

O POSSIVEL CONTRIBUTO DE Kelsen PARA A TRANSIÇÃO DO PARADIGMA DA APLICAÇÃO DO NORMATIVISMO CIENTIFICO DO SÉC. XIX PARA O PARADIGMA DA DECISÃO

Sandra Teixeira Carmo¹

Resumo

Neste artigo propomo-nos refletir sobre o contributo possível de Kelsen na sua Teoria Pura do Direito para a transição do paradigma da aplicação lógico-dedutiva do Direito próprio do Normativismo Científico ou Dogmático do Séc. XIX para o paradigma da decisão que o virá a substituir na designada “viragem finalística”. Fala-se em “viragem finalística”, ou viragem metodológica para o finalismo, para identificar a necessidade de superar pensamento jurídico formalista que caracteriza o Normativismo Legalista e abrir portas a um discurso que se pretende já finalista ou teleológico, isto é, perspectivado pelos fins ou interesses. Com efeito, em Kelsen, e em consonância com a sua específica compreensão do sistema jurídico, o direito a aplicar apresenta-se como uma moldura-rahmen ou quadro de possibilidades de decisão que cumpre ao julgador escolher, convocando, em consequência, um irredutível ato de vontade do mesmo, a determinar que a decisão judicial já não seja a estrita aplicação lógico-dedutiva do direito. O Normativismo da Teoria Pura de Kelsen distancia-se do Normativismo Científico do Séc. XIX mercê da referida conceção específica do sistema (como uma unidade vertical ou escalonada de normas), mas poder-se-á realmente afirmar que já encontramos em Kelsen um paradigma da decisão como este se virá a afirmar no pensamento jurídico contemporâneo? Ou seja, da decisão (judicial) como o ato com efeitos exteriores determinado por um núcleo de voluntas traduzir-se materialmente, ou quanto ao conteúdo, na opção entre alternativas possíveis? É este o desafio que enfrentaremos neste artigo.

Palavras-chave: Normativismo da Teoria Pura de Kelsen; Sistema como unidade vertical ou escalonada de normas; Direito a aplicar como moldura [várias possibilidades de decisão]; Ato de vontade; Efeitos.

¹ Professora na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto – ULP. Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra na área da Teoria e Filosofia do Direito. Membro da Associação Portuguesa de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social. E-mail: sandrateixeiracarmo@hotmail.com

Prolegómenos

O paradigma da aplicação próprio do normativismo legalista do séc. XIX e o paradigma da decisão que o substitui na viragem finalística

Este nosso artigo propõe-se refletir sobre o possível contributo que a Teoria Pura do Direito de Kelsen oferece para a transição do paradigma da aplicação próprio do Normativismo científico ou dogmático do séc. XIX para o paradigma da decisão que o substitui na viragem finalística e que acabará por ser assumido pelo Funcionalismo Jurídico que, enquanto perspectiva complexa da juridicidade, predomina no pensamento jurídico contemporâneo.

Neste sentido, afigurou-se-nos pertinente antecipar algumas, ainda que necessariamente breves, considerações acerca destes dois esquemas metódicos caracterizadores dos referidos modelos de inteligibilidade do Direito e tudo isto num exercício de deliberada contenção, pois, como se verá, se o Normativismo da Teoria Pura do Direito se distancia do Normativismo científico ou dogmático do séc. XIX, (ainda) nada tem que ver com o Funcionalismo Jurídico dos nossos tempos.

Com efeito, apesar de em Kelsen, e em consonância com a sua específica compreensão do sistema jurídico, o direito a aplicar se apresentar como uma moldura-rahmen ou quadro de possibilidades de decisão que cumpre ao julgador escolher, convocando, em consequência, um irredutível ato de vontade do mesmo, a determinar que a decisão judicial já não seja a estrita aplicação lógico-dedutiva do direito; o certo é que também (ainda) não é a execução tácita do programa de fins que a lei representa.

É esta distância quer relativamente ao Normativismo dogmático do séc. XIX, quer relativamente ao Funcionalismo Jurídico (ou mais rigorosamente, aos Funcionalismos Jurídicos Materiais) que conduzirá a nossa reflexão, autorizando-nos a ir até determinado ponto, mas não mais além.

O Normativismo Legalista do séc. XIX compreendia o Direito como objeto, como entidade objetivamente subsistente² que ao sujeito cumpria conhecer “de fora”, mobilizando uma racionalidade teórico-dedutiva.

² O Normativismo é “uma das modalidades do Objetivismo Jurídico e, dentro deste, do Cognitivismo Normativo Jurídico, que se tornou explícita e dominante a partir do pensamento moderno (...)”, escreve NEVES, Castanheira para logo esclarecer que o Cognitivismo Normativo se distingue do Cognitivismo Empírico, pois, no primeiro o Direito/objeto é entendido como objetividade normativa, um sentido de dever-ser, enquanto que no segundo, o é como (uma) facticidade psicológica, sociológica e, inclusivamente, linguística..

O Direito era, pois, sempre objeto, nunca problema, pelo que nunca lhe estava associada uma normatividade problematicamente aberta, o que significava que a sua projeção na realidade histórico-social excluía qualquer possibilidade juridicamente constitutiva.

Pensando o Direito como algo que se constitui e se manifesta num sistema lógico de normas, e assim se assume como (plenamente) autónomo perante a realidade da sua histórico-concreta realização, o Normativismo Legalista do séc. XIX oferece-nos um paradigma de aplicação do Direito (lei) que, nas palavras de NEVES, Castanheira se revela “um esquema metódico de lógico-dedutiva aplicação de normas pressupostas, enquanto o paradigma metodológico e o esquema metódico para a operatória realização do Direito” (NEVES, A. Castanheira 1998/99, pp.57-60) por força do qual o Direito pressuposto no sistema lógico de normas apenas se repetia na solução concreta, excluindo qualquer mediação normativo-juridicamente constitutiva e garantindo a identidade entre o geral-abstrato da norma a aplicar e o particular e concreto do caso a decidir.³

Significa tudo isto que esta postulada autonomia na qual o Normativismo encerra toda a juridicidade constitui o próprio pressuposto do paradigma da aplicação que caracteriza este modelo de inteligibilidade do Direito.

Em consonância com este paradigma da aplicação a imagem do juiz sustentada pelo Normativismo Legalista do séc. XIX é a do “operador impessoal, anónimo e fungível dessa aplicação” (NEVES, A. Castanheira 1998/99, pág.20). Fala-se do juiz como “a boca que pronuncia as palavras da lei”, independente e neutro. E isto tinha o seguinte (exato) alcance: o de permitir ao juiz libertar-se da “sujeição a poderes ou forças políticas-socialmente contingentes” para garantir que as prescrições da vontade geral se cumpram em cada caso concreto. Sendo assim, era a universalidade racional da lei que garantia a racionalidade e a neutralidade da resposta que o juiz dava “sobre o que é Direito em cada caso”.

Este juiz é um juiz neutro (essencialmente) por força do sistema de pesos e contrapesos que (pelo menos inicialmente) o Principio da Separação dos Poderes assegurou e que ao poder jurisdicional permitiu libertar-se, como referido, da sujeição a poderes ou forças politico-socialmente contingentes. Trata-se, pois, de uma ideia de neutralidade mais próxima desta divisão tripartida dos poderes, do que da ideia do terceiro que é neutro porque alheio à controvérsia jurídica.

³ Para uma sucinta mas completa caracterização deste paradigma ao nível das suas notas essenciais, ver NEVES, A. Castanheira; Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz», in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXIV, Separata, Coimbra, 1986, pp. 20-23. No mesmo sentido, ver LINHARES, J.Aroso; Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo – Sumários desenvolvidos, policopiado, Coimbra, 2009, pp. 48-50.

Quanto ao paradigma da decisão, ficou já dito que, (ele) é o esquema metódico que substituirá o da estrita aplicação lógico-dedutiva na (designada) viragem finalística e que virá a caracterizar o Funcionalismo Jurídico, ou mais rigorosamente os Funcionalismos Jurídicos Materiais⁴.

Ficou, igualmente, dito que a proposta de Kelsen se afastando do Normativismo dogmático do séc. XIX, ainda não se inscreve neste novo modelo de inteligibilidade do Direito. No entanto, contribui para a transição ou, se preferirmos, para a denominada viragem finalística que no universo jurídico europeu tem como principal experiência precursora a Jurisprudência dos Interesses de Ihering.⁵

Fala-se de viragem finalística ou viragem metodológica para o finalismo, para identificar a necessidade de superar o pensamento jurídico formalista que caracteriza o Normativismo Legalista do séc. XIX e abrir portas a um discurso que se pretende já finalista ou teleológico.

Deixemos, no entanto, de lado a questão do sentido e alcance da viragem finalística – a qual nos levaria inevitavelmente a ir mais além do que aquilo que nos propomos neste artigo – para nos concentrarmos na categoria de inteligibilidade “decisão” que, devidamente entendida como “ (...) o ato com efeitos exteriores determinado por um núcleo de voluntas traduzir-se materialmente, ou quanto ao conteúdo, na opção entre alternativas possíveis” (NEVES, A. Castanheira 1998/99, pág. 24), nos autoriza a convocar Kelsen e a sua compreensão do direito a aplicar. Ora esta categoria de inteligibilidade é uma das que, de modo primacial, caracterizará o Funcionalismo Jurídico.

Regressemos então ao Funcionalismo Jurídico para, com as devidas distâncias asseguradas, tecer uma ou duas considerações essenciais.

A primeira prende-se com a sua compreensão do Direito por referência à sociedade, funcionalizado às exigências sociais de forma a oferecer-lhe “as respostas funcionalmente exigidas e adequadas”.

A segunda decorre desta primeira e concerne à nova perspectiva intencional que esta (igualmente) nova compreensão do Direito implica e por força da qual os valores se substituem pelos fins e os fundamentos pelos efeitos.

Será mobilizando esta nova perspectiva intencional que o Funcionalismo irá compreender o domínio dos problemas prático-sociais e isto significará uma consequência decisiva ao nível da decisão (judicial).

⁴ Como perspectiva complexa da juridicidade o Funcionalismo Jurídico começa por admitir uma importante distinção de base entre os Funcionalismos Materiais e o Funcionalismo Sistemático. Ver a respeito NEVES, A. Castanheira; Teoria do Direito – Lições proferidas no ano letivo de 1998/99, cit., pp. 106-124, bem como Apontamentos complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos), pp. 1-30. Ver, igualmente, LINHARES, J. Aroso Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo, Sumários desenvolvidos, policopiado, Coimbra, 2009, pp. 77-97.

⁵ O finalismo como modo determinante de uma funcionalidade foi convocado no pensamento jurídico, poderá dizer-se pela primeira vez, por R. Ihering na sua célebre monografia dos fins do séc. XIX, *Zweckim Recht*.

Com efeito, se o Direito passa a ser visto como uma “estratégia político-social funcional e finalisticamente programada” e (se) a lei se converte num (autentico) programa finalístico⁶, então do juiz passará a exigir-se uma “tática execução dos programas de fins que a lei representa segundo uma racionalidade estratégico-consequencial”.

Acerca do esquema metódico que, de forma nuclear, caracteriza o (ou os) Funcionalismo (s) Jurídico (s) muito mais haveria a dizer. Contudo, e como referido atrás, faremos aqui um exercício de contenção deliberada, pois o eventual contributo que Kelsen na sua Teoria Pura do Direito poderá ter dado para a transição para o novo paradigma da decisão não nos autoriza a ir mais além.

Acertadamente afirma a este respeito LINHARES, J. Aroso que a posição de Kelsen será “ (uma) posição (profética) de fronteira: a de um Normativismo que consegue situar-se entre “formalismo e realismo” e, é como tal, que nos propomos trata-la.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA TEORIA PURA DO DIREITO

A teoria pura de Kelsen como “a mais importante expressão do positivismo lógico-normativo” (KAUFMANN, A. 2004, pág. 21)

O postulado da pureza: “um normativismo purificado ou reconduzido à sua estrita estrutura lógico epistemológica”

Nesta introdução propomo-nos uma brevíssima referência à Teoria Pura do Direito de Kelsen, que o próprio apelidou de “a” teoria do positivismo jurídico e que a maioria dos autores considera ser “a mais importante expressão do positivismo normativista ou lógico - normativo.”⁷

E, brevíssima referência, desde logo porque, como afirma KAUFMANN, A. a “bibliografia sobre a Teoria Pura (já) não é abarcável” ao que acresce que o autor fundamentou a sua teoria várias vezes e de diferentes formas. No mesmo sentido, escreve LINHARES, J. Aroso que o estudo do pensamento de Kelsen (mais propriamente do Normativismo da sua Teoria Pura do Direito) é “um tema que bem se sabe de constante frequência, tendo-se

⁶ O Funcionalismo Jurídico caracteriza-se por um novo entendimento da legalidade face ao Normativismo Legalista do séc. XIX: de programa condicional a lei passa a entender-se como um programa finalístico, pois é ao legislador que cumpre mediante uma “decisão seletiva e hierarquizada” estabelecer uma hierarquia socialmente vinculante dos múltiplos interesses (concebidos como meras opções subjetivas, todas elas socialmente permitidas e, em consequência, equivalentes) a satisfazer.

⁷ O positivismo lógico – normativo ou positivismo lógico do Circulo de Viena sustentava que só o que podia ser “verificado” logicamente teria sentido, pelo que as proposições metafísicas, particularmente as relativas ao conteúdo dos valores e das normas, seriam desprovidas (desse) sentido.

tornado como que um tema obrigatório do pensamento jurídico, que não apenas da teoria do direito”, impelindo (nos) a que sobre ele nos debrucemos “numa atitude contidamente sintética”, ainda que rigorosa.

A nós interessa-nos, particularmente, como ficou referido nos prolegómenos, o contributo (ou mais rigorosamente, o possível contributo) que o Normativismo da Teoria Pura do Direito representa para a transição entre o paradigma da aplicação assumido pelo Normativismo Legalista do séc. XIX e (um) paradigma da decisão que o irá substituir.

A Teoria Pura do Direito foi elaborada num contexto de grande influência do Neopositivismo ou Positivismo Lógico do Circulo de Viena (onde avulta o nome de CARNAP, R.) e, como o próprio Kelsen afirma, é “uma teoria do Direito positivo (...) que pretende, única e exclusivamente, conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é o Direito? Mas já lhe não importa a questão de saber como deve ser o Direito ou como deve ele ser feito. É ciência do Direito, não política do Direito.” (KELSEN, H. 2006, pág.1).

Esta advertência inicial que Kelsen tem o cuidado de fazer, revela-se essencial para compreender que a sua Teoria Pura do Direito distingue claramente entre (o) Direito e (a) Ciência do Direito. Esta distinção influenciará decisivamente a Teoria da Interpretação deste autor que se encontra no Capítulo VIII da sua Teoria Pura do Direito, pois, como veremos, conduzi-lo-á a distinguir entre a interpretação como ato de conhecimento e a interpretação como ato de vontade.

Revelando uma influência decisiva do pensamento kantiano, Kelsen elege como objeto da sua Teoria Pura “as estruturas formais (lógicas) das normas jurídicas” e já não os seus conteúdos, assumindo assim a distinção metódica entre “Ser” e “Dever”. A ciência do direito (só) tem que ver com o dever, entendido como (o) puro dever jurídico que é uma estrutura lógica, pelo que “não é uma ciência da natureza” (KAUFMANN, A. 2004, pág.22).

São expressivas a este respeito as seguintes palavras do autor: “ Quando se diz se o (...) ilícito se verifica, então “deve” verificar-se a consequência jurídica, este “dever” como categoria jurídica que é, significa apenas que os pressupostos e a consequência jurídica se correspondem na proposição jurídica! Essa categoria jurídica tem, e nisso se distingue fundamentalmente de uma ideia transcendental de direito, um carácter meramente formal. Ela é aplicável qualquer que seja o conteúdo dos factos assim associados (...).”⁸ E acrescenta no mesmo sentido “Não é nenhuma qualidade imanente, nem tão-pouco a referência a uma norma meta-jurídica, a um valor moral (...) que faz com que um comportamento humano valha como ilícito (...).” (KELSEN, H.2006, pág. 24).

A Teoria Pura do Direito assenta, pois, no postulado da pureza e, por essa razão, se propõe conhecer o que é o Direito (e já não o que deve ser o Direito) orientando-se por um princípio metodológico essencial, que consiste em excluir deste conhecimento tudo quanto não possa rigorosamente determinar-se como Direito.

É assim que, no Prefácio a Primeira Edição desta obra, o autor refere ser sua intenção “desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é purificada de toda a ideologia e de todos os elementos da ciência natural (...)” e, mais tarde, no da Segunda Edição, reitera a ideia de “resolver os problemas mais importantes de uma teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico -jurídico.”

Cumpr, porém, referir que o postulado da pureza só se aplica à ciência jurídica, pois, Kelsen é muito claro ao afirmar que (se) “O Direito não pode ser separado da política, pois é um instrumento essencial da política, já a ciência do Direito pode e deve ser separada da política.”

Ao assumir este postulado metodológico Kelsen mantém-se fiel à “despolitização” (NEVES, A. Castanheira 1995, pág.386) do pensamento jurídico como atitude caracterizadora do Normativismo Legalista do séc. XIX. Trata-se de conhecer o Direito, mediante uma atitude intencionalmente teorética, convertendo o pensamento jurídico num pensamento puramente formalista, mediante uma cisão intencional entre (um) Direito-objeto pressuposto e um pensamento jurídico teorético (e só como tal juridicamente autónomo) que se lhe dirige.

Esta atitude viria a ser posta em causa por uma diferente compreensão metodológica, a que F. MULLER chama de Pós-Positivista e segundo a qual “o direito judicativamente afirmado na decisão concreta não é a mera reprodução do direito abstrato aplicando, e sim uma reconstrutiva concretização, integração e desenvolvimento pratico-normativos desse direito abstrato segundo as exigências do específico problema jurídico do caso a decidir” (NEVES, A. Castanheira 1995, pág. 387).

Dito isto, é fundamental que se advirta, desde já, para o facto de a Teoria da Interpretação de Kelsen, da qual trataremos no ponto III, representar, dada a sua inegável dimensão política, uma redução política do pensamento metodológico-jurídico. Na realidade, metodologicamente o pensamento de Kelsen afasta-se da referida “despolitização” do pensamento jurídico dominante à época sustentando que a decisiva intencionalidade da interpretação jurídica se orienta por critérios políticos e já não autónoma e objetivamente jurídicos.

A DISTINÇÃO KELSENIANA ENTRE “NORMA JURIDICA” E “PROPOSIÇÃO JURIDICA” A IMPLICAR A ASSUNÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE “A PERSPECTIVA-SUJEITO” E O “DIREITO-OBJECTO”

Dissemos atrás que Kelsen fundamentou a sua Teoria Pura do Direito várias vezes e de diferentes formas. Assim, se inicialmente e como neo-kantiano, adotou a distinção rígida entre “ser” e “dever”, para eleger

como objeto da (sua) teoria positivista, tão só as estruturas lógico-formais das normas jurídicas, posteriormente veio estabelecer a distinção entre “norma jurídica” e “proposição jurídica” e, em consequência, entre “função de conhecimento jurídico” e “função (completamente distinta) da autoridade jurídica que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica.”

NEVES, Castanheira considera que esta distinção entre “norma jurídica” e “proposição jurídica” representa “a expressão acabada da atitude” própria do Normativismo Legalista do séc. XIX segundo a qual “as normas eram entendidas de tal modo que permitiriam a sua imediata tradução numa estrutura ou esquema lógico. A norma seria uma forma de enunciar uma intenção normativa (prático-normativa), graças à qual poderia abstrair-se dessa intenção prático-normativa, que foi a sua causa ou o seu fundamento, para ser considerada apenas na sua estrutura lógica (...)” (NEVES, A. Castanheira 1998/99, pp. 51-53).

A “norma jurídica”, que Kelsen considera ser o objeto da ciência jurídica, é a “prescrição prática”, enquanto a “proposição jurídica” seria “(um) juízo lógico que segundo o esquema «se/então» substituiria científico-dogmaticamente o ato prático-normativo da norma enquanto tal.”

O que acaba de dizer-se significa que a norma, enquanto categoria de inteligibilidade fundamental com a qual operava o Normativismo Legalista do séc. XIX, era entendida de um modo que permitia a sua imediata tradução numa estrutura lógica, o que, voltando a NEVES, Castanheira significava “considerar (a norma) na sua autonomia formal por conversão lógica”.

À ciência jurídica cabia, apenas, “apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito, o que não pode senão significar “apreender algo como norma jurídica, como conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.” (Kelsen, H.2006, pág. 81).

Na referida distinção Kelseniana entre “norma jurídica” e “proposição jurídica” ganha expressão, como já ficou dito, a distinção - que também encontramos em Kelsen - entre a função de conhecimento jurídico e a função, completamente distinta, da autoridade jurídica que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica” (Kelsen, H.2006, pág.83).

Se o Direito é constituído por normas jurídicas, isto é “mandamentos, comandos, imperativos (...) mas também permissões, atribuições de poderes e competências”, já a Ciência Jurídica (o é) por proposições jurídicas que se afirmam como “juízos hipotéticos que, em conformidade com o sentido de uma ordem de direito (...) dada ao conhecimento jurídico, enunciam ou traduzem que, uma vez verificados certos pressupostos ou condições fixadas por esse ordenamento, devem interferir certas consequências, também elas determinadas pelo mesmo ordenamento (...)”

Trata-se, como afirma J. LINHARES, Aroso, de “assumir (uma) distinção capital entre a perspectiva - sujeito (a de uma ciência que apreende o seu objeto juridicamente) e direito -objeto, e, em consequência, de

enfrentar também a distinção entre (i) o sentido prescritivo do Direito por contraposição ao sentido descritivo da Ciência Jurídica e (entre) (ii) a função de autoridade desempenhada pelos órgãos da comunidade jurídica que se traduz em produzir o Direito, da função de conhecimento jurídico que consiste em conhecer de fora o Direito e descrevê-lo

Na medida em que nesta sua distinção Kelsen entende a "proposição jurídica" como um juízo hipotético, "uma conexão de fundamento/consequência", uma "imputação" (segundo a qual "se um sujeito adota um comportamento em conformidade com a previsão da norma, então ao órgão estadual caberá aplicar-lhe uma certa sanção"), coloca-se, ou tem de colocar-se, o seguinte problema-questão: Porque do que se trata (aqui) é de uma expectativa jurídica, como poderá (então) falar-se de dever?

Como afirma KAUFMAN, A.: " (Tal) só seria possível pelo facto de o próprio órgão estadual estar "obrigado" por uma segunda proposição jurídica, que o coloca na perspectiva de uma sanção caso não aplique a sanção que deveria aplicar (...) Contudo, isso implicaria que a cadeia dos órgãos de controlo prosseguisse até ao infinito (...) " (KAUFMANN, A. 2004, pág. 24).

É assim que nasce a ideia da Grundnorm ou norma fundamental, a qual sendo concebida como uma norma "pressuposta (...), hipotética" representa a base de um ordenamento jurídico sem contradições e dotado de sentido.

Trata-se de uma norma fundamental, porque como o próprio Kelsen explicita "sobre o fundamento da sua validade nada mais pode ser perguntado, pois ela não é uma qualquer norma prescrita, mas uma norma pressuposta. Não é uma norma positiva prescrita por um real ato de vontade, mas unicamente uma norma pressuposta no pensamento jurídico (...)" (KELSEN, H. 2006, pág. 206).

Para LINHARES, Aroso esta Grundnorm tem o exato sentido de uma última referência fundamentante e de diferenciadora unidade para um sistema jurídico, sendo assim o fundamento de validade do próprio sistema jurídico.

Com a admissibilidade/pressuposição da Grundnorm a compreensão da unidade que o sistema jurídico (sempre) representa irá alterar-se, pois de uma unidade horizontal por coerência categorial-estática sustentada pelo Normativismo dogmático do séc. XIX passar-se-á para uma unidade vertical por consistência sintática arquitetônica própria do Normativismo da Teoria Pura de Kelsen.

Chegados aqui parece-nos essencial que se chame a atenção para o facto de a pressuposição desta norma fundamental representar a admissibilidade de "um mínimo de metafísica, sem o qual não é possível o conhecimento do direito" (KELSEN, H. 2006 pág. 24); o próprio Kelsen admite que a Grundnorm vale como "uma norma de direito natural", pelo que há que concluir, com KAUFMANN, que "em último termo o dever é, também em Kelsen, uma categoria ética". (KAUFMANN, A. 2004, pág. 24).

O NORMATIVISMO DA TEORIA PURA DO DIREITO DE Kelsen

A específica compreensão da categoria de inteligibilidade “sistema”

O Normativismo de Kelsen distancia-se do assumido pelo Positivismo Científico do séc. XIX, pois, se em ambos a categoria sistema surge como (uma das) principais categorias de inteligibilidade, o certo é que a proposta de Kelsen apresenta especificidades que cumpre considerar.

Para o Normativismo científico ou dogmático do séc. XIX (toda) a juridicidade é sistemática, (e) “sistemática de sentido axiomático imediatamente nas normas e sistemática de sentido abstrato-conceitual na sua dogmática” (NEVES, A. Castanheira 1998/99, pp. 55-56).

Na verdade, dado que o Direito se oferecia em normas e (se) determinava lógico-conceitualmente, e visto que estas normas eram compreendidas como normas ratio, a sua racionalidade imanente exigia que as entendêssemos inseridas numa unidade (constituída por outras normas), ou seja sob o modus de um sistema horizontal e unidimensional de normas. E isto era assim porque (esta) racionalidade lógica que a normatividade postulava excluía a dispersão e a contingência que permitiriam, desde logo, as incoerências intencionais, as antinomias normativas e as insuficiências ou lacunas ...

Significa tudo isto e, numa só palavra, que sem a ideia de sistema, sem o modus sistemático, a racionalidade lógica “seria precária e, em ultimo termo, insubsistente”.

Contudo, este sistema unidimensional constituído por normas relacionadas com normas apresenta-se em Kelsen, não como (uma) unidade horizontal ou por coerência categorial-estática⁹, mas sim como (uma) unidade vertical ou hierárquico gradual, segunda a qual as normas jurídicas ao invés de se encontrarem ordenadas num plano horizontal, umas ao lado das outras, estão situadas em camadas ou níveis diferentes.

Kelsen propõe uma conceção escalonada ou hierarquizada do sistema entendendo a sua unidade como “vertical por consistência sintática arquitetônica, garantida pela institucionalização dinâmica de um processo normativamente estruturado de aplicação- produção de direito, que a ciência jurídica reconstitui analiticamente através de proposições jurídicas, invocando a pressuposição transcendental de uma Grundnorm ou norma fundamental.” (J. LINHARES, Aroso, 2001, pág. 45).

Assim, se lançarmos mão da figura da pirâmide para ilustrar esta específica compreensão do sistema jurídico por Kelsen teremos que no topo da mesma se encontra a Grundnorm ou Norma Fundamental, seguida

⁹ Unidade horizontal por coerência categorial estática, ou seja, “unidade garantida pela unidade de significações categoriais que as normas repetem [as normas ou proposições normativas pressupõem um sistema comum de «corpos jurídicos» (institutos e conceitos) que a ciência dogmática deverá descobrir-construir], LINHARES, JAROSO; Introdução ao Direito, Sumários desenvolvidos, policopiado, Coimbra, pp. 137-138.

da Constituição em sentido material enquanto a norma positiva através da qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais. No escalão abaixo estão, pois, as Normas Gerais criadas por via legislativa (caso da lei e do decreto) como resultado/produção da aplicação da Constituição. No escalão seguinte, encontramos as Normas Individuais que são produzidas pela aplicação de uma norma geral a um caso concreto através de um ato judicial ou administrativo. Por ultimo, na base da pirâmide teremos os Atos Coercivos estatuídos pelas normas individuais.

Esta particular conceção do sistema jurídico representa, como veremos, o ponto de partida para a especificidade da proposta Kelseniana. Com efeito, para o autor “a aplicação do direito é simultaneamente produção do direito “sendo “desacertado distinguir (como o fazia a teoria tradicional) entre atos de criação e atos de aplicação do direito”.

Na verdade, e como referido atrás nos Prolegómenos, o Normativismo Legalista do séc. XIX distinguia claramente entre criação do Direito e aplicação do Direito; com a decisiva consequência de a decisão do julgador ser exclusivamente, como também ficou dito, um ato de aplicação lógico-dedutiva. Ao pensar deste modo o Direito, como algo que existe inteiramente e em si no sistema das normas independentemente da sua aplicação, o Normativismo Legalista do séc. XIX postulava um platonismo de normas e entendia o Direito como um *abstratum* (ou seja, entendia a realidade e a existência do Direito em termos racionais e abstratos).

Ao invés, Kelsen considera que a aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito e isto implicará uma (muito) significativa alteração da compreensão da decisão judicial.

Em consonância com a sua visão escalonada e hierarquizada do sistema jurídico, Kelsen defende que a norma de um escalão superior(sempré) determina o ato através do qual é produzida a norma de um escalão inferior e, “deixando de lado os casos-limite, que consistem na pressuposição da norma fundamental e na execução do ato coercitivo estatuído pela norma individual, todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior” (KELSEN, H. 2006, pág.264).

Conceber deste modo a ordem jurídica é, para o autor, o resultado do próprio carácter dinâmico do Direito, visto que “(esta dinâmica jurídica justifica que) uma norma só seja válida porque e na medida em que foi produzida (...) pela maneira determinada por uma outra norma: esta outra norma representa o fundamento imediato da validade daquela.”

A relação que se estabelece entre a norma que regula a produção da outra é, pois, de supra- infra - ordenação e “a unidade da ordem jurídica é produto desta conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção é, por sua vez, determinada por outra; e assim sucessivamente até chegar finalmente a norma

fundamental-pressuposta. ” É nesta norma fundamental que reside o fundamento de validade último de todo o sistema. Esta norma fundamental surge, pois, como (uma) “pressuposição lógico-transcendental”.¹⁰

Porém, e porque essa determinação não é nunca completa, pois a norma de escalão superior não pode vincular em todos os aspetos (órgão e processo através do qual a norma inferior é criada e, eventualmente, o seu conteúdo), então há que reconhecer a existência de uma, maior ou menor, possibilidade de livre apreciação, que permite sustentar que “a norma de escalão superior (tenha) sempre, em relação ao ato de produção normativa que a aplica, o carácter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.”

É precisamente nesta compreensão do direito a aplicar como uma moldura-rahmen ou quadro de possibilidades de decisão que cumpre ao julgador escolher, que reside a especificidade da proposta Kelseniana para o que a nós, principalmente, (nos) importa.

O DIREITO A APLICAR COMO UMA MOLDURA [RAHMEN] DENTRO DA QUAL HÁ VÁRIAS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO

A teoria da interpretação de Kelsen: a interpretação na qual se combina um acto de conhecimento com um acto de vontade, a recusa da única solução possível (e correcta), a redução política do pensamento metodológico-jurídico de Kelsen

Na sua Teoria da Interpretação Kelsen começa por distinguir entre “interpretação autêntica” - como aquela que é realizada pelo órgão incumbido de aplicar a lei- e “interpretação não autêntica” - que é a levada a cabo pelos sujeitos que têm de cumprir a lei (de modo a evitar a sua sanção) e pela ciência jurídica - para indicar como objeto desta sua teoria apenas a primeira (KELSEN, H.2006, pág.379).

A interpretação autêntica é eleita por Kelsen como objeto da sua Teoria da Interpretação, porque é (a única) em que se combina um ato de conhecimento com um ato de vontade e isto é no pensamento Kelseniano nuclear.

Com efeito, sabemo-lo (já), o autor concebe a ordem jurídica como uma ordem escalonada e hierarquizada, na qual as normas jurídicas se encontram dispostas em diferentes camadas ou níveis e não umas ao lado das outras, defendendo que a norma de (um) escalão superior (sempre) determina o ato através do qual é produzida a norma de (um) escalão inferior. Contudo, porque essa determinação não é nunca completa¹¹ que reconhecer a existência de uma, maior ou menor, possibilidade de livre apreciação, que permite sustentar que “a

¹⁰ Sobre esta norma fundamental ou Grundnorm, Kelsen escreve o seguinte: “A norma fundamental não é uma norma querida (...); se a sua afirmação (...) é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas jurídicas positivas, ela apenas pode ser uma norma pensada, e uma norma que é pensada como pressuposto quando uma ordem coercitiva globalmente eficaz é interpretada como um sistema de normas válidas ...”. (itálicos nossos).

norma de escalão superior (tenha) sempre, em relação ao ato de produção normativa que a aplica, o carácter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.” (NEVES, A. Castanheira 1995, pág. 391).

Para Kelsen o direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de decisão, cabendo ao julgador, em primeiro lugar através de “uma atividade cognoscitiva” conhecê-las e, depois, através de “um ato de vontade” escolher uma delas.

Se assim é compreende-se que, contra a hermenêutica jurídica tradicional, Kelsen defende que a ideia da obtenção pela interpretação das normas legais de uma única solução (“a solução correta”), seja “uma ficção usada para consolidar a segurança jurídica” e, acrescente que “quando se elege uma só interpretação não se realiza uma função jurídico-científica, mas sim jurídico-política, ou seja de política jurídica.” (KELSEN, H. 2006, pág.387).

O que o autor rejeita é que “a lei, aplicada ao caso concreto, possa fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada)” e que a correção dessa solução resulte de ela ser fundada na própria lei, pois, tal significaria entender a interpretação como um mero “ato intelectual de clarificação e compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse de pôr em ação o seu entendimento (razão) mas não a sua vontade (...)” (KELSEN, H. 2006, pp.382-383).

Ao invés, (e) em consonância com a sua visão do sistema jurídico, defende que “não é cientificamente logrável” obter pela interpretação das normas jurídicas uma única solução jurídica para o caso a decidir que possa ser considerada a solução correta, mas tão só (uma) solução possível de entre as várias soluções (possíveis) oferecidas pela (moldura que a) norma jurídica a interpretar (representa).

Sendo assim, (esta) pluralidade de significações que a generalidade das normas a aplicar admite, torna, pois, a obtenção de um único sentido como “um ideal (que) somente é realizável aproximadamente”.

Ora, se o direito a aplicar forma (essa) moldura dentro da qual existem várias possibilidades de decisão” e, se (será sempre) “conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (KELSEN, H. 2006, pág. 382), então, compreende-se que, como refere Neves, Castanheira o pensamento metodológico de Kelsen represente uma redução á política, pois, “as normas legais ofereceriam apenas um quadro de várias soluções possíveis e entre essas várias soluções possíveis o intérprete decidiria a sua opção segundo critérios extrajurídicos, político-sociais ou ético-políticos” (NEVES, A. Castanheira 1995, pág.391).

Kelsen considerava que “a questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, ou seja “a que melhor se ajustava ou preenchia a moldura pré-fixada” não era (...) uma questão de conhecimento dirigido ao Direito Positivo (...) era um problema de política do Direito” (KELSEN, H. 2006, pág.384), que se resolveria pelo recurso não a normas de Direito Positivo, mas a outras normas como as da moral, de justiça ou a juízos de valor sociais.

A proposta Kelseniana vem, pois, pôr em causa, ao nível metodológico, a “despolitização” do pensamento jurídico tal como sustentada pelo Normativismo Legalista do séc. XIX, para o qual o Direito enquanto prescrição estadual legislativa constituía (tão-só) o objeto de um pensamento que, assumindo uma finalidade metodológica exclusivamente cognitiva, se lhe dirigia teoricamente, com vista a conhecer o Direito que (efetivamente) é e já não o Direito que deve ser.

Com (este) objetivo exclusivamente cognitivo e (uma) intenção na ética estritamente formal, nos quadros deste pensamento jurídico “(se) o legislador cria o Direito positivo, o jurista (com este seu pensamento estrita e autonomamente jurídico) conhece-o na sua estrutura lógico-formal e aplica-o também lógico-formalmente”.

Ao dirigir-se ao Direito numa intenção estritamente teórica entendendo-o como (puro) objeto de conhecimento, o pensamento jurídico próprio do Normativismo permitia separar o Direito da Moral e distinguir o jurídico do político.

Ao invés, a redução á política que, no domínio da interpretação jurídica, encontra a (sua) exemplar manifestação no pensamento de Kelsen tem, como afirma Neves, Castanheira o sentido exato de “afirmar que ao Direito compete imediatamente e no seu específico sentido um objetivo político”, pelo que “o seu objetivo constitutivo seria a realização normativa de uma particular intenção e teleologia políticas”, bem como “os seus critérios e fundamentos seriam (...) critérios e fundamentos políticos” (NEVES, A. Castanheira 1995, pág.390).

Para Kelsen, recordemo-lo, a interpretação realizada pelos órgãos incumbidos da aplicação do Direito (a chamada interpretação autêntica), sendo “cognoscitiva”, isto é, obtida por uma operação de conhecimento (do Direito a aplicar), combinava-se com um ato de vontade, pelo qual o órgão aplicador do Direito efetuava uma escolha de entre as (várias) possibilidades reveladas através daquela interpretação “cognoscitiva”, ou seja, do “ato de conhecimento”. Ora, foi, precisamente, este ato de vontade que a hermenêutica jurídica tradicional não considerou, defendendo, ao invés, que a interpretação era (somente) um ato de entendimento, de clarificação do sentido da norma jurídica. E (de) um sentido que deveria ser único, pois, só chegando a um único sentido da norma jurídica a interpretar se poderia em seguida, num momento puramente técnico e exterior ao Método Jurídico, aplica-la ao concreto caso a decidir através do modelo do silogismo subsuntivo.

Cumpre aqui fazer um breve excuro para, ainda que sinteticamente, referir que o Método Jurídico permitia identificar os seguintes “momentos”/operações: o momento científico (da construção-sistematização conceitual); o momento hermenêutico (da interpretação cumprida rigorosamente em abstrato) e, por último, o momento (já exterior) da aplicação lógico-dedutiva.

Concentremo-nos sobre os dois últimos. O “momento hermenêutico” revelava-se essencial para a determinação do sentido da lei e/ou proposição normativa e apresentava-se como “um momento metódico

estranque” a pressupor todo um sistema de conceitos e respetivo “tecido lógico”, para que “interpretar (seja) atribuir a norma-texto um único sentido” e o “momento da aplicação” aos casos concretos (daquele) direito pré-determinado em abstrato impunha-se como um momento exterior ao Método, no qual o juiz racionalmente autónomo, independente e neutro (por forma a garantir que as prescrições da vontade geral se cumpram em cada caso-problema), aplicava esse direito segundo o esquema lógico-dedutivo do silogismo subsuntivo, garantindo-se assim a relação entre o geral e o particular sem implicações normativas.

Com efeito, ao entender o Direito como algo que se constitui e manifesta num sistema lógico de normas, o Normativismo dogmático do séc. XIX postulava uma autonomia da juridicidade relativamente à realidade histórico-social, cujo sentido rigoroso era o de excluir na projeção do Direito (nessa) realidade qualquer possibilidade juridicamente constitutiva, exigindo, ao invés, que o Direito (pressuposto no sistema lógico de normas) apenas se repetisse na solução concreta. Daí o paradigma da aplicação da lei segundo o silogismo subsuntivo.¹¹

Após este breve excursus, importa regressar a Kelsen para colocar a seguinte questão: Como se poderá realizar entre as várias possibilidades oferecidas, uma escolha “correta (justa) no sentido do direito positivo?”

É que como o próprio afirma “ (...) não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida a outra. (...) Todos os métodos de interpretação (...) conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto” (Kelsen, H.2006, pág. 383).

É neste contexto que Kelsen realiza uma afirmação importante, pois começando por comparar “a tarefa que consiste em obter a partir da lei a única sentença justa (certa)” com a “tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas), virá a considerar que a diferença existente entre estas duas tarefas é (meramente) “quantitativa”, na medida em que o legislador é “muito mais livre na criação do Direito” que o juiz; mas acabará por sustentar que o juiz (também) é “um criador de Direito” e que a sua função é igualmente livre, visto que a criação da sentença a partir da interpretação da lei e na medida em que (nesse) processo seja preenchida a moldura que esta oferece, é uma combinação de um “ato de conhecimento” com um “ato de vontade”, sendo através deste último que o juiz escolhe e realiza uma das possibilidades reveladas pelo “ato de conhecimento”.

Esta interpretação feita pelo juiz é criadora de direito; o que já não sucede com a realizada pela ciência jurídica que é “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”, razão pela qual a interpretação jurídica-científica “não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas”, devendo “deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, seja competente para aplicar o direito.”

¹¹ Sobre isto ver supra PROLEGOMENOS.

Muito expressivamente afirma o autor que “dizer que uma sentença judicial é “fundada” na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa; não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.”

ILUSTRAÇÃO DO MODO DE DECIDIR PRÓPRIO DO JUIZ DO NORMATIVISMO CIENTIFICO OU DOGMÁTICO DO SÉC. XIX E DO MODO COMO O JUIZ PODE DECIDIR DE ACORDO COM A COMPREENSÃO DO DIREITO A APLICAR COMO UMA MOLDURA

O juiz do Normativismo Científico ou Dogmático do séc. XIX decidia, ou mais rigorosamente, aplicava a lei aos casos concretos por obediência ao modelo do silogismo ¹²subsuntivo que se apresentava do seguinte modo:

Premissa maior: a norma legal (a utilizar) na sua estrutura lógico-racional, ou seja, composta por uma previsão ou hipótese e uma consequência ou estatuição.

Assim à hipótese A corresponde a consequência ou solução jurídica B.

Premissa menor: a subsunção (a partir de um raciocínio baseado no silogismo lógico) do caso concreto X que na sua factualidade empírica se revela como uma espécie do género Y consagrado na previsão da lei.

Conclusão: para o caso concreto X vale – *necesseest!* – a consequência jurídica B.

Este modelo de aplicação da lei ao caso concreto assenta numa racionalidade lógico-dedutiva que permite uma inferência do geral para o particular, facilmente ilustrada pelo seguinte exemplo:

Norma: Todas as normas aprovadas de modo formalmente correto pelo legislador são Direito

Caso: As leis ráticas nazis foram aprovadas de modo formalmente correto pelo legislador

Resultado: As leis ráticas nazis são Direito

Repare-se que a inferência é forçosa, pois trata-se de um silogismo, mas as premissas podem ser falsas, como (claramente!) acontece neste exemplo. (KAUFMANN, A. 2004, pág. 111)

Vejamos, agora, como pode o juiz decidir de acordo com a compreensão da lei a aplicar como uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de decisão:

Aqui não lançaremos mão, como o fizemos no ponto anterior, de um esquema ou de um qualquer exemplo concretizador e isto pelas razões (às quais subjaz uma crítica metodológica) que expomos em seguida.

¹² Na Teoria Pura do Direito, na Parte V relativa à Dinâmica Jurídica, o autor é, a este respeito, muito claro, ao intitular o primeiro ponto concernente a Jurisprudência precisamente de “O carácter constitutivo da decisão judicial”. KELSEN, cit., pp. 266 e ss.

Partamos da seguinte afirmação de Kaufmann: “A Teoria Pura do Direito fomentou extraordinariamente a teoria do Direito. Mas, do ponto de vista da prática, ela quase não mereceu atenção, o que se compreende, já que formas e categorias pouco servem à prática” (KAUFMANN E HASSEMER, 2009, pág. 182).

Com efeito, e como ficou analisado, Kelsen compreende a realização do Direito como um processo que se inicia na Constituição (cujas validade resulta da Grundnorm), passando depois pela lei e chegando (então) à decisão judicial.

Vimos, também, que nesta concepção escalonada do sistema jurídico a norma de (um) escalão superior (sempre) determina o ato através do qual é produzida a norma de (um) escalão inferior. Contudo, porque essa determinação não é nunca completa, há que reconhecer a existência de uma, maior ou menor, possibilidade de livre apreciação, que permite sustentar que a norma de escalão superior tenha sempre, em relação ao ato de produção normativa que a aplica, o carácter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.

Para Kelsen o Direito não está (plenamente) plasmado na lei e, em consequência, não pode dela ser extraído através de uma operação puramente lógico-formal, o que conduz a admitir (e permitir) que o julgador goze de um “espaço a ser preenchido, mediante um ato constitutivo, de criação do Direito.” Ora, para o Autor este ato é política jurídica. À ciência do Direito cabe somente estabelecer as diversas possibilidades de decisão.

É chegado aqui que nos deparamos com a questão nuclear que o próprio Kelsen formula deste modo: como se poderá realizar entre as várias possibilidades oferecidas, uma escolha “correta (justa) no sentido do direito positivo?”

A resposta, dissemo-lo atrás, só pode ser a de que se o direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de decisão” e se será sempre “conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (Kelsen, H.2006, pág. 382), então, compreende-se que, como refere NEVES, Castanheira o pensamento metodológico de Kelsen represente uma redução à política, pois, “as normas legais ofereceriam apenas um quadro de várias soluções possíveis e entre essas várias soluções possíveis o intérprete decidiria a sua opção segundo critérios extrajurídicos, político-sociais ou ético-políticos”.

Contudo, e para finalizar, regressamos a Kaufmann para com ele concordar quando afirma que “o positivismo lógico-normativo perdeu de vista a vida real”. Na verdade, ao ocupar-se apenas das estruturas formais, ou seja, do Dever, metodologicamente o pensamento de Kelsen padece de um mal maior que se traduz em ter “esquecido” que o Direito só o temos verdadeiramente quando existe uma correspondência entre o Dever e o Ser, ou seja quando a norma legal e a situação da vida são postas em relação.

Numa só palavra, o caminho da lei até à decisão jurídica é o caminho do fazer histórico do Direito e não um caminho “direto” da lei superior, passando pela norma legal e chegando a decisão judicial!

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Construímos todo este artigo num esforço de contenção deliberada que nos foi guiando e autorizando a ir até certos “lugares”, mas não mais além.

A proposta Kelseniana reveste-se, no entanto, de grande interesse (e inequívoca importância) pelas diferenças que lhe subjazem relativamente ao pensamento jurídico dominante à época.

Referimo-nos (i) em primeiro lugar, à defesa que o autor faz da dinâmica jurídica ou do carácter dinâmico do Direito, o que o conduz (ii) e esta é a segunda (e provavelmente a mais decisiva) diferença, a uma compreensão do sistema jurídico que se afasta do defendido pelo Normativismo dogmático, dado que concebe a unidade que o sistema (sempre) representa como vertical por consistência sintático-arquitetónica. Por seu turno, esta inovadora compreensão conduzi-lo-á a admitir a existência da Grundnorm ou norma fundamental como o fundamento último de validade de todo o sistema.

Dentro deste quadro de inteligibilidade, e aqui encontramos (iii) a terceira diferença, Kelsen sustentará que todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”.

Neste contexto, e chegamos à (iv) diferença que a nós particularmente nos interessa, não pode o autor manter-se (inteiramente) fiel ao modelo metódico do Normativismo dogmático do séc. XIX, o qual, ao postular a estrita aplicação lógico-dedutiva do Direito plenamente constituído e manifestado no sistema de normas, concebia a decisão judicial como um ato por força do qual esse Direito apenas se repetia na solução concreta, excluindo qualquer mediação normativo-juridicamente constitutiva; ou seja, reconduzindo o juiz à função de um mero aplicador da lei, ou nas palavras de NEVES, Castanheira de “um operador impessoal, anónimo e fungível dessa aplicação” (NEVES, A. Castanheira 1998, pág. 20).

Diferentemente, Kelsen sustentará o carácter constitutivo da decisão judicial.¹³

Para tal, parte o autor da sua específica compreensão do sistema jurídico como uma unidade vertical ou escalonada de normas, considerando que o “estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermédio que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até à decisão judicial e desta à execução da sanção.” (Kelsen, H. 2006 pág. 266). Neste processo, o Direito recria-se a

¹³Na Teoria Pura do Direito, na Parte V relativa à Dinâmica Jurídica, o autor é, a este respeito, muito claro, ao intitular o primeiro ponto concernente a Jurisprudência precisamente de “O carácter constitutivo da decisão judicial”. Kelsen, cit., pp. 266 e ss.

cada momento, o que é consonante com o seu carácter dinâmico e com a ideia primacial de que a aplicação do Direito é simultaneamente criação do Direito.

A decisão judicial não tem, nem pode ter, em consequência, um carácter meramente declaratório, o que significa recusar que a função do juiz se traduza na simples descoberta de (um) Direito que se constitui e manifesta no sistema lógico, concluso e racional de normas; ou seja (um) Direito “que é esse sistema de normas e nele exclusivamente se objetiva” (J. LINHARES, Aroso, 2009, pág. 48).

Com efeito, para Kelsen, essa “descoberta” do Direito “consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto” e, mesmo aqui, porque o tribunal tem de aferir da conformidade da criação dessa norma com o processo prescrito pela Constituição¹⁴ dentro da dinâmica aplicação/criação que é própria do Direito, não pode falar-se (somente) de carácter declaratório da atividade do tribunal.

Numa só palavra, diremos, a terminar, que Kelsen teve o mérito de chamar a atenção para o irredutível ato de vontade que a decisão do julgador (sempre) comportará, favorecendo ou contribuindo assim para o início de uma viragem que se caracterizará pelo abandono do formalismo em prol do finalismo, ou seja, recordemo-lo, para uma viragem que se traduzirá numa nova compreensão do Direito segundo a qual este passará a ser perspectivado pelos fins ou interesses que é chamado a realizar.

Abandonar-se-á, pois, a autonomia formal na qual o Normativismo Legalista do séc. XIX encerrou toda a normatividade, ao entender o Direito como mero estatuto de coordenação dos arbítrios individuais, totalmente alheio ao plano dos interesses ou fins práticos que cada sujeito prosseguia no exercício da sua vontade concreta, e passar-se-á a compreender o Direito em todos os seus níveis, ou seja, ao nível da sua criação prescritivo/legislativa, ao nível da sua realização decisório /judicial e ao nível da sua criação e reflexão dogmática, por referência e em função desses fins e interesses.

Tudo o que acaba de dizer-se implicará que no domínio da decisão judicial se coloque a seguinte questão: O que significa ser “o terceiro neutro e imparcial” perante os desafios de uma realização do Direito que passa a ser teleológica? Poderá neste contexto falar-se de neutralidade do juiz na construção da sua decisão?

É com esta questão e com o desafio que ela lança ao pensamento jurídico que encerramos (sem, na verdade, o podermos dar como tal) o percurso que nos propusemos realizar com e ao longo deste artigo.

¹⁴ Refira-se que para Kelsen, mercê da sua visão escalonada e hierarquizada do sistema jurídico, esta conformidade é verdadeiro pressuposto da sanção a estatuir no caso concreto.

THE POSSIBLE CONTRIBUTION OF Kelsen FOR THE TRANSITION FROM THE PARADIGM OF APPLICATION OF 19TH CENTURY SCIENTIFIC NORMATIVISM TO THE PARADIGM OF DECISION

Abstract

In this article we propose to reflect on Kelsen's possible contribution [in his Pure Theory of Law] for the transition from the paradigm of (the) logical- deductive application to the paradigm of decision , or more accurately , for the "finalistic turn". The "finalistic turn" or methodological change towards the finalism means the need to overcome the formalistic legal thinking that characterizes Legalist Normativism and open doors to a (legal) discourse that intended to be finalist or teleological, that is understood in terms of purposes or interests. Indeed, in Kelsen, and consistently with its specific understanding of the legal system, the law to be applied is presented as a frame [rahmen] or a framework of possibilities that compels the judge to choose one of them and necessarily implies an irreducible act of will [on the part of the judge], which makes impossible to continue to understand the court decision as strict logical-deductive application of the law. Kelsen's Normativism is distinguished from the Scientific Normativism due to its specific understanding of the legal system (such as a vertical or scaled unit of legal norms), but it is correct to say that we already find in Kelsen one paradigm of decision like this will come to assert the contemporary legal thought?

That is, a paradigm of the judicial decision as the act with external effects determined by a nucleus of will that materially, or in substance, would result in the choice between the possible alternatives? This is the challenge that we propose ourselves to reflect throughout this article.

Keywords: Kelsen's Normativism; System as a vertical unit of legal norms; Frame [framework of decision possibilities]; Act of will; Choice of one possibility of decision.

REFERÊNCIAS

KAUFMANN, Arthur; 2004, **Filosofia do Direito, Serviço de Educação e Bolsas da Fundação Calouste Gulbenkian**, Tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa, 534 p.

_____, **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, 2009, Serviço de Educação e Bolsas da Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, 2ª edição, Lisboa, 605 p.

NEVES, Castanheira, António; 1998/99, **Teoria do Direito -Lições proferidas no anolectivo de 1998/99**, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

_____, 1995, A redução política do pensamento metodológico -jurídico, in, A, Castanheira Neves, **Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**, Volume 2º, Coimbra, Coimbra editora, pp. 379-425.

_____, 1986, Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito, in **Boletim da Faculdade de Direito**, Vol. LXXIV, Separata, Coimbra, 44 p.

Kelsen, Hans, 2006; **Teoria Pura do Direito, Almedina**, 7ª Edição da Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa, 419 p.

LINHARES, Aroso José; 2009, **Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo**, Coimbra, 107 p.

Trabalho enviado em 05 de janeiro de 2015.

Aceito em 04 de junho de 2015.