

KELSEN E A METAÉTICA: EMPIRISMO LÓGICO, EMOTIVISMO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

KELSEN AND METAETHICS: LOGICAL EMPIRICISM, EMOTIVISM AND JUDICIAL DISCRETION

Lenio Luiz Streck¹

UNISINOS

Luã Nogueira Jung²

UNESA

Resumo:

A Discricionariedade judicial consiste em um dos grandes problemas da filosofia do direito contemporânea, tanto pelos seus aspectos teóricos quanto práticos. No presente texto, pretende-se apresentar uma leitura acerca da tese da discricionariedade na obra de Hans Kelsen, indicando-se o pano de fundo filosófico de sua proposta. Com esse intuito são realizadas aproximações entre o autor e o empirismo lógico do Círculo de Viena e o emotivismo metaético. A partir do método fenomenológico hermenêutico, é exposta a relação entre a Teoria Pura do Direito e estas correntes teóricas. Nesse sentido, conclui-se que a crítica ao conceito de discricionariedade judicial deve levar em conta este contexto teórico e, especialmente, a relação entre a filosofia do direito e a metaética.

Palavras-chave: Hans Kelsen – metaética – discricionariedade judicial – positivismo – Teoria Pura do Direito

Abstract:

Judicial discretion is one of the main problems of contemporary philosophy of law, both for its theoretical and practical aspects. In the present text, we intend to present a reading about the thesis of discretion in the work of Hans Kelsen, indicating the philosophical background of his proposal. For this purpose, approximations are made between the author and the logical empiricism of the Vienna Circle and metaethical emotivism. The relationship between the Pure Theory of Law and these theoretical currents is presented through the use of the phenomenological hermeneutic method. It is concluded that the critique of the concept of judicial discretion must take into account this theoretical context and, especially, the relationship between the philosophy of law and metaethics.

Keywords: Hans Kelsen – metaethics – judicial discretion – positivism – Pure Theory of Law

1 INTRODUÇÃO – A APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO E METAÉTICA

Durante a segunda metade do século XX, a teoria do direito se reaproximou de debates filosóficos ancestrais. Pode-se dizer que, atualmente, não se consegue precisar se os problemas envolvendo a fundamentação do direito necessitam do auxílio dos conceitos filosóficos ou se o próprio direito não se converteu em um problema eminentemente filosófico que, devido à sua

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS, na área de concentração em Direito Público. Professor permanente e pesquisador da UNESA-RJ, Professor visitante da Universidade Javeriana - CO. Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica - IHJ (RS-MG). Membro da comissão permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, do Observatório da Jurisdição Constitucional do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP, da Revista Direitos Fundamentais e Justiça, da Revista Novos Estudos Jurídicos, entre outros. Coordenador do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre e doutor em Filosofia pelo Programa de Pós-graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com período de pesquisa - doutorado sanduíche - na Goethe-Universität Frankfurt am Main (Instituto Normative Orders) e na Universität Hamburg. Pós-doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA).

abrangência temática, chama para si a reflexão de um número cada vez maior de intelectuais de diversas áreas. Como afirma Ronald Dworkin (1977, p. 1), a filosofia do direito “não tem um núcleo central próprio de problemas filosóficos, como outros campos da filosofia têm, mas se sobrepõe a todos esses campos”. Nesse sentido, de acordo com o autor, questões relativas à culpa, erro, intenção e responsabilidade, por exemplo, remetem-nos à filosofia ética, filosofia da mente e filosofia da ação. Na medida em que os juristas se preocupam com a legitimidade e em como o direito deve ser produzido e aplicado, a filosofia do direito tange à filosofia política. E, conclui Dworkin, “mesmo o debate sobre a natureza do direito, que dominou a filosofia do direito por muitas décadas, é, no final, um debate da filosofia da linguagem e da metafísica” (DWORKIN, 1977, p. 1).

Em que pesem os profundos desacordos acerca do estatuto filosófico do direito, podemos afirmar que ele é, inegavelmente, uma prática normativa. Ao menos nesse aspecto, portanto, o raciocínio jurídico tange outras áreas do discurso prático como a ética e a moral. Tendo este ponto comum em vista – a normatividade de conceitos e do discurso – torna-se cada vez mais relevante entre os teóricos do direito a aproximação da investigação de seus pressupostos epistemológicos e ontológicos com a disciplina denominada metaética.

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy (2005) é um exemplo paradigmático desta aproximação. Em seu texto, Alexy faz uma revisão crítica de correntes metaéticas como o naturalismo, intuicionismo e emotivismo e, após rejeitá-las, desenvolve a sua tese a partir do assim chamado prescritivismo universal de Richard Hare. No Brasil, Arthur Ferreira Neto³ faz uma

³ NETO, Arthur M. Ferreira. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. Na referida obra, Arthur Ferreira Neto apresenta uma relação entre a teoria do direito de Kelsen e a metaética, afirmando um paralelo entre a *Teoria Pura do Direito* e o assim chamado “construtivismo deontológico”. Tal aproximação com o construtivismo pode ser desenvolvida a partir da manifesta influência do construtivismo epistemológico da *Teoria da Razão Pura* de Kant sobre norma fundamental kelseniana. Com efeito, o processo de cognição do cientista jurídico, como veremos neste texto, é de fato dependente de um conceito *a priori*, a norma fundamental, que é condição de possibilidade para que o *fenômeno* jurídico possa se destacar enquanto objeto de investigação científica. No presente texto, apresenta-se uma interpretação dos traços metaéticos de Kelsen pelo outro lado de sua teoria, a dimensão normativa de criação e aplicação do direito. Como será exposto, analisando este aspecto de sua obra, conclui-se que a concepção de “razão prática” do autor guarda traços metaéticos emotivistas, ecoando, nesse sentido, ideias centrais do empirismo lógico contemporâneo ao autor. A partir desta perspectiva, pode-se identificar importantes pressupostos de uma tese central da *Teoria Pura do Direito*: a tese da discricionariedade judicial e da indeterminação de juízos normativos em sentido geral, entendidos por Kelsen como atos de vontade. Em sua obra, o autor rejeita a filosofia *prática* de Kant na medida em que, ao contrário do que este defende, para Kelsen a vontade humana é sempre um efeito de uma causa, não podendo ser autodeterminada pelo imperativo categórico ou pela lei moral da qual fala Kant. Sem a possibilidade de suspensão ou limitação da relação causal a que está submetida a vontade do “homem empírico”, e não do “homem em si” kantiano, metafísico, Kelsen descarta a ideia de liberdade ou livre arbítrio a partir da moral e da autonomia normativa do agir. É este homem empírico, portanto, que produz e aplica o direito a partir de seus atos de vontade. Um dos argumentos de fundo deste texto, nesse sentido, é o de que esta preponderância da vontade, entendida em termos causais e empíricos – naturais – é determinante para compreendermos o ceticismo kelseniano em relação à racionalidade normativa e, portanto, jurídica (sobre este aspecto, indica-se a leitura da nota nº 24 do capítulo 3 – Direito e Ciência –, no tópico em que Kelsen desenvolve “o problema da liberdade”). Como indicado, o ceticismo de Kelsen tem implicações na sua tese da discricionariedade, da produção legislativa e, de maneira mais

revisão de correntes metaéticas e, após estabelecer correspondência entre concepções desta área com teorias do direito – por exemplo, não cognitivismo e realismo jurídico, construtivismo deontológico e positivismo, coerentismo e direito como integridade – defende a associação do cognitivismo moral com a teoria do direito natural como a melhor alternativa de fundamentação do direito. Essas são apenas algumas abordagens possíveis. Com efeito, a metaética se revela como uma abordagem útil para compreendermos aspectos teóricos implícitos a correntes jusfilosóficas. A título introdutório, no entanto, fazemos a seguinte indagação: qual objeto constitui a metaética enquanto área de investigação?

Os autores que escrevem sobre o tema costumam dividir a teoria moral em dois níveis. O primeiro nível diz respeito à avaliação de conceitos e problemas práticos. Por exemplo: a escravidão é injusta? Supomos que sim. Nesse caso, o que torna a prática da escravidão injusta? Podemos dizer que ela nega a determinados seres humanos a sua dignidade inerente pelo fato de serem humanos. Mas no que consiste a dignidade humana? De acordo com Kant, por exemplo, a dignidade está associada à autonomia, ou seja, à capacidade de autodeterminação da vontade. Nesse sentido, a filosofia moral de primeiro nível está associada aos raciocínios concretos a partir dos quais estabelecemos princípios e valores sobre aquilo que é bom ou mau, justo ou injusto.

O segundo nível, a respeito do qual trata a metaética, não está necessariamente vinculado a nossas avaliações cotidianas sobre práticas ou instituições. Trata-se de uma investigação teórica acerca das condições de possibilidade *sobre* tais julgamentos e avaliações. Assim, para a metaética, a questão sobre a injustiça da escravidão não é uma preocupação principal. Um teórico da metaética está mais preocupado com questões como: afirmações do tipo “a escravidão é injusta” podem ser verdadeiras/objetivas? Se sim, o que torna tais afirmações verdadeiras? A existência de valores aos quais tais afirmações correspondem? Em caso positivo, qual a natureza destas entidades? Quando afirmamos algo desse tipo, nossas proposições são equiparáveis a descrições de objetos do tipo “o morango é vermelho”? em caso contrário, ou seja, se tais valores que sustentam nossos julgamentos não são objetos descritíveis, como compreender o seu sentido? Alexander Miller (2003, p. 1) sintetiza alguns dos pontos investigados pela investigação teórica da moral:

- (a) Significado: qual é a função semântica do discurso moral? A função do discurso moral é declarar fatos ou tem algum outro papel não declarativo?
- (b) Metafísica: existem fatos morais (ou propriedades)? Se sim, como são eles? São idênticos ou redutíveis a algum outro tipo de ato (ou propriedade) ou são irreduzíveis e *sui generis*?

ampla, na possibilidade de *justificação* ou *legitimação* do próprio direito a partir de outras instâncias normativas como a moral.

- (c) Epistemologia e justificação: existe algo como conhecimento moral? Como podemos saber se nossos julgamentos morais são verdadeiros ou falsos? Como podemos justificar nossas reivindicações de conhecimento moral?
- (d) Fenomenologia: como as qualidades morais são representadas na experiência de um agente que faz um julgamento moral? Eles parecem estar 'lá' no mundo?
- (e) Psicologia moral: o que podemos dizer sobre o estado motivacional de alguém que faz um julgamento moral? Que tipo de conexão existe entre fazer um julgamento moral e ser motivado a agir como esse julgamento prescreve?
- (f) Objetividade: os julgamentos morais podem realmente ser corretos ou incorretos? Podemos almejar descobrir a verdade moral?

Portanto, as respostas dadas a cada uma destas perguntas implicarão concepções distintas quanto ao estatuto epistemológico e ontológico do discurso moral. Contemporaneamente, as duas grandes correntes que dividem o pensamento metaético são o cognitivismo e o não cognitivismo. De maneira resumida, o cognitivismo assume que as proposições morais possuem um conteúdo veritativo, ou seja, são ou verdadeiras ou falsas – na linguagem técnica, são aptas à verdade (*truth apt*s). De acordo com o não cognitivismo, por outro lado, proposições morais não estão sujeitas ao conceito de verdade ou falsidade. Elas são projeções *sobre* a realidade e, portanto, não descrevem nenhum conteúdo informativo sobre a mesma. Tanto o cognitivismo quanto o não cognitivismo possuem subdivisões. Em relação à primeira corrente, podemos mencionar teorias como o naturalismo, a teoria do erro ou o não naturalismo. Em relação à segunda corrente, o não cognitivismo, temos como principais teorias o emotivismo, o prescritivismo universal e o quase-realismo.

No presente texto, pretendemos explorar a relação entre a teoria do direito de Hans Kelsen e a metaética. Propomos que, em termos metaéticos, a teoria kelseniana pode ser compreendida como uma postura não cognitivista e, particularmente, emotivista. Kelsen não escreveu acerca do tema ao longo de sua obra. Como sabemos, todavia, as teorias de maneira geral se desenvolvem a partir de determinadas matrizes teóricas ou paradigmas. No caso de Kelsen, é conhecida, embora nem sempre aprofundada, a sua associação aos pressupostos do empirismo lógico, movimento filosófico que surge no início do século XX com o Círculo de Viena. Luís Alberto Warat comenta, nesse sentido, que “*parecen converger em el pensamiento kelseniano el idealismo critico neokantiano y el positivismo lógico, teneiendo ambos como denominador común um acentuado conceptualismo, que reduce el conocimiento a un mero logicismo estructural*” (WARAT, 2004, p. 241).

Nos próximos tópicos, pretendemos explorar teses comuns à *concepção científica do mundo*, desenvolvida no âmbito do Círculo de Viena, com o intuito de esclarecer, ao menos em parte, o referencial teórico a partir do qual Kelsen desenvolveu sua *Teoria Pura do Direito*. Simultaneamente, na medida em que revisitarmos a influência do positivismo lógico e de sua compreensão acerca do raciocínio prático, a qual, conforme será analisado, é representada pelo emotivismo metaético,

compreenderemos, também, as razões que levaram Kelsen a defender o relativismo normativo e, por conseguinte, a discricionariedade judicial.

2 EMPIRISMO LÓGICO: PROPOSIÇÕES SINTÉTICAS, ANALÍTICAS E O NÃO COGNITIVISMO MORAL

Ao comentar a relação entre o empirismo lógico e a obra de Hans Kelsen, Robert Walter nos lembra que “uma das posições fundamentais do Círculo de Viena era a de que a filosofia deveria proceder de maneira científica” e, nesse sentido, “os objetos da metafísica, como o ser absoluto ou os valores absolutos não poderiam pertencer à ciência” (WALTER, 2001, p. 4/5). Com efeito, a rejeição da metafísica e de seus problemas é uma marca dos textos produzidos pelos autores que compunham o Círculo de Viena. Tal rejeição ocorre em favor de uma concepção científica de mundo, como expressa o manifesto homônimo de 1929 (*A concepção científica do mundo – o Círculo de Viena*), dedicado a Moritz Schlick e escrito por Hans Hahn, Otto Neurath e Rudolf Carnap. Ali estão expostos os principais objetivos e mudanças pretendidas pelos integrantes do Círculo de Viena, como, por exemplo, a constatação de que “o esclarecimento dos problemas filosóficos tradicionais conduz a que eles sejam transformados em problemas empíricos sendo assim submetidos ao juízo das ciências empíricas” (HAHN, NEURATH, CARNAP, 1986, p. 10). Afirma-se, nesse sentido, que

alguns representantes da concepção científica do mundo não mais querem aplicar a palavra ‘filosofia’ ao seu trabalho, a fim de acentuar ainda mais a oposição à filosofia sistemática. Como quer que tais investigações venham a ser designadas, algo é certo: *não há filosofia como ciência universal, ao lado ou sobre os diferentes domínios da ciência empírica*. (HAHN, NEURATH, CARNAP, 1986, p. 18)

Qual seria a razão pela qual este grupo de pensadores rejeitaria a metafísica e a própria atividade filosófica, entendida em seu sentido tradicional?⁴ No referido manifesto, aponta-se que

⁴ Para François Schmitz, “para os que participaram do Círculo, o adversário tomou então o nome *metafísica*. O termo designava tanto a velha escolástica, os racionalismos da idade clássica naquilo que eles pretendiam atingir apenas pela razão das verdades, indo além do campo da experiência, mas sobretudo as filosofias ‘especulativas’ dos idealistas alemães: Schelling, Fichte, Hegel e seus discípulos, assim como os seguidores contemporâneos (Bergson, Husserl) de um modo de conhecimento ‘mais elevado’ ou ‘mais profundo’ que o pensamento discursivo (‘simbólico’) e logicamente ordenado, ou seja a intuição. E não é tudo: a metafísica também está presente em todas as formas de vitalismo, de organicismo, de ‘pensamento de totalidade’, que rondam as ciências da vida e da sociedade, assim como na insistência em distinguir ‘Geistwissenschaften’ e ‘Naturwissenschaften’. Seria possível alongar a lista do que depende da ‘metafísica’: encontraríamos o espaço e o tempo absolutos de Newton, o demônio de Laplace, a entelêquia de Driesch e outras coisas mais. Às vezes, a ‘metafísica’ se insinua também no pensamento positivo. O mais simples é lembrar o velho e excelente critério de Hume que os membros do Círculo gostavam de citar: ‘Se pegamos um livro – por exemplo, de teologia ou de metafísica escolástica – , convém perguntar: Existem nele raciocínios abstratos relativos à quantidade ou aos números? Não. Existem nele raciocínios experimentais relativos às coisas de fato e existentes? Não. Então,

“a tese fundamental do empirismo moderno consiste exatamente na recusa da possibilidade de conhecimento sintético *a priori*” ((HAHN, NEURATH, CARNAP, 1986, p. 11). Mas o que seria isto – o conhecimento sintético *a priori*? Em termos técnicos, um juízo sintético *a priori* é aquele que não é nem analítico, nem sintético *a posteriori*. Tal definição, no entanto, poderia complicar ainda mais a vida do leitor não familiarizado com a filosofia da linguagem ou com a filosofia da ciência. Essas distinções desempenham um papel fundamental na filosofia crítica de Immanuel Kant e influenciaram não apenas a filosofia moderna como um todo, mas especialmente o que chamamos de filosofia analítica. A preocupação com a (im)possibilidade de juízos sintéticos *a priori* é uma constante na tentativa dos positivistas lógicos de estabelecerem os limites daquilo que pode ser chamado de ciência, em contraposição às pseudociências, e, nesse sentido, influencia as concepções metaéticas que se baseiam nessa perspectiva teórica.

Na introdução de sua *Crítica da Razão Pura*, Kant, afirma que o verdadeiro problema da razão pura está contido na pergunta sobre “como são possíveis os juízos sintéticos *a priori*?” (KANT, 2001, p. 49 – KrV, B 19. 28-29). Para Kant, apenas a resposta a esta pergunta permitiria à filosofia o estabelecimento da metafísica como ciência, entendendo-se metafísica como “a ciência dos limites da razão humana” (HÖSLE, 2017, p. 69). Os juízos sintéticos *a priori*, nesse sentido, distinguem-se de outras duas formas de juízos: os analíticos (*a priori*) e os sintéticos *a posteriori*. Os juízos analíticos são aqueles em que o predicado está contido no sujeito. “Triângulos têm três lados”, por exemplo, seria um juízo analítico, uma vez que o predicado (“três lados”) já está abrangido pelo sujeito (“triângulos”). Uma das características de um juízo analítico, como afirma Terry Pinkard (2002, p. 22), é que a sua negação sempre seria uma autocontradição (dizer que “um triângulo não tem três lados”, por exemplo). Por outro lado, os juízos sintéticos não possuem o predicado contido no sujeito e, portanto, a sua negação não implica uma autocontradição: “‘O chapéu de Kant era preto’ seria um exemplo de juízo sintético”.

A partir da distinção entre juízos analíticos *a priori* e sintéticos *a posteriori*, podemos compreender melhor o que Kant (e os empiristas do Círculo de Viena) entende por juízos sintéticos *a priori*. O filósofo de Königsberg afirma, nesse sentido, que “há juízos sintéticos *a posteriori*, cuja origem é empírica; mas também os há que são certos *a priori* e provêm do puro entendimento e da razão” (KANT, 1988 - Prol, AA04: 267. 25-27). Um juízo como “a alma é imortal”, por exemplo, não é verdadeiro ou falso por definição, mas, diferentemente dos juízos sintéticos *a posteriori*, empíricos, seria justificado independentemente da experiência:

joguem no fogo, porque só contém sofisma e ilusão” (SCHMITZ, François. **O Círculo de Viena**. Tradução de Estela dos Santos abreu. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2019, p. 15/16).

A metafísica tradicional é comprometida com a afirmação de tais juízos sintéticos a priori, uma vez que ‘a alma é imortal’ não pode ser provada pela experiência (posto que, como algo imaterial, a alma não pode ser experienciada pelos sentidos materiais), mas os metafísicos haviam afirmado que tal juízo é tanto verdadeiro quanto necessário. (PINKARD, 2002, p. 22)

Portanto, quando os integrantes do Círculo de Viena afirmam que “a tese fundamental do empirismo moderno consiste exatamente na recusa da possibilidade de conhecimento sintético a priori”, estão rejeitando a validade epistemológica dos conceitos e investigações da metafísica sobre a existência da alma, de Deus, sobre o ser absoluto ou sobre os valores absolutos aos quais se refere Walter acima. Para os empiristas lógicos, os únicos juízos válidos seriam os analíticos, concernentes à matemática ou à lógica, por exemplo, ou os juízos empíricos (sintéticos *a posteriori*), enunciados pelas ciências naturais. As proposições da metafísica e da ética, carentes de referência empírica, sensível, seriam, portanto, sem sentido.

É nesse sentido que Ludwig Wittgenstein afirma no seu *Tractatus Logico-Philosophicus* que “a maioria das proposições e questões que se formularam sobre temas filosóficos não são falsas, mas contrassensos”, e, portanto, a verdadeira tarefa filosófica, ao invés de dizer coisas sobre o mundo, “é tornar proposições claras” (WITTGENSTEIN, 1994, p. 177). As proposições filosóficas (ou metafísicas) são contrassensos para Wittgenstein porque, de acordo com o que foi acima desenvolvido, elas não são analíticas (tautológicas), nem empíricas, assim como no caso das proposições relativas à ética. Para Wittgenstein, a ética é transcendente⁵. Em que pese a relação de Wittgenstein com o Círculo de Viena ser objeto de maiores esclarecimentos⁶, é curioso notar que o seu nome consta ao lado de Albert Einstein e Bertrand Russel enquanto “Representantes Principais da Concepção Científica do Mundo” no referido manifesto.

Como afirma François Schmitz, as doutrinas defendidas por Wittgenstein no *Tractatus*, além de concordarem com as posições fundamentais de Schlick e de Carnap, “forneciam uma base propriamente lógica que até então lhes faltava e conferiam um alcance ‘filosófico’ que, por si, essas posições não tinham”. Nesse sentido, complementa o autor,

⁵ 6.41. O sentido do mundo deve estar fora dele. No mundo, tudo é como é e tudo acontece como acontece; não há *nele* nenhum valor – e se houvesse, não teria nenhum valor.

Se há valor que tenha valor, deve estar fora de todo acontecer e ser-assim. Pois todo acontecer e ser-assim é casual.

O que o faz não casual não pode estar *no* mundo; do contrário, seria algo por sua vez, casual.

Deve estar fora do mundo.

6.42. É por isso que tampouco pode haver proposições na ética.

Proposições não podem exprimir nada de mais alto.

6.421. É claro que a ética não se deixa exprimir.

A ética é transcendental.

(Ética e estética são uma só). (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1994, p. 275/276).

⁶ Nesse sentido, ver: HALLER, Rudolf. **Wittgenstein e a filosofia austríaca**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1990.

era desse ponto de vista que Schlick procurava mostrar que não podia haver juízos sintéticos *a priori*, que os juízos, tanto na lógica como na matemática, só eram analíticos e, por isso, não podiam trazer nenhum conhecimento sobre a ‘realidade’. Só o recurso à verificação pela experiência permitia estabelecer a verdade de todo juízo que expressava um conteúdo de conhecimento. (SCHMITZ, 2019, p. 271)

Com efeito, para Schlick, a quem o manifesto do Círculo de Viena é dedicado, as afirmações filosóficas sobre “um mundo transcendente”, ou seja, as proposições sintéticas *a priori*, não podem ser afirmadas ou mesmo negadas. Isso consiste em reconhecer, de acordo com o autor, que para a experiência não faz qualquer diferença aceitar ou não a existência de algo distinto do mundo empírico. Nesse sentido, as teorias sobre realismo ou idealismo, sobre a objetividade ou relatividade de valores, não são contestáveis porque não são verificáveis. “O que o empirista diz ao metafísico não é: ‘as tuas palavras afirmam uma coisa falsa’, mas: ‘As tuas palavras não afirmam nada’. Não o contradiz, mas afirma: ‘Não compreendo o que queres dizer’” (SCHLICK, 1975, p. 70).

De que maneira, no entanto, a negação da possibilidade de sentido de juízos sintéticos *a priori* influencia a concepção empirista sobre a metaética? Ora, afirmações éticas ou normativas em geral não são analíticas (negar que o princípio da igualdade exige a tributação de grandes fortunas não implica uma autocontradição em seus próprios termos como no caso em que negamos que um triângulo possua três lados) e, tampouco, são sintéticas *a posteriori*, ou seja, empíricas. Nesse sentido, vejamos uma frequente citação de Rudolf Carnap a respeito:

A análise lógica explicita o juízo da falta de sentido de todo suposto conhecimento que queira chegar por cima ou por trás da experiência. Esse juízo encontra primeiramente toda metafísica especulativa. [...] Ele também se aplica a toda filosofia sobre valores e normas, a toda ética ou estética como disciplina normativa. Pois a validade objetiva de um valor ou de uma norma não pode ser verificada empiricamente ou deduzida de proposições empíricas; não pode ser expressa (por uma proposição significativa) de forma alguma. (CARNAP, 1931, p. 237)

Com efeito, a teoria metaética que desenvolve mais diretamente as críticas positivistas à metafísica e à filosofia moral é o assim chamado emotivismo metaético de A.J. Ayer. Sob a recomendação de seu professor Gilbert Ryle, Ayer se dirigiu a Viena em 1932, onde participou das reuniões do Círculo. Em 1936, ele publica a obra *Language, Truth and Logic*, recebida no contexto anglo-americano como uma concepção lógico-positivista (SIEGETSLEITNER, 2010, p. 15). De acordo com Ayer, no sentido do que vem sendo exposto, o fato de conceitos éticos não serem definíveis em termos naturais, empíricos, implica a sua ausência de sentido. Eles são pseudoconceitos. Ou seja, uma vez que tais conceitos não descrevem nenhuma entidade empírica e, portanto, não são verificáveis, eles não são nem verdadeiros nem falsos.

Para Ayer, quando afirmamos que uma determinada ação é correta ou errada, não estamos fazendo uma descrição factual ou sequer uma declaração sobre nosso estado de espírito. Estamos apenas expressando *sentimentos morais*, “e o homem que está me contradizendo ostensivamente está apenas expressando sentimentos morais. De modo que não faz sentido perguntar qual de nós está certo. Pois nenhum de nós está afirmando uma proposição genuína” (AYER, 1946, p. 142). O conceito de *sentimentos morais* traduz a principal tese do emotivismo metaético. Nesse sentido, uma afirmação do tipo “a escravidão é injusta” não consiste em uma afirmação indicativa ou descritiva (é o caso que), mas na simples manifestação de nosso sentimento diante de determinado fato. Se afirmo que “a escravidão é injusta”, portanto, tal proposição pode ser compreendida como algo do tipo “buu! Escravidão!”. Ou seja, as proposições avaliativas expressam sentimentos, mas não possuem um conteúdo cognitivo (verdadeiro ou falso).

Quando duas pessoas divergem sobre questões éticas, portanto, os limites racionais da divergência circunscrevem-se às questões de fato. As divergências valorativas, no entanto, não podem ser conduzidas por um critério de racionalidade, uma vez que apenas expressam sentimentos subjetivos. Se estivermos em um desacordo sobre a justiça ou injustiça da tributação, por exemplo, afirmações do tipo “é justo que grandes fortunas paguem impostos” e, por outro lado, “é injusto que grandes fortunas paguem impostos” devem ser traduzidas, como no exemplo acima, como se pronunciassem apenas “tributação, hip-hurra!” ou “buu! Tributação!”, respectivamente.

Em síntese, para o emotivismo metaético, nossas afirmações valorativas sobre aquilo que é bom ou ruim, justo ou injusto, belo ou feio, etc. não representam constatações sobre o mundo ou sobre determinados fatos ou objetos. Tais afirmações apenas expressam nossas reações emotivas às nossas percepções sensíveis acerca do que acontece ao nosso entorno. Portanto, juízos normativos não estão sujeitos a critérios de verificação ou a regras racionais de discurso. Afinal de contas, como foi explorado acima, para o empirismo lógico, apenas as afirmações como as da lógica ou matemática (analíticas, verdadeiras por definição) ou das ciências empíricas (sintéticas a posteriori, com origem na percepção sensível) são dotadas de sentido. Os juízos ou proposições normativas, no entanto, não se enquadram em nenhum desses tipos. Pertencem ao grupo das afirmações sem sentido (*sinnlos*) da metafísica. E, como recomenda uma passagem de David Hume que costumeiramente circulava entre os membros do Círculo de Viena, conforme relata Schmitz, um livro que apresente raciocínios metafísicos “só contém sofisma e ilusão” e, portanto, devemos jogar fogo nele (HUME, 2004, p. 186, *apud* SCHMITZ, 2019, p. 15/16).

3 HANS Kelsen – RELATIVISMO AXIOLÓGICO E O DIREITO

Alguns dos aspectos mais relevantes da teoria do direito de Hans Kelsen nos são apresentados desde o início da graduação em ciências jurídicas e constam nos manuais de direito. Nesse sentido, a “pirâmide kelseniana”, a “separação entre direito e moral” ou a ideia de uma “norma fundamental” são conceitos disseminados no imaginário jurídico e influenciam não apenas a imagem que muitos juristas e doutrinadores possuem acerca do positivismo jurídico, mas também o discurso de aplicação do próprio direito. De acordo com esta leitura incipiente, o positivismo jurídico estaria associado ao ideal de objetividade normativa e interpretativa no que tange aos textos legais, ignorando, assim, qualquer possibilidade de conexão entre o raciocínio jurídico e o discurso moral ou outras dimensões da razão prática. Um juiz positivista, de acordo com o *senso comum teórico*, portanto, seria aquele que se costuma chamar de “juiz boca da lei”, ou seja, um reproduzidor mecânico dos códigos que não leva em consideração os elementos não textuais os quais, segundo alguns críticos, deveriam integrar a compreensão e a aplicação do direito aos casos concretos.

Esta leitura geral do positivismo e da obra de Kelsen, como sabemos, não é apenas falsa, mas, no que tange ao problema da interpretação e aplicação do direito pelos juízes, contraditória com a abordagem do autor em sua *Teoria Pura do Direito*. No capítulo 8 de sua obra, Kelsen desenvolve uma distinção entre o que ele chama de *interpretação jurídico-científica* e *interpretação autêntica*. No primeiro caso, segundo Kelsen, trata-se do processo cognoscitivo de fixação do sentido de uma determinada norma, a partir do qual o cientista do direito estabelece a “moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem” (KELSEN, 2009, p. 319). A interpretação científica, nesse sentido, não se situa na dimensão normativa da dinâmica jurídica. Como afirma o autor acerca da ciência jurídica, em que pese ela

tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores jurídicos através delas constituídos, as suas proposições são, no entanto, tal como as leis naturais da ciência da natureza – uma descrição do seu objeto alheia aos valores (*wertfrei*). Quer dizer: esta descrição realiza-se sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional. (KELSEN, 2009, p. 89)

A interpretação autêntica, por outro lado, consiste na determinação normativa relativa à aplicação de um dos sentidos da norma que constam na moldura semântica estabelecida pela ciência jurídica. Ela é um ato de vontade⁷ e, enquanto tal, ao contrário do que ocorre na interpretação

⁷ “Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 394).

científica, descritiva, “a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre” (KELSEN, 2009, p. 394), desvinculada de critérios epistêmicos. Kelsen chega a admitir, inclusive, que na interpretação de uma norma por um órgão jurídico que deve aplicá-la “não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 2009, p. 394). A aplicação do direito é compreendida como criação do direito, tal como o é a própria atividade legislativa. A diferença entre ambas, para Kelsen, é apenas qualitativa, na medida em que a vinculação do legislador à constituição é mais reduzida do que a vinculação do juiz. “Mas também este último é um criador de direito e também ele é, nesta função, relativamente livre”.

A distinção entre interpretação científica como ato de conhecimento e interpretação judicial como ato de vontade implica, no que tange à segunda, o reconhecimento da discricionariedade dos aplicadores do direito. Este tema ganhou relevância nos debates sobre o positivismo jurídico, principalmente a partir das críticas de Dworkin ao positivismo de H.L.A. Hart em *Taking rights seriously* e em *Law's empire*. No Brasil, em que pesem as inúmeras caricaturas existentes acerca do “juiz boca da lei” supostamente proposto pelo positivismo, autores como Luis Alberto Warat e Lenio Streck expõem há bastante tempo a relação da perspectiva teórica do positivismo, tanto de Kelsen quanto de Hart, com a discricionariedade judicial. Sem dúvida, a discricionariedade judicial deve ser compreendida criticamente, assim como conceitos a ela correlatos que sequestraram, ao longo do tempo, o imaginário jurídico brasileiro⁸.

Antes de desenvolver uma crítica à discricionariedade judicial implicada na teoria da interpretação de Kelsen, pretendemos compreender o vínculo teórico desta com os problemas e perspectivas filosóficas acima delineadas. No sentido desenvolvido nos tópicos anteriores, devemos questionar, portanto, se e de que maneira a concepção segundo a qual a aplicação do direito é um ato de vontade está relacionada à concepção científica do mundo dos positivistas e, particularmente, ao emotivismo metaético. Em outras palavras, como a exposição da postura antimetafísica do empirismo lógico e do emotivismo metaético, acima realizada, pode contribuir para a compreensão de aspectos relevantes da obra de Hans Kelsen?

Primeiramente, podemos destacar a problemática questão acerca da influência e diálogo teórico entre Kelsen e os membros do assim chamado Círculo de Viena. Ao tratar do assunto, Friedrich Stadler afirma que a relação entre a *Teoria Pura do Direito* e o empirismo lógico poderia ser

⁸ Ver, nesse sentido: STRECK, Lenio; JUNG, Luã. **Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán**. *Novos Estudos Jurídicos*, [S. l.], v. 27, n. 1, p. 2–21, 2022. DOI: 10.14210/nej.v27n1.p2-21. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18696>. Acesso em: 21 out. 2022.

compreendida a partir do conceito de *semelhanças de família*, desenvolvido por Wittgenstein em suas *Investigações filosóficas* (STADLER, 2001). O autor apresenta algumas comunicações entre Kelsen e os membros do Círculo de Viena, como, por exemplo, a seguinte passagem de 1936, extraída de uma carta a Otto Neurath, um dos autores do manifesto sobre a concepção científica de mundo, acima abordado. Nesta passagem, Kelsen afirma:

Interesso-me tremendamente pelos trabalhos do seu círculo e lamento muito por não ter estabelecido uma conexão mais próxima consigo, Schlick e Carnap em Viena, enquanto tive a oportunidade para tanto. Os paralelos que existem entre a minha Teoria Pura do Direito e a filosofia de Carnap são, de fato, marcantes. (STADLER, 2001, p. xvii)

Em outra carta de Kelsen a Henk L. Mulder, de 1963, o primeiro se distancia teoricamente do Círculo de Viena, principalmente em relação à teoria moral endossada por seus membros, embora reconheça afinidades gerais:

Em resposta à sua carta de 31 de março, compartilho consigo que, na realidade, não pertencço ao assim chamado ‘Círculo de Viena’ em um sentido mais estreito. Estive em contato pessoal com este círculo a partir da minha familiaridade com Prof. Schlick, Dr. Otto Neurath, Prof. Philipp Frank e Prof. Victor Kraft. O que me associou a uma filosofia deste círculo – sem que com isso ter sido por eles influenciado – foi a sua tendência antimetafísica. A filosofia moral deste círculo – como aquela que foi expressa em *Fragen der Ethik* de Schlick – foi negada por mim desde o começo. No entanto, os escritos de Philipp Frank e Hans Reichenbach sobre causalidade influenciaram a minha compreensão sobre estes problemas [...] (KELSEN, Hans, 1963, *apud* JABLONER, 2001, p. 19).

A relação entre o positivismo jurídico de Kelsen e o empirismo lógico, podemos afirmar, era indireta. Ambas as escolas são fruto da perspectiva antimetafísica, entendendo-se, por isso, a precedência das ciências naturais no que tange à fundação do conhecimento objetivo e em relação à delimitação do que pode ser considerado como ciência e, portanto, quais tipos de proposições poderiam ser dotadas de sentido (verdadeiras ou falsa) ou consideradas apenas pseudoproposições. Como relata o próprio Kelsen acima, todavia, havia diferenças entre as teses de ambas as escolas, inclusive sobre a filosofia moral⁹. Se pararmos para refletir acerca da comparação entre o

⁹ Em nota específica, (nº 11, Cap. 1) de sua TPD, Kelsen contesta a ideia de Schlick exposta em *Fragen der Ethik*, de que uma norma não seria outra coisa “senão uma simples tradução de um *fato* da realidade, pois ela indica apenas as circunstâncias nas quais uma atuação, uma disposição psicológica ou um caráter são uma atuação, uma disposição psicológica ou um caráter são efetivamente designados como ‘bons’, isto é, como eticamente valiosos. A elaboração de normas não é outra coisa senão a fixação do conceito de bom, cujo conhecimento é empreendido pela ética”. De acordo com Kelsen, esta concepção, segundo a qual “o juízo que afirma que uma conduta corresponde a uma norma seria, por isso, um juízo de realidade”, é errada porque o sentido valorativo da ética, “do juízo que afirma que uma conduta é boa, não é afirmação de um fato da realidade, isto é, de um ser, mas de um dever-ser” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 400 e ss.).

positivismo jurídico kelseniano e o positivismo lógico do Círculo de Viena, concluiremos que ela, em si, pode ter uma abordagem apenas didática e genérica.

Primeiramente, porque o Círculo não consistia em uma doutrina uniforme sobre todos os temas desenvolvidos a partir da concepção científica do mundo. Já na introdução de sua obra dedicada ao movimento, Schmitz destaca que o Círculo foi formado por cientistas, matemáticos, físicos, economistas e que “recebeu o nome de Círculo de Viena por não ser possível encaixá-lo em uma nítida rubrica em ‘ismo’: empirismo mas ‘lógico’ ou ‘consistente’ ou até ‘científico’, racionalismo mas ‘empirista’, positivismo mas ‘lógico’, realismo mas ‘empirista’” (SCHMITZ, 2019, p. 9). Por outro lado, o próprio Kelsen passou por mudanças de perspectiva teórica ao longo de sua obra, de maneira que análise de sua principal obra, *Teoria Pura do Direito*, aqui desenvolvida, baseia-se na sua segunda edição, de 1960, em uma fase mais madura do pensamento kelseniano (sendo a primeira edição da TPD publicada em 1934). Stanley Paulson, por exemplo, estabelece uma periodização da teoria de Kelsen dividida em (i) uma fase construtivista entre 1911 e 1920, (ii) uma fase vinculada ao *neokantismo*, entre os anos 1920 e metade dos anos 1930, (iii) uma fase neokantiana enfraquecida entre o fim dos anos 1930 até 1960, e (iv) uma fase cética ou empirista a partir de 1960 (PAULSON, 1990).

As semelhanças de família entre Kelsen e o positivismo lógico devem e são em boa medida analisadas pela obra anteriormente citada, *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*. A partir do que até o momento foi visto, podemos afirmar, no entanto, que, assim como a postura antimetafísica, o que definimos como *não cognitivismo moral* é um traço comum entre Hans Kelsen e o Círculo de Viena. Em relação a Kelsen, tal concepção é expressa a partir de sua defesa da separação entre a ciência jurídica e a moral (ênfatiza-se: tal separação se dá na dimensão da ciência jurídica, objetiva, e não na interpretação e aplicação do direito, por ele chamada de política judiciária ou política jurídica), e, principalmente, de uma teoria relativista dos valores. Nesse sentido, afirma o autor que

Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma justiça absoluta mas apenas uma justiça relativa, que os valores que nós constituímos por meio dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos. (KELSEN, 2009, p. 76)

Diante deste trecho, perguntamos: o que Kelsen, afinal, entende por valores? De acordo com o que ele expõe em sua TPD, valores são normas resultantes de um ato de vontade que aprova ou desaprova determinada conduta. Assim, por exemplo, se dissermos “a escravidão é injusta”,

conferimos a esta conduta um valor negativo (a escravidão não deve ocorrer). Todavia, na medida em que as normas que constituem o fundamento dos juízos de valor são estabelecidas por atos de vontade humana, “e não de uma vontade supra-humana”, os valores por elas estabelecidos são arbitrários. “Por meio de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem” (KELSEN, 2009, p. 19).

Tal arbitrariedade dos valores não se restringe apenas ao âmbito moral, mas, também, à produção de normas jurídicas, seja esta legislativa ou judicial: “as normas legisladas pelos homens – e não por uma autoridade supra-humana – apenas constituem valores relativos” (KELSEN, 2009, p. 19). A distinção entre o ato de vontade do legislador que cria uma norma geral e o de um juiz, que cria uma norma particular, é, de acordo com Kelsen, apenas quantitativa, não qualitativa, “e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do direito do que este” (KELSEN, 2009, p. 393). Diante de seu caráter voluntarista, portanto, os juízos de valor são sempre subjetivos.

Na verdade, para Kelsen, uma afirmação como a acima mencionada, “a escravidão é injusta”, não é propriamente um *juízo*, mas uma prescrição que é linguisticamente mais bem formulada se afirmarmos “a escravidão não *deve* acontecer”, ou algo do tipo. Normas não são verdadeiras nem falsas, mas válidas ou inválidas na medida em que sejam fundamentadas por uma norma hierarquicamente superior. O que é verdadeiro ou falso é a descrição de uma norma. Assim, a prescrição acima de que a escravidão é injusta não possui, nos termos positivistas, *sentido*, é uma pseudoproposição. Uma proposição verdadeira ou falsa só pode ocorrer neste contexto se, seguindo nosso exemplo, fosse proferida por um sociólogo uma afirmação do tipo “de acordo com a moral social brasileira, a escravidão é injusta”.

O mesmo ocorre em relação a normas jurídicas. A prescrição legislativa ou judicial do tipo “a conduta x deve ser punida com prisão de 5 anos” consiste em um dever que pode ser válido na medida em que tenha fundamento em outra norma válida prevista no código penal. Já a descrição do cientista do direito, por exemplo, “de acordo com o código penal, a conduta x deve ser punida com prisão de 5 anos” será verdadeira ou falsa na medida em que descreve adequadamente a legislação em vigor. Como afirma Robert Walter, as reflexões de Kelsen se dão no sentido de mostrar que “as regras da lógica, embora possam ser aplicadas aos juízos *sobre* normas, não podem ser aplicadas às normas elas mesmas (WALTER, 2001, p. 15). Com efeito, Kelsen afirma que

se a afirmação de alguém de que algo é bom ou mau constitui apenas a imediata expressão do *seu* desejo desse algo (ou do seu contrário), essa afirmação não é um ‘juízo’ de valor,

visto não corresponder a uma função do conhecimento mas a uma função dos componentes emocionais da consciência. Quando aquela manifestação se dirige à conduta alheia, como expressão de uma aprovação ou desaprovação emocional, pode traduzir-se por exclamações como ‘bravo’ ou ‘pfui!’. (KELSEN, 2009, p. 21/22)

A possibilidade de um juízo de valor objetivo possui duas características: (a) a objetividade é dependente da correspondência do juízo em questão a uma norma válida e (b) pertence à dimensão da ciência jurídica, cujas proposições representam atos de conhecimento e não de vontade, como foi visto acima. A validade de determinada norma é observada quando há uma norma superior que seja o fundamento da norma em questão.

Uma vez que a validade se situa em uma cadeia inferencial, ou seja, um dever só é derivado de outro dever (cisão entre ser e dever-ser), faz-se necessária ao cientista do direito a pressuposição de uma norma fundamental transcendental que confira validade e, assim, objetividade a todo sistema jurídico. De acordo com Kelsen, é só a partir desta pressuposição, a da norma fundamental, que o cientista do direito pode distinguir uma norma jurídica proferida por um coletor de impostos de uma norma proferida por um gângster¹⁰. Como afirma Warat, “*para Kelsen, la validez objetiva no surge de la correspondência com la ‘norma’ de justicia, sino de la conformidad, en última instancia, com la norma hipotética o fundamental del orden jurídico*” (WARAT, 2004, p. 248). Destaca o autor, ainda, que “*mediante la utilización de la norma básica, la expresión ‘deber’ deja de ser un concepto referido a valores, para tornarse un concepto que expresa una idea lógica*” (WARAT, 2004, p. 248).

Podemos afirmar, nesse sentido, que a norma fundamental é o elemento central que divide a racionalidade jurídica entre o ato de vontade e o ato de conhecimento, entre a validade subjetiva e objetiva, entre a dimensão dinâmica de aplicação e estática em que se situa a ciência do direito. Em outra oportunidade, expusemos que a *Grundnorm* kelseniana “é o fundamento do seu cognitivismo epistêmico. Esse cognitivismo — epistêmico — está assentado em uma imputação, e não em uma relação de causalidade. Para ingressar no ordenamento, uma norma tem de passar por esse filtro” (STRECK, 2021). A norma fundamental, associada à ideia de pureza metodológica,

¹⁰ “Mas por que é que, num dos casos, consideramos o sentido subjetivo do ato como sendo também o seu sentido objetivo, e, já não no outro? Encarados sem qualquer *pressuposição*, também os atos criadores do Direito têm apenas o sentido subjetivo de dever-ser. Por que é que aceitamos que, de ambos aqueles atos, que possuem o sentido subjetivo de dever-ser, apenas um produz objetivamente uma norma válida, isto é, vinculativa? Ou, por outras palavras: Qual é o fundamento de validade da norma que nós consideramos como sendo o sentido objetivo deste ato? Esta é a questão decisiva.

Esta norma é — como mais tarde se verá melhor — a norma fundamental de uma ordem jurídica estatal. Esta não é uma norma posta através de um ato jurídico positivo, mas — como o revela uma análise dos nossos juízos jurídicos — uma norma pressuposta, pressuposta sempre que o ato em questão seja de entender como ato constituinte, como ato criador da Constituição, e os atos postos com fundamento nesta Constituição como atos jurídicos. Constatar essa pressuposição é uma função essencial da ciência jurídica. Em tal pressuposição reside o último fundamento de validade da ordem jurídica, fundamento esse que, no entanto, pela sua mesma essência, é o fundamento tão-somente condicional e, nesse sentido, hipotético.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 50/51).

é o conceito que melhor exprime o construtivismo epistemológico e a relação de Kelsen com a filosofia transcendental de Kant e do neokantismo. Neste texto, não pretendemos realizar uma análise crítica acerca da norma fundamental proposta por Kelsen, o que é já objeto de instigantes considerações do mestre argentino em textos como *Los presupuestos kantianos y neokantianos de la Teoria Pura del Derecho* e *La norma fundamental kelseniana como critério de significacion* (WARAT, 2004).

O que importa destacar é que, a partir desta cisão gnoseológica entre o ato de conhecimento da ciência do direito e o ato de vontade relativo à aplicação normativa, estabelecida pela categoria da norma fundamental, a possibilidade de controle e crítica das decisões judiciais a partir de critérios de justificação racionais é limitada ou mesmo anulada. Neste nível – o da dinâmica jurídica e, portanto, da criação e aplicação do direito – entra em questão a possibilidade de explorarmos a relação teórica entre a metaética e a concepção de razão prática pressuposta na *Teoria Pura do Direito*.

Algumas das passagens de Kelsen mencionadas neste texto nos conduzem à associação de sua concepção normativa com o emotivismo metaético. Por exemplo, o trecho em que o autor afirma que “quando aquela manifestação [de aprovação ou desaprovação] se dirige à conduta alheia, como expressão de uma aprovação ou desaprovação emocional, pode traduzir-se por exclamações como ‘bravo’ ou ‘pfui!’ (KELSEN, 2009, p. 21/22). Em outros momentos, Kelsen condiciona a possibilidade de objetividade moral e normativa em sentido geral, que abrangeria a atividade legislativa e judicial, portanto, como dependente da existência de uma autoridade transcendente: “um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade” (KELSEN, 2009, p. 72). Em sua obra *Teoria geral do direito e do Estado*, por sua vez, o autor escreve que “um julgamento de valor é a afirmação pela qual algo é declarado como um fim, um fim último que, em si, não é um meio para um fim posterior” e que “tal julgamento é sempre determinado por fatores emocionais” (KELSEN, 1990, p. 11).

Podemos afirmar, portanto, que, de acordo com a concepção normativa a partir da qual Kelsen concebe tanto nossos juízos morais cotidianos como as prescrições legislativas e judiciais, estas representam (a) atos de vontade e que, nesse sentido, um valor (dever-ser) moral ou jurídico objetivo é dependente de uma autoridade absoluta (Deus, por exemplo); (b) são projeções *sobre* a realidade, não constituindo, portanto, juízos descritivos acerca da mesma (dualismo ser/dever-ser, fato/norma) e, por fim (c) tais projeções têm uma origem emotiva e não possuem conteúdo cognitivo (são pseudoproposições). Estas características representam o cerne do emotivismo metaético, acima exposto.

Tais pressuposições acerca do raciocínio prático estabelecem os limites do ato decisório. Como delineado acima, a tese da discricionariedade judicial proposta no capítulo 8º. de sua TPD se dá a partir da distinção que o autor faz entre o ato de conhecimento, descritivo, do cientista do

direito, e o ato de vontade do julgador, o qual não está sujeito às regras da lógica ou a outros critérios racionais. Assim, como destacado anteriormente, apesar de conceber uma moldura normativa a ser estabelecida pelo cientista jurídico e sua análise linguística, na qual se encontrariam as possibilidades de sentido de uma determinada norma superior, Kelsen propõe que, enquanto ato de vontade e, portanto, intrinsecamente subjetivo, o intérprete autêntico do direito pode ultrapassar tal limite e tomar uma decisão fora da moldura estabelecida doutrinariamente.

4 CONCLUSÃO – A SUPERAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE COMO DESAFIO TEÓRICO E PRÁTICO

A discricionariedade judicial é o tema que une, podemos dizer, distintas concepções de positivismo jurídico, ainda que o seu fundamento teórico seja dependente do referencial filosófico (linguístico, epistemológico, ontológico, etc.) de cada autor em questão. O pressuposto geral comum entre as teorias positivistas consiste na distinção entre o ato de descrever e o ato de justificar o direito. Como foi visto, enquanto o primeiro caso diz respeito à ciência do direito, o segundo diz respeito à sua aplicação. Uma vez que, de acordo com esta perspectiva dicotômica, o exercício normativo de oferecer e exigir razões concernente à prática jurídica é desvinculado da esfera do conhecimento (e, portanto, da verdade), a cadeia inferencial que se estabelece de uma norma particular, a sentença judicial, até a norma fundante do sistema jurídico em questão, seja esta chamada de norma fundamental ou de regra de reconhecimento, encontra sempre um limite intransponível a partir do qual o exercício de justificação perde o seu sentido e é permeado pela arbitrariedade.

Assim, por um lado, a resposta acerca da *legitimidade* do direito não é considerada um problema da ciência jurídica e, por outro, a resposta normativa que tal problema exige não está sujeita, de acordo com esta perspectiva, a critérios racionais¹¹. No âmbito da prática jurídica, tanto os pressupostos constitucionais do sistema jurídico quanto a aplicação particular do direito a um caso concreto são relativos. Em ambos os casos, a questão acerca da validade normativa cede lugar à autoridade, e o direito passa a ser uma mera questão de eficácia ou de poder. Podemos dizer, nesse sentido, que o positivismo jurídico é marcado pelo ceticismo no domínio da razão prática - *Sed Auctoritas Non Veritas Facit Legem*¹².

¹¹ Afirma Kelsen, nesse sentido: “Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente conhecer e descrever” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.78).

¹² Nessa linha, “não-cognitivistas seriam aquelas correntes ou posições céticas. Por elas, não é possível exercer controle racional de decisões. Direito, por exemplo, será aquilo que a decisão judicial disser que é. E isso resultará de um ato de

Em Kelsen, como foi exposto, este ceticismo está vinculado a uma concepção geral sobre os limites do conhecimento que pode ser associada, em linhas gerais, à concepção científica de mundo proposta pelo Círculo de Viena. Nesse sentido, Warat expõe com precisão os traços teóricos a partir dos quais Kelsen estabelece a possibilidade de uma ciência do direito:

- 1) *Un descrédito absoluto de la metafísica;*
- 2) *La reivindicación del concepto de verdad como correspondencia entre el contenido de la norma y el contenido de la proposición, elaborada por la ciencia del derecho;*
- 3) *Un profundo rechazo de todas las manifestaciones ideológicas;*
- 4) *Una actitud obstinada en no aceptar enunciados, que exteriorizando opiniones o juicios subjetivos, impiden el acceso a un conocimiento objetivo;*
- 5) *Una creencia ciega en la razón como la única vía para la obtención de un sistema de conceptos, liberados de las articulaciones engañosas de la 'doxa' (un saber ideológico, metafísico, sin respaldo objetivo), pero reveladora de las verdaderas articulaciones.* (WARAT, 2005, p. 278)

Como costumamos afirmar, as grandes questões do direito só podem ser respondidas na medida em que se realize filosofia *no* direito. No presente texto, procuramos estabelecer a relação entre a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen e, particularmente, a sua tese da discricionariedade judicial com o positivismo lógico e com o emotivismo metaético. Em linhas gerais, Kelsen reproduz certas pré-compreensões compartilhadas pelos integrantes do Círculo de Viena acerca dos limites do conhecimento e das limitações do pensamento normativo. Nesse sentido, em diversas passagens de sua TPD, o autor exprime, ainda que indiretamente, uma concepção emotivista acerca da produção e aplicação de normas, sejam elas morais ou jurídicas. Uma crítica à discricionariedade judicial nos termos propostos pelo autor, portanto, deve enfrentar os seus pressupostos teóricos.

Tais pressupostos, por sua vez, estão enraizados em parte da cultura jurídica e propiciam a manutenção de concepções equivocadas acerca da interpretação jurídica. Autores como Luigi Ferrajoli e Michele Taruffo, por exemplo, adotam em boa medida a concepção kelseniana e sustentam o conceito correlato ao da discricionariedade – o livre convencimento judicial¹³.

verificação empírica. Um ato de poder. E de vontade. Direito vira fato, de novo. Uma nova forma de positivismo. Para essa postura, decisões jurídicas sempre podem ser variadas. Portanto, para os realistas jurídicos ou empiristas, não há resposta correta. Tampouco existe, para eles, a melhor ou uma resposta melhor que outra. Uma postura não-cognitivista — um bom exemplo são as posturas realistas jurídicas — não concebe a possibilidade de existir nenhuma forma de realidade moral objetiva; se aproxima do relativismo; não é possível, por elas, dizer que uma coisa é ruim em qualquer lugar; somente a dimensão empírica é capaz de influenciar a formação do direito. Real e existente é aquilo que o agente pode manejar e dispor. O decisionismo é uma forma não-cognitivista. Niilismo, do mesmo modo é uma forma não-cognitivista, assim como uma corrente chamada emotivista” (STRECK, Lenio. **O positivismo jurídico de Hans Kelsen**. Disponível em: < <https://estadodaarte.estadiao.com.br/streck-positivismo-kelseniano/> > Acessado em 7 de novembro de 2022.

¹³ Remetemos o leitor ao artigo em que tecemos considerações críticas aos pressupostos positivistas e à defesa do livre convencimento realizada pelos autores: STRECK, Lenio; JUNG, Luã. **Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán**. *Novos Estudos Jurídicos*, [S. l.], v. 27, n. 1, p. 2–21, 2022. DOI: 10.14210/nej.v27n1.p2-21. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18696>. Acesso em: 21 out. 2022.

No Brasil, ainda persiste uma grande incompreensão acerca do papel desempenhado e pelos objetivos da teoria pura kelseniana em relação à história do pensamento jurídico. Novamente com Warat, podemos afirmar que “Kelsen, atualmente, deve ser visto como formando o senso comum teórico dos juristas, ou, melhor dizendo, como a sua manifestação mais interessante” (WARAT, 2004, p. 226). Para o professor argentino, ainda, teriam sido os juristas dogmáticos “que toleraram e introduziram fragmentariamente as construções da Teoria Pura do Direito na dogmática jurídica. No entanto, tal inserção foi realizada de maneira tópica, com o objetivo de amarrar uma estrutura argumentativa que corria o risco de perder sua eficácia” (WARAT, 2004, p. 226)¹⁴. Muitos comentadores e juristas, por não terem compreendido o problema da diferença entre o velho positivismo exegético e o positivismo normativista, “pensaram que o ‘neoconstitucionalismo’ seria a forma de superar o exegetismo. E, para isso, apelaram para a busca de valores que estariam ‘escondidos’ por debaixo dos textos legais. Com isso, não foram além de Kelsen” (STRECK, 2011, p. 78).

A almejada superação do positivismo jurídico e da discricionariedade, portanto, requer mais do que apenas uma nova taxonomia (pós-positivismo, neoconstitucionalismo, etc.). Exige o aprofundamento acerca das condições teóricas que dão sustentação à rede conceitual desta maneira de conceber o fenômeno jurídico, bem como a reconexão entre a pergunta pelo conceito de direito e a sua legitimidade. Nesse sentido, identificamos teorias rebeldes à distinção positivista entre “dizer aquilo que o direito é” e “dizer aquilo que o direito deve ser”. Um exemplo desta postura está contido na teoria do direito como integridade de Dworkin, para quem “uma concepção do direito precisa explicar de que modo aquilo que chama de direito oferece uma justificativa geral para o exercício do poder coercitivo pelo Estado” (DWORKIN, 1986, p. 190). Ao criticar a pureza metodológica de Kelsen, Warat exprime uma preocupação semelhante. Para ele, as normas jurídicas não adquirem sua objetividade em razão de atos intencionais em conformidade com uma regra fundamental (tese kelseniana) “mas sim porque as normas jurídicas são reveladoras dos sentidos objetivos das relações sociais” (WARAT, 2004, p. 240). Daí que “o postulado da pureza metódica não pode ser sustentado na medida em que nos propõe uma retórica separação entre a produção das significações jurídicas e o conhecimento científico destas” (WARAT, 2004, p. 240). Ainda em referência ao mestre argentino, faz-se necessária a superação das alienações entre juristas e cientistas políticos (positivistas), que reciprocamente se negam a discutir: “uns os aspectos políticos do direito, e, outros, os aspectos jurídicos da política” (WARAT, 2004, p. 230).

¹⁴ WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino no direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 226/227.

O problema da discricionariedade judicial pode ser visto como um destes pontos de encontro entre o direito e a política (e a filosofia) sugeridos por Warat. Os limites da decisão judicial nos direcionam a questões teóricas como as que expusemos neste texto, mas também refletem aspectos intrínsecos do próprio conceito de democracia, relativos à legitimidade e controle das autoridades estatais.

“Mas em que é que se converteu o nosso elogio da teoria? Num elogio da práxis?”, pergunta Gadamer (2001). É a partir da reconciliação entre teoria e práxis, entre a descrição e a justificação da prática jurídica que defendemos uma concepção hermenêutica do direito. Nesse sentido, com o presente texto, pretendemos lançar um olhar retrospectivo sobre a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, com o intuito de fortalecer a leitura crítica e a alternativa ao positivismo jurídico que vem sendo desenvolvida em diferentes obras ao longo de anos de pesquisa e debates¹⁵.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como fundamentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005.

AYER, A.J. **Language, truth and logic**. New York: Penguin Books Ltd., 1946.

CARNAP, Rudolf. **Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache**. (In:) Erkenntnis 2, 1931/2, pp. 219-241).

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Harvard University Press, 1986,.

_____. **The philosophy of law**. Oxford. Oxford University Press, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. **O elogio da teoria**. Lisboa: Edições 70, 2001.

HAHN, Hans; NEURATH, Otto; CARNAP, Rudolf. **A concepção científica do mundo – O Círculo de Viena**. Tradução de Fernando Pio de Almeida Fleck. (In:) Cadernos de História e Filosofia da Ciência. São Pauli: UNICAMP, V. 10, 1986.

HALLER, Rudolf. **Wittgenstein e a filosofia austríaca**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1990.

HOSLE, Vittorio. **A Short History of German Philosophy**. Translated by Steven Rendall. Princeton University Press, 2017.

HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**, trad. fr. M. Malherbe, em *Essais et traités sur plusieurs sujets*, III, Paris, Vrin, 2004, p. 186. Apud. SCHMITZ, François. **O Círculo de Viena**. Tradução de Estela dos Santos abreu. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2019.

¹⁵ Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Crítica da razão pura. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Edição da Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 2001.

_____. **Prolegômenos a toda metafísica futura**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.

KELSEN, Hans. *Brief Hans Kelsens na Henk L. Mulder vom 5. Mai 1963*. (Apud.) JABLONER, Clemens. **Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft**. (in:) Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule. (Hrsg.) JABLONER, Clemens; STADLER, Friedrich. Wien: Springer-Verlag, 2001.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MILLER, Alexander. **An introduction to contemporary metaethics**. Cambridge: Polity, 2003.

NETO, Arthur M. Ferreira. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

PAULSON, Stanley L. **Toward a Periodization of the Pure Theory of Law**. (In:) GIANFORMAGGIO, Letizia (Ed.). Hans Kelsen's Legal Theory: A Diachronic Point of View. Turin: G. Giappichelli Editore, 1990.

PINKARD, Terry. **German philosophy 1760 - 1860: the legacy of idealism**. Cambridge University Press, 2002.

SCHLICK, Moritz. **Positivismo e Realismo**. (In:) Os Pensadores. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1975.

SCHMITZ, François. **O Círculo de Viena**. Tradução de Estela dos Santos abreu. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2019.

SIEGETSLEITNER, Anne (Hrsg.). **Logischer Empirismus, Werte und Moral: eine Neubewertung**. Wien: Springer-Verlag, 2010.

STADLER, Friedrich. **Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre – über Familienähnlichkeiten**. (in:) Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule. (Hrsg.) JABLONER, Clemens; STADLER, Friedrich. Wien: Springer-Verlag, 2001.

STRECK, Lenio; JUNG, Luã. **Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán**. *Novos Estudos Jurídicos, [S. l.]*, v. 27, n. 1, p. 2–21, 2022. DOI: 10.14210/nej.v27n1.p2-21. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18696>. Acesso em: 21 out. 2022.

_____. **A pureza do direito kelseniana**. Disponível em: <<https://estadodaarte.estadao.com.br/pureza-kelsen-streck/>>. Acessado em 6 de novembro de 2022.

_____ **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____ **O positivismo jurídico de Hans Kelsen.** Disponível em: <
<https://estadodaarte.estadao.com.br/streck-positivismo-kelseniano/>>

_____ **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** São Paulo: Saraiva, 2014.

WALTER, Robert. **Der Positivismus der Reinen Rechtslehre.** (In:) JABLONER, Clemens; STADLER, Friedrich (hrsg.). Logischer Empirismus und reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule. Wien: Springer-Verlag, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino no direito: o sonho acabou.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus.** São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1994.