



CRÍTICA SINTÉTICA AO POSITIVISMO KELSENIANO COMO TEORIA DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

*Cynara Monteiro MAriano**

RESUMO

O artigo revisita algumas ideias centrais do positivismo de Hans Kelsen, visando expor que, embora dotado de certa coerência quanto à sua teoria sobre a validade do Direito, ao fazer uma opção metodológica por isolar a influência dos valores sobre o Direito, não apresenta uma verdadeira teoria da interpretação da norma jurídica. Partindo da formulação do “quadro ou moldura”, decorrente da natureza polissêmica da norma jurídica, Kelsen conclui, ao final, pelo arbítrio do ato de vontade do intérprete, o que possibilita identificar sua teoria da interpretação como uma abordagem decisionista do Direito.

Palavras-chave

Positivismo. Hans Kelsen. Interpretação da norma jurídica.

ABSTRACT

The article revisits some central ideas of Hans Kelsen’s positivism, aiming to expose that, although endowed with some coherence concerning his theory about the validity of Law, when making a methodological choice to isolate the influence of values on Law; it does not present a true interpretation theory of the juridical norm. Based on the formulation of the “picture or frame”, due to the polysemous nature of the juridical norm, Kelsen concludes, at the end, for the decision of the interpreter’s act of will, which enables to identify his interpretation theory as a decisionist approach of Law.

Keywords

Positivism. Hans Kelsen. Interpretation of the juridical norm.

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais muito se discute acerca dos limites ou se é legítimo ao juiz, ordinário ou constitucional, decidir conflitos com base em valorações políticas

* Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2009), Mestre em Direito Público (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará (2005) e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998). Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará. Advogada. Ex-presidente da Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará - FESAC (2004/2006) e da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE (2006).

e discricionárias. No Estado Democrático de Direito, contudo, as decisões judiciais são atos de aplicação da ordem jurídico-constitucional e, portanto, inegavelmente políticas, mas não pura manifestação da vontade arbitrária das autoridades investidas no poder estatal de dizer o direito. Logo, não deve haver lugar para decisionismos, o que não se confunde com o ativismo judicial, salutar à democracia se for realizado de forma ponderada e equilibrada, respeitando o dever de autorrestrição judicial em face da separação de poderes, e notadamente, se imbuído do verdadeiro espírito de concretizar a justiça social.

Sabe-se, no entanto, que a discricionariedade judicial ganhou um maior espaço na atividade do intérprete com a mudança do paradigma constitucional operada pelo advento do Estado Social ou Estado Constitucional, que incorporou à ordem jurídica superior uma série de valores cuja realização passou a nortear a atuação dos poderes públicos. Com isto, a compreensão do direito expandiu-se para além da positividade, admitindo a força normativa de princípios constitucionais e até mesmo supra-constitucionais. Como afirma J. J. Gomes Canotilho, o poder constituinte originário sequer é mais inicial e ilimitado, conforme ensinava a teoria constitucional clássica. Esse poder, segundo ele, só pode ser exercido respeitando limites materiais impostos por princípios de justiça e por regras fundamentais, enunciadas nos dias de hoje também pelo direito internacional público e encontrando o consenso da comunidade das nações (respeito aos direitos humanos, organização democrática etc.) (CANOTILHO, 2006, p. 126-129). Antes mesmo de Canotilho, o próprio Kelsen, nos seus escritos de direito internacional, negou a supremacia jurídica do Estado, afirmando a superioridade do direito internacional e sua primazia em relação às ordens estatais parciais (KELSEN, 1920, p. 290)

No tocante à expansão do conteúdo do direito, afirmar que a relação entre o direito e os valores é produto da mudança de paradigma constitucional não é, todavia, uma conclusão acertada, pois essa temática sempre esteve presente ao longo de toda a história do pensamento político e filosófico e, no campo do direito, serviu de baliza para a clássica distinção entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Nesse tocante, ao contrário do que muitas correntes positivistas defendem, é importante esclarecer que a discricionariedade judicial é obra positivista, e não jusnaturalista, encontrando forte esteio, mais particularmente, no positivismo kelseniano.

Foi a influência do positivismo na cultura jurídica a partir do século XX que construiu o terreno fértil para a discricionariedade judicial, pois, na sua versão formalista/normativista (Weber, Kelsen, Luhmann), ao isolar a influência de outros sistemas normativos sobre o direito, a tese positivista permitiu que o intérprete não fosse contido por imperativos da ética ou da moral. Possibilitou até mesmo que este negligenciasse a tarefa de perseguir a finalidade do próprio direito, como admitiu Kelsen, já que o formalismo do seu positivismo indica que o compromisso da teoria é com a segurança jurídica e a paz social, e não propriamente com a justiça.

Além dos equívocos comumente presentes na maior parte das teorias positivistas de feição formalista/normativista, a exemplo das reduções do valor à validade e da legitimidade à mera legalidade ou legalidade procedimental,¹ interessa destacar, para os fins do presente estudo, que o positivismo jurídico kelseniano optou por um corte metodológico em sua doutrina para atingir a tão desejada “pureza” da ciência do direito, e não possui uma autêntica teoria da interpretação. Kelsen não logrou êxito em demonstrar os métodos para uma aplicação meramente cognitiva do direito, como ele propunha, muito menos conseguiu explicar os parâmetros para a adoção de uma das várias alternativas possíveis dentro do “quadro” ou “moldura” da norma jurídica.

O positivismo de Kelsen pode ser concebido, assim, e ainda que merecedor de críticas, apenas como uma teoria sedutora sobre a validade do direito, mas não como teoria de interpretação da norma jurídica. É nessa perspectiva que o presente artigo foi elaborado, ou seja, objetivando tecer uma crítica, breve e sintética,² ao positivismo jurídico kelseniano quanto ao seu modo peculiar de abordar o estudo do direito e como teoria da interpretação jurídica, dada a forte influência que exerceu e ainda exerce na cultura e práxis jurídicas contemporâneas.

O recorte metodológico que ora se faz quanto às teses positivistas, para abordar exclusivamente a de Kelsen, justifica-se porque nem todos os juristas adeptos do positivismo jurídico defendem uma postura meramente formalista/normativista sobre a validade e legitimidade do direito. Radbruch e Dworkin, por exemplo, sustentam a soberania da ordem estatal, mas não entendem que a validade e legitimidade do direito se afirmam independentemente de conexões com a moral e a justiça. Herbert Hart admite explicitamente a influência dos valores sobre o direito e afirma que a sua regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade não apenas com o modo e a forma de criação do direito, mas com princípios morais ou com valores substantivos e, por isso, definia a sua teoria como “positivismo moderado” (HART, 2007, p. 312). Já Hermann Heller, militante social democrata durante a República de Weimar, procurou enfrentar o problema da crise da democracia e do Estado de Direito, não apenas para salvá-lo da ditadura nazista, mas também para combater os efeitos nocivos que as teses de Carl Schmitt causaram. Sua concepção positivista era inteiramente distinta da lógica normativista de Kelsen e do decisionismo de Schmitt. Para ele era essencial determinar a função social do Estado e do direito, superando o formalismo político e jurídico. Ele também colocou, acima de toda vontade criadora de direito, princípios jurídicos de conteúdo ético, que geram e limitam o conteúdo do direito positivo, atitude essa que, no contexto weimariano, desempenhou um esforço impressionante para afastar a dogmática do positivismo (HELLER, 1968).

¹ Sobre o assunto, conferir obra nossa intitulada *Legitimidade do direito e do poder judiciário: (neo) constitucionalismo ou poder constituinte permanente?*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

² Utiliza-se tais termos para explicitar que este estudo não se propõe a tecer uma crítica sobre todo o conjunto da obra kelseniana, mas apenas à *Teoria Pura do Direito*, e a partir de sua segunda edição, dada a incompatibilidade com o espaço ocupado pelas presentes linhas.

2 POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORIA DA VALIDADE DO DIREITO

A abordagem dogmática do positivismo, que originou a concepção formalista/normativista no campo do direito, iniciou-se, como se conhece, na sociologia de Comte. Mas Pareto (1984) e Weber (2001) foram também rígidos defensores da cisão metodológica entre os juízos de fato e os juízos de valor, acreditando que competia ao cientista a responsabilidade de preservar o caráter neutro do conhecimento, de modo a impedir a “corrupção” do saber científico pelos valores, reputados por eles como irracionais.

Kelsen, por sua vez, sistematizou em termos muito semelhantes a visão da teoria pura do direito, afirmando-a como teoria descritiva e avaliativa do direito: “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” (KELSEN, 2000a, p. 1). Já no prefácio à *Teoria Geral do Direito e do Estado*, afirmou o pensador austríaco:

(...) chamando tal doutrina de “teoria pura do direito”, pretende-se dizer que ela permanece livre de todos os elementos estranhos ao método específico da ciência cujo único objetivo é o conhecimento do direito, e não a sua formação. Uma ciência deve descrever o próprio objeto como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ou não deveria ser com base em alguns juízos de valor específicos. Este último é um problema político e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade que se ocupa dos valores e não é um objeto da ciência, a qual se ocupa da realidade (KELSEN, 2000b).

Logo, defendendo que a validade de um sistema jurídico (e de uma norma) não depende da sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto, mas sim da obediência à forma, a tese kelseniana buscou firmar-se como uma teoria da validade e da interpretação do direito, alheia à metafísica e a conexões com os demais sistemas normativos, ou seja, uma teoria pura e científica do direito. Da mesma forma ocorreu em Herbert Hart, para quem o direito positivo não está necessariamente vinculado à moral e o seu estudo independe das análises sobre a sua origem, seu papel na sociedade e sua avaliação moral (HART, 2001, p. 57-58). Ou, como nas conclusões de John Austin: “a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito, outra coisa. (...) O direito que efetivamente existe é direito, mesmo se não o aprovamos” (AUSTIN, 1995, p. 157).

Por outro lado, dado que não se pode responder se uma norma ou um ordenamento jurídico é justo ou injusto a não ser por meio de um juízo de valor, o problema da justiça, para Kelsen, não é um problema do qual a ciência jurídica possa se ocupar, de modo que a teoria pura do direito, para ser ciência, deve desinteressar-se dele (KELSEN, 1987, p. 53). Ao tangenciar, portanto, a problemática da justiça, Kelsen acabou retirando da ciência jurídica o debate em torno do fim do direito, e este passou a ser entendido numa concepção meramente instrumental.

De fato, com o positivismo formalista, o direito foi compreendido como uma realidade meramente instrumental e procedimental. Ao deslocar a justiça e os valores para fora da ciência jurídica, os positivistas partidários dessa

corrente, especialmente Weber, Kelsen e Luhmann, obtiveram o êxito, em sua ótica, ressaltando-se, de apresentar uma solução definitiva para o problema da validade e legitimidade do direito: a obediência ao devido processo legal. Embora tenha sido mais elaborada ao discorrer sobre a legitimidade do direito como mecanismo de aceitação da decisão oficial produzida no âmbito dos procedimentos judiciário, legislativo e administrativo, a tese de Luhmann, desenvolvida na obra *Legitimação pelo Procedimento*, não difere muito da tradição weberiana-kelseniana de fundamentar a legitimidade da ordem jurídica exclusivamente na legalidade procedimental. O procedimento é entendido por Luhmann como um sistema de atos juridicamente ordenados e sem conteúdo determinado, o que significa que ele cria legitimidade não em função de sua capacidade para tutelar valores consagrados no ordenamento, como verdade e justiça, mas sim em virtude de conter mecanismos de assunção de papéis que vinculam os participantes a sentirem-se obrigados a aceitar a decisão pelo fato de eles terem contribuído para produzi-las, com a sua participação, e, com isso, serem, assim, co-responsáveis pelo conteúdo da decisão. Dessa forma, o caráter legitimador do procedimento, entendido como processo de decisão, não tem, para Luhmann qualquer compromisso com a justiça da decisão ou com quaisquer valores extra-sistêmicos, bastando o procedimento, por si só, para a sua legitimação (LUHMANN, 1980, p. 30).

Importa tecer a ressalva, no entanto, que o desprezo pelos valores na teoria kelseniana não induz à conclusão de que Kelsen teria sido adepto dos regimes autoritários, a exemplo do nacional-socialismo alemão. Para ser coerente com a sua teoria formal sobre a validade do direito, ele não desconsiderava o caráter jurídico do direito de países submetidos a regimes autoritários, pois na medida em que as normas são criadas de acordo com os procedimentos previstos, a elas não pode ser negada a qualidade de jurídica. Todavia, talvez na condição de cidadão, ele declarou expressamente, no prefácio da *Teoria Geral do Direito e do Estado*, que lamentava a “tirania política” instalada na Europa continental e o fato de muitos juristas terem se colocado a serviço das ditaduras (KELSEN, 2000b, p. XXXIII). Além disso, Kelsen deixou claro, já no prefácio à primeira edição da *Teoria Pura*, que advogava a independência de conteúdo normativo como uma clara opção antiideológica pela adoção de um método de abordar o direito que exclui as influências de outros sistemas (KELSEN, 1987).

Em que pese a referida ressalva, certo é que a concepção meramente formalista e avaliativa do direito é insuficiente, como a história e a práxis têm demonstrado, para compreender as problemáticas da justificação do poder, da finalidade e legitimidade do direito que caracterizam a modernidade. Ao identificar a legitimidade com a validade e esta com a legalidade, o positivismo, como conclui Arnaldo Vasconcelos, não consegue estabelecer autêntico fundamento de coisa alguma (VASCONCELOS, 2003, p. 167).

Essa redução da legitimidade à legalidade até que pode fazer um certo sentido no direito continental europeu, como conclui o garantista Sergio

Cademartori, pois nesse sistema, a lei é a expressão da vontade do povo, sendo, pois a soberania popular o fundamento da legitimidade do sistema jurídico (CADERMATORI, 2007, p. 125). Mas nos países periféricos, o que é ainda a realidade do Brasil, essa noção é muito estreita e inadequada para justificar o processo de formação da vontade democrática, sendo preciso buscar um conceito mais largo que seja capaz de realizar essa tarefa, como fazem as formulações teóricas que afirmam a necessária conexão entre o direito e os valores, desde as jusnaturalistas até as contratualistas e, mais recentemente, as moralistas e aquelas que defendem a formação discursiva da vontade geral, como Jürgen Habermas (HABERMAS, 1987).

As teorias moralistas, ou o “moralismo jurídico”, na linguagem de Dimitri Dimoulis (DIMOULIS, 2006, p.85-87), são correntes contrárias à abordagem positivista do direito sobre a legitimidade, que fazem depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação a elementos vinculados a valores, admitindo, assim, a tese da necessária conexão entre direito e moral. Como representante de tais correntes, cite-se a obra de Ronald Dworkin, cuja teoria para a fundamentação da decisão judicial distancia-se do formalismo kelseniano, reaproximando o direito da ética, ou, mais precisamente, da moral. Para ele, é necessário justificar toda e qualquer decisão jurídica com base em sua correção moral, não sendo possível nem desejável distinguir entre direito e moral (DWORKIN, 2006, p. 234). Dworkin, no entanto, não deseja “corrigir” o direito com base na moral. Ele apenas entende, de forma acertada, por sinal, que definir e aplicar o direito é uma tarefa inseparável da reflexão sobre a moral e sua aplicação, acreditando não somente na impossibilidade de distinguir entre o direito e a moral, mas também na impossibilidade de considerar o conjunto das normas jurídicas como um conjunto fechado, em razão da contínua possibilidade de influência da moral nas práticas jurídicas. Dworkin, todavia, ressalva que os padrões morais não são os afetos à subjetividade do aplicador do direito. As crenças morais decisivas para o direito positivo decorrem, no seu entender, da moral peculiar de cada comunidade política (DWORKIN, 2006, p. 239). Assim, pode-se colher de sua doutrina “moralista” uma importante contribuição no sentido de que a moral se relaciona com o direito, estabelecendo-lhe a justificação e, inclusive, impondo-se como limite à discricionariedade interpretativa.

Embora tais teorias forneçam argumentos muito mais robustos, em termos filosóficos e democráticos, para a validade e legitimidade do direito, não se pode negar que, apesar de equivocada em seus fundamentos, a tese positivista, sobretudo a kelseniana, representou uma teoria sedutora sobre a validade do direito que ganhou destaque no debate jusfilosófico da modernidade. Isto, obviamente, ocorreu devido ao fato de que, justificado pela crença na legalidade, o positivismo jurídico teria logrado êxito em estabelecer a distinção do direito moderno do direito antigo, em que, na ótica positivista, imperavam os tipos de dominação tradicional e carismático, ambos dependentes de fatores externos ao direito: a tradição e o carisma. Ou seja, num contexto de aversão a regimes políticos absolutistas e de consagração dos ideais do Iluminismo, ficou

fácil ao positivismo afirmar sua hegemonia, bastando recorrer à identificação reducionista de todo o direito natural com abordagens místicas e irracionais do direito, o que se trata de grande equívoco, principalmente diante das teorias de Rousseau e de Kant, por exemplo.

De qualquer sorte, se o positivismo jurídico de Kelsen pode apresentar uma certa solidez como teoria sobre a validade do direito, o mesmo não se pode dizer quanto à pretensão de se afirmar como teoria interpretativa do direito e da norma jurídica.

3 POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORIA DA INTERPRETAÇÃO

Diferentemente de sua abordagem quanto à validade do direito e da norma jurídica, o positivismo kelseniano não forneceu uma construção sólida no âmbito da interpretação, deixando um legado teórico que muito contribuiu para a ampla margem de discricionariedade decisória que se verifica atualmente na atividade do intérprete. Inclusive, em muitos partidários do positivismo jurídico, essa discricionariedade foi desejada e defendida abertamente, o que demonstra o quão equivocado é o entendimento de alguns positivistas de que é a concepção que admite a conexão do direito com os valores que resulta na arbitrariedade decisória, e não o contrário.

Talvez a ausência de parâmetros interpretativos tenha sido o resultado que a teoria kelseniana pretendeu alcançar com a sua abordagem acerca da validade do direito, pois é óbvio que, negando a influência dos valores, Kelsen teve que admitir a existência de uma grande liberdade de decisão do intérprete. A tentativa de criar uma teoria pura do direito, refutando a conexão com os outros sistemas normativos, na verdade, é uma forma de defender aberta e coerentemente o exercício do poder discricionário do intérprete.

Hart, por exemplo, defendeu a textura aberta do direito, que se baseia no reconhecimento de amplo espaço de discricionariedade do aplicador, conferindo-lhe um inegável papel criativo, dada a premissa de incompletude do direito. Segundo esse autor, isto ocorre porque o caráter vago e incerto da linguagem humana não permite a certeza em relação aos casos que se subsumem na norma, de modo que nos *hard cases* a solução deve ser estabelecida pelo intérprete de forma discricionária, ocorrendo uma criação judicial do direito (HART, 2001, p. 272-276). Conclusão semelhante pode ser encontrada em Joseph Raz, quando este afirma que os juízes criam o direito quando não há explícita previsão legislativa (RAZ, 2001, p. 230-235). Ou ainda:

se um problema jurídico não pode ser respondido mediante padrões que derivam de fontes legais, então não há resposta jurídica. Nesse caso, o direito não é posto. Decidindo sobre tais problemas, os tribunais devem necessariamente adentrar em um novo espaço (jurídico) e sua decisão faz evoluir o direito (RAZ, 1979, p. 50).

Já Kelsen ensaiou uma tentativa tímida de estabelecimento de parâmetros na interpretação do direito. Para ele, ao exercer sua competência de concretização da norma superior, o intérprete deve respeitar a “moldura” ou o “quadro” criado por essa norma (KELSEN, 2000a, p. 390). Mas o problema da formulação kelseniana reside na afirmação de que o intérprete é livre para decidir qual das várias alternativas possíveis, oferecidas por esse quadro ou moldura, será efetivamente adotada (KELSEN, 2000a, p. 393-394). Ou seja, o paradoxo da proposta kelseniana está, como assinala Dimitri Dimoulis, no silêncio dele em relação aos métodos interpretativos que permite constatar os limites da norma (DIMOULIS, 2006, p. 211). Como consequência desse silêncio, a atividade interpretativa transforma-se em puro ato de vontade, e mais: sem estarem definidos os limites da norma, segundo o próprio Kelsen, o intérprete pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, 2000a, p. 394), o que significa que sua decisão vale independentemente do respeito às normas vigentes, isto é, independentemente do respeito à “moldura” (KELSEN, 2000a, p. 224).

Desse modo, embora seja dotada de relativa solidez quanto à sua teoria sobre a validade do direito, no âmbito da teoria da interpretação, a ausência de estudos construtivos sobre os métodos que permitem conhecer o conteúdo do material normativo compromete seriamente a credibilidade da tese kelseniana. Kelsen negligenciou a teoria da interpretação, propondo-a como uma teoria do direito formalista e incompleta. Mas o fez conscientemente, e talvez mais uma vez coerentemente, dado que o fundamento do direito e a existência de limites à discricionariedade interpretativa somente podem ser encontrados com a aceitação da influência de outros sistemas normativos sobre o direito, o que colocaria em xeque a sua teoria sobre a validade.

É óbvio que apesar da manifestação histórica da vontade do poder legislativo, a norma jurídica, durante a sua vigência, recebe os influxos de diversos outros fatores componentes do cotidiano – antropológicos, sociológicos, axiológicos etc., de modo que ela não apresenta um sentido primitivo e absoluto, encaixados hermeticamente na moldura ou quadro kelseniano, mas variam no tempo e no espaço. O próprio Kelsen pareceu admitir isto, pois ao silenciar em relação aos métodos interpretativos que permitiriam constatar os limites da norma, ele defendeu que a atividade interpretativa nada mais era do que um puro ato de vontade (KELSEN, 1987, p. 368-370), no que a sua doutrina, nesse particular, parece distanciar-se do positivismo para se aproximar do realismo jurídico, já que resulta na concepção de que o direito é determinado pelos juízes e as leis possuem um conteúdo indeterminado até serem interpretadas pelos tribunais.³

³ Sobre essa identificação do modelo kelseniano da moldura com a teoria do realismo jurídico, conferir o ensaio de TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: Uma postura (Anti) realista? In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008, p. 140-155.

Kelsen percebe que a linguagem é aberta, possui muitos significados e que os métodos de interpretação não levam a uma única decisão correta, mas a uma moldura de possibilidades, cabendo ao intérprete autêntico – o juiz – decidir, em sua discricionariedade, a possibilidade que ele achar mais conveniente. Até o entendimento sobre a natureza polissêmica da norma jurídica, a tese kelseniana está correta. O problema da construção do quadro ou moldura está, no entanto, na defesa final de Kelsen de que a escolha hermenêutica traduz-se em puro ato de vontade do juiz, o que resulta na apologia da discricionariedade judicial que, inclusive, rende à teoria kelseniana a pecha de decisionista.⁴

Certo é, como já se disse, que as normas não possuem um significado unívoco, tendo Kelsen razão quando afirma que uma mesma norma jurídica pode comportar vários significados. O que não é acertada é a sua conclusão de que o ato de determinação de seu significado é meramente volitivo, isto é, fruto de um juízo de valor político, e que esse juízo é exclusivo dos juízes e tribunais.

Por outro lado, e, por último, também não se pode olvidar que o significado das normas também é construído dentro de um processo de atribuição de sentido instaurado no âmbito de uma sociedade pluralista, não sendo um processo exclusivo, portanto, dos tribunais ou até mesmo dos próprios parlamentares. Nesse sentido, assume relevo a contribuição de Peter Häberle, que procura inserir o pluralismo na atividade interpretativa. Defende o filósofo alemão que com a complexidade da sociedade e, dado que a soberania reside na vontade popular, as opiniões de todos os interessados devem apresentar alternativas ao processo hermenêutico, que deixa de ser algo enclausurado cientificamente para ganhar foro social, protraindo sua discussão aos atores envolvidos pelas práticas sociais, na busca da efetivação do modelo manifestado na Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 36-37). Häberle propõe, assim, a possibilidade da conjugação de fontes hermenêuticas, abolindo-se o hermetismo, o decisionismo e a discricionariedade da interpretação positivista efetuada pelos titulares da “fala autorizada” (HÄBERLE, 1997, p. 41).

4 CONCLUSÕES

Com estas breves linhas, é de se concluir que não assiste razão ao tradicional argumento positivista de Kelsen de que a validade e a interpretação

⁴ Cite-se, a propósito, STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. Sobre a identificação do positivismo de Kelsen com o decisionismo, Jean-François Kervégan considera que isto ocorre mais propriamente devido a um equívoco estabelecido no seio da própria doutrina: “existe no positivismo jurídico um equívoco que transcreve, aliás, a sua compreensão da positividade. O direito positivo é, antes de tudo, aquilo que o legislador quer; mas a lei promulgada se separa, por assim dizer, da decisão que a instaura como fato jurídico, e se torna uma norma auto-suficiente, ‘positiva’, pois é dotada de uma racionalidade intrínseca que a exegese científica e a jurisprudência têm precisamente como tarefa reconstruir” (KERVÉGAN, 2006, p. 4-5).

do direito de acordo com os valores éticos, morais ou de justiça, ou sua conexão com os demais sistemas normativos, criam riscos de insegurança e arbitrariedade, pois é justamente a sua abordagem positivista na interpretação que resulta num amplo espaço de discricionariedade ao intérprete.

Portanto, o positivismo jurídico de Kelsen merece críticas tanto quanto à sua teoria sobre a validade do direito, quanto à sua teoria da interpretação do direito. No entanto, quanto à esta última, o comprometimento de sua credibilidade ainda se mostra mais grave diante da inexistência de critérios ou parâmetros para limitar a atividade interpretativa, concentrando todo o esforço hermenêutico no ato meramente volitivo do intérprete, numa autêntica abordagem decisionista do direito.

Esse silêncio, todavia, é coerente com a teoria kelseniana sobre a validade do direito, e não aleatório, pois, como o fundamento do direito e a existência de limites à discricionariedade interpretativa somente podem ser encontrados com a aceitação da influência de outros sistemas normativos sobre o direito, estabelecer a moral comunitária de Dworkin ou outro valor como obstáculo à livre interpretação/aplicação do direito é tarefa da qual o positivismo, para ser harmônico com a sua teoria da validade, e na linguagem kelseniana, deveria desinteressar-se.

5 REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CADERMATORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade. Uma abordagem garantista*. 2ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Brancos e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

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

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987.

HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução: Lycurgo Gomes da Mota. São

Paulo: Mestre Jou, 1968.

KELSEN, Hans. *Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts*. Turbingen: Mohr, 1920.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

KERVÉGAN, Jean-Francois. *Hegel, Carl Schimitt – O politico entre a especulação e a positividade*. Tradução: Carolina Huang. Barueri, SP: Manole, 2006

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UnB, 1980.

PARETO, Vilfredo. *Tratado de sociologia geral. Preliminares e as ações não-lógicas*. In: RODRIGUES, José Albertino (Org.). *Vilfredo Pareto: sociologia*. São Paulo: Ática, 1984.

RAZ, Joseph. *The authority os law. Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *A resposta hermênutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008

TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. *Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: Uma postura (Anti) realista?* In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008

WEBER, Max. *Sociologia del derecho*. Granada: Comares, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Pura do Direito: Repasse Crítico de seus Principais Fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003