

O racionalismo dogmático kelseniano como paradoxo e abertura para uma análise multidimensional e complexa do direito contemporâneo

Kelsenian dogmatic rationalism as a paradox and na opening for a multidimensional and complex analysis of contemporary law

Adilson Cunha Silva¹

Edson Barbosa de Miranda Netto²

Guilherme Rodrigues Carvalho Barcelos³

Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Kelsen e Janus: as múltiplas faces de Kelsen; 3. A interpretação como abertura comunicante do sistema jurídico na teoria pura do direito; 4. A multidimensionalidade do direito e o lugar do racionalismo dogmático numa perspectiva complexa do sistema jurídico contemporâneo; 5. Considerações finais; 6. Referências.

Resumo: A partir de uma perspectiva reflexiva, este artigo trata de questões pontuais que envolvem o atual lugar do racionalismo dogmático kelseniano, corporificado na *Teoria Pura do Direito*, e os paradoxos que dele emergem e produzem as necessárias aberturas para situá-lo na concepção multidimensional, complexa e sistêmica do direito contemporâneo. Além disso, é tratada a questão da sua atualidade e a necessidade de novos estudos, pautados, não apenas na *Teoria Pura do Direito*, mas no conjunto da obra de Hans Kelsen, bem como daqueles que o influenciaram e dos seus críticos, possibilitando, com isso, a sua atualização,

¹Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa-IDP. Mestre em Direito Privado e Econômico (2009) pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Civil e em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Eleitoral pelo Instituto para o desenvolvimento democrático-IDDE/Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Graduado em Direito em 2004 pela Universidade Federal da Bahia. Entre 2005 e 2008, além das atividades acadêmicas relacionadas às especializações que cursava, advogou e prestou consultoria na área de Direito Administrativo e Direito Eleitoral. Analista Judiciário e Assessor de Juiz Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins.

² Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia Nacional (ESA Nacional). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Municipalidades e Direito (NEMUD) da Universidade CEUMA. Professor da Universidade CEUMA (UNICEUMA). Advogado pela OAB/MA.

³Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa-IDP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Especialista (Pós-Graduado) em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral pela Verbo Jurídico. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduado em Direito pela URCAMP/RS. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Membro do Grupo de Pesquisa "Observatório Eleitoral" da Escola Superior de Direito Eleitoral da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Parecerista da Revista Ballot da Escola Superior de Direito Eleitoral da UERJ. Advogado, sócio-fundador da Barcelos Alarcon Advogados (Brasília-DF).

correção e superação das fissuras que decorrem da incompletude que subiste na sua teoria.

Palavras-chave: Teoria Pura do Direito; Positivismo jurídico; Racionalismo dogmático; Sistema jurídico.

Abstract: From a reflective perspective, this article deals with specific issues that involve the current place of Kelsen's dogmatic rationalism, embodied in the Pure Theory of Law, and the paradoxes that emerge from it and produce the necessary openings to place it in a multidimensional, complex conception and systemic of contemporary law. In addition, the issue of its actuality and the need for further studies are addressed, based not only on the Pure Theory of Law, but on the body of Hans Kelsen's work, as well as those who influenced him and his critics, enabling, with that, its updating, correction and overcoming of the cracks that result from the incompleteness that rises in its theory.

Keywords: Pure Theory of Law; Legal positivism; Dogmatic rationalism; Legal system.

1. Introdução

O racionalismo dogmático kelseniano, delineado sobretudo a partir da Teoria Pura do Direito, teve sua existência marcada por dissensões que persistem até a atual fase da História. Mesmo após oitenta e oito anos da sua primeira edição, as discussões sobre a obra de Kelsen são atuais e necessárias ao redimensionamento da teoria do direito.

Mais do que nunca, a ficção e a materialidade dos entes existentes, das categorias ôntico-sociopolíticas e jurídicas, mesclam-se, dominam e regem as condutas dos seres humanos, borrando as fronteiras da materialidade física, revelando que a ficção se realiza no plano da existência e que a materialidade experienciada revela uma verdade por aproximação, a partir de uma perspectiva procedimentalizada e realizada num contexto dado e interpretado fornecido pela realidade.

Paradoxos e aberturas são uma constante dos sistemas que compõem o sistema social, e o direito é um desses sistemas. Os sistemas, por sua vez, se constituem de estruturas, dimensões comunicantes, que interagem e produzem ações com potência de transformação multidirecional, pois, ao mesmo tempo que transforma o outro é transformada, e sua transformação produz a dinâmica da existência.

Partindo de tais pressupostos preliminares, a pergunta sobre a importância a ser atribuída e o lugar da Teoria Pura do Direito e da obra de Hans Kelsen na História emerge e traz consigo o questionamento específico sobre o seu atual lugar no sistema jurídico como elemento fundamental e comunicante das múltiplas dimensões na contemporaneidade.

Mesmo reconhecendo ser este artigo mais um conjunto de reflexões sobre a obra elaborada ao longo da vida de Hans Kelsen, especificamente em relação ao lugar da Teoria Pura do Direito na estruturação do sistema jurídico contemporâneo, do que um estudo dirigido a tirar conclusões fechadas, buscar-se-á apresentar na primeira seção, de forma contextualizada, a complexidade do pensamento kelseniano, identificando as fases de sua produção e a consolidação do seu pensamento.

Subsequentemente, serão apresentadas considerações sobre o papel da interpretação jurídica como ponto de abertura e transformação do direito e do sistema jurídico como um fenômeno complexo, bem como o seu papel como produtor de paradoxos em relação a pureza da estrutura normativa do sistema jurídico.

A terceira seção trará algumas reflexões sobre o lugar do racionalismo dogmático kelseniano na concepção multidimensional do direito e da perspectiva

complexa do sistema jurídico na contemporaneidade, prosseguindo na sequência para as considerações finais.

2. Kelsen e Janus: as múltiplas faces de Kelsen

Janus, para a mitologia romana, representa o Deus dos começos, dos portais, das transições, das passagens. É, pois, o Deus que presidiu o início e o fim dos conflitos (embora não tenha sido bem-sucedido quanto à última empreitada, é bem verdade, ao menos não no plano terreno, no plano do mosaico do qual fazemos parte).

Janus, no latim, significa "passagem" ou "porta" ou, ainda, "portal", indicando, em última análise, ser o Deus dos caminhos, ou seja, aquele que preside o caminho, a travessia, as mudanças e as transições. Trata-se, então, a referida entidade divina de uma boa metáfora para escrevermos acerca de um dos maiores expoentes do Direito de todos os tempos, isto é, o autor austríaco Hans Kelsen, sobretudo à luz das transições jurídico-paradigmáticas advindas daí, algo corriqueiramente esquecido por muitos que se dispõem a falar sobre a obra do grande jurista austríaco.

Kelsen⁴, bem sabemos, é tido como um dos maiores nomes do positivismo jurídico. Porém, quando falamos em positivismo, devemos ter em conta que o positivismo é um fenômeno demasiado complexo. O Direito assim o é. Em verdade, é um equívoco falar-se em um positivismo.

Há, pois, vários positivismos. Assim, é que poderíamos falar no positivismo de cariz sintática ou no positivismo de cariz semântica; abordar o positivismo jurídico sob uma perspectiva ideológica ou metodológica/conceitual – epistemológica; ou, ainda, diferenciá-lo a partir de grandes escolas advindas ao longo da modernidade, como a Escola da Exegese (França), o Pandectivismo (Alemanha) e a Jurisprudência dos Conceitos (Inglaterra), num primeiro momento; e a Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses; o Positivismo Moderado de Hart, pós-Kelsen; e a Jurisprudência dos Valores, em um segundo contexto; sem contar, evidentemente, as facetas mais recentes ou contemporâneas deste fenômeno, como o Positivismo Inclusivo e o Positivismo Exclusivo.

Os múltiplos positivismos jurídicos distintos possuem um marco ou pedra angular, que se situa na obra seminal kelseniana. Há positivismos jurídicos pré e pós-Kelsen. Todos os teóricos do direito pós-Kelsen e, inclusive, autores contemporâneos a ele, por ele foram influenciados. Kelsen é um destes expoentes, compondo um ramo do positivismo jurídico que poderíamos chamar de "normativismo semântico", em contraponto, eis o cerne, aos "positivismos de perfil sintático".

Mas não só. Kelsen⁵, já por aí, vai além daquelas posturas que se solidificaram de maneira decisiva ao longo do século XIX, tão cristalizadas pelos movimentos codificadores e pela jurisprudência dos conceitos, algo que Bobbio⁶ chamou de "positivismo legalista" e que, por sua vez, Ferrajoli⁷ chamou de "paleopositivismo".

Ocorre que essa complexidade, não raro, não costuma ser bem compreendida no Brasil. Com efeito, tal como afirma Streck⁸, em terras brasileiras, ninguém mais quer receber o rótulo de positivista. Somos uma nação formada por juristas "pós-positivistas", "não-positivistas" ou "neoconstitucionalistas". Ser taxado como alguém "positivista" no Brasil, hoje em dia, dito de outra maneira, é um

⁴ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 6^o ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998.

⁵ KELSEN, H. *Idem*.

⁶ BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*, Ícone, São Paulo, 2006, p. 240.

⁷ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: Teoria e Garantismo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

⁸ STRECK, L.L. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*, 2^o ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016, p. 18.

verdadeiro motivo de escárnio. De exclusão dos círculos jurídicos. Quase que um “crime lesa-pátria” (sic).

Indaga-se pouco, no entanto, acerca do que exatamente deve entendido por positivismo jurídico. Daí, então, que, de modo geral, as posturas “rupturais” apresentam-se como (re)adaptações daquilo considerado velho e ultrapassado, sendo perceptível a continuidade de fundamentos jus filosóficos que, em tese, estariam superados⁹. Estas posturas consistem em meras pretensões rupturais, portanto.

Tais posturas, sem se darem conta, acabam por seguir apegadas aos fundamentos paradigmáticos que sustentam o próprio positivismo jurídico. Logo, a maioria das autointituladas teorias pós-positivistas ou neoconstitucionalistas na verdade não o são, embora assim se (auto)identifiquem nas obras jurídicas¹⁰. Assim também ocorre com Kelsen, especialmente com o seu pensamento presente na Teoria Pura do Direito¹¹.

Acerca do positivismo jurídico, que precede ao pensamento kelseniano, poderíamos falar, *lato sensu*, no positivismo clássico e no positivismo moderno. O positivismo clássico, embora cada uma das vertentes abarque as suas peculiaridades e especificidades, apresenta traços característicos definidos em cada uma delas¹². Trata-se de um movimento em que o material jurídico é posto, ou seja, estabelecido por alguma autoridade humana legitimada: na França se configurou na versão exegética do positivismo; na Alemanha se manifestou através da jurisprudência dos conceitos; na Inglaterra se materializou por meio da jurisprudência analítica¹³.

O positivismo jurídico tem em sua genealogia o positivismo científico, para o qual só há fatos¹⁴. Eis a questão empírica fundamental do pensamento positivista. Só há fatos, e isso está na origem da questão positivista do “fato social”. Esse fato é construção humana, ou seja, produção da sociedade. Ao jurista só cabe o papel de descrever esse fato.

Com isso também fica evidente uma busca por certezas e respostas definitivas, ou seja, por uma objetividade na aplicação do Direito. Este espaço de um conhecimento objetivo, que pode ser verdadeiro ou falso, sempre acompanhou o positivismo jurídico, seja na aplicação e/ou na ciência em suas mais variadas versões¹⁵.

Aqui fica manifesta a influência de paradigmas filosóficos, no caso, do objetivismo característico da metafísica clássica, onde o objeto aprisionaria o sujeito e o sentido das coisas exsurgesse das coisas mesmas. Daí a aposta na razão plenipotenciária do legislador na França, dos professores-juristas na formulação de enunciados na jurisprudência dos conceitos alemã ou nos precedentes originários da jurisprudência analítica inglesa.

A interpretação dos textos está amarrada aprioristicamente, tanto à própria legislação em si quanto aos conceitos jurídicos elaborados pelos professores ou aos precedentes. O sujeito está aprisionado ao objeto, pois – e Kelsen nada teve a ver com isso.

Este tipo de positivismo, embora não fundamente a postura rígida e inflexível da interpretação dos juízes em ontologias clássicas, como no paradigma aristotélico-tomista, acaba, na atuação prática destes, agindo de modo muito similar a este paradigma, a metafísica clássica ou o paradigma aristotélico-tomista¹⁶.

O juiz conhece o Direito positivado pela autoridade e faz uma dedução ao caso concreto, como uma adequação da coisa ao intelecto, uma verdade

⁹ STRECK, L.L. *Idem*.

¹⁰ STRECK, L.L. *Idem*.

¹¹ KELSEN, H. *Idem*.

¹² STRECK, L.L. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, Casa do Direito, Belo Horizonte, 2017.

¹³ STRECK, L.L. *Idem*.

¹⁴ STRECK, L.L. *Ob. Cit.*, p. 159.

¹⁵ STRECK, L.L. *Idem*.

¹⁶ STRECK, L.L. *Idem*.

correspondencial. Essa questão é fundamental para entendermos a relação do positivismo com os dois paradigmas filosóficos (clássico e moderno): põe-se o Direito (fato social); na sequência, a partir de um olhar externo, este Direito é descrito/aplicado¹⁷.

Já o sentido da coisa (dos textos) exsurgiria deles mesmos, não cabendo, assim, ao aplicador a interpretação destes mesmos textos (lei, conceitos ou precedentes). O sujeito intérprete-aplicador estaria aprisionado ao objeto (os mesmos textos – lei, conceitos ou precedentes). É por isso, falando especialmente da vertente francesa (positivismo exegético), que ao juiz era proibida a interpretação dos textos.

E é por esse motivo mesmo que se apostou nas codificações, partindo-se de uma clara influência da ciência jurídica romana e do *Corpus Iuris Civilis*, os quais abarcariam o Mundo (todos os fatos) de antemão, trazendo, então, neles mesmos, as soluções necessárias aos casos eventualmente surgidos das relações sociais. Os textos legais *lato sensu* abarcariam toda a realidade, ao passo que a solução para os casos estaria dada a priori. A razão impera. E não há(veriam) lacunas no sistema jurídico.

Com o passar do tempo, no entanto, desenvolveu-se a percepção acerca da incapacidade de os Códigos abarcarem toda a realidade circundante, principalmente em virtude dos embates teóricos acerca da existência de lacunas legislativas. Então quais os meios para controlar o processo da interpretação do Direito para que essa obra não fosse “deturpada”? E, do mesmo modo, como excluir da interpretação do Direito os elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de ler a realidade? A razão começaria a dar espaço à vontade.

Isto é: se, diante do Direito já positivado, caberia ao intérprete apenas declará-lo, a objetividade e a neutralidade impunham uma restrição às apreciações subjetivas diante do objeto de análise. Destas vertentes do positivismo primitivo, de mais a mais, despontariam duas características notórias: a primeira, o formalismo; e a segunda, a tese da separação entre direito e moral, onde a validade do Direito existiria independentemente de juízos morais.

Cada uma das fases do positivismo primitivo (novecentista) acabaria tendo a sua antítese, todavia, tal como afirma Streck¹⁸. A Livre Investigação Científica na França, a doutrina do segundo Ihering, a Escola do Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses na Alemanha e o realismo jurídico na Inglaterra e nos Estados Unidos¹⁹.

Assim, o *locus* do sentido da lei foi sendo transferido para o subjetivismo do juiz e para a decisão judicial, mantendo-se assim o aspecto empírico. Do positivismo legalista ocorria a migração para o positivismo axiologista-valorativo e/ou fático, no caso das posturas realistas ou empiristas. Da razão passou-se, então, à vontade. E o intérprete, de escravo dos sentidos dos textos, passou a ser o seu dono. O sujeito passaria a assujeitar o objeto.

É aí que Kelsen²⁰ começa a aparecer com o seu positivismo normativista materializado em sua famosa obra Teoria Pura do Direito, o que ficaria evidenciado, a mais não poder, no capítulo oitavo da respectiva obra, naquilo que se refere ao problema da interpretação jurídica, da decisão judicial e nos limites da atividade a ser realizada pelo magistrado.

Ou seja: é justamente nesse contexto teórico-filosófico que se encontram as posturas pós-exegéticas do positivismo jurídico, dentre as quais citamos: a Livre Investigação Científica na França, a doutrina de Ihering (o segundo Ihering), a Escola do Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses na Alemanha – e, após a segunda-

¹⁷ STRECK, L.L. *Idem*.

¹⁸ STRECK, L.L. *Ob.Cit.*, p. 172.

¹⁹ STRECK, L.L. *Idem*.

²⁰ KELSEN, H. *Idem*.

Guerra, a jurisprudência dos valores - e o realismo jurídico na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Trata-se, assim, de um relevante deslocamento (tectônico, por assim dizer) ocorrido no *locus* do fundamento do fenômeno jurídico, passando-se, pois, do pensamento racional para a vontade, do objetivismo ao subjetivismo, da metafísica clássica à metafísica moderna, com assento no paradigma epistemológico da filosofia da consciência e, conseqüentemente, no primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e no solipsismo teórico da filosofia da consciência²¹.

E onde esteve Hans Kelsen, especificamente? Com efeito, é exatamente com Kelsen²², tal como a lição de Rocha²³, que a noção de sistema atinge, no saber jurídico, o seu mais sofisticado nível teórico. Kelsen pretende a constituição de uma "teoria pura do direito" e, para isso, formula aquele que seria o seu princípio metodológico vertebral: o princípio da pureza metódica²⁴. Kelsen pretende afastar da ciência do direito todos os seus aspectos político-ideológicos, assim como qualquer abordagem histórica²⁵.

A teoria jurídica dominante anterior a essa corrente positivista, o jusnaturalismo, via o campo normativo como somente estático, dependente da adequação a ideais metafísicos. E foi com o normativismo kelseniano que acabou sendo introduzida introduziu a perspectiva dinâmica do direito, explicando os processos de produção e autoreprodução das normas²⁶.

É na tentativa de construir uma Ciência do Direito sob outros pressupostos que Kelsen acabou por inaugurar um segundo momento do juspositivismo²⁷. O jurista reconhecia a inexorabilidade do elemento subjetivo no jus dicere, seja em virtude das influências externas, inclusive da moral, ou plurivocidade dos signos linguísticos.

Logo, foi necessário cindir o Direito da Ciência do Direito e nisto é possível identificar, em Kelsen, uma influência do neopositivismo lógico do Círculo de Viena. Ademais, Kelsen também sofreu influência do neokantismo. Acerca da influência neokantiana na Teoria Pura do Direito²⁸, esta pode ser vista sob vários ângulos. E, citando Hammer²⁹ e Lenio³⁰, falemos das seguintes e, com isso, das grandes transições proporcionadas por Kelsen: a pressuposição que a filosofia teórica de Kant confinada as ciências naturais poderia ser colocada em disciplinas normativas, ou seja, parte da premissa que todo o conhecimento dos objetos depende, formalmente, das condições constitutivas da cognição teórica; a preocupação com a pureza teórica³¹; a norma fundamental que estabelece a imputação, e esta, por sua vez, conecta os fatos sensíveis, materialmente perceptíveis, não de modo causal, mas normativamente, possibilitando assim uma interpretação normativa destes. A norma fundamental é, portanto, um esquema do Direito e da normatividade, é a corporificação formal das imputações, em outras palavras, seu princípio unificador.

Desse modo, observamos que o positivismo primevo influenciado pelo cientificismo tentava alcançar uma objetividade afastando qualquer juízo de caráter pessoal, que seria sempre contingente, isto por intermédio de uma interpretação literal e uma racionalidade matematizante.

²¹ STRECK, L.L. *Idem*.

²² KELSEN, H. *Idem*.

²³ ROCHA, L.S. "Crítica da 'Teoria Crítica do Direito'", *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Político*, vº 4, nº 6, 1983, p. 127.

²⁴ ROCHA, L.S. *Idem*.

²⁵ ROCHA, L.S. *Idem*.

²⁶ ROCHA, L.S. *Idem*.

²⁷ STRECK, L.L. *Idem*.

²⁸ KELSEN, H. *Idem*.

²⁹ HAMMER, S. "A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law?", *Oxford-Clarendon Press*, New York, p. 177-194, 2007.

³⁰ STRECK, L.L. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4º ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

³¹ COHEN, H. *Etica della volontà pura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

Todavia, a partir do pensamento de Kelsen³² – porque o positivismo é “antes de Kelsen e depois de Kelsen” –, o elemento subjetivo passou a ser considerado inexorável na realização concreta do Direito³³, nunca sem referir a relevante distinção feita pelo próprio Kelsen entre Direito e Ciência do Direito e, diga-se, entre interpretação científica como ato de conhecimento e interpretação jurídica como ato de vontade.

O olhar de Kelsen sobre o Direito e sua cientificidade não foi unívoco, se deu na sua historicidade, carregando as mutações de sua compreensão sem perder a essência dos pressupostos que possibilitaram a estruturação do pensamento científico da estrutura normativa do Direito.

Assim, com seu positivismo normativista, influenciado, sim, pelo neokantismo da Escola de Viena, pela concepção constitutiva da verdade de nietzschiana e a procedimentalização formalista de viés weberiano, Kelsen estruturou o seu racionalismo dogmático, que instaurou uma revolução na estrutura específica da norma jurídica e na ordem de sua hierarquização, superando o ecletismo sociológico e as amarras, outrora estabelecidas, para a compreensão e funcionalização do direito positivo através da sua interpretação.

3. A interpretação como abertura comunicante do sistema jurídico na teoria pura do direito

A construção da estrutura normativa kelseniana, pautada em fundamentos filosóficos ficcionais, a *priori* puros, sistemicamente operacionalizados e fechados pela norma fundamental, se abre ao plano externo através da interpretação, que, conjuntamente com a norma fundamental, constitui o ponto de abertura e o paradoxo da Teoria Pura do Direito kelseniana.

Dentre os argumentos apresentados por Kelsen³⁴ em sua Teoria Pura, a sua discussão acerca da interpretação é alvo de algumas das mais severas críticas direcionada por grande parte de seus opositores na Academia. No capítulo VIII de sua obra, o autor discorre sobre a interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito (com destaque para o papel dos magistrados), deixando de lado aquela eventualmente realizada por uma pessoa privada ou pela ciência jurídica como um todo.

Kelsen³⁵ parte da concepção de que há uma relativa – mas inegável – indeterminação quando do ato de aplicar o Direito ao caso concreto. Há uma determinação tanto procedimental quanto material da norma superior em relação à norma inferior, visando a expedição de um ato executivo. Porém, a determinação existente nunca é completa, cabendo ao intérprete supri-la por meio de um ato de vontade. Assim:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma 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 este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer³⁶.

³² KELSEN, H. *Idem*.

³³ STRECK, L.L. *Idem*.

³⁴ KELSEN, H. *Idem*.

³⁵ KELSEN, H. *Idem*.

³⁶ KELSEN, H. *Op. Cit.*, p. 246.

No momento em que Kelsen³⁷ estabelece a figura da moldura normativa como elemento de fechamento da sua concepção sobre a interpretação autêntica do Direito, cabe questionar se este ponto não põe em xeque toda a construção de seu racionalismo dogmático e do estabelecimento de uma estrutura fechada e lógica para a Ciência Jurídica. Ao deixar tamanha margem discricionária de atuação para o aplicador da norma jurídica, haveria o preenchimento dessa moldura com os elementos morais e ideológicos que Kelsen³⁸ buscou afastar do seu estudo científico do Direito.

O autor afirma que o papel de aplicação da norma jurídica encerra-se com a definição da moldura de possibilidades à disposição do intérprete. Dessa maneira, saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam na moldura de interpretações do caso concreto, aquela considerada como a “correta”, não seria nem uma questão de conhecimento relativo ao Direito Positivo, e nem um problema de Teoria do Direito. Para Kelsen³⁹, tratar-se-ia de um problema de política do Direito.

O jurista austríaco mostra-se consciente da impossibilidade de controlar totalmente os elementos subjetivos, a exemplo da moral e da ideologia, quando da aplicação do Direito por juízes. Kelsen reconhece o subjetivismo como um elemento inexorável na realização concreta do Direito, de modo que a neutralidade e a pureza por ele descritas restringir-se-iam à análise científica do fenômeno jurídico⁴⁰.

Streck ao discorrer sobre o positivismo jurídico de Kelsen, aponta para essa cisão kelseniana entre interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade:

Por isso, a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade (aqui entra moral, política, ideologia, etc.) e interpretação como ato de conhecimento (neutralidade, pureza no olhar). Sendo mais claro: A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, normas. Já a descrição das normas jurídicas deve ser feita de forma objetiva e neutral, a que Kelsen chamará de ato de conhecimento, que produz proposições. Devido à característica relativista da moral kelseniana, as normas — que exsurgem de um ato de vontade (do legislador e do juiz na sentença) — terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico — por meio do qual a norma superior se manifesta — aos objetos do mundo concreto, que serão afetados pela criação de uma nova norma⁴¹.

A partir dessa visão de Kelsen⁴² da interpretação enquanto ato de vontade, cabe indagar se o caráter de autorreferência restaria comprometido, apesar de tão buscado pelo autor em sua Teoria Pura ao afirmar que cabe ao próprio Direito definir aquilo que é ou não jurídico.

Poder-se-ia inferir uma heterorreferência no ato interpretativo e de aplicação das normas jurídicas ao caso concreto, já que o Direito não seria capaz de fornecer uma solução para a busca pela interpretação mais “adequada” ou mais “correta” à situação da realidade. A resposta kelseniana para esse ponto chave na compreensão do fenômeno jurídico repousaria tão somente no critério da discricionariedade do julgador.

³⁷ KELSEN, H. *Idem*.

³⁸ KELSEN, H. *Idem*.

³⁹ KELSEN, H. *Idem*.

⁴⁰ STRECK, L.L. *Idem*.

⁴¹ STRECK, L.L. “O positivismo jurídico de Hans Kelsen”, *Revista de Culturas, Artes e Ideias*, 2021, disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/streck-positivismo-kelseniano/>, acesso em: 04 jan. 2022.

⁴² KELSEN, H. *Idem*.

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente. Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico. Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão-somente um juízo de valor político⁴³.

Porém, partindo do pressuposto da incompletude inerente a qualquer teoria jurídica, a interpretação no racionalismo dogmático kelseniano pode ser compreendida não como o seu ponto fraco, mas como uma chave de abertura para sua atualização e aperfeiçoamento à luz dos avanços da Teoria do Direito e, de modo específico, da Hermenêutica Jurídica desde a segunda metade do séc. XX.

Antes do advento dos trabalhos elaborados por Kelsen, Cossio⁴⁴ afirma que a Ciência Jurídica se encontrava no mesmo estado da Metafísica antes das obras de Kant. A própria construção de uma Lógica Jurídica pode ser creditada ao jurista austríaco, de modo a ser entendida diferentemente da Lógica Aristotélica predominante no pensamento jurídico medieval e moderno.

A Ciência Jurídica anterior ao pensamento kelseniano esbarrava em uma grande e intransponível barreira conceitual: tudo resultava em uma questão de opinião do jurista, e não de evidência demonstrativa. Esse obstáculo acabava por comprometer a sua própria pretensão de receber a alcunha de “Ciência”.

Nesse sentido, a construção de Kelsen em sua Teoria Pura do Direito representou a busca pela necessária cientificidade no trato do objeto da Ciência do Direito, qual seja, a norma jurídica. E, por mais que o teste da História tenha lançado luz sobre as limitações de sua teoria, a concepção racional e dogmática kelseniana ainda é o ponto de partida para a compreensão lógica do fenômeno jurídico.

Ao discorrer sobre o positivismo normativista kelseniano, Reale⁴⁵ reconhece a predominância do normativismo lógico na Teoria Pura. Porém, ao mesmo tempo, para se obter uma compreensão total do fenômeno jurídico, Kelsen não exclui, e até mesmo deixa implícita, a necessidade de se observá-lo sob os prismas sociológico e filosófico, formando uma base tricotômica.

Na realidade, porém, a compreensão total do Direito, na doutrina de Kelsen, não exclui, mas antes tem implícita uma tricotomia. Como observa Kunz, essa tricotomia está na base da obra kelseniana, que abrange uma Teoria Pura do Direito ao lado de uma Teoria da Justiça e de uma Sociologia Jurídica, como distintas apreciações da experiência jurídica, respectivamente sob os prismas lógico, filosófico e sociológico. São três perspectivas fundamentalmente distintas, mas, como vimos, por mais que Kelsen pretenda ser normativista, nos domínios da Ciência do Direito como tal, ele jamais se liberta de

⁴³ KELSEN, H. *Ob. Cit.*, p. 396.

⁴⁴ COSSIO, C. “Hans Kelsen: el jurista de la época contemporánea”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata Tomo XII*, La Plata, 1941, disponível em: www.carloscoasio.com.ar/1941-hans-kelsen/, acesso em: 03 jan. 2022.

⁴⁵ REALE, M. *Filosofia do direito*, 19^o ed., Saraiva, São Paulo, 1999.

enfoques fáticos e axiológicos. O mesmo ocorre quando trata dos problemas da justiça ou do Direito como fato social⁴⁶.

Isso fica ainda mais nítido quando da análise da última obra de Kelsen⁴⁷, qual seja, intitulada "Teoria Geral das Normas", em que há um significativo aumento no papel de elementos não lógicos em seu sistema racional dogmático. Há um aparente reconhecimento de pontos falhos na abordagem metodológica rígida presente na Teoria Pura do Direito.

Quem estudar a última grande obra de Kelsen, a Teoria Geral das Normas, publicação póstuma de 1979, não poderá senão reconhecer a crescente importância dos elementos a-lógicos em seu sistema, a partir do conceito nuclear de norma jurídica e sua inesperada referência à "vontade do legislador", até ao conceito de "norma fundamental", que perde seu caráter hipotético para apresentar-se como pura ficção, um *als-ob*⁴⁸ à maneira de Vaihinger⁴⁹.

Nesse sentido, Kelsen⁵⁰ afirma que a Ciência do Direito, assim como todas as Ciências, trabalha com proposições e descrições, que correspondem a atos de pensamento. Ela profere meros enunciados sobre as normas, o que não pode ser confundido com o seu objeto em si, que é a norma.

Consequentemente, à Ciência Jurídica, "como ciência - é dizer, função do conhecimento - não compete fixar normas que sejam obrigatórias para o destinatário da norma". Observa-se um nítido reconhecimento da limitação da abordagem científica e neutra para uma compreensão do Direito na sua totalidade multidimensional.

Entender a propositura kelseniana da moldura interpretativa como sendo uma autorização para a tomada de qualquer decisão é adotar uma postura fechada quanto ao potencial do racionalismo dogmático de Kelsen para servir de base ao pensamento jurídico contemporâneo. Por outro lado, adotando-a como ponto de partida, torna-se possível conciliar o seu positivismo normativista com a complexidade do sistema jurídico contemporâneo.

A redução do objeto jurídico à norma causou inúmeras polêmicas. Kelsen foi continuamente acusado de reducionista, de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua ideia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerentes a qualquer pensamento que se pretendesse científico⁵¹.

A Teoria do Direito contemporânea vai além da mera compreensão neutra da estrutura prescritiva dos comandos normativos e do escalonamento entre as normas jurídicas inferiores e superiores. Almeja-se compreender o fenômeno jurídico em sua multidimensionalidade e na busca não discricionária das soluções jurídicas mais adequadas a cada caso. E esse entendimento pode ser compatibilizado com o racionalismo dogmático kelseniano a partir de um entendimento mais amplo da interpretação presente na obra de Kelsen.

⁴⁶ REALE, M. *Ob. Cit.*, p. 479.

⁴⁷ KELSEN, H. *Idem*.

⁴⁸ KELSEN, H. *Sobre a Teoria das Ficções Jurídica: com especial consideração da filosofia do "como se"* de Vaihinger, Via Verita, Rio de Janeiro, 2012.

⁴⁹ REALE, M. *Ob. Cit.*, p. 480.

⁵⁰ KELSEN, H. *Ob. Cit.*, p. 192.

⁵¹ FERRAZ JR., T.S. "Por que ler Kelsen, hoje", Saraiva, São Paulo, 2001, p. XVI.

4. A multidimensionalidade do direito e o lugar do racionalismo dogmático numa perspectiva complexa do sistema jurídico contemporâneo

A compreensão do Direito como sistema multidimensional situa o racionalismo dogmático kelseniano numa das camadas que dão substrato ao sistema jurídico contemporâneo. Não há como retirar-lhe o mérito, ou categorizar a sua estrutura teórica como superada ou falha, simplesmente por decorrer de fundamentos filosóficos constituídos a partir de uma perspectiva ficcional e formal.

O Direito como sistema se estrutura em diversas dimensões, a normativa é uma delas e a sua fenomenalização pode ocorrer numa perspectiva pura, tal qual estruturado por Kelsen. Mas a sua existência e funcionalização no plano da realidade não subsistem sem a interação com outras dimensões do Direito e Kelsen tinha clara essa questão, por isso, o seu objeto de estudo era bem delimitado e não pode ser desconsiderado⁵².

A construção de uma teoria da política e do Estado no pensamento kelseniano conjuga-se a Teoria Pura do Direito, e esta não tem como ser compreendida sem aquelas. A dimensão da estática jurídica conecta-se com a dinâmica jurídica e se operacionaliza no e pelo Estado⁵³.

A entificação dos Estados e as múltiplas relações geradoras de modos de ser específicos do Direito no plano nacional e internacional, bem como a materialização da norma por meio da interpretação ao se inserir no sistema enquanto estrutura interdependente miscigenam a teoria pura e se conectam a estrutura social⁵⁴.

Como estrutura, o racionalismo dogmático kelseniano subsiste e tem o seu lugar no plano epistemológico e empírico do Direito. Quer queira, quer não, se constitui como paradigma hegemônico e deve ser compreendido sistematicamente e não isolado, descontextualizado, tal qual tem sido feito. A Teoria Pura do Direito de Kelsen não se encerra em si. Ela constitui uma das dimensões estruturantes do sistema jurídico num plano de abstração, para dele se projetar à realidade.

O Janus que reside em Kelsen se revela na sua existência, nas etapas e camadas teóricas que transformaram o seu pensamento e possibilitaram, através dele, a estruturação da teoria da norma jurídica que se estabeleceu como paradigma dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacional.

A crise epistemológica gerada pelo sociologismo eclético no campo jurídico, na passagem do século XIX para o XX, teve o seu fechamento com o estabelecimento da Teoria Pura do Direito. Por meio dela se estabeleceu parâmetros de reflexão sobre uma cientificidade no Direito⁵⁵. A operatividade da cientificidade da Teoria Pura do Direito para a construção do conhecimento jurídico, ao fechar a crise do ecletismo sociológico, abriu um paradoxo, mas o estabeleceu, não como crise, mas como ponto de comunicação e dinamização do sistema jurídico.

Kelsen em sua obra, que não pode ser reduzida a Teoria Pura do Direito, até porque esta não se constituiu num átomo, teve seus esboços publicados antes da Primeira Guerra Mundial, em "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze", em 1911 e reeditados em 1923⁵⁶, sofreram alterações profundas e, após maior amadurecimento teórico, se consolidou na primeira edição da Teoria Pura do Direito, publicada em 1934.

⁵² MORRISON, W. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 383.

⁵³ KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do Estado*, Martins Fontes, São Paulo, pp. 261-263.

⁵⁴ KELSEN, H.; CAMPAGNHOLO, U; LOSANO, M.G. *Direito Internacional e Estado Soberano*, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 117.

⁵⁵ MACHADO NETO, A.L. *O problema da Ciência do Direito*, Livraria Progresso Editora, Salvador, 1958, p. 105-108.

⁵⁶ KELSEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2ª ed., Verlag Von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1923.

Sempre alvo de críticas, desde a sua primeira edição, a Teoria Pura do Direito foi reeditada em 1960. Em resposta às críticas ao formalismo idealista e purista, foi acrescentado o apêndice para tratar do problema da justiça. Não só na primeira edição, mas, sobretudo na segunda, Kelsen deixa claro que a sua obra não encerra a discussão teórica sobre o Direito, apenas trata de uma das estruturas do sistema, a dimensão normativa⁵⁷.

A justiça, a política, a filosofia e as demais áreas do conhecimento que englobam o macrossistema social, interagem, interseccionalmente, transversalizando os processos de funcionalização da norma jurídica, pois coexistem em relação de interdependência, mas não são o Direito propriamente dito.

Ocorre que, como mencionado, Kelsen não é só um teórico do direito, e a compreensão da sua obra jurídica, se comunica com a sua produção de natureza filosófica, ideológico-política e social. Muitas foram as obras de Kelsen relacionadas a diversas temáticas que se conectam ao direito. Como análise do viés ideológico marxista do direito, Kelsen escreveu "A Teoria Comunista do Direito"⁵⁸; também analisou o Estado Medieval a partir da obra de Dante Alighieri em "A Teoria do Estado de Dante Alighieri"⁵⁹.

No plano da filosofia escreveu diversos ensaios, entre eles "Sobre a Teoria das Ficções Jurídica: com especial consideração da filosofia do 'como se' de Vaihinger"⁶⁰, de grande importância para a compreensão da sua concepção de norma fundamental. Sobre política escreveu diversos ensaios, entre eles "A New Science of Politics: Hans Kelsen's reply to Eric Voegelin's 'New Science of Politics'. A contribution to the critique of ideology"⁶¹.

Um bom exemplo de tais preocupações está no desenvolvimento dos seus estudos em defesa de uma concepção humanista do conhecimento científico. O fato de validar sua produção a partir de um paradigma hegemônico de produção científica, não o tornou cego, ou desatento às demandas da realidade.

A construção da Teoria Pura do Direito, diferentemente do que é propalado pelos críticos mais fervorosos, conjuga perspectivas que se conectam a demandas contemporâneas relacionadas a pluralidade e a verdade. No plano da pluralidade, que se constitui como imanente a estrutura social, a partir de uma perspectiva macroestrutural, Kelsen transcende ao utilitarismo de Austin, e estrutura o procedimento, constituindo a possibilidade de verificabilidade dos resultados das decisões, possibilitando o estabelecimento de um método lógico de resolução do problema do "erro no sistema de verdade"⁶².

No tocante à verdade, essa se vincula ao conjunto de procedimentos que a determinam. No entanto a constituição da verdade não se projeta matematicamente, de forma absoluta, o procedimento por não ser total apresenta a verdade em perspectiva, ou seja, a verdade se constitui por aproximação.

A admissão por Kelsen de uma verdade por aproximação, determinada, portanto, pelo procedimento, situa o lugar sistêmico do direito como um subsistema do sistema social, mais tarde tratado por Niklas Luhmann como autopoiético, pois constituído pela mesma ordem de fatores humanos⁶³. Embora não tenha utilizado tal conceito, a sua projeção sistêmica revela as operatividades e os engendramentos internos e externos desenvolvidos pelo Direito.

Como estrutura de um sistema, o racionalismo dogmático, tecido por Kelsen, ao se comunicar com as demais estruturas do sistema, sai do seu lugar formal

⁵⁷ KELSEN, H. *A Justiça e o Direito Natural*, Almedina, Lisboa, 2001, pp. 07-08.

⁵⁸ KELSEN, H. *A Teoria Comunista do Direito*, Contracorrente, São Paulo, 2021a.

⁵⁹ KELSEN, H. *A Teoria do Estado de Dante Alighieri*, Contracorrente, São Paulo, 2021b.

⁶⁰ KELSEN, H. *Sobre a Teoria das Ficções Jurídica: com especial consideração da filosofia do "como se" de Vaihinger*, Via Verita, Rio de Janeiro, 2012.

⁶¹ KELSEN, H. "A New Science of Politics: Hans Kelsen's reply to Eric Voegelin's 'New Science of Politics'", Lancaster, Frankfurt, 2004.

⁶² MORRISON, W. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pp. 389-390.

⁶³ LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, Martins Fontes, São Paulo, 2016, pp. 14-16.

abstrato, ficcional, e se fenomenaliza, num processo de ontificação da dimensão normativa. Os demais planos estruturais do sistema, não retira do plano normativo as suas características delineadas na perspectiva estática ficcional delineada por Kelsen. Na verdade, ao ontificar a dimensão normativa as estruturas desconsideradas por Kelsen, a realiza, e sobre ela e por ela, o direito se realiza.

A sua constatação quanto a incompletude do seu sistema normativo revela a sua abertura às conexões exteriores ao sistema e o ponto de comunicação é a norma fundamental, pois enquanto produto que não possui correspondência com a realidade, existe no plano da ficção opera o fechamento do sistema e sua abertura às mudanças contingenciadas pela realidade o fenomenaliza a partir de múltiplas temporalidades, existencializadas, experienciadas e vivenciadas por seres humanos que traduzem em si a incompletude, a abertura e o paradoxo que o Direito manifesta como conduta humana.

O positivismo jurídico kelseniano, corporificado no seu racionalismo dogmático, traz consigo uma complexidade ainda a ser compreendida. A dimensão pura do direito é o seu plano de existência ficcional, não compreende sua totalidade, e o seu sentido existencial se materializa quando em interação com as demais estruturas que compõe a macroestrutura social.

A teoria kelseniana ainda se encontra num estado em devir a ser explorado. E isso é visível a partir dos pontos pouco trabalhado por Kelsen, mas por ele reconhecido como uma incompletude da sua teoria, consistente na conexão das estruturas normativas com as dimensões não normativas do direito, que o transforma, transmuta os entes ficcionais, projetando-se no ser humano, tornando o direito o que ele de fato é, conduta humana em intersubjetividade.

5. Considerações finais

Janus e a transição de um estado a outro da existência é a metáfora da obra de Hans Kelsen, em especial da sua Teoria Pura do Direito. Não há espaço para a redução do pensamento kelseniano à Teoria Pura do Direito, podendo afirmar que a obra do autor austríaco vai muito além da abordagem do positivismo jurídico.

O seu racionalismo dogmático compreende uma complexidade de raciocínios a ser explorada não de forma isolada, restrita à sua teoria da norma jurídica, mas em diálogo com suas demais obras e com aquelas que o influenciaram antes e durante a sua produção, bem como aquelas que sobre ela lançou o seu olhar e encontraram os seus paradoxos e aberturas.

O lugar da Teoria Pura do Direito e da obra de Hans Kelsen na História da Teoria do Direito situa-se no plano do paradigma dominante, ou seja, hegemônico do conhecimento jurídico. A dissensão quanto à Teoria Pura do Direito sempre existiu, desde o seu lançamento. Mas, embora reconhecendo suas incompletudes e seus paradoxos, a logicidade da ordem jurídico normativa por ela delineada ainda é o eixo que estrutura a conformação normativa das nações no plano interno e externo.

No plano dos paradoxos e das aberturas comunicantes, a Teoria Pura do Direito kelseniana, numa perspectiva sistêmica, operou e fechou a transição entre eras teóricas, transcendeu ao sociologismo eclético e se estabeleceu hegemonicamente. Mas, como é natural a qualquer perspectiva sistêmica, que integre a macroestrutura social, a sua operatividade de fechamento criou paradoxos e aberturas comunicantes entre outros sistemas que interagem com o Direito.

A norma fundamental e a vontade como agente motor da interpretação do direito materializam os paradoxos decorrentes da Teoria Pura do Direito e são responsáveis por promover as necessárias aberturas comunicantes no plano intra e interestrutural, amplificando a complexidade que ainda está por ser explorada teoricamente.

A norma hipotética fundamental preconizada por Kelsen enquanto norma fictícia revela a natureza cultural do direito, sua passagem, ao contradizer a realidade, para a realidade com potência de ação para validação do que será

materializado no plano da realidade, no caso a ordem jurídica. A correção de Kelsen em seus escritos consolidados na obra póstuma - *Teoria Geral das Normas*⁶⁴ - demonstra as incompletudes reconhecidas por Kelsen, bem como as suas últimas propostas de correções.

Quanto à interpretação, tal qual a norma hipotética fundamental, levando-se em consideração a ideia de Kelsen presente no capítulo VIII da sua obra "Teoria Pura do Direito" acerca da interpretação jurídica feita pelos magistrados como ato de vontade comumente é apontada como o ponto fraco na construção metodologicamente neutra que o autor buscou construir acerca da Ciência do Direito.

Na verdade, propõe-se que essa visão acerca da interpretação jurídica não se trata de um ponto fraco, mas de um paradoxo e de uma possibilidade de abertura do sistema por reconhecimento de sua própria incompletude. Atribuir à discricionariedade judicial o papel de solução para o preenchimento das possíveis interpretações das normas jurídicas poderia ser entendido como uma confissão da insuficiência inerente ao racionalismo dogmático, que almeja a compreensão do fenômeno jurídico como um todo, mas, na verdade, não consegue cumprir com tal objetivo.

Há outra forma de entender a proposta de interpretação presente no pensamento de Kelsen. Pode-se compreendê-la não como uma vulnerabilidade, mas como ponto de abertura para a necessária releitura contemporânea de seu Racionalismo Dogmático.

A suposta discricionariedade judicial não corresponderia a uma autorização do sistema jurídico para que qualquer conteúdo decisório fosse escolhido pelo magistrado do caso concreto, mas sim o reconhecimento da limitação inerente à visão normativo-dogmática, devendo esta dar lugar às teorias jurídicas contemporâneas que buscam explicar a complexidade e a multidisciplinariedade do fenômeno jurídico.

Como já mencionado, a obra de Hans Kelsen, em especial a sua Teoria Pura do Direito, está por ser compreendida, corrigida e superada nos pontos fissurados e de fragilidade e em situações de crise, mas não pode ser invalidada por completo, pois a sua condição hegemônica ainda persiste e a superação dos seus pontos de inflexão e falhas está, atualmente, condicionada a uma transmutação no devir.

Por conseguinte, considerando a concepção sistêmica e autopoietica do fenômeno jurídico, a Teoria do Direito contemporânea exige uma visão multidimensional e valorativa em torno do sistema jurídico, que levará a novos lugares teóricos, vez que demanda a reaproximação da Moral com os sistemas normativos a partir da noção dos princípios como espécies de normas jurídicas e da necessária busca do Direito na consecução de valores entendidos como essenciais pela sociedade.

6. Referências bibliográficas

BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*, Ícone, São Paulo, 2006.

COHEN, H. *Etica della volontà pura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

COSSIO, C. "Hans Kelsen: el jurista de la época contemporânea", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata Tomo XII*, La Plata, 1941, disponível em: www.carloscoasio.com.ar/1941-hans-kelsen/, acesso em: 03 jan. 2022.

FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: Teoria e Garantismo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

FERRAZ JR, T.S. *Por que ler Kelsen, hoje*, 4º ed., Saraiva, São Paulo, 2001.

HAMMER, S. "A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law?", *Oxford-Clarendon Press*, New York, pp. 177-194, 2007.

KELSEN, H. *A Justiça e o Direito Natural*, Almedina, Lisboa, 2001.

⁶⁴ KELSEN, H. *Ob. Cit.*, pp. 328-329.

- KELSEN, H. "A New Science of Politics: Hans Kelsen's reply to Eric Voegelin's 'New Science of Politics'", Lancaster, Frankfurt, 2004.
- KELSEN, H. *A Teoria Comunista do Direito, Contracorrente*, São Paulo, 2021.
- KELSEN, H. *A Teoria do Estado de Dante Alighieri*, Contracorrente, São Paulo, 2021b.
- KELSEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2º ed., Verlag Von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1923.
- KELSEN, H. *Sobre a Teoria das Ficções Jurídica: com especial consideração da filosofia do "como se" de Vaihinger*, Via Verita, Rio de Janeiro, 2012.
- KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986.
- KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do Estado*, 3º ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 6º ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- KELSEN, H; CAMPAGNHOLO, U. & LOSANO, M.G. *Direito Internacional e Estado Soberano*, Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, Martins Fontes, São Paulo, 2016.
- MACHADO NETO, A.L. *O problema da Ciência do Direito*, Livraria Progresso, Salvador, 1958.
- MORRISON, W. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2006
- REALE, M. *Filosofia do direito*, 19º ed., Saraiva, São Paulo, 1999.
- ROCHA, L.S. "Crítica da 'Teoria Crítica do Direito'", *Revista Sequência - Estudos Jurídicos e Político* (UFSC), v.4, n.6, 1983.
- SILVA, M.P.D. "Contribuições de Merkel à Teoria Pura do Direito", *Revista Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v.10, n.4, pp. 2567-2595, 2019.
- STRECK, L.L. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, Casa do Direito, Belo Horizonte, 2017.
- STRECK, L.L. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*, 2º ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016.
- STRECK, L.L. "O positivismo jurídico de Hans Kelsen", *Revista de Culturas, Artes e Ideias*, 2021, disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/streck-positivismo-kelseniano/>, acesso em: 04 jan. 2022.
- STRECK, L.L. "O que é isto, o ativismo judicial, em números?", *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 2013, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#:~:text=Ativismo%20ou%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20n%C3%A3o%20se,v%C3%A3o%20deixar%20isso%20bem%20claro.&text=Assim%2C%20o%20n%C3%BAmero%20de%20ADIs,term%C3%B4metro%20do%20coeficiente%20de%20judicializa%C3%A7%C3%A3o>, acesso em: 08 jan. 2022.
- STRECK, L.L. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4º ed., Saraiva, São Paulo, 2012.