

## O POSITIVISMO NORMATIVO DE HANS KELSEN E O PROBLEMA DO DECISIONISMO JUDICIAL

*HANS KELSEN'S NORMATIVE POSITIVISM AND THE PROBLEM OF  
JUDICIAL DECISIONISM*

*EL POSITIVISMO NORMATIVO DE HANS KELSEN Y EL PROBLEMA DEL  
DECISIONISMO JUDICIAL*

**Alexandre Brandão Rodrigues<sup>1</sup>**

### RESUMO

Pretende-se analisar, primeiramente, as principais características do Positivismo Normativo de Kelsen e, posteriormente, verificar quais as soluções que essa teoria apresenta para o problema do decisionismo judicial. Diante disso, o problema pode se dividido em dois pontos: quais são as principais características do Positivismo Normativo de Kelsen? E, se essa teoria permite que se enfrente o problema do decisionismo judicial? Como resultado, temos que o Positivismo Normativo de Kelsen trata-se de uma teoria que entende o Direito como um sistema jurídico estruturado de maneira escalonada, de forma que as normas superiores se relacionem e deem validade às normas inferiores e que não limita o poder judicial, na verdade, abre um enorme flanco para o decisionismo judicial.

**Palavras-chave:** Juspositivismo; Normativismo; Decisionismo.

### ABSTRACT

It is intended to analyze, firstly, the main characteristics of Kelsen's Normative Positivism and, later, to verify the solutions that this theory presents to the problem of judicial decisionism. Given this, the problem can be divided into two points: what are the main characteristics of Kelsen's Normative Positivism? And if this theory allows us to face the problem of judicial decisionism? As a result, we have that Kelsen's Normative Positivism is a theory that understands the Law as a legal system structured in a staggered way, so that the superior norms are

---

<sup>1</sup> Bacharel em Ciências Militares pela APM/RS (1994). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (1999). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIJUÍ (2008). Mestre em Direito pela UNISC (2018). ex-Diretor-presidente da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do RS (Fesdep). Subdefensor Público-Geral para Assuntos Jurídicos da Defensoria Pública do RS. E-mail: alexandre@defensoria.rs.def.br

related and give validity to the inferior norms and that does not limit the judicial power. , in fact, opens a huge flank for judicial decisionism.

Keywords: Juspositivism; Normativism; Decisionism.

### RESUMEN

Se pretende analizar, en primer lugar, las principales características del Positivismo Normativo de Kelsen y, posteriormente, comprobar las soluciones que esta teoría presenta al problema del decisionismo judicial. Ante esto, el problema se puede dividir en dos puntos: ¿cuáles son las principales características del Positivismo Normativo de Kelsen? ¿Y si esta teoría nos permite enfrentar el problema del decisionismo judicial? Como resultado tenemos que el Positivismo Normativo de Kelsen es una teoría que entiende el Derecho como un sistema jurídico estructurado de manera escalonada, de manera que las normas superiores se relacionan y dan validez a las normas inferiores y que no limita el poder judicial. , de hecho, abre un enorme flanco al decisionismo judicial.

**Palabras clave:** Juspositivismo; Normativismo; Decisionismo.

Data de submissão: 18/07/2022

Data de aceite: 23/08/2022

## 1 INTRODUÇÃO

Nascido em Praga, mas radicado na Áustria, Hans Kelsen, sem dúvidas, foi um dos grandes nomes da Teoria e da Filosofia do Direito. A sua teoria, o Positivismo Normativo, ainda marca o Direito, em especial a Escola da Europa Continental e, conseqüentemente, tem uma enorme influência no Direito latino-americano. O Positivismo Normativo de Kelsen foi produto do seu tempo. Até então, na Filosofia, a metafísica, seja de cunho teológico, seja de cunho racionalista, que sempre esteve no âmago das principais correntes filosóficas, começou a ser questionada. E, no Direito, essa mesma metafísica, que estava presente nas teorias do Jusnaturalismo, caracterizado por ser uma concepção dualista, metafísica e normativa, também começou a ser questionada.

Neste estudo, pretende-se analisar as principais características do Positivismo Normativo, primeiramente, analisando as quatro teses principais que

caracterizaram o projeto juspositivista de Kelsen e, posteriormente, fazer uma síntese de sua teoria.

E, por fim, verificar quais as soluções que essa teoria apresenta para o problema do decisionismo judicial<sup>2</sup>, ou seja, se a sua teoria abre espaço para a discricionariedade judicial. Para tanto, se verificará o que Kelsen entendia por moldura legal e como deveria ser decidido os casos em que a moldura legal estabelecida pela norma é aberta, ou seja, permita várias soluções.

Diante disso, o problema pode se dividido em dois pontos: quais são as principais características do Positivismo Normativo de Kelsen? E, se essa teoria permite que se enfrente o problema do decisionismo judicial, ou seja, se apresenta ferramentas teóricas para minimizar o problema da discricionariedade judicial?

## 2 O POSITIVISMO NORMATIVISTA DE HANS KELSEN

Hans Kelsen é autor de uma vasta obra, na qual se destaca a “Teoria Pura do Direito” de 1934, onde ele tenta estabelecer os parâmetros para uma ciência pura do Direito. Mas antes de analisar as principais características da sua teoria, é importante situá-la no contexto histórico-filosófico na qual surgiu.

Na Filosofia, no final do século XIX, foi declarado que “Deus está morto” (NIETZSCHE, 2011). Com essa sentença, Nietzsche pretendeu por fim a moralidade judaico-cristã que dominava no mundo acidental até então. Mas, conseguiu mais, conseguiu pôr em cheque a racionalidade metafísica que imperava na filosofia ocidental (MARTON, 1990). Nietzsche decretou a morte, ou melhor, a transvaloração dos valores dominantes até então reinantes no pensamento filosófico ocidental. A partir desse momento, o modo de se conhecer o mundo vai mudar radicalmente. Perde-se a essência, e se tem somente a

---

<sup>2</sup> O termo "decisionismo" jurídico está ligado a teoria de Carl Schmitt e, em apertada síntese, trata-se de uma teoria que entende que a razão do Direito está na decisão política de quem detém o poder. (BENJAMIM, 2017).

existência. E os valores passam a ser “humanos, demasiado humanos”, e não mais perenes e absolutos dispostos em um mundo ideal.

Nesse momento, a filosofia de Kant e Hegel é questionada e não se admite mais uma explicação psicológica das relações lógicas e conceituais. Surge a filosofia analítica com base no pensamento de Gottlob Frege e Bertrand Russell (entre outros), para dar um passo na guinada linguística. Em especial em Frege que entende que há diferenças de pensamentos e de suas representações. As representações são sempre atribuídas a um sujeito e identificadas no espaço e tempo, já os pensamentos ficam adstritos à consciência individual e são mais complexos que as representações. Quando o pensamento é verdadeiro a sua representação constitui um fato. Assim, não é possível aprender sem a mediação de pensamentos e de suas representações, visto que os pensamentos só são acessíveis quando representados através de proposições (HABERMAS, 2003).

Essas proposições são elementos da linguagem gramatical e, para se entender a estrutura do pensamento é necessário desse medium da linguagem (HABERMAS, 2003). Nesse ponto, partindo da filosofia de Frege e Russell e não desconsiderando a filosofia de Kant, Ludwig Wittgenstein (1999) muda essa perspectiva e, aproveitando-se da virada linguística, estabelece que os limites da linguagem é que definiram os limites de mundo de cada pessoa. Para Wittgenstein, é nos limites da linguagem que estão os limites do pensamento de cada pessoa, então, para ele, toda a discussão filosófica até o momento travada se deu com base em erros fundamentais: porque tanto a linguagem quanto o mundo são formalmente estruturados e essas estruturas podem ser decompostas. A relação entre as estruturas do mundo e da linguagem é que traz o conhecimento, de forma com que a linguagem retrata o mundo, retratando-o de forma com que concorde com a realidade.

A filosofia de Wittgenstein influenciou, decisivamente, o movimento filosófico conhecido como Círculo de Viena, que se tratou de uma escola de pensamento que teve como principal objetivo afastar da ciência qualquer aspecto valorativo, por meio, fundamentalmente, do rigor da linguagem, da

objetividade do enunciado do discurso científico e pela repulsa e afastamento de todo o aspecto metafísico. Compunham o Círculo de Viena pensadores como Otto Neutath, Karl Popper, Rudolf Carnap, entre outros (LUZ, 2003; CADEMARTORI; ESTEVES, 2013).

Hans Kelsen participou de algumas reuniões do Círculo de Viena, foi influenciado por esse movimento filosófico, mas acabou se afastando devido à influência que a filosofia idealista transcendental de Kant teve em seu pensamento. Mas a influência dessa perspectiva neopositivista do Círculo de Viena encontra-se presente na teoria de Kelsen. Tanto é que o principal objetivo de sua teoria foi criar um método puro para o estudo da Ciência do Direito.

Para Kelsen, o jurista deve se limitar somente a questões jurídicas, que são as que estão postas pela lei, pela norma jurídica positiva, ou seja, deve afastar a moral, a religião, a metafísica e qualquer outra ordem normativa que não seja a jurídica da análise da Ciência do Direito. O objeto da Ciência do Direito, para ele, é somente o direito. A validade que interessa para o cientista jurídico é a validade formal. Assim, para Kelsen, a principal função da Ciência do Direito é definir o direito como ele é, de forma pura, sem ideológicas. Segundo essa orientação metodológica, o Direito fica reduzido ao sistema normativo (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003; CADEMARTORI; ESTEVES, 2013).

Dessa forma, afastadas as concepções metafísicas próprias do racionalismo idealista/transcendental que estavam (ou estão) no fundamento da racionalidade do Jusnaturalismo, surgiram novas concepções de racionalidade de um tipo pós-metafísico<sup>3</sup>, próprias da nova realidade histórico-filosófica que estava surgindo.

Para esse fim, segundo Nogueira (2010), Kelsen criou um projeto juspositivista que antecede a sua “Teoria Pura do Direito” e serviu de base para

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, é importante trazer o pensamento de Habermas (1990, p. 37) sobre o Positivismo Jurídico: “Durante um longo tempo fora a clara posição do positivismo e seus seguidores: ele tinha desmascarado os questionamentos da metafísica como destituídos de sentido – enquanto tais, eles podiam ser postos de lado. Neste furor antimetafísico revelou-se um motivo cientificista não esclarecido, o de elevar ao absoluto o pensamento científico-experimental”.

a elaboração dessa. Antes, portanto, de analisar os contornos básicos da “Teoria Pura do Direito”, é necessário compreender as dimensões desse projeto juspositivista.

O projeto juspositivista de Kelsen pretende libertar a ciência da pobreza metodológica, propor uma ciência jurídica autônoma, coerente e consistente (como visto, segundo os princípios do neopositivismo lógico e jurídico) e tem por base quatro teses principais:

A primeira tese é a que afirma que o Direito é somente direito positivo, exclusivamente positivo. Dispõe que para ciência jurídica só importa o comportamento humano que foi regulado pela norma posta (positiva). Por isso, a sua teoria trata-se de uma teoria positivista do Direito. Isso está em consonância com a epistemologia positivista que determina que toda a ciência tem que definir o seu objeto de estudo, pois, sem a definição do objeto de estudo não se pode falar em ciência. E, para a Ciência do Direito o objeto de estudo é o direito (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003). As demais considerações, que não essas considerações formais, são irrelevantes para o Direito. Nas palavras de Kelsen (1998, p. 50):

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas.

Verifica-se, nessa primeira tese, como observa Albuquerque (2006), a influência que Kelsen sofreu do filósofo neokantiano Hermann Cohen<sup>4</sup>,

---

<sup>4</sup> Cohen foi um filósofo alemão neokantiano. A sua filosofia reformulou o método transcendental de Kant e o aplicou aos “[...] conceitos filosóficos puros com vistas ao ‘fato da ciência’, em relação ao qual os conceitos básicos têm de se comprovar ou confirmar em sua aplicação”. (WIEHL, 2006, p. 90). Cohen entendia que por meio desse método poderia descobrir a raiz ética do direito, pois entendia que todo o direito tinha uma concepção ética. Mas esse método era incompleto, pois faltou a unidade da autoconsciência para que o conhecimento teórico fosse associado com o prático e isso leva a perda da obviedade. Dessa forma, a teoria das virtudes de Cohen estabelece a unidade da autoconsciência como unidade na universalidade. Isso faz com que essa metodologia, a ser aplicada a fato da ciência jurídica “[...] leva, inicialmente, à determinação dessa unidade da autoconsciência como pessoa jurídica. Na Ciência do Direito, o conceito de pessoa jurídica se confirma a partir do direito das cooperativas, do direito público e do direito internacional”. (WIEHL, 2006, p. 91).

basicamente da sua obra *Ética da Vontade Pura*. Kelsen dedicou-se ao estudo da obra de Kant e, como afirma Reale (1999), ele era um neokantista e utilizou-se para estruturação do seu clássico “Teoria Pura do Direito” do método que veio da Escola de Marburgo, em que tinha Cohen como um dos seus principais filósofos.

A segunda tese é a do relativismo moral, que rejeita a teoria de uma moral absoluta, por entender que a moral absoluta não pode ser conhecida cientificamente. Os valores morais só podem ser conhecidos como reflexos de concepções de mundo subjetivamente divergentes (relativos) (NOGUEIRA, 2010). Para Kelsen (1998, p. 45), “[...] um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade.”.

A terceira tese do projeto juspositivista de Kelsen trata da diferença entre a normatividade e causalidade, entre o aspecto deontológico (normativo) e o ontológico (descritivo), ou seja, entre o dever-ser e o ser. É a chamada Lei de Hume, que entende que o ser exige uma abordagem própria das ciências da natureza, refere-se à causalidade; já, o dever-ser exige uma análise sob o ponto de vista normativo, adotado por ciências como o Direito, a Lógica, a Gramática, entre outras, ou seja, visa identificar normas que prescrevem comportamentos.

Assim, Kelsen diferencia o ser e o dever-ser e prescreve uma total independência entre ambos. Segundo Nogueira (2010, p. 153), trata-se da “[...] irrevogável ‘independência mútua’ do dever-ser em relação ao ser e do ser em relação ao dever-ser”. Isso tem como consequência que “[...] uma constatação de fato não resulta um comando jurídico e inversamente, de um preceito jurídico não se pode deduzir um fato da natureza”. Como ressaltado, trata-se de mais um aspecto da racionalidade instrumental empirista da sua teoria.

A quarta tese é a da pureza, refere-se à análise metodológica da Ciência do Direito, e não do processo de criação social do Direito. Kelsen admite que valores morais, religiosos, ou de outra ordem axiológica podem influenciar o legislador na criação do direito. Mas, depois de criado o direito, a sua análise metodológica tem que ser pura. Como assevera Nogueira (2010), Kelsen não

propõe um direito puro, mas sim uma teoria pura do Direito. Dessa forma, pode existir uma conexão entre Direito e Moral, mas genética e não conceitual, ou seja, ela pode existir, visto que uma norma pode ter um conteúdo moral ou pode permitir que o aplicador utilize-se de preceitos morais, mas não é contingente (DIMOULIS, 2006). Trata-se, nas palavras de Albuquerque (2006, p. 506), “[...] diferentemente de um Direito Puro, da busca de uma Teoria Pura, no sentido abstrato que toda concepção teórica tende a desenvolver”.

Kelsen (1998) propõe a pureza metodológica do Direito, por isso evita o sincretismo do método do Direito e assevera que a Ciência do Direito deve se concentrar somente nas normas do ordenamento jurídico. Para Kelsen (1998), o sincretismo com as ciências causais, como a Sociologia e a Psicologia, somente obscurece e confunde o objeto da Ciência do Direito. Dessa forma, o método proposto pelo projeto juspositivista de Kelsen abstém-se de analisar o conteúdo da norma, propõe uma análise puramente descritiva do objeto (da norma), isenta de qualquer juízo de valor. Essa análise, portanto, deve ser feita de forma objetiva, exata e com ausência de valoração (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003; CADEMARTORI; ESTEVES, 2013).

Como visto, para Kelsen, o Direito é somente o direito positivo. E isso tem relevância, como se verificará, na abertura (liberdade dentro da moldura) que o positivismo jurídico de Kelsen dá para a decisão judicial. Com base nesse projeto juspositivista, Hans Kelsen tenta criar uma Teoria Pura do Direito que tem, em apertada síntese, as seguintes características:

O sistema jurídico é estruturado de maneira escalonada, de forma que as normas superiores se relacionem e deem validade às normas inferiores. As normas derivam logicamente uma das outras, tal derivação vai até a decisão judicial que, como se verificará na sequência, faz parte do sistema normativo, pois trata-se de norma individual (para o caso concreto) (LUZ, 2003; BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014). Esse sistema lógico e escalonado parte da norma que está no topo do sistema jurídico, que na maioria dos casos é a Constituição, que dá validade à norma geral (legislada) e essa, por sua vez, dá validade à norma individual (decisão judicial).

A norma hipotética fundamental dá validade ao ordenamento jurídico como um todo, trata-se de uma norma transcendental, que fundamenta o sistema jurídico. É ela que dá o fechamento ao sistema jurídico, de modo que ele se mantenha puro e neutro, por isso tal norma é fundante e pressuposta (DIMOULIS, 2006; BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014). Assevera Luz (2003) que esse foi o subterfúgio encontrado por Kelsen, com base na filosofia do idealismo transcendental de Kant, para dar sentido e fechamento a sua teoria. A norma hipotética fundamental não passaria de uma categoria transcendental<sup>5</sup> que possibilitou a Kelsen gerar cognitividade e sentido ao seu sistema, evitando que houvesse uma derivação em cadeia ao infinito. E mais, foi a saída que Kelsen encontrou para não admitir que na cadeia normativa, depois da constituição histórica, somente vem o poder. Visto que o poder, dentro do projeto juspositivista kelsiano, nunca poderia ser admitido como fonte de validade, pois trata-se de um fator naturalístico.

Estabelecidas as bases com que Kelsen formulou o seu projeto juspositivista e, de forma sintética, apresentado os principais aspectos da sua “Teoria Pura do Direito”, que fundamenta a sua concepção jurídica normativista do sistema jurídico, resta analisar o papel que a decisão judicial tem na sua teoria e se esta apresenta ferramentas para evitar o decisionismo ou a discricionariedade judicial.

---

<sup>5</sup> Fica claro que a Norma Hipotética Fundamental de Kelsen trata-se de uma norma transcendental de matriz kantiana, mas diferente do que entende a maioria dos autores, de que se trata de um elemento apriorístico da teoria de Kelsen, entendo que ela tem a característica de ser numérica. Explico, de forma muito breve que, para Kant, o conhecimento que o sujeito cognoscente tem do objeto se dá por uma conjunção entre o conhecimento a priori e a posteriori. Mas esse conhecimento a priori e a posteriori estão ligados à experiência: “Mas o que dá origem à experiência também é condicionado a coisas alheias à mente. A estas fontes de experiência Kant denomina “coisas em si”, ou noumena, em contraste as aparências, ou fenômenos. Segundo a teoria de Kant, é impossível experimentar uma coisa em si, pois toda a experiência ocorre com a concorrência do espaço, do tempo e das categorias.” (RUSSELL, 2013, p. 373). Por isso, que entendo que a norma hipotética fundamental não se trata de uma categoria apriorística, mas sim numérica. Tanto é assim que, para Kelsen, da mesma forma do númeno para Kant, a norma hipotética fundamental é incognoscível.

### **3 A MOLDURA LEGAL E O DECISIONISMO JUDICIAL NA TEORIA DE KELSEN**

Analisado as principais características e contribuições do Positivismo Normativista de Kelsen para a Teoria do Direito, cabe discutir se tal teoria abre espaço para o decisionismo (discricionariedade) na decisão judicial.

Entende Kelsen (1998) que a decisão judicial não tem um caráter meramente declarativo, mas tem também um caráter constitutivo. A decisão judicial aplica a norma geral, criada por via legislativa, à situação fática. Mas ao aplicar essa regra geral, ela cria normas individuais para o caso concreto. Nesse sentido, existe um processo dinâmico na criação do direito, que vai do abstrato ao concreto: começa com a elaboração da Constituição, com base nessa cria-se a lei ou o costume (que têm características gerais), e segue até a decisão judicial (norma individual para o caso em concreto) e se concretiza na execução do comando dessa. Nas palavras de Kelsen (1998, p. 165): “[...] começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto)”.

Nesse processo de aplicação da norma individual ao caso em concreto, é necessário que se decida, previamente, sobre a constitucionalidade da norma a ser aplicada. Para a definição do direito a ser aplicado ao caso em concreto, é necessário que se verifique se a norma geral é vigente, só assim ela pode ser aplicada ao caso em concreto e criar uma situação jurídica nova, que antes não existia. Por isso que, para Kelsen (1998), a decisão judicial tem um caráter constitutivo e tem força normativa:

Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa. (KELSEN, 1998. p.166-167).

Isso porque, como se verificou, a estrutura escalonada de validade da Teoria Pura do Direito se dá por uma estrutura de normas que regulamenta a conduta humana. E, no sentido objetivo, norma é um ato de vontade (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014), trata-se de uma escolha que deve ser feita: pelo legislador por meio das normas gerais e pelo juiz por meio da decisão judicial, dentro da moldura da norma geral.

A própria verificação do fato é uma função constitutiva do tribunal, pois a ordem jurídica deve determinar o juízo e o processo competente para a decisão do fato. Somente quando definida essas questões é que o fato passa para o domínio jurídico, ou seja, quando o fato é verificado pelo juízo ou tribunal competente. Kelsen (1998) conclui, portanto, que a única decisão relevante para ordem jurídica é a decisão do tribunal. E tal decisão somente se torna definitiva e tem um sentido objetivo, quando transita em julgado, ou seja, quando a decisão não pode ser mais objeto de recurso<sup>6</sup>.

Essa verificação processual substitui, como fato jurídico, aquele fato naturalístico (não jurídico). E também essa verificação jurídica, em si mesma é um “fato”, quando se pretende descobrir se ela existe, se a verificação realmente se operou, se o órgão que a procedeu é competente, se a verificação foi correta e assim por diante. Finalmente, quando se esgotam os recursos e se obtém a decisão de última instância, se tem um fato objetivo, onde se afirma ou nega o direito. E, assim, toda e qualquer outra opinião fica juridicamente excluída (KELSEN, 1998):

Tal é o caso quando a decisão do tribunal de última instância transita em julgado. Isso significa que agora o sentido da decisão de última instância tem de ser assumido como seu sentido objetivo. [...] toda e qualquer opinião diferente fica juridicamente excluída. (KELSEN, 1998. p.168-169)

---

<sup>6</sup> Em termos de Teoria do Direito, é tão absurdo a discussão que estava sendo travada no STF, bem como no Congresso Nacional, quanto a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Nesse sentido: “Não há margem para dúvidas quanto à regra jurídica constitucional e legal tampouco quanto ao alcance da garantia penal da presunção de inocência. Somente pode-se ser considerado culpado com o trânsito em julgado da sentença condenatória e, portanto, apenas é admitida a prisão, salvo cautelares, com a culpa formada”. (RODRIGUES, 2018).

A norma individual criada pela decisão judicial é quase sempre predeterminada “[...] por normas gerais tanto do direito formal como do direito material” (KELSEN, 1998, p. 169). Ressalta Kelsen (1998) que sempre quando o tribunal decide um caso fático, opera aplicando a norma jurídica vigente. Inclusive, quando entende que não há norma jurídica a ser aplicada ao caso em tela. Nesse caso, o ordenamento jurídico regulou a conduta de forma negativa: “[...] a ordem jurídica regula a conduta humana não só positivamente, prescrevendo uma certa conduta, isto é, obrigando a esta conduta, mas também negativamente, enquanto permite uma determinada conduta pelo fato de a não proibir.” (KELSEN, 1998. p. 169).

Pode acontecer, também, que o tribunal receba o poder da ordem jurídica de criar uma norma jurídica individual, cujo conteúdo não foi determinado pela norma jurídica geral. Kelsen (1998) entende que nesse caso o juiz não legisla, pois recebe a competência somente de criar uma norma individual para o caso em concreto que não está previsto em nenhuma outra norma geral. E não é somente nesses casos que o juiz tem liberdade. Existe margem de liberdade também quando a norma geral positiva predetermina a função criadora do juiz, isso porque a norma geral não tem condições de prever todas as especificidades do caso em concreto. Nesse ponto, Kelsen (1998) assevera que a norma geral serve como “moldura” dentro do qual o juiz deve produzir a norma jurídica individual. Essa moldura pode ser mais larga ou mais estreita:

A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo. (KELSEN, 1998. p. 171).

Não há dúvidas que a sua teoria da “moldura” abre um grande espaço de discricionariedade judicial. O juiz, desde que respeite a “moldura” estabelecida pela norma geral, tem amplo espaço de liberdade para a sua decisão. Para Kelsen, dentro da moldura, os juízes podem escolher “[...] várias possibilidades de aplicação. Quando o juiz aplica o direito, pode optar por mais de um sentido

autorizado pela norma.” (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 49). Por isso que Kelsen (1998) entende que não existem lacunas no sistema jurídico, visto que a ordem jurídica pode ser sempre aplicada pelo tribunal no caso em concreto, mesmo que esse entenda que não existam normas gerais a serem aplicadas. Nesse caso, a ordem jurídica é aplicada negativamente. As normas, dispostas, forma escalonada e hierárquica, “fecham” o sistema jurídico.

E a decisão judicial, para Kelsen (1998), trata-se de um ato de vontade, de uma escolha entre as opções apresentadas pelas normas gerais do sistema jurídico. As opções de cunho material deixadas pelo legislador na norma geral é que definirão as opções do juiz quando da decisão judicial. E essas opções são maiores ainda no caso de não existir norma geral.

A norma geral, portanto, na perspectiva teórica de Kelsen (1998), serve como uma moldura dentro da qual cabe ao intérprete (juiz) decidir sobre as várias hipóteses viáveis para a sua aplicação. Essa interpretação pode levar a várias soluções dentro da moldura legal, não necessariamente a somente uma solução possível, ou seja, não existe somente uma solução possível para o caso. Da mesma forma, não existe critério algum que possa destacar apenas uma hipótese como “correta” dentro da moldura legal, todas as hipóteses que se apresentam dentro da moldura são viáveis:

[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. (KELSEN, 1998. p. 247).

Entende Kelsen (1998) que a questão de saber qual é a decisão correta é uma questão de política do direito e não de teoria jurídica. A escolha realizada em uma decisão judicial, dentro das possibilidades apresentadas dentro da moldura legal, trata-se de uma função voluntária, um ato de vontade do julgador. Contudo, a decisão judicial deve ficar dentro dos limites da moldura estabelecido pela norma geral (direito positivo). Dessa forma, não pode o julgador utilizar-se no processo de criação jurídica de outras normas provenientes de outros sistemas como o religioso, o moral, o social etc., salvo se a própria norma geral

assim o autorize (expressamente ou implicitamente, nesse caso, por ser aberta). A decisão judicial dentro da moldura é livre e se a norma geral remete a decisão para certos valores morais, tais valores não serão mais valores morais, mas sim valores do direito positivo:

[...] a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo. (KELSEN, 1998. p. 249).

A Teoria Pura do Direito de Kelsen, como visto, permite, dentro da moldura estabelecida pela norma geral um amplo espaço de liberdade (discricionariedade) para a decisão judicial. E é a vontade do julgador que é determinante para a definição da norma jurídica individual a ser aplicada no caso em concreto. E, em consequência disso, como adverte Bitencourt, Calatayud e Reck (2014, p. 52), “[...] a cadeia de validade (o processo de validação) das normas não se verifica, como afirma Kelsen, do ápice para baixo, mas, em realidade, de baixo para cima.”.

Nesse ponto, fica claro o aspecto decisionista da teoria de Kelsen. O seu positivismo normativo, ao invés de limitar o poder judicial, dá uma grande margem de liberdade para o julgador. Em sua teoria, não há a previsão dos princípios, sequer foi ventilada essa hipótese, pois na sua perspectiva não seriam categorias jurídicas, mas sim categorias externas, categorias morais e por isso não podem ser objeto do Direito. Assim, não há limitação para o julgador, ele é livre, dentro da moldura estabelecida pela norma geral, para escolher qualquer decisão viável, com ou sem critério. Isso porque, dentro da moldura legal, a liberdade (discricionariedade) do julgador é irrestrita, o que beira a arbitrariedade. Mas, é importante frisar, em que pese esse amplo espaço de liberdade judicial, o juiz está sempre limitado pela norma geral (pela regra) e dela não pode se afastar.

#### 4 CONCLUSÃO

Na esteira do positivismo filosófico analítico, o positivismo jurídico veio para tentar afastar qualquer ranço metafísico do conhecimento do Direito. Bebendo nesta fonte, sob os influxos do positivismo analítico do Círculo de Viena, sem contudo, deixar de considerar a influência da filosofia de Kant, Kelsen formulou a sua Teoria Pura do Direito que teve como projeto quatro teses principais:

Primeira, o Direito é somente o direito positivo, exclusivamente positivo;

Segunda, a do relativismo moral, que rejeita a teoria de uma moral absoluta;

Terceira, a diferença entre a normatividade e causalidade, entre o dever-ser e o ser;

E a quarta tese é a da pureza, em que afasta valores morais, religiosos, ou de outra ordem axiológica.

Com essa base, a sua teoria é de um Direito como um sistema jurídico estruturado de maneira escalonada, de forma que as normas superiores se relacionem e deem validade às normas inferiores. E a norma hipotética fundamental, que é pressuposta e transcendental, é que dá a validade ao ordenamento jurídico como um todo.

E assim, respondemos a primeira parte do problema que foi proposto. Quanto ao segundo problema, no caso, se o Positivismo Normativo dispõe de ferramentas adequadas para enfrentar o problema do decisionismo judicial? A resposta é: não, porque a teoria juspositivista de Kelsen, na verdade, estimula o decisionismo judicial, ela é uma teoria decisionista, porque, segundo a teoria Pura de Kelsen, a decisão judicial trata-se de uma norma individual para o caso em concreto. E a norma geral serve como “moldura” dentro do qual o juiz deve produzir a decisão. Essa “moldura” pode abrir um grande espaço para a discricionariedade judicial, visto que o juiz é livre para escolher várias possibilidades para a aplicação da lei, ainda mais no caso da norma geral ser aberta ou, até no caso de não existir normas gerais a serem aplicadas. Para Kelsen, a decisão judicial trata-se de um ato de vontade, de escolha entre as

várias hipóteses viáveis para a sua aplicação. Então, para ele, a decisão correta é uma questão de política do Direito e não de teoria jurídica.

Enfim, para Kelsen a decisão judicial dentro da moldura é livre, dentro dessa moldura legal, o julgador tem um amplo espaço de liberdade, o que dá muita margem ao decisionismo judicial.

Fica claro, portanto, que o positivismo normativo de Kelsen não limitou o poder judicial, na verdade, nunca teve esta pretensão, Ao contrário, dá uma grande margem de liberdade para o julgador, o que beira a arbitrariedade. De um lado, o positivismo jurídico afasta a metafísica no conceito de Direito, de modo a deixá-lo mais certo, mais formal, mais positivo; de outro, abre um enorme flanco para o decisionismo judicial, na medida em que permite, dentro da moldura legal, uma ampla liberdade para o julgador.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. KELSEN, Hans, 1881-1973. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENJAMIM, Cássio Corrêa. O que é uma constituição? decisionismo como estrutura em Carl Schmitt. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 111, p. 203-224, 2016.

BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. **Teoria do direito e discricionariedade**: fundamentos teóricos e crítica ao positivismo. Santo Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; ESTEVES, João Luiz Martins. A ideologia da neutralidade: uma abordagem sobre o juspositivismo normativista e seus limites frente à democracia social. **Scientia Iuris**, Londrina, v.17, p. 193-210, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Gilmar Mendes, Série 2).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.

HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção Os Pensadores).

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. **Seqüência**, Florianópolis, n. 47, p. 11-31, dez. 2003.

MARTON, Scarlet. **Nietzsche**: das forças cósmicas aos valores humanos. Brasília, DF: Brasiliense, 1990.

NIETZSCHE, F. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NOGUEIRA, Gabriel. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Alexandre Brandão. **O uso dos princípios para o afastamento das regras jurídicas**: uma crítica à discricionariedade judicial nas decisões do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 do STF. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WIEHL, Reiner. A multiplicidade das virtudes e o problema da unidade na ética e filosofia da religião de Hermann Cohen. Tradução de Luís M. Sander. **Filosofia Unisinos**, São Leopoldo, p. 87-100, jan./abr., 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).