

CAPÍTULO XIII

O MODELO DE JUIZ KELSENIANO E A FALTA DE SOLUÇÕES HERMENÊUTICAS AO PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE DECISÓRIA

*Valmir Chaves de Oliveira Neto**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os Positivismos e seus pontos de partida; 3. A teoria da linguagem de Wittgenstein: pressupostos e influências em Kelsen; 4. Premissas teóricas de pureza e a (im) possibilidade de racionalização do ato de julgar; 5. O Flanco discricionário da teoria pura, o senso comum e o contraponto hermenêutico filosófico; 6. Considerações finais; Referências.

RESUMO: O positivismo apresenta diversas ramificações, das quais o artigo vem tratar do positivismo jurídico na teoria pura do Direito e a ideia do “Juiz Kelsen”. Dessa ideia, busca-se a noção de um contraponto teórico voltado para a práxis do Direito, noção impensável no pensamento kelseniano, pois, seguindo as suas conclusões teóricas é possível perceber que elas se baseiam em premissas meramente formais, considerando daí as influências kantianas e, principalmente, wittgensteinianas. Dessas conclusões, pautadas em uma não preocupação com a aplicação do Direito, cindindo conhecimento e prática, surgem especulações rasas, do senso comum, sobre um modelo de “juiz Kelsen” contrário à construção purista do Direito. Diante dos flancos hermenêuticos deixados pela teoria pura, que se pretende apolítica, abre-se espaço para a discricionariedade. Propõe-se, através de um método – não constitutivo – analítico-filosófico, via hermenêutica filosófica, enfrentar a discricionariedade, por um Direito integrado, racional, sem esquecer sua natureza última, a política, genuína.

PALAVRAS-CHAVE: positivismo normativista; kelsen; discricionariedade; hermenêutica filosófica.

ABSTRACT: The Positivism has several branches, of which the article objectively deals with legal positivism in the Pure Theory of Law and the idea of "Kelsen Judge". From this idea, it is sought the notion from a theoretical counterpoint facing the practice of law, unthinkable notion in kelsenian thought because following its theoretical conclusions it is clear that they are based on purely formal premises, considering from there Kantian influences and, mainly, Wittgensteinian. From these conclusions, guided in an unconcern for the application of the law, splitting knowledge and practice, sprouts shallow speculation from common sense about a model of the "judge Kelsen" contrary to the purist construction of the law. In face of the hermeneutical flanks left from the pure theory, witch pretends to be apolitical, room for discretion is left open. The article proposes, through an – not constitutive – analytical-philosophical method, a philosophical hermeneutics, confront discretion, for an integrated and rational law, without forgetting its ultimate nature, politics, genuinely.

* * Graduando da Faculdade de Direito da UFBA e Membro do Serviço de Apoio Jurídico – SAJU/UFBA.

KEYWORDS: normativist positivism; kelsen; discretion; philosophical hermeneutics.

1 INTRODUÇÃO

A decisão judicial e, principalmente, o problema da discricionariedade dos juízes têm atormentado os estudiosos do campo Jurídico. Nesta senda, a teoria, formulada por Hans Kelsen apresenta uma análise teórica do fenômeno jurídico, através do plano abstrato, sem, contudo, propor soluções hermenêuticas para a discricionariedade decisória.

O artigo, pois, tem como fito a análise de um modelo de juiz kelseniano que, na verdade, é amorfo, um “amodelo”, porque não há uma proposta à prática, ou melhor, não está nas suas preocupações científicas e autonomistas do Direito o estudo da decisão ou da práxis jurídica. O objeto do Direito seria a norma, os outros elementos “despurificariam” o estudo que, portanto, deixaria de ser científico.

As premissas utilizadas por Kelsen estão lastreadas em uma lógica formal, de modo que a prática, como o ato de decidir, estaria fora do âmbito de estudo do cientista do Direito, enquanto tal. Esse pensamento positivista é um marco do conhecimento jurídico ocidental, embora seja preciso estabelecer os critérios, influências e parâmetros desse positivismo kelseniano.

A verificabilidade das proposições científicas e a necessidade de “amarração” de uma teoria que se pretende autônoma, não permite uma análise que saia da abstração formal, estabelecendo um parâmetro para o estudo. Essa impossibilidade está relacionada com as premissas teóricas adotadas que são prejudiciais aos resultados práticos.

O senso comum, por outro lado, oportunisticamente ou por falta de compreensão do positivismo encampado pelo jurista austríaco, confunde premissas e influências, sendo um dos problemas-chave da compreensão do modelo de “Juiz Kelsen”, que, como enunciado, é amorfo. O positivismo, então, deve ser entendido enquanto positivismo, evitando universalizações que desfiguram e prejudicam o melhor entendimento teórico. Esta não diferenciação se transmuta em lugares-comuns argumentativos que reverberam posições desconfiguradas, confundindo, por exemplo, o legalismo com o normativismo.

Esse “juiz positivista”, enquanto resultado de uma teoria jurídica normativista, ganha contornos de “super juiz”, em uma posição que se aproxima muito mais do chamado “ativismo judicial”, ao invés do juiz “boca-da-lei (sic)” apegado aos ditames legislativos, mero declarador da vontade deste. Justamente o inverso do exposto pelo senso comum.

Entende-se que a Teoria Pura do Direito (2006), não obstante sua inegável fundamentação lógica nasce de premissas que deixam, e não poderia ser diferente, um vazio. Esse vazio está relacionado às premissas científicas, em um ideal de ciência oitocentista, deixando de oferecer soluções hermenêuticas à práxis, uma resignação em face da complexidade temática em nome do caráter científico, autônomo e do “fechamento” lógica da teoria.

O silêncio e a saída a partir da proposição do “Direito é, porque é assim”, acaba transfor-

O MODELO DE JUIZ KELSENIANO E A FALTA DE SOLUÇÕES HERMENÊUTICAS AO PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE DECISÓRIA

mando a decisão judicial, ápice da práxis jurídica, em um plano de desordem e solipsismo¹, fulminado com a segurança jurídica, a previsibilidade e a ordem democrática dos poderes institucionais.

Com um método² analítico-filosófico³, a partir de uma hermenêutica filosófica, pretende-se, aqui, não uma solução pronta para a discricionariedade dos juízes (dividida em graus e intensidade), mas clarear elementos para verificá-la e torná-la palpável à racionalização e o reconhecimento de uma teoria do Direito que não se refugie em tratar da questão.

2 OS POSITIVISMOS E SEUS PONTOS DE PARTIDA

Os positivismos são variados e, a depender do enquadramento ou posição do cientista na análise do objeto, pode-se verificar de qual positivismo está se tratando. Não à toa, a própria definição do objeto, questão preliminar e prejudicial para todo o estudo que se segue, já é um caracterizador dos positivismos sociológicos frente aos jurídicos e estes entre si.

Ao estabelecer essa primeira proposição, evidencia-se que, por um lado, os positivistas, em geral, se colocam em uma relação de prevaência do homem frente ao objeto, sendo escolha daquele – e não imposição do objeto – o método de investigação e, por consequente, o resultado, em uma visão próxima a Immanuel Kant e o seu paradigma epistemológico.

Até agora se supôs que todo o nosso conhecimento tinha que se regular pelos objetos; porém todas as tentativas de mediante conceitos estabelecer algo a priori sobre os mesmos através do que ampliaria o nosso conhecimento, fracassaram sob esta pressuposição. Por isso tente-se ver uma vez se não progredimos melhor nas tarefas da Metafísica admitindo que os objetos têm que se regular pelo nosso conhecimento, o que concorda melhor com a requerida possibilidade de um conhecimento a priori dos objetos que deve estabelecer algo sobre os mesmos antes de nos serem dados (Kant, 1980, p. 12).

Em sentido contrário, adota-se a linha materialista-histórica, na qual o objeto determina qual método o cientista deve utilizar para chegar ao melhor resultado. Essa relação epistemológica é fundamental para o caminho e onde se pretende chegar com a investigação científica.

Nesse sentido, (POLITZER, 2001, p. 37) assevera:

Os materialistas afirmam, em primeiro lugar, que há uma determinada relação entre o ser e o pensamento, entre a matéria e o espírito. Para eles, é o ser, a matéria que é a realidade primeira, e o espírito a realidade segunda,

-
- 1 A base do conceito solipsista pode ser definida como a negação de tudo aquilo que esteja fora da experiência do indivíduo. A elevação do “eu”, no estilo: decido conforme minha consciência.
 - 2 O método, como será explanado doravante, está a remeter a seu significado não constitutivo, ou seja, não instrumental.
 - 3 Caracteriza-se pela investigação crítica, na qual são estabelecidas hipóteses, examinando fatos e teorias, sintetizando as evidências dentro de um modelo teórico estabelecido.

posterior, dependente da matéria [...] “Por que pensa o homem? ”, os materialistas respondem que o homem pensa porque tem um cérebro e porque o pensamento é o seu produto. Para eles, não pode haver pensamento sem matéria.

Na visão dos positivismos, especialmente na Teoria Pura do Direito (2006), o sujeito escolhe o método previamente, sem uma relação de dependência com o objeto (a matéria). Essa relação de prevalência formal na escolha do método, uma instrumentalização da teoria⁴, visando um padrão de racionalidade donde a lógica formal e as proposições verificáveis suplantam os fatos e elementos valorativos – ínsitos da prática do Direito, essencialmente no ato de julgar –, relega a práxis para fora do campo científico.

As demais linhas positivistas, embora tenham, também, o fetichismo cientificista em padrões naturalísticos⁵, apresentam pontos de partida diferentes, tais como os sociologistas que têm nos fatos, ou melhor, a Sociologia como ciência e o Direito como subárea. Outros, ainda dentro do âmbito positivista, estabelecem como pontos de partida, a história⁶ ou a lei⁷, aliás, o positivismo legalista não pode ser confundido com o normativista, pois nem toda norma é lei, pelo contrário.

Fixadas as variedades dos positivismos, será ressaltado o positivismo normativista, que tem como objeto de estudo a norma jurídica, donde os valores e o ideal de justiça seriam irrelevantes para a atividade do cientista. Este ponto, aliás, da “higienização” valorativa da ciência do direito, em favor do estudo da norma, gera, muitas vezes por desconhecimento, uma confusão entre a defendida “a-valoração” da ciência com, por outro lado, a prática do Direito, esta que, para a teoria pura, é um ato de vontade, valorativo, pelos próprios espaços que o legislador, intencional ou não intencionalmente, oferece, não podendo ser racionalizada (cientificada).

Não há uma negação da sociologia e da história, mas uma opção de recorte e, nessa linha, o recorte da ciência do Direito seria diferente, próprio. Essa é mais uma das influências kantiana, a autonomia epistemológica.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto di-

4 A influência do instrumentalismo e de Kelsen é visível, por exemplo, no costume da Faculdade de Direito da UFBA – há muito – do corpo estudantil de considerar “calouro” todos os estudantes que não cursaram a primeira cadeira de processo, hoje a Teoria Geral do Processo – principalmente na forma em que é normalmente ministrada, ressalvada a posição de Fredie Didier (2012, p. 21) –, reafirmando o ideal instrumentalista, principalmente quando as matérias anteriores são as chamadas propedêuticas (até o nome leva em conta a “subordinação” às matérias instrumentais).

5 August Conte (1978), por exemplo, propunha uma ciência humana, que seria a sociologia, chamada de física social, em uma clara alusão aos padrões naturalísticos de ciência.

6 Caso do historicismo, de forte influência na ciência jurídica, sobretudo no que hoje se convencionou chamar de Alemanha e no seu Código civil, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

7 Exemplo dos positivistas exegetas, sobretudo na França pós-revolução.

O MODELO DE JUIZ KELSENIANO E A FALTA DE SOLUÇÕES HERMENÊUTICAS AO PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE DECISÓRIA

zer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2006, p. 01).

Essa falta de aprofundamento prático, em nome da pureza científica do Direito é objeto de crítica deste artigo, em virtude do espaço discricionário que se estabelece, fruto da herança do positivismo normativista no campo jurídico ocidental, sobretudo nos países de orientação romano-germânica.

3 A TEORIA DA LINGUAGEM DE WITTGENSTEIN: PRESSUPOSTOS E INFLUÊNCIAS EM KELSEN

A teoria do filósofo da linguagem, o austríaco Ludwig Wittgenstein⁸, influenciou o padrão de ciência proposto e desenvolvido na Teoria Pura do Direito (2006). A teoria da ciência baseada na linguagem, formulada na primeira fase⁹ do pensamento wittgensteiniano foi decisiva, no sentido da utilização de critérios de verificabilidade das proposições, de seu teste de cientificidade e da racionalização através de critérios baseados na sintática e, sobretudo, na semântica, dimensões típicas da linguagem.

As dimensões sintática e semântica da linguagem podem ser representadas, respectivamente, como análise das estruturas de um período e das orações que o compõe, ou seja, a sintática estuda as estruturas formais das coisas e suas possibilidades significativas, a partir de um conjunto de regras, em um determinado contexto, sem, contudo, definir qual o mais adequado ou correto. Já a análise semântica descreve o significado de construções sintáticas válidas, ou seja, passados pelo crivo sintático, que funcionaria como exame de validade, a semântica descreveria os termos ou proposições, dentro de uma lógica formal.

Os espectros de cientificidade estariam definidos no campo da semântica e da sintaxe, excluindo desta análise a pragmática¹⁰, pois a utilização de critérios com suposições valorativas acarretaria a perda do “padrão científico”, inaceitável tanto para Wittgenstein, em sua primeira fase, quanto para Kelsen.

8 O filósofo viveu entre 1889 e 1951 e interagiu com o círculo de Viena, assim como o jurista positivista.

9 Na primeira fase do pensamento de Wittgenstein a preocupação central está relacionada em como fazer ciência. Ele busca analisar a produção científica que resulte em uma linguagem como padrão de verificação, ou seja, como a linguagem funciona e como é possível utilizá-la de maneira a fazer afirmações científicas que possam ser testadas como verdadeiras ou falsas. Exemplo: Dizer que a água, em todo lugar do mundo, ferve a 100° C, está correto? Não, porque, via teste empírico, a afirmação que tinha suposta presunção de cientificidade não tem mais. Seria a comparação daquilo que é proposto com o referente no mundo. Daí que entra a linguagem, como espelho do mundo, codificando esta operação.

10 A palavra pragmática ganha nesta análise um significado diferente do usual, que é pautado em uma noção utilitarista de fins em detrimento dos meios, de praticidade. A pragmática deve ser entendida como a dimensão contextual da linguagem, pois às vezes não é possível saber a que uma afirmação se refere, a não ser pelo auxílio do contexto. “Exemplo: Manga pode ser fruta; parte da camisa; ou ex-goleiro da seleção. Não tem como saber qual a definição correta, pois não se tem o contexto” (MIGUEL, 2015, Comunicação Oral).

Seguindo essa fundamentação, o cerne da teoria da linguagem, para o filósofo austríaco, estaria em uma relação de dependência do plano real, no qual o mundo “estaria aí”, sendo função da linguagem sua decodificação. Essa função persegue a perfeição na função de expressar os objetos. A linguagem seria o nuncio¹¹ do mundo (dos objetos, que também seriam formais).

A partir dessa lógica formal para uma teoria da linguagem, os objetos, que são entendidos como conjuntos de elementos formais acarretariam, com a soma desses elementos, nos fatos, possibilitando uma análise independente de subjetividades e, assim, passível de ciência. Por esse motivo a dimensão pragmática é rechaçada da esfera de estudo. Essa lógica formal possibilitaria uma análise empírica, sem contaminações morais, pois, verificáveis.

Kelsen, seguindo rigorosamente seu programa epistemológico, entende que os enunciados jurídicos, deonticamente modalizados, só serão semanticamente significativos caso estejam integrados a um sistema científico dotados de princípios teórico-metodológicos e sejam empiricamente verificáveis, adotando-se, assim, uma concepção de verdade como correspondência e reduzindo-se a significação ao campo referencial, desenvolvendo o mito do referente puro. (MIGUEL, 2010, p. 5977).

A influência é ainda mais visível, quando é analisada a “forma geral proposicional” de Wittgenstein (1994, p.66), para a qual o estado do objeto já seria o necessário para significar a sua estrutura, em uma ideia de “coisa posta”. A “forma geral proposicional”, pressuposta, exprimiria esse estado posto e, então, o validaria cientificamente. Já a norma fundamental (grundnorm), em paralelo a esta “forma geral”, seria o elemento de justificação, de amarração teórica, nos termos da noção wittgensteniana. Ou seja, pressuposta às demais normas¹², validando-as. Por estar fora do sistema normativo e ser uma saída disfarçada a um fato para, pressupondo-o, manter a lógica do sistema e servir como critério primeiro (do sentido de cima para baixo) de verificação das normas.

Essa norma fundamental hipotética seria, seguindo Luís Alberto Warat (1995, p. 21), uma “metalinguagem” (confere, por exemplo, competência para determinada autoridade, porque “as coisas são assim”), acima do campo normativo que valida, não podendo sofrer o exame de validação, por isso é a salvação lógica da teoria kelsenina, um recurso a um fato, pressupondo-o¹³, pois se fosse posto, não passaria pela verificabilidade racional (científica), porque é valorativo, derrubando a sua logicidade teórica. Ela é fundante e fundamenta, mas não é ela própria fundamentada.

A teoria purista oferece, pois, critérios para identificação do que seja uma norma fundamental, mas não ela em si. Cada ordenamento tem sua norma fundante, um fato hipotético que se “esta-

11 A figura do nuncio simboliza aquele que meramente declara uma mensagem. “[...] o destinatário toma conhecimento da declaração através das palavras do intermediário, reprodutivas da vontade do declarante.” (GOMES, 2007, p. 97). Trata-se de declaração verbal emitida por uma pessoa e transmitida por outra sem alterá-la. Um retransmissor de mensagem.

12 As Normas, como frisado, são o objeto de estudo da ciência do Direito para esse positivismo normativo.

13 Por ser pressuposta, a norma fundamental, diante do arranjo lógico formal, consegue fechar o sistema normativo por fora, propiciando a almejada e defendida autonomia do Direito, enquanto ciência.

O MODELO DE JUIZ KELSENIANO E A FALTA DE SOLUÇÕES HERMENÊUTICAS AO PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE DECISÓRIA

belece”, um panóptico aos membros de determinada sociedade, possibilitando o respeito à ordem normativa, o respeito à Constituição – e seus desdobramentos hierárquicos. A “Constituição é assim”, porque lastreada na norma fundamental.

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 2006, p. 217).

A *grundnorm* é, na verdade, um fato hipotético, um recurso de fora do sistema que fundamenta e, por não estar integrado ao "sistema normativo", não entraria no crivo da verificabilidade sintática e semântica. Nessa linha, a Teoria Pura do Direito (2006), enquanto epistemologia oferece elementos de identificação da norma fundamental, para que em cada ordenamento o cientista possa verificar qual norma fundante (ou fato) de um determinado sistema.

Corroborando a especulação da norma fundamental se tratar de um fato – ideia controversa, pelo próprio enfrentamento dos normativistas com os sociologistas –, a noção de “contrato social”, no recorte, por exemplo, de Thomas Hobbes, consegue ilustrar o pensamento defendido.

Hobbes (2005, p. 82) ao propor a existência de um contrato social, estabelece um fato hipotético, pois não existe concretamente enquanto ato em si, mas é pressuposto, fundamenta e valida o arcabouço de poder do soberano (O autor é simpático à forma de governo monárquica). O poder do soberano e as normas postas que dele advêm são lastreadas nesse fato hipotético, a norma fundamental ou, no caso, o “contrato social”. "O poder do soberano é assim", porque existe um fato pressuposto que o valida e fundamenta, gerando a respeitabilidade pelo estado das coisas.

Seguindo e focalizando a lógica formal, à Wittgenstein, a pura teoria do Direito na sua defesa da autonomia científica, reconhece o estudo da norma nos padrões já ressaltados da sintática e da semântica, propiciando uma verificação científica da norma enquanto tal, sem questionamentos de ordem moral, política¹⁴ ou de um ideal de justiça enquanto ciência¹⁵, porque, aberta estas searas, não seria possível a análise das coisas como são, passando para a subjetividade das indeterminações das ordens conceituais elencadas.

14 A noção de política pode e deve ter vários significados, diante dessa premissa, entende-se que a negação da política já é uma escolha política, a lógica formal compartimentaliza conceitos, negando sua abrangência e distorcendo significações. O posicionamento de Kelsen é uma escolha política, por mais que venha revestido de “neutralidade” científica.

15 Enquanto ciência, a moral, a política (no sentido de macro consequência) e o ideal de justo não entram no estudo. Contudo, na aplicação, que para o positivismo normativista é cindida do estudo (ciência), esses elementos estariam livres, permitidos para uso do julgador.

Retomando a análise que parte de uma lógica formal, a Teoria Pura do Direito (2006) é vista como epistemologia, pois define conceitos gerais e não propriamente o estudo da norma como objeto (o que já seria o papel da ciência do Direito). A teoria pura, pois, estuda a ciência, mas não a é. Estuda de maneira pretensamente pura, sintática e semanticamente.

4. PREMISSAS TEÓRICAS DE “PUREZA” E A (IM) POSSIBILIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DO ATO DE JULGAR

A Teoria Pura do Direito (2006) é uma epistemologia, um estudo sobre a ciência, que se baseia em determinadas premissas, na busca de uma autonomia científica¹⁶ e um distanciamento de proposições axiomáticas. Não poderia ser outro o resultado, devido a essa base epistêmica do pensamento kelseniano e sua coerência¹⁷. A preocupação formal e abstrata com a ideia de sistema normativo está atrelada a dissociação entre conhecimento e prática, ou melhor, do estudo do Direito e de sua aplicação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política. (KELSEN, 2006, p. 01).

A divisão quase cartesiana entre o que é o estudo do Direito, que seria o estudo científico do Direito, não poderia se confundir com a aplicação do Direito, com o ato decisório dos juízes ou tribunais. Partindo dessa diferenciação¹⁸, o jurista austríaco propõe uma cisão interpretativa, da qual advém um dos principais efeitos: o flanco de discricionariedade.

Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica. [...] (KELSEN, 2006, p. 388).

Ao definir essa divisão entre o que seria a interpretação científica, que interessa para o cientista do Direito e uma interpretação da prática do Direito, fora do campo científico e, por isso, sem maior relevância para a ciência, cria-se uma figura anômala, recorrendo à mitologia grega, um Ortos, monstro bicéfalo de corpo único.

16 Frise-se a obsessão kelseniana pela autonomia do Direito, sobretudo em tempos – fim do século XIX e início do XX – de avanço sociologista no campo do jurídico.

17 As críticas à teoria pura e, sobretudo aos seus resultados, vêm de variadas vertentes, contudo, inegável é o rigor lógico da análise proposta por Kelsen e sua coerência dado as premissas adotadas. Discordar do seu resultado, sem analisar as premissas, seria uma ode a incoerência, dessa maneira, discorda-se das premissas, indo à causa.

18 A diferenciação proposta geraria uma situação, analogamente, de “um indivíduo” (Direito) e “dois sujeitos” (duas formas de interpretar o mesmo Direito). Contudo, entende-se que essa divisão, quase cartesiana, é inviável – para não dizer impossível. Os campos do “ser” e o do “estar sendo”, na prática, estão quase juntos. Essa divisão estaria muito mais para “círculos com grandes interseções”, quase na totalidade dos seus diâmetros.

O MODELO DE JUIZ KELSENIANO E A FALTA DE SOLUÇÕES HERMENÊUTICAS AO PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE DECISÓRIA

A interpretação científica (relevante para o estudo do objeto do Direito, a norma) é chamada de interpretação não autêntica, metódica, racional e baseada em uma sintaxe-semântica, através de uma análise causal do binômio referencial “descriptor x prescriptor”.

O binômio “descriptor x prescriptor” utilizado por Kelsen é referencial, pois a norma ocupa uma determinada função a depender do seu ponto de observação. O Direito como ciência estuda a norma como objeto, a relação das normas com a ciência é de linguagem objeto, esta descreve aquelas, ou seja, descreve uma prescrição. Já em relação aos fatos, as normas dispõem sobre sua linguagem. Nesse sentido, em relação aos fatos as normas são prescritivas (metalinguagem), “tal conduta deverá ser”.

D’outro lado, a interpretação autêntica utilizada pelos órgãos aplicadores do Direito seria ametódica, ou seja, sem respeito a um método rigoroso, valorativa, um ato de vontade¹⁹, não sendo passível de verificação nos moldes wittgensteinianos. O único parâmetro seria a “moldura normativa”, ou seja, o ordenamento jurídico que estaria sob a validação de uma determinada norma fundamental que, como vimos, é hipotética e pressuposta. Dentro dessa moldura, contudo, há um amplo espaço de escolha, várias possibilidades de aplicação.

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica. (KELSEN, 2006, p. 391).

Das premissas abstratas, através da lógica formal, o jurista austríaco não vislumbra, ou melhor, não está na sua preocupação ou no seu interesse estudar um ato de vontade, que cria direito e não o descreve como o cientista deve fazer em relação às normas. Daí se estabelece a impossibilidade de permear a ciência do Direito com os valores, não sendo possível racionalizar, no esquema sintaxe-semântico, a aplicação do Direito. Não há a proposição de um método aplicativo, existe, pois, um a-método, da mesma forma que o “Juiz Kelsen” é um ator que não segue regras, nos moldes de um “teatro livre”, sem modelo ou forma.

5 O FLANCO DISCRICIONÁRIO DA TEORIA PURA, O SENSO COMUM E O CONTRAPONTO HERMENÊUTICO FILOSÓFICO

Dessa não preocupação hermenêutica, baseada na distinção entre o estudo e a aplicação, a teoria pura proporciona uma liberdade da ação aplicadora. Entretanto, essa diferenciação da gnosisio-

19 “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito” (KELSEN, 2006, p. 393).

logia e da aplicação carece de sustentabilidade, pois tenta separar o inseparável. A norma seja ela legal ou costumeira, por exemplo, tem um endereçamento primeiro, os órgãos julgadores, sem o qual carece de efetivação²⁰.

O flanco discricionário da práxis jurídica, proporcionado pela teoria purista do Direito, não é uma falha, em si, da teoria. Os resultados da análise teórica podem e são muito questionados e refutados, mas, deve ser ressaltado, que a conclusão dessa teoria advém, rigorosamente, de suas premissas, já abordadas.

Por não encontrar, ou melhor, não buscar encontrar uma solução científica à aplicação do Direito, Kelsen não faz proposições metodológicas sobre a prática e a decisão judicial, reconhece-a como valorativa, campo fértil para a atuação livre do juiz²¹.

Por que a ideia de um “juiz Kelsen”, então, é ligada, mormente, no senso comum, a um juiz legalista, quase nos moldes exegeta? As respostas podem ser diversas, porém, acredita-se que a principal está atrelada a confusões dos termos e objetivos da teoria pura, sobretudo na fixação do resultado pretensamente científicos, sem uma análise das premissas.

O senso comum, inclusive o chamado senso comum jurídico²², propõe a ideia de legalismo, enquanto vimos que o positivismo em análise se diferencia dos demais positivismos, embora tenham pontos de interseções. O esquecimento das premissas acarreta a confusão entre aplicação e o conhecimento (científico), que em Hans Kelsen são dimensões diferentes. A negligência dessa diferenciação perpassa, erroneamente, a ideia de que a neutralidade axiológica proposta ao cientista do Direito também seria imposta ao aplicador desse Direito.

Dessa oposição às premissas e das consequentes conclusões kelsenianas, como também da fragilidade e confusão do senso comum na crítica ao positivismo normativista, a fundamentação hermenêutica filosófica consegue, pois vai às bases do pensamento purista, oferecer uma solução racional para a falta do arranjo aplicativo.

Primeiro, através de uma nova teoria da linguagem, a dimensão da pragmática deixa de ser negligenciada. Segundo, somado a um ideal de conhecimento científico que transcende os limites da teoria pura, não há a cisão do conhecimento e da aplicação, pois um faz parte do outro, através de um círculo hermenêutico que se integre com o estudo, transcendendo a mera lógica formal de “métodos constitutivos”.

Nesse sentido (GADAMER, 2005, pp. 388-389):

20 Efetivação no sentido de aplicação, o que difere de efetividade, sobretudo social. Esta só pode ser alcançada através daquela, ou seja, da aplicação.

21 A atuação livre do juiz, que estaria ligado à ideia de discricionariedade ou de “julgo com a minha consciência”, não pode ser confundida com a livre atuação do magistrado, entendida como as garantias oferecidas por um Estado de Direito para que o Juiz possa exercer sua jurisdição.

22 A noção de senso comum jurídico é posta como uma aporia, ou seja, a crítica do que não se lê. Em uma alusão a estandardização do estudo jurídico no Brasil à esquematização, simplificação e congêneres.

O MODELO DE JUIZ KELSENIANO E A FALTA DE SOLUÇÕES HERMENÊUTICAS AO PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE DECISÓRIA

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação.

O retorno do plano prático ao estudo racional do Direito implode a dicotomia conhecimento x prática. Por óbvio, elas não são a mesma coisa, mas estão indissociáveis, de modo a estabelecer, também, métodos, em seu sentido não constitutivo, à aplicação do Direito para tentar constranger ou desnudar o problema da discricionariedade e demonstrar meios para uma racionalização da práxis, propiciando maior segurança aos sujeitos sociais e previsibilidade na atuação dos órgãos jurisdicionais.

Tanto é que, integrado o contexto na análise jurídica, demonstra-se que para existir a abstração é necessário, minimamente, um lastro concreto e não meramente especulativo ou formal.

A compreensão se dá como uma antecipação do todo de um fenômeno e só é possível porque somos um ser inserido nesse mundo de linguagem que se manifesta. Essa compreensão que se revela como desvelamento do ser de um ente se dá, portanto, no plano hermenêutico, que é o plano da facticidade. Isso faz com que toda compreensão, inclusive a de um texto, se dê por força da pré-compreensão factual, logo, como aplicação. Compreensão e aplicação são, portanto, faces de uma única operação (CARNEIRO, 2008, p. 10).

Nesta vereda, a própria compreensão da norma influencia no que se entende pela aplicação racional do Direito, rebatendo a discricionariedade, como faz Ronald Dworkin com uma compreensão diferenciada de norma e por uma consequente teoria argumentativa que trata a discricionariedade em graus. A norma seria, para este autor norte-americano, dividida em regras e princípios.

Princípios para Dworkin (2014, p.109) se diferenciam de “política”, esta, entendida por ele como metas coletivas, em um conceito próximo ao utilitarismo. O termo “política” de Dworkin tem um significado restrito, o que seria mais bem expressado como “macro consequência”. Entende-se, pois, as normas como regras e princípios, estes divididos em “macro consequência” e nos princípios em sentido estrito, ou seja, razões morais – mas não é a moral, ressalte-se – para concretização de direitos subjetivos. O jurista americano propõe que se decida por princípios, pelos princípios em sentido estrito.

A discricionariedade é classificada, ilustrativamente, em forte (decisão não vinculada a nenhuma regra, livre) e em dois sentidos fracos (ação frente a termos indeterminados e a possibilidade de petrificação das decisões). Essas segundas discricionariedades são mais palpáveis, embora existam mecanismos para inibi-las, através de um Direito integrado em um chamado “romance em cadeia” Dworkin (2007, p.47).

O fato da discricionariedade não ser tratada como um “tabu” ou como uma não preocupação para a gnosiologia do Direito, respalda uma leitura hermenêutica filosófica juntamente à teoria argumentativa, que traz o problema para dentro do estudo, desvela-o e estabelece previsíveis situações e ações. Pois, como preleciona Karl Larenz (1997), o Direito²³ busca cumprir uma função prática, o que deveria ser pacificado dentre os estudiosos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fixadas as bases, premissas e influências do pensamento de Kelsen, no qual o arcabouço escolhido e delimitado foi, de forma racional através do plano abstrato, consectário de uma teoria voltada para a análise “cientista – norma”, que, para manter os padrões de verificabilidade escolhidos e almejar a autonomia do Direito, como ciência, renegou a práxis, sobretudo a decisão judicial, como sendo uma tarefa da política do Direito, como se fosse possível.

O ato de julgar não é visto dentro da esfera de “ciência”, que, em termos kelsenianos, seria apolítica. Contudo, a “não política” ou o “não alinhamento”, já é uma forma de se “alinhar” e, portanto, de fazer política. Não há como cindir esses espaços, o homem é político e a ciência também, o que não se pode é reduzir “política” a pré-conceitos. Ultimamente, no sentido de fundo, tudo é política, o que não exclui a possibilidade de ciência.

A noção de política, para esta análise geral de ciência, é entendida como elemento ínsito do homem, enquanto ser “gregário” Machado Neto (1987, p. 62). A concepção do Estado como sede da política é ultrapassada neste artigo, como também os pré-conceitos que advêm dessa concepção. O Estado é resultado da política e seus determinantes da infraestrutura, mas a sede é o “homem social”, defende-se, dessa premissa, que o Direito é político, sem confundir as duas noções, mas reconhecendo a influência desta na natureza do Direito.

As consequências de uma teoria do Direito pretensamente apolítico, em uma visão de neutralidade axiológica, descambam em vazios aplicativos, pois, ao negar a própria natureza do seu elemento formador, as conclusões são necessariamente omissas, por mais que sigam o rigor lógico das premissas.

Por outro lado, ao aceitar a distinção entre princípios e política proposta por Dworkin, faz-se uma ressignificação, porque nessa divisão o termo “política” apresenta um significado reduzido que, estritamente, não seria política, mas “macro consequência”.

Defender que a teoria do Direito é política possibilita reconhecer os interesses que transitam no Direito, inclusive o fato fundante de um ordenamento válido. O ato de decidir não deixa de ser um ato político, pois Direito, mas o fator causal das decisões deve ser os princípios em sentido estrito e não a “macro consequência”, que recebe a alcunha reduzida de “política”.

23 O termo utilizado pelo citado autor Alemão é “jurisprudência”, que, a partir de traduções lusitanas deve ser entendido como sinônimo de Direito e não com o conceito usual de decisões judiciais reiteradas. Visando não causar maiores confusões, o termo proposto no texto foi “Direito”, com a devida explicação nesta nota.

O MODELO DE JUIZ KELSENIANO E A FALTA DE SOLUÇÕES HERMENÊUTICAS AO PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE DECISÓRIA

Portanto, pelo padrão escolhido por Kelsen no qual os valores não podem ser objeto de racionalização, não sendo objeto de ciência, a aceitação que “as coisas são assim”, repele qualquer fundamento ético para a ciência do Direito, pois não seria possível construir uma ciência com esse tipo fundamento, logo, a construção teria que ser formada por premissas meramente formais.

Pela confusão dessa “higienização moral” da ciência, o senso comum vai abordar o “juiz Kelsen” como formalista, um tipo “boca-da-lei (sic)”, porque confunde as premissas com a conclusão, não reconhecendo aquelas.

De tal maneira, a análise da questão proposta deve se nortear, como defendido neste artigo, por um viés que a matéria (o objeto), influência o método de estudo (há, inclusive, uma crítica à prevalência do método), atrelado a uma leitura gadameriana²⁴, à luz da hermenêutica filosófica, propondo uma teoria argumentativa que não cinde a prática do estudo (ou conhecimento), buscando a racionalização do problema da discricionariedade – do qual a teoria pura foge às responsabilidades.

Assim, ao trazer a práxis jurídica e a discussão sobre a discricionariedade para o campo da racionalização, o problema é desmitificado, demonstrando que, através de uma integridade do Direito, essa discricionariedade pode ser conhecida, da maneira que o sistema jurídico crie seus mecanismos de controle. Dworkin propõe que os juízes decidam como em um “romance em cadeia”²⁵, buscando uma “teia inconsútil”²⁶ e utilizando os princípios em sentido estrito. Ou seja, de forma a não quebrar de maneira abrupta e irracional a integridade do direito, recolocando o ideal de justiça na ágora, mesmo que como equidade.

Essa argumentação se apresenta como a solução mais realista da análise sistemática do Direito, colocando a “aplicação” ao lado do “conhecer” e, trazendo a política²⁷ em seu conceito genuíno de ínsito à natureza do “homem social”, da qual não se afasta a racionalização e a pretensão científica do Direito, que não deve ser entendida com formalismos ou autonomia cega, contra a sua própria natureza.

24 Gadamer, em sua obra *verdade e método* (2005), faz, ao contrário do que o título da obra possa parecer, uma crítica ao caráter constitutivo do método, no específico que sua obra poderia ser mais bem compreendida como “verdade sem método”.

25 A noção de “romance em cadeia” (DWORKIN, 2014, p.83) pode ser entendida como uma construção literária dos autores do Direito – juízes –, escritores de um livro feito por várias “mãos”, devendo cada autor guardar coerência com o que já foi feito e buscar sempre fazer o melhor, até quando for mudar o “rumo”. Nessa metáfora com a literatura, o capítulo (ou a sentença) estranho ou incoerente seria estrangido e rejeitado pela obra (sistema) e, por isso, evitado.

26 A “teia inconsútil” (DWORKIN, 2002, p.64) ganha significação de um conjunto decisões que não apresentam remendos, obedecendo a uma integridade argumentativa, mesmo quando busque novas saídas, mas estas, novamente, devem advir da argumentação e do uso racional dos princípios.

27 A colocação da política está posta como o seu reconhecimento para entender o Direito, e as disputas que dele advêm, sem, contudo, defender uma politização finalística do julgar, mas admitindo a sua influência.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. – São Paulo: EDIPRO, 5. ed. revista, 1. reimp. 2014.
- CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- COMTE, Auguste. **Discurso sobre o Espírito Positivo**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador, Juspodivm, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- _____. **O império do Direito**. São Pulo, Martins Fontes, 2014.
- _____. **Uma questão de princípio**, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Col. Os Pensadores).
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. – 7. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, trad. de José Lamego.
- MACHADO NETO, Antônio Luís, 1930-1977. **Sociologia jurídica/ A. L. Machado Neto**. 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 1987.
- MIGUEL, Daniel O. P. **Direito, lógica, argumentação e retórica em aristóteles e wittgenstein: a solução da aporia hermenêutico-decisória no discurso como prakt?r do mythos e no uso da linguagem como rhetor do ergon**. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2010, Fortaleza – CE, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, p. 5973-5983. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4177.pdf>, Acesso em 08 de jul. 2015.
- _____. **Aula de Hermenêutica Jurídica**. Salvador: FDUFBA, 2015, (Comunicação Oral).
- POLITZER, Georges. **Princípios elementares de filosofia**. Tradução Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Centauro, 2001.
- WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Edusp, 1994.