

HANS KELSEN – BREVÍSSIMAS REFLEXÕES A MODO DE RESENHA

CARLOS ALBERTO MOLINARO*

I. RESUMIDA CRONOLOGIA DA TEORIA PURA DO DIREITO



A teoria pura do direito de Hans Kelsen, como toda articulação teórica, passou por significativas fases de desenvolvimento epistêmico¹. Elaborada desde textos clássicos, como *Problemas Fundamentais da Teoria Jurídica do Estado* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*) numa fase original, responde a um intenso diálogo com os teóricos do direito público (Gerber, Laband, Jellinek, estamos no ano de 1911). Posteriormente, Kelsen vai aderir aos postulados do neokantismo (anos 20 do século passado), conformando-se aos estudos desenvolvidos por Adolf Merkl e David Hume². A primeira edição da Teoria Pura é de 1934. A fase mais significativa, e que vai atingir maior relevância, ocorreu com a sua segunda edição,

precisamente em 1960, momento no qual é introduzido o elemento *voluntarista*, fato que vai provocar uma alteração importante nos fundamentos teóricos defendidos³.

Releva notar que o núcleo duro da epistemologia de Kelsen está na formulação do *princípio da imputação*, já que no âmbito do direito, ao contrário das ciências físicas ou naturais, vigora o *princípio da causalidade*: se α ocorre deve ser β , sem qualquer articulação de valor moral ou político decorrente; assim, a máxima estipula que o resultado é consequência juridicamente atribuível à condição.

Resenha recebida em 13.09.2009 e aprovada para publicação pelo Conselho Editorial em 14.10.2009.

* Doutor em Direito. Professor de Direito na Graduação e no Mestrado e Doutorado da PUCRS.

¹ Epistêmico está aí, não como conhecimento derivado da teoria da ciência em sentido estrito, sim, no sentido de prática cognitiva e trajeto evolutivo do conhecimento relacionado com a história e o entorno social.

² Cf., Paulson, S. L. (1991), La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica, in, *Doxa*, n. 9, p. 173-187.

³ Utilizamos para este estudo as edições portuguesa e brasileira: Kelsen, H., *Teoria Pura do Direito*, 2. ed., Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962; *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

II. A NORMA JURÍDICA NA EPISTEMOLOGIA DE KELSEN

Sem maior aprofundamento, podemos afirmar que para Kelsen, Estado e Direito coincidem com a *coação*, isto é, o aparelho coercitivo estatal e a ordem jurídica revelam-se como o resultado da norma e da sua interpretação, dados os fatos emergentes do mundo da natureza⁴. Kelsen afirmava que o direito vai se resumir num ato interpretativo como sistema ideal, resultado de fatos conformados ao sistema jurídico estatal. Por isso, ele pensava o fenômeno social que é o Estado, como domínio da cultura (do espírito) e não da natureza.

Assim, vai afirmar que num estamento dado, onde se revelam os “elementos jurídicos” – e aí se incluem os atos do legislativo, as decisões do judiciário ou simplesmente os atos administrativos, ou ainda, contratos celebrados entre particulares – é possível identificar dois grandes vetores: um de sentido subjetivo, e outro de sentido objetivo. Estes segmentos orientados da ciência jurídica responderiam por vezes a significações distintas, mas não necessariamente coincidentes entre si no tempo ou no espaço⁵. Portanto, a transformação dos fatos em jurídicos está fundada, não na natureza, embora incluída, sim, na sua significação cultural, jurídica. Esses fatos são – em linguagem pontiana – *coloridos* pela norma jurídica a eles referida, e quando se lhes reconhece tal significado, deve-se interpretá-los com base na norma jurídica: isto funda um *esquema de interpretação*.

Tal sistema estabelece o *princípio da imputação*⁶, já que a teoria pura concebe as normas jurídicas como *juízos hipotéticos*, que suportam o *fato material condicionante com um resultado condicionado*. Contudo, na segunda fase de seu pensamento, Kelsen abandona a percepção da norma como objeto ideal, para fundá-la em um *ato de vontade*. Melhor explicando, a norma seria o sentido de um ato que prescreve uma conduta (permitida ou proibida) fixando a competência de um sujeito. Portanto, a norma, como sentido específico de um ato intencional, se revela distinta da vontade que a constitui, pois é um *dever-ser*, já o ato de vontade é o *ser* que a constituiu⁷.

III. ACERCA DA VALIDADE E DA EFICÁCIA

Kelsen admitia que o ordenamento jurídico instrumentalizava-se na linguagem que expressava a norma⁸, isto se pode intuir lendo as primeiras páginas de sua teoria – especialmente quando afirma textualmente que: “*a norma funciona como um esquema de interpretação (...) uma interpretação normativa*”⁹. Deste modo, a estrutura deste

⁴ Nós entendemos isto de modo alternativo, já que entre Estado e Direito o que se estabelece é uma dialética (e não falamos de uma dialética de elementos contrários) entre *coerção* e *garantias*, pois seguindo a lição pontiana, a todo o direito quando o ferimos a resposta é a coerção, já, quando buscamos a solidariedade inerente aos corpos sociais, ao Estado, o que encontramos são as *garantias* (cf. Pontes de Miranda, *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, tomo I, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 86).

⁵ Cf. Kelsen, H., *Teoria pura...*, ed. portuguesa, vol. I, p. 64 e s. 84 e s.; vol. II, p. 163 e s.; 230 e s.

⁶ Cf. Kelsen, H., *ibidem*, vol. I, p. 150 e s.

⁷ Cf. Kelsen, H., *Teoria Pura...*, ed. portuguesa, vol. I, p. 5, 7 e s.; 137 e s.; 199 e s.; também, Kelsen, H., *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, Col. Filosofía y Derecho/7, 1969, p. 61-2.

⁸ Cf. Kelsen, H., *Teoria pura...*, ed. portuguesa, vol. I, p. 4-6: “*Um ato, na medida em que se expresse em palavras falados ou escritas, pode ele próprio até dizer algo sobre a sua significação jurídica.*”

⁹ Cf. Kelsen, H., *ibidem*, vol. I, p. 6. (dizemos nós, em teoria materialista do direito: o direito resultado de

sistema constituía-se de uma norma de caráter superior, a Constituição, e de todas as demais normas dela derivadas em largo percurso de dependência¹⁰. Por fora, e prévia a ela, remanescia a *norma fundamental*, pressuposta e, logicamente, condição para o trabalho científico no âmbito do Direito. Digno notar que, no esquema estrutural de Kelsen (gradual) todas as normas, excetuada a norma fundadora, são efetivamente atos de aplicação do mais geral ao mais específico e detalhado. Portanto, no pensamento kelsiniano, todos os atos de aplicação da norma jurídica constituem verdadeiros deveres jurídicos que são imputados na mesma ordem hierárquica, e são constituídos por atos de poder gerados pela autorização expressada pela mesma ordem jurídica.

O *fundamento de validade*¹¹ das normas jurídicas revela-se, então, como o *link* necessário para integrá-las sistematicamente. Se pensarmos, v. g., num sistema de *hipermídia*, veremos que a conexão textual, vale dizer, a utilização do hipertexto referenciado, se faz por sucessividade e pertinência em movimentos de avanços ou regressos, assim, também o sistema normativo, onde a *hipertextualidade* do ordenamento jurídico funda a produção normativa (*princípio de legitimidade*), ajustando seus critérios e revelando a pertinência validante avaliável caso a caso. Logo, uma norma válida vai necessitar como condição de existência seu ajustamento aos critérios de produção formal e material, previamente previstos no ordenamento jurídico. Este fato firma competências e procedimentos. Estabelece uma ordem hierárquica gradual, e com percurso ascendente em busca da norma fundamental. Tal sistema, em alguma medida, admite um *quantum* de discricionariedade, todavia, limitado pela própria norma superior.

O sistema de validade, pois, está subordinado a um antecedente-condicionado: a *norma fundamental*. De outro modo, a eficácia da norma jurídica é uma derivação formal importantíssima, já que a validade não existe *per se*, mas integrada ao ordenamento; conseqüentemente, a validade requer a eficácia, pois o ordenamento perde sua validade se, de modo geral, não a encontra. Assim, e para Kelsen, se pode afirmar, desde uma razão prática, que a validade de uma ordem jurídica está condicionada a sua aplicação e observância, isto é, quando presente o denominado *princípio da efetividade* (um ordenamento é válido *se e só se* é eficaz, nada obstante, a eventual desconsideração de uma norma não aplicada, ou observada, em um caso concreto). A eficácia de que trata a teoria pura está dada em termos de *totalidade atributiva*¹²,

uma interpretação normativa revela-se como um *produto holótico*, isto é, deve ser entendido como uma articulação multiforme, mas, unitário e sistemático, já que todas as normas possuem o mesmo embasamento de validade, num esquema de interpretação normativa).

¹⁰ Cf. *idem, ibidem*, vol. II, p. 12.

¹¹ Cf. *idem, ibidem*, vol. II, p. 10 e s.

¹² Lembremos que as “totalidades atributivas” são aquelas cujas partes estão referidas umas com as outras, seja simultaneamente, seja sucessivamente, e mais, suas conexões atributivas não implicam a inseparabilidade. Diz-se, portanto nematológicas, vale dizer, aquelas totalidades que abarcam uma complexidade de partes ou *topoi* que se consideram desde a perspectiva de seu entrelaçamento por fios (*νεμα, nema*, fio) tais que impedem um tratamento isolado de umas em respeito a outras, segundo o princípio que os gregos denominaram de “*symploké*” (*συμπλοκή*, isto é “entrelaçamento” das coisas que constituem uma situação, efêmera ou estável, o “*symploké*” sublinha efetivamente o momento da desconexão. Pode-se ver o fenômeno em alguns textos platônicos, v.g., “O Sofista” (251a-253b): o *Estrangeiro de Elea* quer dizer a *Teeteto*, no texto platônico, que o entrelaçamento se revela como uma formulação de um princípio universal de “*symploké*” (oposto ao

por isso, a validade *diatética* do ordenamento não está afetada pelo fato de que uma ou mais normas sejam ineficazes, já que a eficácia se mede em termos de multiplicidade holótica, isto é uma multiplicidade factual de totalidades.

IV. A NORMA FUNDAMENTAL

A norma fundamental é uma tentativa de afastar qualquer conteúdo metafísico do direito, assim como, de qualquer conteúdo de outra índole que não a jurídica¹³. Então, a validade de uma norma jurídica não se submete a qualquer elemento estranho à ciência do direito, somente se subordina a validade da norma prévia. Daí, o axioma que afirma que um *dever-ser* é a razão derivada de outro *dever-ser* e, portanto, a eficácia total do ordenamento é tão só uma *condição*, mas não a razão da validade das normas integrantes. Este fato institui a norma fundamental (*Grundnorm*) e estabelece a obrigatoriedade do Direito. Esta característica também concretiza a diferença básica da teoria kelseniana frente à idéia de direito natural. Assim o é, pois para Kelsen, *o conteúdo do direito positivo é independente da norma fundamental*, da qual a derivação se refere apenas a validade formal, já o *direito natural* afirma que ao ordenamento, somente se atribuirá validade, desde que seu conteúdo corresponda ao conteúdo do direito natural.

A norma fundamental é, para Kelsen, um pressuposto epistemológico dirigido para dar resposta à questão da validade do ordenamento jurídico, neste suposto lógico, o que está em tela de juízo, é a norma *pressuposta* e não a norma *posta*¹⁴. Por derivação, o que está em questão é a *Constituição* pensada em sentido lógico-jurídico. A razão epistêmica reside exatamente, no sentido de dar concretude à ação de criação do direito positivo¹⁵. Tal justificação limita o próprio ordenamento jurídico, pois fica circunscrito ao cenário lógico-formal, o que tem implicações importantes na efetivação de uma teoria da interpretação, dado que a norma fundamental, desde uma perspectiva transcendental, funciona como condição do trabalho do jurista. A teoria da decisão, deste modo, justifica-se nos atos de vontade dos órgãos competentes (interpretes autênticos), arredando toda e qualquer crítica ao conteúdo da decisão.

V. UMA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO EM SEDE DE TEORIA PURA DO DIREITO

Kelsen estava firmemente convencido que o problema hermenêutico básico estava centrado na produção da norma individual, entrelaçada num *frame* com caráter múltiplo e extraído da norma geral. Assim, duas variantes teóricas são encontradas: (i) a teoria da estrutura gradual (a seguir considerada piramidal por alguns autores)

monismo holista: tudo está vinculado com o todo; assim como, com o pluralismo radical: nada está vinculado, ao menos internamente, com nada), logo, se pode considerar Platão como o fundador do método crítico filosófico, por oposição ao método da metafísica holista ou pluralista da “filosofia acadêmica (Platón, *El sofista o del ser*, in, Obras Completas. 2. ed., Madrid: Aguilar, 1969, ps. 999-1045, especialmente, 1031-1035).

¹³ Preferimos entender a norma fundamental com acentuado conteúdo ontológico no sentido heideggeriano, vale dizer uma disposição para a reflexão sobre o *ser* no que é indispensável para a conformação possível de existências plurais.

¹⁴ Cf. Kelsen, *Teoria pura...*, ed. portuguesa, vol. II, nota de pé de página n. 1, p. 11, in *fini*, e p. 12.

¹⁵ Cf. *idem ibidem*, p. 16-27.

do ordenamento jurídico; e, (ii) o continente de relações que se pode encontrar entre a validade e a eficácia da norma jurídica. Portanto, a interpretação para Kelsen se resolveria num objetivo proléptico, isto é, antecipava “uma operação mental” que acompanha o *continuum* da aplicação do direito no seu progredimento gradual, de um estágio superior para um estágio inferior; assim, ensinava Kelsen, em outras palavras, que toda a norma jurídica – contextualizada – na medida em que deva ser aplicada – logo observada – é também interpretada. A consequência desta afirmação implica que a norma não pode vincular o seu objeto em todas as direções, resultando que ao ato aplicativo deverá remanescer uma margem de diferenciada dimensão, de livre apreciação, pois afirmava que a norma do escalão superior tem sempre – em relação ao ato de produção normativa, ou de execução que a aplica – o caráter de um quadro ou moldura a preencher por esse ato¹⁶; assim o entendia, dado que, ao mesmo tempo em que existe um conteúdo de indeterminação intencional, existe *a latere* uma indeterminação não-intencional, este fenômeno é gerado desde a apreciação da existência de um único *sentido correto possível* da norma a aplicar em um caso concreto.

O que se quer pontuar, relendo Kelsen¹⁷, é que uma norma não induz tão só uma solução judicial, muitas outras são possíveis, pendente do caso concreto, isto firma um princípio basilar: não é possível a norma deduzir uma solução correta que exclua as demais, pois sempre ocorrerão perímetros de intrusão; portanto, dentro do mesmo *leitbild* contido na norma superior, todas as soluções possíveis estão atribuídas de idêntico valor intra-sistemático. Kelsen afirmava que uma sentença judicial, pelo fato de ser fundada na lei, significa na verdade que ela (a sentença) se contém dentro do *molde* que a lei informa, mas isto não significa que ela é norma individual, sim, que ela é apenas uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Por conseguinte, para o sistema de Kelsen, é importante a distinção entre a interpretação autêntica e a interpretação não autêntica¹⁸. A interpretação autêntica revela-se, no seu sentir, como um percurso onde o *epistêmico* mescla-se com a *voluntas* com o objetivo de induzir uma *unidade de sentido*¹⁹. Este *sentido* está todo contido no *jurídico*, ultrapassá-lo, significa não mais fazer ciência jurídica, mas *política jurídica*, ou vislumbrar a perspectiva do *moral* no direito. Contudo, atente-se, a produção da norma individual sempre vai enfrentar e tentar solucionar o político, desde um ato eminentemente volitivo. Dada esta situação, é claro, a ciência jurídica nada pode contrapor. Deste embate, uma norma superior se dirige a confirmar um limite ao procedimento lógico-formal de produção normativa. Tal fato legitima, tanto o modo de produção, como o ato de vontade implícito, e impende uma derivação

¹⁶ Cf. Kelsen, H., *Teoria pura...*, vol. II, p. 284 e s.; p. 288 e s.

¹⁷ Adepto do “voluntarismo” Kelsen explicava que a interpretação da norma é um ato de criação de uma norma individual, e, por sua vez, é um ato de vontade na medida em que se trata de preencher o marco estabelecido pela norma geral.

¹⁸ A primeira é aquela gerada pelos órgãos autorizados a produzir e a aplicar o Direito, com destaque para os órgãos jurisdicionais, já, a segunda, revela-se naquela interpretação produzida por outros atores do cenário social, com relevo àquela produzida pela ciência jurídica, dita interpretação científica.

¹⁹ Cf. Kelsen, H., *Teoria pura...*, vol. II, p. 294.

hermenêutica, elegida entre os tantos *sentidos* possíveis, conformando-se numa norma inferior, vale dizer, recriando o direito por concreção da norma superior.

Logo, a derivação hermenêutica não é um resultado epistêmico, porém um *ato de vontade*, pois o *status* de validade das normas jurídicas se conforma, exclusivamente, no processo lógico-formal de sua geração. A conclusão, por evidente, é uma só: não nos encontramos frente a uma decisão técnica-jurídica, antes, uma conformação de vontade em política jurídica. Tal é assim, pois Kelsen quando trata da Justiça reconhece que a pergunta sobre a justiça não deve ser endereçada a uma ciência pura que não a admite, dado que no ato da interpretação da norma estão implicados valores, ditos *valores de justiça*; com tal sentido, Kelsen se refugiava num ancoradouro dialógico, onde possíveis interpretações corresponderiam a um amálgama de possíveis valores justificatórios da Justiça, pois o próprio Kelsen vai reconhecer que o que é preciso nesta dialogia interpretativa é indicar *uma* entre variáveis múltiplas e possíveis soluções.

VI. ALGUMAS REFLEXÕES CRÍTICAS

Apesar da impossibilidade de um sistema cerrado e completo em si mesmo, já denunciado por Kurt Gödel²⁰, que afirmava a inconsistência própria ao sistema; e, mesmo, as dúvidas expressadas pelo próprio Kelsen, em relação ao caráter de mero pressuposto, de hipótese ou de ficção da *Grundnorm*, a idéia *utópica* de *validadez formal*²¹ segue funcionando, não só como seletor, senão de um modo mais relevante, como indutor *doxológico* para os operadores jurídicos. O trato com as normas jurídicas, como se essas formassem parte de uma *máquina auto-suficiente* (Gilles Deleuze e Felix Guattari²²) faz pensar ao que legisla, aplica ou interpreta – missão básica e tradicional dos anos de aprendizagem e dos *ritos de passagem* na prática jurídica legítima – que o direito se sustenta a si mesmo, e não está submetido a alguma prévia *leitura* da realidade.

Uma norma é válida *se e só se* existe outra norma que corrobora o enunciado sem reflexionar acerca do *mistério* subjacente à autoridade que outorgou legitimidade à *Grundnorm* originária, cuja *vontade* é, diária e quotidianamente, posta em circulação desde os diferentes campos de atividade do direito. Mais, que ao *conhecer o direito*, o juiz deve saber situar-se nos limites dessa *norma básica*, que se *finje* aceitar como a doadora originária de validade, e que permite separar os componentes de todo o fenômeno jurídico, outorgando a cada um uma esfera independente de atuação com respeito a um mero texto concebido por obra e graça dessa norma fundamental, como uma coisa, ou um objeto situado à margem das diferentes subjetividades.

A utopia da validade formal, deste modo, pressupõe a *ficção* de um legislador e de um intérprete onisciente que é capaz de conhecer os limites e fundamentos do direito

²⁰ Gödel, Kurt; Obras Completas, Sobre sentencias formalmente indecibles de principia matemática y sistemas afines, Madrid: Ed. Alianza, 1981.

²¹ A validade ou invalidez de uma norma pode deduzir-se desde si mesma e unicamente em relação com outras normas, pelo que o processo jurídico se percebe como um mecanismo automático que segue as pautas de alguma entidade (cf. Hinkelammert, F.J., *Crítica de la razón utópica* edición a cargo de J.A. Senent de Frutos. Barcelona: Desclée de Brouwer, 2002).

²² Deleuze, G. y Guattari, F., *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Valencia: Ed. Pre-textos, 2002.

sem ter que recorrer a alguma entidade externa a ele; e, assim mesmo, se fundamenta na *crença* ou, de igual modo, na ficção de que o ordenamento jurídico é uma máquina auto-suficiente, que caminha por si só ao outorgar critérios que o converte em válido, válido para todos os que serão regulados por ele. A onisciência do legislador, do intérprete/aplicador e do intérprete/revelador de lógicas imanentes, ou a referência a auto-regulação e autofundamentação da *maquinaria jurídica*, são os pressupostos metafísicos que não podem submeter-se às condições de factibilidade (leituras condicionadas e contextualizadas das relações sociais e ausência de todo automatismo dos sistemas) de toda *antecipação* racional que não pretenda converter-se em utopia absolutista e *coisificada*.

Sem dúvida, por muito metafísicos e utópicos que sejam ditos pressupostos, eles são necessários para evitar reconhecer a presença das ideologias e das relações fáticas de poder e, assim, passar a entender as normas jurídicas como enunciados normativos neutros e universais. Pois, “[...] *Por si não se ‘finge’ à existência da Grundnorm, ficaríamos unicamente com a descrição dos fatos ou das relações fáticas de poder*”²³, com o que nem se descreve e nem se conhece o direito positivo, “[...] *sino que se acaba construyendo un discurso político o una ideología acerca de cómo debe ser concebido el Derecho, esto es, una concepción apriorística del mismo [...] un sistema jurídico-estatal unificado, jerarquizado, pleno y coherente de normas jurídicas y autoridades normativas, dotado de validez objetiva y obligatoriedad intrínseca...*”²⁴, do qual foram amputados os fatos e as mesmas relações de poder. O diz muito bem A. Tabucchi em *La cabeza perdida de Damasceno Monteiro*, utilizando para isso a *ficção* literária:

[...] *es una proposición normativa – diz o advogado ao jornalista –, está en el vértice de la pirámide de lo que llamamos Derecho. Pero es el fruto de la imaginación del estudioso, una pura hipótesis... Si usted quiere es una hipótesis metafísica, absolutamente metafísica. Y si usted quiere, se trata de un asunto auténticamente kafkiano, es la norma que nos enreda a todos y de la cual, aunque le pueda parecer incongruente, se deriva la prepotencia de un señorito que se cree con derecho a azotar a una puta. Las vías de la Grundnorm – conclui o advogado – son infinitas*²⁵.

Não se quer dizer, por exemplo, que uma Constituição democrática induza ou proteja ao torturador, ao violento, ou ao que maltrata uma mulher²⁶; sim, que a ficção cultural que está na base das normas, sobretudo daquela que *nos enreda a todos* (legisladores, aplicadores, intérpretes e cidadãos), conduz à legitimação, agora sim, normativa de atos de violência, de exploração ou de marginalização, dificilmente controláveis pelo resto das normas jurídicas enredadas naquela hipótese ou ficção.

²³ Fariñas Dulce, M.J., “La ‘ficción’ en la teoría jurídica de Kelsen” en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 18, 2001, p. 106.

²⁴ Fariñas Dulce, M.J., op. cit. pp. 105-106.

²⁵ Tabucchi, A., *La cabeza perdida de Damasceno Monteiro*. Barcelona: Anagrama, 1997, pp. 86-87.

²⁶ Ainda que as novas tendências legislativas antiterroristas, surgidas nos Estados Unidos da América – depois do fatídico 11 de setembro – e rapidamente adotadas, mais ou menos de má vontade, por seus amigos de ultramar, contradigam a afirmação anterior, dada sua pretendida constitucionalidade.

Como afirmava Robert Cover, habitamos um *nomos*, um universo normativo a partir do qual distinguimos entre o bem e o mal, o legal e o ilegal, o válido e o inválido, dizia: “[...] *Las reglas y principios de justicia, las instituciones formales del derecho y las convenciones del orden social son, por supuesto, importantes para ese mundo (normativo); y, sin embargo, sólo son una pequeña parte del universo normativo que debería llamar nuestra atención*”²⁷. Ficarmos no aspecto puramente formal, nos faz esquecer, ou nos oculta ideologicamente, que atuamos no marco de um conjunto de narrações, que situam as normas e lhes outorgam significado cultural. Por isso, toda a *Constituição* – afirmava Cover – “[...] *tem uma épica, como todo decálogo tem una escritura, quando a entendemos no contexto das narrações que lhe dão sentido, o direito deixa de ser um mero sistema de regras a ser observadas e se transforma no mundo em que vivemos*”.

Se reduzirmos os direitos a seu componente jurídico-formal, perderemos isso que George Steiner denomina de *alternidade* do *nomos*, isto é, a faculdade de construir “*lo distinto a lo que ES*”, vale dizer, “[...] *las proposiciones, imágenes, formas del deseo y de la evasión contrafácticas con las cuales alimentamos nuestra vida mental y a través de las cuales construimos el medio cambiante y en gran medida ficticio de nuestra existencia somática y social*”²⁸.

Se analisarmos as normas (ou, o que é muito importante, as conseqüências de sua aplicação aos coletivos tradicionalmente marginados das vantagens que supõe a adoção daquela ficção e desse “*nomos*”) e as teorias ou reflexões sobre as mesmas, reconheceremos as dificuldades existentes no nível jurídico e institucional, para incluir as expectativas e os valores de grandes capas da população: o patriarcalismo, o individualismo possessivo e o formalismo estão na base de dita *norma fundamental*, de dita hipótese, ficção, ou melhor, ainda, de dita cultura jurídica dominante. De outro modo, ao toparmos com universos discursivos, e não com *essências* absolutas ou metafísicas, podemos defender que, se a burguesia (*será que ainda se poder usar este termo?*) teve êxito ao construir um procedimento que lhe permitiu elevar seus valores e expectativas à categoria de *Grundnorm*, hoje em dia se deve generalizar dita possibilidade, proporcionando uma transformação do procedimento jurídico para que outros coletivos possam constituir – parafraseando Ignácio Ellacuría – outra *Grundnorm*, isto é, outro conjunto de ficções e pressupostos favoráveis, agora, não só a uma classe social, a que triunfa com as revoluções burguesas, sim aos

²⁷ Robert Cover, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, (edición a cargo de Ch. Courtis). Barcelona: Gedisa (Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos), 2002, p. 16.

²⁸ G. Steiner, *Después de Babel*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1980 (ver R. Cover, op cit., p. 23. “El alcance del significado que se puede asignar a toda norma –la interpretabilidad de la norma– se define, entonces, tanto por un texto legal, que objetiva la exigencia, como por una multiplicidad de compromisos implícitos y explícitos que lo acompañan. Algunas interpretaciones están escritas con sangre, y permiten apelar a la sangre como parte de su fuerza de legitimación. Otras interpretaciones suponen límites más convencionales acerca de cuánto debe arriesgarse en su defensa. Las narraciones que cada grupo particular asocia con la ley revelan el alcance de los compromisos del grupo. Esas narraciones también ofrecen recursos de justificación, condena y debate a los actores del grupo que deben luchar para vivir su ley.”.)

coletivos tradicionalmente marginados da ficção hegemônica: indígenas, imigrantes, negros, mulheres e outras tantas minorias...²⁹

Por muito relevante que seja defender o *princípio de segurança jurídica*, que certifica a validade interna das normas e outorga certeza na aplicação do direito, e por muito importante que seja identificar as normas que promovem desigualdades ou discriminações – tanto em sua redação formal como nos resultados que produzam –, quando falamos de um *direito maior*, um direito mais *abrangente e solidário* é muito mais necessário desvelar e arrazoar criticamente os traços patriarcais da cultura jurídica, isto é, superar os pressupostos, hipóteses e ficções que impõem um único ponto de vista, uma leitura particular e parcial da realidade como se fora única e universal.

Assim, este estudo nos serve para uma renovada leitura da *teoria da interpretação* de Kelsen, desenhar um novo rumo, rompendo o *paradigma positivista* com a sua reinvenção e implicando um novo padrão interpretativo, desde analógicos postulados kelsenianos. É que Kelsen no capítulo VIII da sua *Teoria Pura do Direito* já reconhecia que as normas estavam incluídas numa estrutura das denominadas *interpretações juridicamente possíveis*, e afirmava ainda, que para muitos casos podem existir múltiplas interpretações, e que estas, fatalmente, levariam a resultados diversos.

O que é importante é o reconhecimento de Kelsen da diversidade de soluções para o caso concreto. Assim, a toda evidência, quando o magistrado por dever legal necessita adotar uma posição para decidir a lide, se apresenta, para ele, várias vias ou caminhos hermenêuticos que deve eleger: ou recorre a valores e conceitos externos ao direito, ou escolhe a via mais segura (?), deve recorrer a ponderar os valores e princípios inerentes ao próprio direito, utilizando o diálogo das fontes para preencher os vazios; de modo mais direto, a própria *Constituição*, que é hierarquicamente superior, estruturante do sistema e alimentada pelas demais fontes do direito. Assim, tem como um instrumento hermenêutico assaz útil o *princípio da proporcionalidade* e, especialmente, a técnica da *ponderação* (proporcionalidade em sentido estrito). De todo útil, neste caso, a noção de Canotilho e de Vital Moreira³⁰, que afirmam que existem diferenças notáveis entre princípios e regras, já que as últimas carregam consigo imperativos, e os primeiros valores. É assim que no âmbito das regras, dois imperativos contrários se excluem, mas, no fértil campo dos princípios, dos valores, a contradição se resolve com a ponderação. O que se releva então é *phronesis* na determinação recessiva para estes.

Destarte, todo o trabalho de Kelsen na *Teoria Pura do Direito*, na pretensão de expurgá-la de toda manifestação estranha ao Direito, de toda uma pauta axiológica, falece frente ao último capítulo de sua magistral *Teoria Pura*; toda a pureza epistemológica se desvanece ao afirmar que *as interpretações formam a moldura em que várias soluções são possíveis*. Mais, ele reconhece que a *moldura* não é preexistente a interpretação, senão, verdadeiramente formada por esta. Esta conclusão está – como dizia Casamiglia – em que Kelsen pretendia *com uma metodologia idealista, fazer uma teoria geral do Direito positivo. O preço que pagou a teoria pura do*

²⁹ Ellacuría I., *Filosofia de la realidad histórica*, Madrid: Trotta, 1991.

³⁰ Canotilho, J.J.G.; Moreira, V., *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

*direito do Direito para ser uma teoria positivista do Direito é a inconsistência metodológica*³¹, ou como bem pontuou Fariñas Dulce, “[...] *Kelsen estava pensando em uma teoria pura e abstrata do Direito, e não em uma teoria que estudasse o direito positivo e concreto; por isso se encontra com o problema de como entender e explicar o sollen, sem compreender, a sua vez, o sein (o contexto social), no qual aquele surge e se desenvolve*”³². O ato de vontade do intérprete autêntico, revelando o direito, deixa uma margem de *discricionarietà* importante, o que de resto, é a tônica de todo o positivismo jurídico.

³¹ Casamiglia, A. *Kelsen y la crisis de la Ciencia Jurídica*. Barcelona: Ariel, 1977, p. 147-8, apud, Fariñas Dulce, M. J., *El problema de la validez jurídica*. Madrid: Civitas, 1991, p. 93.

³² Fariñas Dulce, M. J., *El problema de la validez jurídica*. Madrid: Civitas, 1991, p. 94.