrutura possuidora de um fato descrito em norma ligado deonticamente a um ato de coação. (REALE; ANTISERI, 2005, p. 911). Portanto, chega-se à necessidade de ter-se outra norma autorizando/impondo ao outro indivíduo que aplique a sanção. Mesmo aquelas normas que não estatuem sanção, são consideradas dependentes das normas sancionatórias. (COELHO, 2007, p.28-29).

A diferença entre Rechtsnorm (norma jurídica) e Rechtssatz (proposição jurídica) efetuada por Kelsen buscou diferenciar a atividade do aplicador daquela desenvolvida pelo cientista do Direito. Aqui ocorre o corte epistemológico das resultantes da atividade, ou seja, se por um lado o cientista desenvolve descrições do objeto, por outro o aplicador (autoridade prática) estabelecerá prescrições a serem concretizadas externamente ao enunciado. Ao restringir o ponto de análise, pode-se traçar a seguinte diferença: a Rechtsnorm possui a função de prescrever a sanção a ser aplicada ao agente do comportamento ilícito; a Rechtssatz consiste no juízo

hipotético descrito na lei a ser aplicada. O cerne fundante da questão gira em torno do conteúdo: uma tem o caráter descritivo (*Rechtssatz*) e outra possui o caráter prescritivo (*Rechtsnorm*), sendo a primeira decorrente do ato de conhecimento e a segunda, do ato de vontade. A *Rechtsnorm* só pode ser qualificada de válida ou inválida e a *Rechtssatz*, conforme a fidelidade ou não da hipótese descritiva, pode ser verdadeira ou falsa. (KELSEN, 1959/1960, p.5). Porém, existe o diferencial de organização do sistema jurídico. A *Rechtsnorm*, como um conjunto em vigor, não possui lógica interna, bastando às autoridades, de acordo com sua vontade e competência, estabelecerem as normas. No entanto, a logicidade internormativa somente é admissível por meio da *Rechtssatz*, pois não podem ser consideradas válidas duas descrições normativas simultaneamente contraditórias. (COELHO, 2007, p.9-10).

5 A validade: “onde fica” a eficácia?

O conceito de validade possui relevância para a compreensão do sistema *kelseniano*, ao se deparar com quatro sentidos, não-excludentes de validade. Ao empregar o conceito de validade, Kelsen traça o sistema jurídico separado do fato e da moral; logo, a distinção entre os sentidos de validade necessita ser destacada no sentido de pontuar essa questão. Primeiramente, o termo validade funde-se na existência específica da norma, diferenciando-a dos fenômenos naturais, pois na sua acepção a norma é um ato de vontade objetivado. A objetivação do ato de vontade é a fuga da dimensão fática (espaço temporal) do elemento psicológico, pois a norma continua a existir mesmo após o ato de vontade ter-se extinguido ou a pessoa, emanadora de tal ato, poder dirigir-se com sua vontade a outros objetos; assim mesmo a norma não perde sua validade. Num segundo sentido, a idéia de validade está conectada com a concepção de ordenamento jurídico, porque ao não existirem normas isoladas, a validade indica o pertencimento de uma norma ao ordenamento, ou seja, a norma é válida pelo fato de pertencer ao ordenamento jurídico. (BARZOTTO, 2007, p.34-35).

O terceiro sentido está na atribuição de validade à norma criada de acordo com outra norma; logo, conforme a maneira prevista no sistema. Dessa forma, o fundamento de validade da última norma se encontra na primeira e assim sucessivamente. A validade, aqui, consiste numa relação entre normas, uma ocupando a posição superior e outra, a posição inferior no sistema. O alicerce dessa validade se encontra em conformidade com dois princípios estruturantes do sistema: princípio estático e princípio dinâmico. O que diz respeito à norma jurídica é o princípio dinâmico, isso devido à validade da norma não estar vinculada aos preceitos éticos

(metafísicos), mas simplesmente dependente da validade da norma superior e da competência da autoridade produtora. No quarto sentido, a validade afivela a máscara da obrigatoriedade, quando a norma válida se reportar ao comportamento de alguém, significando um comportamento obrigatório, daí a distinção da ordem jurídica de outra ordem qualquer. Em face de tudo isso, percebe-se que a validade de uma norma calca uma obrigatoriedade, advém de uma norma superior, cujo fundamento último é a *Grundnorm*, e se localiza no ordenamento jurídico. (BARZOTTO, 2007, p.35-37).

Ao qualificar a validade como qualidade do próprio Direito, cabe saltar para a questão da eficácia – esta palavra é utilizada pelo autor com referência à norma ou ordenamento jurídico, não à conduta. Assim se entrelaçam, numa relação, a validade e a eficácia, e a essa relação corresponde, segundo Kelsen, um dos problemas mais importantes e difíceis da teoria positivista do Direito, segundo Hans Kelsen (1998, p.235). Pode se destacar a eficácia como atributo da conduta do homem, pelo próprio significado da efetiva obediência e aplicação da norma jurídica. Por isso, ela não é um atributo próprio do Direito. Ao vincular ao comportamento, Kelsen discerne o fato de a eficácia da norma singular ser determinada pela ação dos tribunais ou pela observação dos próprios indivíduos. Com isso ele evita a redução somente à aplicação da norma pelos tribunais ao ressaltar o objetivo das normas sancionatórias de evitar o delito. Ainda, a determinação da validade de uma norma individual depende condicionalmente da eficácia de todo o ordenamento jurídico, sendo que a fixação positiva em conjunto com a eficácia se torna condição de validade, por meio da *Grundnorm*. (Kelsen, 1998, p. 236). A eficácia estabelece a juridicidade de um ordenamento. Ocorre que, ao se pressupor uma *Grundnorm*, ao se dar a eficácia contínua e ao se objetivar as normas do ordenamento, necessariamente se reconhecerá essa totalidade, contendo qualquer conteúdo e proveniente de qualquer origem do ordenamento jurídico. (BARZOTTO, 2007, p. 44-47). Se o ordenamento se tornar ineficaz, ele perde a sua sustentação válida por não apresentar mais uma *Grundnorm*, posto que a *Grundnorm* refere-se aos ordenamentos coercitivamente eficazes. (BARZOTTO, 2007, p.49).

No entanto, a questão da eficácia, ponto crítico do positivismo *kelseniano*, é reconduzida à cena no momento da análise do Estado, aqui considerado como conjunto de normas. Consequentemente, o povo, o território e o poder são transformados em elementos normativos. (LARENZ, 1997, p.103-104). O relevante à eficácia é o elemento *Staatsgewalt*, cujo caráter é normativo. Sua força consiste no emprego, em consonância ao ordenamento jurídico, de aparatos coativos com a finalidade de realizar o comando da norma. Esse *Gewalt* nada mais é do que a eficácia em outra condição. Contudo, o admirável são as conexões efetuadas a partir

da tentativa de localizar a vigência (específica existência do Direito), pois na determinação da vigência não se pode abstrair a realidade; também não é admissível identificar a vigência com a realidade. Porém, ao se colocar no lugar do conceito de realidade (a do ordenamento jurídico) o conceito de poder, o problema entre validade e eficácia se confunde com a relação existente entre Direito e força. Isso levou o autor a estabelecer a necessidade existencial do elemento força no Direito, no entanto, ele não se confunde com ela. (KELSEN, 1998, p.238). Sem dúvida, a definição do Direito absorve o conceito de eficácia e nesse momento, há a introdução do aspecto fático no conceito de Direito. (BARZOTTO, 2007, p.48).

A eficácia não se relaciona com a validade somente no patamar do ordenamento, também existe a relação no nível das normas singulares. Essas normas, primeiramente, estão vinculadas ao ordenamento; assim, tendo o ordenamento perdido sua eficácia, elas perderão sua validade. Agora a questão se focaliza em relação à norma singular. A *Reine Rechtslehre* aponta uma posição intermediária entre o *Sollen* e o *Sein*, da validade e da eficácia em termos mais restritos. Busca despolarizar essa relação do puro idealismo do *Sollen* e do puro realismo do *Sein*. O combate ao idealismo deu-se quando Kelsen associou a validade à eficácia da *Grundnorm*. Somado a isso, o autor também vincula a norma, contida no plano do *Sollen*, aos atos pertencentes ao plano do *Sein* – atos de instituição da norma.

Outro combate efetuado direciona-se ao realismo. Esse consiste em salientar a perda de sentido da validade e da eficácia quando existe a identificação de ambos, pois ao vincular a validade com a eficácia está-se a confundir dois conceitos numa só expressão. Sob o domínio do realismo da eficácia, toda norma eficaz seria norma jurídica. Deixaria de existir o critério de distinção entre norma jurídica e norma antijurídica. O ataque também é desferido no grau da característica normativa do Direito, pela referência de o Direito regular (*Sollen*) uma conduta, o que não se confunde com algo que não é, mas poderá ser. No mesmo sentido argumentativo, o pensador invoca algumas circunstâncias para sustentar sua tese contra o realismo: a) a validade da norma permanece mesmo que ela tenha sido violada; b) a norma recém-promulgada é considerada válida mesmo antes de ser testada sua eficácia. (BARZOTTO, 2007, p.49-51).

O espaço construído por Kelsen entre o idealismo e o realismo merece considerações a fim de não confundir algumas noções. A eficácia vai determinar a validade da norma; se não possuir, minimamente, uma determinada medida de eficácia em tempo e espaço algum, não pode ser considerada válida. Cabe a distinção entre a condição de validade e o fundamento de validade. O segundo consiste em outra norma superior, tendo no ápice a *Grundnorm*. O primeiro refere-se ao ato efetivo de

estatuição (eficácia), mas para manter sua existência, necessita ser eficaz. Por conseguinte, a condição de validade é a eficácia e a estatuição, ao passo que o fundamento de validade é outra norma. O fundamento de validade depara-se com uma norma superior (como base a *Grundnorm*) e ele produzirá a norma válida. A condição de validade clama pela eficácia e pela estatuição, pois a primeira fornece a energia “concretizadora” da norma e a segunda produz o ato criador (o fato). (BARZOTTO, 2007, p.52).

A validade é atingida pela falta de eficácia que Kelsen denominou de desuetudo – costume negativo. O desuetudo possui uma função particular: extinguir a validade de uma norma. Aqui se percebe uma fenda na lógica do pensador, pois, segundo ele, se o costume não estiver previsto na Constituição como produtor de normas, as normas produzidas por ele devem ser consideradas inválidas juridicamente. Porém há exceção a essa lógica, como sustenta o próprio autor, se ao considerar a não-autorização do costume como fonte normativa pela Constituição, mesmos assim houver a aplicação do costume, embora ele revogue a norma legislada, por parte dos órgãos jurídicos, então é necessário admitir o costume como fonte de Direito na pressuposição da *Grundnorm*. Ainda, se a Constituição proibir normas consuetudinárias, essa vedação não possuirá efeitos jurídicos, pelo fato da não-submissão do costume à Constituição. Com isso o costume pode contrariar normativamente a Constituição. No entanto, o pensador busca a noção de costume inconstitucional como mecanismo válido para a *Grundnorm*. O ponto essencial é: a eficácia possui força para qualificar qualquer norma como válida, desde que a *Grundnorm* viabilize isso. (BARZOTTO, 2007, p.53-55).

As antinomias são discutidas entre normas conflitantes de um mesmo patamar e normas conflitantes de patamares hierárquicos distintos. Para o conflito normativo no mesmo nível hierárquico, cabe a regra da *lex posterior derogat priori*. No entanto, existe a hipótese das normas antinômicas serem editadas simultaneamente e, para isso, existem duas vias na *Reine Rechtslehre*: admite-se a validade de ambas as normas e deixa-se ao aplicador do Direito a opção; a segunda é a tentativa de compatibilização de validades, ou seja, cada norma terá sua contradição com a outra amenizada. Se não for possível solucionar a antinomia com uma dessas duas vias, considera-se a ausência de norma válida. Mas, em sua *Allgemeine Theorie der Normen*, Kelsen tende a admitir a validade de ambas as normas gerais.

Mas a face do conflito de normas de distintas hierarquias se revela mais complexa. Inicialmente, se determinado ato de instituição de uma norma não observou o processo (ou competência) regulamentado por outra norma, a norma viciada não existe como norma, nesse caso não existe conflito. Porém, existem as diferentes aberturas da compatibilização entre

normas; aqui se introduz o ângulo de visão incidente na norma, ou seja, há quem possa entender a que uma norma tenha sido elaborada conforme o processo prescrito. Outros podem considerar que não, mas quem irá decidir, definitivamente, sobre compatibilidade será o órgão competente para aplicar o Direito. Assim, a decisão afirmará como deve ser tratada a norma, tornando-se indiscutível. Surgem mais duas perspectivas de decisão a serem tomadas pelo órgão competente: a primeira, ao aplicar a lei (ou estabelecer a norma individual) o conteúdo da sentença consiste no conteúdo da norma geral; a segunda se refere à norma individual com um conteúdo conforme a vontade do órgão, mesmo sendo de sentido diverso ao da norma legislada. Dessa forma, o problema da antinomia fica, em última instância, a cargo do órgão que possui a prerrogativa de emanar a última palavra em/de Direito.

A desconformidade da lei em face da Constituição, por si só, não indica a sua invalidade. Para ocorrer a sua retirada do sistema cabe ao legislador revogar a lei ou ao órgão julgador, em processo especial, declará-la inconstitucional. Se uma dessas duas hipóteses não acontecer, a lei (inconstitucional) continuará a integrar o sistema jurídico e sua validade continuará em vigor. A desconformidade constitucional de uma lei não é um descuido, mas é admitida pelo sistema *kelseniano*, desde que a própria Constituição faculte ao órgão legislativo ou a qualquer outro órgão a manutenção de uma regra dessa natureza. Isso significa uma prerrogativa constitucional do legislador, ou de outro órgão, decidir o conteúdo mais adequado à norma jurídica. Assim, também, a Constituição determina qual o órgão competente para determinar a constitucionalidade das leis. Portanto, a lógica impingida pelo cientista do Direito é aparar todas as arestas de conflitos existentes, eliminar as contradições e estabelecer a logicidade do ordenamento jurídico. (COELHO, 2007, p.41-46 e 54-56).

6 A interpretação

A interpretação kelseniana adota uma postura voluntarista originalmente voltada ao *Sinngebung*. A particularidade está mais no ato de vontade do aplicador do que na sua cognição. Em tal talante, a *Sinnverständnis* é deslocada em face da compreensão kelseniana de uma interpretação guiada pela *volição*, ato no qual o aplicador escolhe os possíveis significados da norma geral. A interpretação divide-se em autêntica e não-autêntica em face do critério de competência para aplicar a norma. Então, a autêntica indica uma interpretação efetuada pelo órgão competente e a não-autêntica tem seu sentido determinado por pessoas localizadas fora do âmbito de competência, ou seja, pessoas em geral e cientistas do Direito. Destaca-se que “os órgãos legislativos com seus atos de competência se

referem à interpretação autêntica, interpretação efetuada para a edição de leis, regulamentos [...], na observação das regras do processo legislativo”, por exemplo, segundo Paulo Bonavides (2006, p.448).

A questão interpretativa atinge o reconhecimento da diversidade de sentidos das leis a serem aplicadas por juízes não-autômatos. Significa admitir a impossibilidade ou a não-intencionalidade de a autoridade prescrever todo o conteúdo correspondente às normas individuais. Diante da diversidade de sentidos não previstos, a escolha entre as interpretações vai depender somente do arbítrio do julgador, no qual o método científico não pode intervir. Ao reconhecer essa prerrogativa, Kelsen viabiliza o livre procedimento de interpretação por parte do juiz, porém ao passar da norma geral à norma particular (decisão judiciária), o juiz passaria a agir como um administrador público a exercer sua função. As decisões serão anuladas no caso de violação da legalidade ou no abuso (transgressão) do poder conferido ao julgador. (PERELMAN, 1998, p.93). Além do mais, o pensador, emprega a imagem da moldura, dentro da qual podem ser identificados inúmeros significados, os quais são delimitados pela interpretação não-autêntica – pela ciência jurídica – ficando estabelecidos parâmetros para os múltiplos sentidos atribuíveis à norma. A tarefa da ciência jurídica termina nesse momento, após incide a tarefa do aplicador em determinar, conforme sua vontade, qual dos significados prevalecerá na aplicação do Direito. (COELHO, 2007, p.58).

A rejeição da unicidade de significado impõe à ciência jurídica o rigor equânime dos valores considerados na norma; ao aplicador resta, por meio de um ato de vontade, atribuir significado à norma dentre aqueles constantes no interior da moldura. Também cabe a ele rejeitar os significados estipulados/emoldurados pelo cientista do Direito e interpretar a norma em sentidos diversos ou não previstos. Disso decorre a não-sujeição da interpretação autêntica ao esquema cognoscitivo. Para reverter eventual distorção ao interpretar algo, utiliza-se dos recursos, desde que a decisão não transite em julgado. Logo, a interpretação correta não ultrapassa o campo ficcional de atribuir ao Direito a idéia de segurança jurídica. Pelo contrário, a segurança jurídica pode ser revelada por meio da demonstração das imperfeições legislativas, com isso, aumentando o grau de segurança. Para tal demonstração, a tarefa do cientista está em apresentar os possíveis sentidos provenientes da norma; em última instância, significa negar um único sentido à norma jurídica. Por sua vez, na análise da norma individual deve existir a mesma cisão epistemológico-axiológica aplicada às normas gerais, sendo o seu conhecimento restrito à identificação das significações. A missão do cientista do Direito não se encontra localizada nas investigações de campos pré e metanormativos,

nos quais provavelmente, estaria assentada a motivação das escolhas do aplicador. (COELHO, 2007, p. 59-61).

7 A interpretação

A interpretação kelseniana adota uma postura voluntarista originalmente voltada ao *Sinngebung*. A particularidade está mais no ato de vontade do aplicador do que na sua cognição. Em tal talante, a *Sinnverständnis* é deslocada em face da compreensão kelseniana de uma interpretação guiada pela volição, ato no qual o aplicador escolhe os possíveis significados da norma geral. A interpretação divide-se em autêntica e não-autêntica em face do critério de competência para aplicar a norma. Então, a autêntica indica uma interpretação efetuada pelo órgão competente e a não-autêntica tem seu sentido determinado por pessoas localizadas fora do âmbito de competência, ou seja, pessoas em geral e cientistas do Direito. Destaca-se que “os órgãos legislativos com seus atos de competência se referem à interpretação autêntica, interpretação efetuada para a edição de leis, regulamentos [...], na observação das regras do processo legislativo”, por exemplo, segundo Paulo Bonavides (2006, p.448).

A questão interpretativa atinge o reconhecimento da diversidade de sentidos das leis a serem aplicadas por juízes não-autômatos. Significa admitir a impossibilidade ou a não-intencionalidade de a autoridade prescrever todo o conteúdo correspondente às normas individuais. Diante da diversidade de sentidos não previstos, a escolha entre as interpretações vai depender somente do arbítrio do julgador, no qual o método científico não pode intervir. Ao reconhecer essa prerrogativa, Kelsen viabiliza o livre procedimento de interpretação por parte do juiz, porém ao passar da norma geral à norma particular (decisão judiciária), o juiz passaria a agir como um administrador público a exercer sua função. As decisões serão anuladas no caso de violação da legalidade ou no abuso (transgressão) do poder conferido ao julgador. (PERELMAN, 1998, p.93). Além do mais, o pensador, emprega a imagem da moldura, dentro da qual podem ser identificados inúmeros significados, os quais são delimitados pela interpretação não-autêntica – pela ciência jurídica – ficando estabelecidos parâmetros para os múltiplos sentidos atribuíveis à norma. A tarefa da ciência jurídica termina nesse momento, após incide a tarefa do aplicador em determinar, conforme sua vontade, qual dos significados prevalecerá na aplicação do Direito. (COELHO, 2007, p.58).

A rejeição da unicidade de significado impõe à ciência jurídica o rigor equânime dos valores considerados na norma; ao aplicador resta, por meio de um ato de vontade, atribuir significado à norma dentre aqueles constantes no interior da moldura. Também cabe a ele rejeitar os

significados estipulados/emoldurados pelo cientista do Direito e interpretar a norma em sentidos diversos ou não previstos. Disso decorre a não-sujeição da interpretação autêntica ao esquema cognoscitivo. Para reverter eventual distorção ao interpretar algo, utiliza-se dos recursos, desde que a decisão não transite em julgado. Logo, a interpretação correta não ultrapassa o campo ficcional de atribuir ao Direito a idéia de segurança jurídica. Pelo contrário, a segurança jurídica pode ser revelada por meio da demonstração das imperfeições legislativas, com isso, aumentando o grau de segurança. Para tal demonstração, a tarefa do cientista está em apresentar os possíveis sentidos provenientes da norma; em última instância, significa negar um único sentido à norma jurídica. Por sua vez, na análise da norma individual deve existir a mesma cisão epistemológico-axiológica aplicada às normas gerais, sendo o seu conhecimento restrito à identificação das significações. A missão do cientista do Direito não se encontra localizada nas investigações de campos pré e metanormativos, nos quais provavelmente, estaria assentada a motivação das escolhas do aplicador. (COELHO, 2007, p. 59-61).

Considerações finais

O positivismo jurídico *kelseniano* é objeto de inúmeras análises teóricas e práticas e ainda serve de paradigmas aos diversos juristas no momento de pensarem as instituições jurídicas e o Direito em si mesmo depois dos reflexos pós-guerra. Por isso, não é de um todo retrógrado analisar esse positivismo, mas ao mesmo tempo, não traz nada de inovador às atuais discussões sobre o Direito. Ao reconhecer essas duas perspectivas, o desenvolvimento da abordagem desse positivismo atravessa alguns elementos peculiares do pensamento do austríaco, por vezes encobertos por outros ângulos de visão. O encobrimento é justificado pela impossibilidade, em pesquisas gerais, de observar os detalhes contidos nas obras e no pensamento de Kelsen. Embora ele tenha sido cuidadoso na forma de sistematizar seu pensamento e expor sua teoria, o entendimento torna-se complicado quando se parte de pré-compreensão diferente e em épocas distintas.

A sua visão do Sein e do Sollen compõe o cerne do seu modo de analisar a normatividade do Direito, pois é essa distinção formadora da sua teoria. Na validade e eficácia, o esforço de Kelsen é monumental para manter o Sein e o Sollen nas posições e significações atribuídas por ele em sua ciência, embora seja uma das partes mais complexas a serem analisadas e compreendidas, pois, nela está a máxima aproximação do Sein com o Sollen, e tal aproximação não poderia ser tão intensa a ponto de quebrar a sua coerência científica; todavia, é um ponto a ser estudado

isoladamente – esse não era o objetivo do trabalho. A forma do sistema assume a relevância de mantê-lo autônomo em relação às outras áreas da cultura. Isso significa que somente da norma pode originar-se outra norma, de maneira a compor graus de hierarquia até chegar à norma individual, num constante movimento dentro das fronteiras jurídicas. O último momento dessa dinâmica é a aplicação da norma individual, e disso advém a interpretação da norma a ser efetuada pelos órgãos competentes para tal. A norma individual é a resultante da escolha da “melhor interpretação” diante do caso concreto. No entanto, a escolha dentre as interpretações possíveis está restringida pelo quadro de sentidos formado pela norma geral, não podendo o intérprete ultrapassar as fronteiras do quadro/moldura. Os conteúdos dessas normas não são passíveis de análise pela Teoria Pura do Direito, apenas a sua forma. Outras áreas culturais (política, ética, economia etc.) possuem a tarefa de analisar os conteúdos normativos. À pura ciência do Direito cabe apenas o exame da norma.

Não é apenas uma abordagem analítica, junto a isso está a visão dos autores citados no decorrer do trabalho, embora também sejam observações analíticas. Destarte, pôde-se obter um quadro geral da abordagem kelseniana em outras obras. Salienta-se, por último, devido à infinidade de material existente sobre o autor e sobre o positivismo, que as escolhas aqui feitas dizem respeito ao material disponível e, além de tudo, configuram bibliografias relevantes para esta temática, embora se possa divergir da opinião dos respectivos autores, inclusive a do autor deste estudo.

Referências

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

BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2. ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1972.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KELSEN, Hans. Eine Realistische und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice. In: *Österreichsche Zeitschrift für öffentliches Recht*. Band X. Wien: Springer, 1959/1960. p. 1-25.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado.

6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. Was ist juristischer Positivismus? *Juristenzeitung*, Tübingen, n. 15/16, p. 465-469, aug. 1965.

LARENZ, 3. ed. Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 7. ed. São Paulo: Paulus, 2005. v. 3.

WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural e justicia material*. Tradução de Felipe Gonzáles Vicens. Montevideo: IB de F, 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*. 3. Auflag. München: Beck, 1973.