

A decisão judicial em Hans Kelsen e a tradição do cartesianismo

The judicial decision in Hans Kelsen and the tradition of cartesianism

Marcos Antônio Striquer Soares¹

Resumo: Tem por objetivo estudar a decisão judicial na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e seu enquadramento na tradição do cartesianismo, buscando explicações para um método científico adequado à ciência do Direito. Seu campo de estudo é a epistemologia jurídica, na qual se envolvem Teoria do Direito e Filosofia Jurídica. Tem por hipótese que Kelsen constrói a ideia de moldura que contém os significados da norma com base no juízo analítico e fecha o campo da ciência jurídica no ato de conhecimento da norma, excluindo a tradição do cartesianismo, mas aceitando que a decisão judicial em si demanda um ato de vontade do sujeito do conhecimento e está no mundo da política, o que se enquadra na tradição do cartesianismo. Como resultado, tem-se que essa hipótese é válida e permite manter a Teoria Pura do Direito imune à política e à

1 Mestre e doutor em Direito do Estado/Direito Constitucional pela PUC/SP, professor de Direito Constitucional na graduação em Direito, na especialização em Direito do Estado e professor de Direito e Liberdade no mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

metafísica até certo limite, visto que a inviabilidade de separar a validade da norma de sua eficácia compromete a pureza da Teoria Pura do Direito. Como conclusão, constata que a construção de Kelsen delimita as fronteiras da ciência do Direito dentro da Teoria do Conhecimento e que as limitações da Teoria Pura do Direito são limitações da própria Teoria do Conhecimento e da tradição do cartesianismo.

Palavras-chaves: Kelsen, decisão judicial, método científico, cartesianismo.

Abstract: The aim of this paper is to study the judicial decision in Hans Kelsen's Pure Theory of Law and its framing in Cartesian tradition, searching for explanations to a scientific method that is adequate to the Sciences of Law. Its field of study is the legal epistemology, involving both the Theory and Philosophy of Law. The hypothesis is that Kelsen builds the idea of a framework that contains the meanings to rules based on analytical judgement, closing the field of the law sciences at the moment a rule is known, excluding the Cartesian tradition, yet accepting that the judicial decision in itself demands an act of will by the subject of knowledge, and it finds itself in the world of politics, which fits the Cartesian tradition. As a result, one understands that this hypothesis is valid, and allows maintaining the Pure Theory of Law immune to politics and metaphysics until a certain limit, since the impossibility to separate the validity of the rule and its effectiveness impairs such purity. As a conclusion, one finds that Kelsen's construction limits the frontiers of the Science of Law within the Theory of Knowledge, and the limitations of the Pure Theory of Law are the limitations inherent to the very Theory of Knowledge and the Cartesian tradition.

Keywords: Kelsen, judicial decision, scientific method, cartesianism.

INTRODUÇÃO

A pretensão de Hans Kelsen era criar um método para a ciência do Direito. O presente artigo tem como objetivo estudar a decisão judicial como consta nas teorias de Hans Kelsen e seu enquadramento na tradição do cartesianismo, buscando explicações de um método científico para a ciência do Direito. Este é o objetivo último do presente, a compreensão do Direito como ciência.

Nesse intento, avança sobre duas frentes, à procura de uma síntese. Primeiro, as teorias de Kelsen, visto tratar-se de um autor reconhecido por ter sua atenção voltada para o método científico. Dentro da Teoria Pura de Kelsen, o ponto essencial de investigação deste artigo é a decisão judicial, pois é o espaço no mundo onde a ciência se envolve com o mundo (os fatos), é onde a ciência pode se perder na sua pretensão de explicar o mundo, é onde o mundo pode ter ou não ter relação com a ciência que o explica. É claro que isso pode ocorrer em outros instantes de relação do Direito, como ciência, com o mundo, na produção da lei ou do ato administrativo, por exemplo, mas é na decisão judicial do tribunal de última instância que a ciência do Direito encontra uma solução definitiva de aplicação da norma aos fatos, quando, então, a ciência do Direito deve explicar a decisão do tribunal de modo coerente e o tribunal deve fazer aquilo que a ciência do Direito explica. Essa relação entre a ciência do Direito e o mundo é coerente ou não? Se não, por que não? Esse é o foco principal sobre o qual este estudo avança na Teoria Pura do Direito de Kelsen. Parte-se de seus textos, ampliando esse levantamento para abranger

seus comentadores, mas buscando sempre os fundamentos que permitiram a Kelsen concluir por uma decisão judicial com determinadas características.

A segunda frente de investigação neste estudo é a crítica de Charles Sanders Peirce à tradição do cartesianismo. Ele fala em métodos de fixação das crenças, porquanto são métodos que se dispõem a fixar o conhecimento humano, o entendimento humano, sobre determinado objeto. Ele denomina o método da tradição do cartesianismo de método *a priori* e explica que a verdade nessa tradição (a verdade posta na decisão judicial, no caso deste estudo) é encontrada no sujeito que pratica o ato (o juiz, no caso), e demonstra que não há como explicar a origem da decisão produzida. Na tradição jurídico-científica a verdade está na lei; e, mesmo nos casos difíceis, a verdade deve estar na lei. Essa tradição científica ainda vive em nossos dias, indicando métodos de fixação da verdade, mas com aquilo que podemos denominar de pecado original: a verdade está no sujeito. Peirce demonstra que a verdade, nesses casos, na tradição do cartesianismo, está no sujeito e não na lei; a origem da verdade é a intuição do sujeito que afirma a verdade. Também aqui o ponto de partida são as teorias de Peirce, ampliando esse levantamento para abranger seus comentadores.

Com isso, é possível avaliar as relações do método científico de Kelsen com a tradição do cartesianismo, que é a tradição científica predominante, ainda em nossos dias. A hipótese é que a ciência do Direito tem, em Hans Kelsen, um limite ainda não superado, qual seja, a limitação de depender de um sujeito que traduz para o mundo aquilo que é posto na ciência. Esse limite é problemático porque a ciência não pode controlar o sujeito que traduz a ciência (ou mesmo a lei) para o mundo.

1. O MÉTODO “A PRIORI” – A TRADIÇÃO DO CARTESIANISMO

Charles Sanders Peirce foi, antes de tudo, um estudioso de Lógica. Buscando explicações para o conhecimento científico, não se contentou com os métodos existentes em sua época, por não reunirem a segurança necessária para a fixação do conhecimento humano. Segundo suas explicações, são três os métodos de fixação do conhecimento humano, entre os quais o método da tradição do cartesianismo. O primeiro deles é o método da tenacidade², pelo qual a crença é atingida repetindo-se constantemente a nossos próprios ouvidos a resposta dada a uma questão qualquer (Esse método, no entanto, é incapaz de sustentar-se na prática, por ser-lhe a corrente social contrária, pois o essa convicção obtida pela repetição, confrontada com o pensamento e o sentimento de outros homens, abalará a confiança na crença que têm). O esclarecimento pela tenacidade, digamos assim, apesar de inviabilizado pelo convívio social, ainda é um problema contemporâneo. É comum encontrar a afirmação de um absurdo qualquer e um número de seguidores repetindo tal absurdo como verdade absoluta. A “superioridade da raça ariana” é um bom exemplo.

O segundo método descrito por Peirce é o método da autoridade³, pelo qual opera-se a vontade de uma pessoa, de um grupo ou de uma instituição – o Estado, a Igreja, entre outras. Por esse método, a autoridade assume o papel de apresentar as “doutrinas corretas, reiterando-as continuamente, transmitindo-as à juventude e tendo, ao mesmo tempo, o poder de impedir que doutrinas contrárias sejam ensinadas, advogadas ou proclamadas”. Conforme explica

2 PEIRCE, 1972, p. 78-80

3 PEIRCE, 1972, p. 80-81.

o autor, “onde quer que haja uma aristocracia, grêmio profissional ou associação de classe, cujos *interesses, dependam ou suponha-se, que dependam de certas proposições, encontram-se, inevitavelmente, traços desse produto natural do sentimento coletivo*”; “tem sido, desde os primeiros tempos, um dos principais meios de sustentar corretas doutrinas teológicas e políticas e de preservar-lhes o caráter católico ou universal”. Observa-se, desse método, que *as proposições e os interesses vêm antes das verdades*. Pode-se extrair daí que esse método é o método utilizado para a fixação de ideologias, para o pré-julgamento, conforme proposições fixadas por alguma teoria ou algum pensador ou pensamento “elevado” ou “relevante”. Quanto à instituição incumbida de determinar a proposição a ser observada, afastando-se as orientações impróprias, pode ser qualquer instituição do Estado com competência para impor decisões, inclusive um juiz de direito. Nesse caso, a autoridade competente assume uma proposição como verdadeira e, independentemente da realidade que se apresente, impõe aquela proposição em razão de algum interesse da autoridade que está por trás dessa verdade, o que pode ser uma ideologia entendida como correta, uma religião ou mesmo o interesse mesquinho da pessoa ou do grupo que está no poder.

O terceiro método de fixação de crenças é o método *a priori*, método próprio da tradição do cartesianismo (segundo Peirce), o qual tem em Kant os melhores fundamentos. Ele pode ser mais bem entendido com explicações sobre as formas de conhecimento em Kant. Vamos a ele.

Embora Kant aceite a interferência da experiência na formação do conhecimento, uma vez que a construção do conhecimento se dá a partir do objeto, a importância maior é atribuída à razão. Marilena Chauí⁴ explica:

4 CHAUI, 1980, p. IX.

Analisando a faculdade de conhecer, na *Crítica da Razão Pura*, Kant distingue duas formas de conhecimento: o empírico ou *a posteriori*, e o puro ou *a priori*. O conhecimento empírico, como diz a própria expressão, reduz-se aos dados fornecidos pelas experiências sensíveis. (...) O conhecimento puro ou *a priori*, ao contrário, não depende de qualquer experiência sensível, distinguindo-se do empírico pela universalidade e necessidade. (...) A experiência sensível por si só – mostra Kant – jamais produz juízos necessários e universais, de tal forma que todas as vezes que se está diante de juízos desse tipo tem-se um conhecimento puro ou *a priori*.

As explicações de Marilena Chaui⁵ continuam:

Ao lado da distinção entre *a posteriori* ou empírico, e *a priori* ou puro, impõe-se – segundo Kant – distinguir entre juízo analítico e juízo sintético. No primeiro, o predicado já está contido no sujeito, de tal forma que o juízo em questão consiste apenas em um processo de análise, através do qual se extrai do sujeito aquilo que já está contido nele. (...) Os juízos sintéticos, ao contrário, unem o conceito expresso pelo predicado ao conceito do sujeito, constituindo o único tipo de juízo que enriquece o conhecimento.

Surgem daí três tipos de juízos: analítico, sintético *a posteriori* e sintético *a priori*. Para Kant, continua Marilena Chaui⁶, “o verdadeiro núcleo da teoria do conhecimento situar-se-ia no terreno dos juízos sintéticos *a priori*, os quais, ao mesmo tempo, são universais e necessários, enriquecendo e fazendo progredir o conhecimento”.

Ainda segundo as explicações de Marilena Chaui⁷, para Kant “a filosofia deveria investigar a possível existência de certos princípios *a priori*, que seriam responsáveis pela síntese dos dados empíricos. Estes, por sua vez, deveriam ser encontrados nas duas fontes de conhecimento, que seriam a sensibilidade e o entendimento”.

5 CHAUI, 1980, p. IX.

6 CHAUI, 1980, p. IX.

7 CHAUI, 1980, p. IX.

Sobre sensibilidade e entendimento, têm-se explicações em Hannah Arendt⁸:

Lembrem que em Kant a experiência e o conhecimento possuem dois troncos: intuição (sensibilidade) e conceitos (entendimento). A intuição sempre nos dá algo particular; o conceito torna o particular conhecido para nós. Se eu digo: “esta mesa”, é como se a intuição dissesse “esta” e o entendimento complementasse: “mesa”. “Esta” relaciona-se apenas com esse item específico; “mesa” o identifica e torna o objeto comunicável. Surgem duas questões. Em primeiro lugar, como essas duas faculdades relacionam-se? Certamente, os conceitos do entendimento propiciam ao espírito a ordenação do múltiplo das sensações. Mas de onde provém a síntese, o seu trabalho em conjunto? Em segundo lugar, esse conceito, “mesa”, é ele apenas um conceito? Não será também, talvez, uma espécie de imagem? De modo que algum tipo de imaginação também se faça presente no intelecto? A resposta é: “A síntese de um múltiplo ... é o que primeiramente dá origem ao conhecimento ... [Ela] agrega os elementos para o conhecimento e os unifica em um certo conteúdo”; essa síntese “é o mero resultado da faculdade da imaginação, uma função cega mas indispensável de nossa alma, sem a qual de modo algum teríamos um conhecimento, mas da qual raramente estamos conscientes”. E o modo pelo qual a imaginação produz a síntese é “provendo uma *imagem para um conceito*”.

O conhecimento humano, portanto, surge propriamente da síntese. A síntese que, como explica Hannah Arendt citando Kant, é uma função cega que agrega os elementos para o conhecimento e os unifica em um certo conteúdo; a síntese agrega a multiplicidade dos elementos propiciando o conhecimento, mas não é explicada, por ser uma função cega; aí está a intuição, *ela explica a origem do conhecimento, sem explicar os seus próprios fundamentos* – essa é a limitação do método *a priori*, próprio da tradição do cartesianismo.

Aí está a limitação da razão: Como essas duas faculdades (intuição e conceitos) relacionam-se? De onde provém a síntese, que une sensibilidade e entendimento, intuição

8 ARENDT, 1994, p. 80-81.

e conceitos? O que se segue, neste estudo, é a explicação de Peirce, para quem o conceito não pode ser explicado pelas premissas, pois as premissas do entendimento (dos conceitos) não podem ser encontradas no emaranhado de nossa intuição; as premissas acabam como verdade da autoridade que tem o poder para fixar o entendimento em uma dada sociedade. O método *a priori*, desse modo, pode degenerar-se no método da autoridade.

Seguindo nas explicações do método *a priori*, entende-se que o conhecimento humano surge propriamente da síntese. Conforme explicações do próprio Peirce⁹: “Creio que estão familiarizados com a reiterada insistência de Kant afirmando que o raciocínio necessário nada mais faz além de explicar o ‘significado’ das premissas”.

No campo da aplicação da lei a um caso concreto, as premissas últimas para a conclusão do raciocínio não estão na lei, mas na intuição, na intuição do sujeito que, no caso deste estudo, tem o poder de aplicar a lei, o juiz de direito. Lauro Frederico Barbosa da Silveira¹⁰ explica:

Kant compreende o esclarecimento dos conceitos como um processo abstrativo que, destituindo-os de qualquer conteúdo empírico, somente lhes conserva a forma pura. Em todos esses casos, porém, (...) o esclarecimento das ideias ou dos conceitos decorre da busca de sua origem, encontrando-se esta, ativa ou passivamente, no sujeito que conhece.

Lucia Santaella¹¹ esclarece que a intuição, dentro da tradição do cartesianismo, acabou por completar-se numa teoria sobre a natureza da investigação, da clareza, da verdade e da certeza; o núcleo central da crítica ao cartesianismo está, segundo a autora, no conceito de intuição: “Para Peirce, todos

9 PEIRCE, 1980, p. 48.

10 SILVEIRA, 2007, 183.

11 SANTAELLA, 2004, p. 32-33.

os pensadores que tomam – mesmo que inadvertidamente (o que, de resto, é o mais comum) – a intuição como pressuposta são cartesianos.” (...) “Peirce considerava que o conceito de intuição estava na base de todas as diferentes formas de cartesianismo.” Para Waldomiro José Silva Filho¹², “quando Peirce critica explicitamente o ‘espírito do cartesianismo’, mais do que tratar do Descartes histórico, está, na verdade, referindo-se a um conjunto preciso de problemas: a intuição, a autoconsciência intuitiva-introspectiva e a certeza epistemológica subjetiva”. Já Custódio Moreira Porto Filho¹³ indaga o que Peirce, em primeiro plano, desmonta nos textos anti cartesianos? E responde: aquilo que ele desmonta “diz respeito ao eu límpido que se auto-enuncia fonte de verdade”. Verdade que se inicia com a intuição. Na essência, a tradição cartesiana tem a intuição como mola propulsora da verdade, a qual deve ser encontrada no “eu”, no sujeito que busca a verdade, o que é atacado por Peirce.

É da intuição, portanto, que surgem as premissas, que permitem a conclusão e a formação dos conceitos. Embora a conclusão seja correta, a premissa pode ser questionada, uma vez que ela não permite explicações sobre a sua origem. Conforme Joachim Lege (1992, p. 65), as premissas não são apresentadas por conclusões lógicas, mas por juízos elementares, provenientes da experiência social e de juízos de valor. Esse modelo, ainda segundo Joachim Lege¹⁴, pode ser resumido em intuição mais dedução, e as intuições formadoras das premissas tendem a ser consideradas inatacáveis, convertendo-se, ao fim e ao cabo, em um método no qual a solução é unilateral, proveniente da autoridade.

12 SILVA FILHO, 2002, p. 398.

13 PORTO FILHO, 1997, p. 78.

14 LEGE, 1992, p. 71.

Em Peirce¹⁵, tem-se o seguinte: “Ora, é evidente que é uma coisa ter uma intuição, e outra saber intuitivamente que é uma intuição”; o problema é saber se “podemos sempre distinguir intuitivamente entre uma intuição e uma cognição determinada por uma outra”; “Não há evidência de que temos esta faculdade, exceto que parecemos *sentir* que a temos”. Depois de alguns exemplos que demonstram que o sujeito pode enganar-se quanto ao que diz, ao que sente, ao que vê, ele conclui: “não temos faculdade intuitiva alguma de distinguir o intuitivo das cognições mediatas”. Custódio Moreira Porto Filho¹⁶ lembra: “Nunca sabemos em que ponto estamos de uma semiose¹⁷, vale dizer, não podemos afirmar nada sobre o fato de uma premissa ser ou não originária.” Assim, não temos prova de que somos capazes de ter uma intuição, da premissa ser originária ou não, nem sequer saber em que ponto estamos, em um processo de conhecimento, de um processo inferencial.

Waldomiro José da Silva Filho¹⁸, citando Bicca, explica a inviabilidade de uma autoconsciência extraída do cartesianismo e criticada por Peirce:

A idéia de sujeito da consciência, nesses termos, vem identificada à de um ‘eu’ que representa a si mesmo sem as sombras do erro e

15 PEIRCE, 2000, p. 242-247.

16 PORTO FILHO, 1997, p. 76.

17 A semiose pode ser entendida a partir de Julio Plaza (2001, p. 17-18): “A semiose é uma relação de momentos num processo seqüencial-sucessivo ininterrupto”; “por seu caráter de transmutação de signo em signo, qualquer pensamento é necessariamente tradução. Quando pensamos, traduzimos aquilo que temos presente à consciência, sejam imagens, sentimentos ou concepções (que, aliás, já são signos ou quase-signos) em outras representações que também servem como signos. Todo pensamento é tradução de outro pensamento, pois qualquer pensamento requer ter havido outro pensamento para o qual ele funciona como interpretante.” Esse processo, com diversas relações de momentos, pode ser entendido como *tradução intersemiótica*.

18 SILVA FILHO, 2002, p 398.

da ilusão – posto que o ‘eu’ diante de si, diferentemente de quando está diante de um objeto, não pode, sob qualquer hipótese, estar enganado. A consciência da consciência é uma ‘percepção interna’ e uma intencionalidade que se dobra sobre si mesma, tornando-se objeto de ou para a consciência: é a consciência da consciência que forma e constitui a sustentação sólida da consciência e do conhecimento do ser, das coisas externas e das outras mentes.

Dentro da tradição do cartesianismo, portanto, a verdade está no juiz, no sujeito que decide, tendo sua intuição como fonte da verdade. Sobre o assunto, ainda é oportuno lembrar as lições de António Damásio¹⁹, um neurologista que estuda os processos de decisão. Baseado em estudos de neurologia, esse autor afirma: “certos aspectos do processo da emoção e do sentimento são indispensáveis para a racionalidade.” Emoções e sentimentos encaminham-nos na direção correta, mais adequada para a nossa decisão, “levam-nos para o lugar apropriado do espaço de tomada de decisão onde podemos tirar partido dos instrumentos da lógica.” O erro de Descartes, segundo Damásio, foi considerar que os sentimentos e a razão vivem separadamente, foi considerar que o homem pode separá-los no processo de decisão; a conclusão de estudos de neurologia afirma o contrário: “As emoções e os sentimentos, juntamente com a oculta maquinaria fisiológica que lhe está subjacente, auxiliam-nos na assustadora tarefa de fazer previsões relativamente a um futuro incerto e planejar as nossas ações de acordo com essas previsões.” Para o “bem” ou para o “mal”, a emoção e o sentimento têm, assim, o papel de guiar o sujeito na tomada de decisão.

Boa parte dos estudiosos do Direito explica que cabe ao juiz decidir de tal ou qual modo; que o juiz deve usar a ponderação de tal ou qual modo. Isso, no entanto, não pode

19 DAMÁSIO, 1996, 12-13.

ser controlado, pois a verdade está no juiz e sua decisão pode ou não ser legítima.

Por esse método, a solução procurada (a fixação da crença ou a definição da investigação científica ou, mesmo, a decisão judicial) é encontrada, segundo Peirce²⁰, nas proposições “agradáveis à razão”, a solução vem com as proposições que “nos sentimos inclinados a acreditar”. Tal método deverá permitir ao indivíduo escolher entre proposições que se ofereçam, ficando ele livre para a escolha: “Que não se ponha obstáculo à ação das preferências naturais e que sob sua influência os homens, dialogando e contemplando as coisas a diferentes luzes, gradualmente desenvolvam crenças que se harmonizem com as causas naturais”.

A solução procurada (a fixação da crença ou a definição da investigação científica ou mesmo a decisão judicial) é encontrada em proposições “agradáveis à razão”, a solução vem com as proposições que “nos sentimos inclinados a acreditar”. Contudo, Peirce²¹ explica que, com essa preferência pela proposição que atrai, o método transforma a investigação (e a sentença judicial que se possa produzir por esse método) em algo semelhante ao desenvolvimento do gosto; “o gosto, porém e infelizmente, é sempre, em termos, questão de moda”. A solução encontrada não faz alusão ao que é confirmado pela experiência, mas se fundamenta em proposições que atraem o sujeito, fixando a crença ou impondo a decisão – construídas racionalmente e agradáveis à razão. “Sistemas dessa ordem geralmente não se apoiaram em fatos observados ou, pelo menos, neles deixaram de apoiar-se com intensidade maior.” Apesar disso, conforme explica Peirce, tal método é expressão do

20 PEIRCE, 1972, p. 82-83.

21 PEIRCE, 1972, p. 83-84.

instinto que, em todos os casos, põe-se como causa última da crença, e, enquanto não for possível aplicar método melhor, deve ele ser acolhido. Peirce ainda explica que esse método “prometia liberar nossas opiniões de seus elementos acidentais e caprichosos”, contudo, embora ele elimine “o efeito de algumas circunstâncias, só multiplica o efeito de outras. E não difere, portanto, de maneira essencial, do método da autoridade”.

Essas explicações aparecem de um modo mais simples numa passagem de Lúcia Santaella²² ao dizer que, quando extrai seus modos de ser tomando como referente as relações lógicas das proposições verbais, Kant olha a proposição que fala o mundo. Aí está o próprio direito. As proposições verbais da lei “falam o mundo”, os modos de ser da lei devem ser tomados das relações lógicas de suas proposições verbais. A questão que se levanta para o Direito, no entanto, é que a autoridade explica o mundo com base na lei, como se explicasse as proposições verbais da lei, mas as proposições verbais, as leis, não são suficientes para explicar o mundo, e essas explicações são completadas pelo juiz ou, o que acontece em muitos casos (especialmente nos casos difíceis) é que o juiz cria as explicações da lei independentemente das proposições verbais, que são insuficientes ou inexistentes. A solução dos casos difíceis não sai da lei, mas da autoridade que tem o poder para aplica-la.

2. CIÊNCIA DO DIREITO E INTUIÇÃO

A ciência do Direito precisa fixar um ponto de partida para orientar o seu caminho: ou ela se contenta com os juízos analíticos, o que evita soluções não previstas na lei; ou ela se contenta com a intuição do juiz, encontrada

22 SANTAELLA, 1996, p. 127.

em sua subjetividade (e com a necessária, mas incerta, imparcialidade exigida pela tradição do cartesianismo); ou precisa encontrar uma alternativa para explicar o Direito independentemente da intuição da autoridade judicial. As respostas são problemáticas: se ela se contenta com os juízos analíticos também deve se contentar com a limitação de que o “predicado já está contido no sujeito, de tal forma que o juízo em questão consiste apenas em um processo de análise, através do qual se extrai do sujeito aquilo que já está contido nele”; se ela se contenta em admitir a intuição do juiz como parte do processo de decisão, deve conformar-se com a possibilidade do abuso da autoridade, podendo criar mecanismos para coibir essa possibilidade, os quais sempre serão falíveis, pois as premissas para a fixação da conclusão saem da cabeça da autoridade; quanto à possibilidade de encontrar uma alternativa que explique o Direito independentemente da intuição da autoridade judicial, ainda não é uma possibilidade crível, no Direito.

A hipótese do presente estudo é que Hans Kelsen tinha essa problemática em suas mãos. De um lado, a necessidade de pureza científica e, de outro, a limitação da própria razão. Esse debate continua atual, pois ainda não temos respostas satisfatórias para essas indagações.

3. DECISÃO JUDICIAL E MOLDURA: O MÉTODO DE KELSEN FORA DA TRADIÇÃO DO CARTESIANISMO

Segundo Miguel Reale²³, “o que seduziu a Kelsen, na filosofia de Kant, foi a parte metodológica, ou melhor, a Teoria do conhecimento. Para Kelsen, Kant é o mestre insuperável

23 REALE, 1984, p. 19.

da Gnosiologia". O conhecimento é tratado por Kant com base em três tipos de juízo, conforme visto: analítico, sintético *a posteriori* e sintético *a priori*. João Baptista Machado, tradutor de boa parte da obra de Kelsen para o português, apresenta uma boa síntese do método kelseniano e sua forma de conhecimento. Para ele²⁴, na concepção positivista só têm sentido os juízos sintéticos *a posteriori* (juízos empíricos) e os juízos analíticos; logo, todo o conhecimento válido, só poderá ser constituído por um sistema de proposições empíricas ou de proposições analíticas; só há verdades empíricas e verdades de definição. Aplicado esse ponto de vista ao domínio do Direito, tem-se como resultado a tentativa de construir a ciência jurídica como ciência de fatos sociais, expressa, portanto, por um sistema de proposições empíricas, uma sociologia do Direito; como resposta, Kelsen veio "afirmar uma específica ciência do Direito como um sistema de proposições analíticas decorrentes de um axioma fundamental, a *Grundnorm*."

Kelsen, com efeito, empreendeu uma vez mais superar o velho complexo de inferioridade da ciência jurídica, fundar o seu caráter científico, determinando-lhe um objeto: as normas jurídicas e as conexões 'de validade' entre elas, e fixando-lhe um método específico: o método normológico, que se caracteriza por fazer abstracção do substrato sociológico do Direito – dos conteúdos ético-jurídicos –, limitando a incidência da sua visualização àquelas conexões 'de validade' e às relações lógicas entre conceitos fundamentais de natureza formal. Assim constituída, a ciência jurídica satisfaz aos postulados da cientificidade, já que opera tão-somente com conceitos rigorosamente definidos a partir de alguns axiomas fundamentais, utilizando o instrumento da lógica formal, e exclui por completo todos os conceitos indeterminados (isto é, insusceptíveis de definição precisa nos quadros de uma axiomática), assim como todos os juízos de valor²⁵.

24 MACHADO, 2001, p. 10.

25 MACHADO, 2001, p. 10-11.

Nesse método normológico, que faz abstrações do substrato social, excluem-se, nas explicações de João Baptista Machado, os elementos empíricos, utilizando-se juízos analíticos. Ficam excluídos o juízo sintético *a posteriori* e o sintético *a priori*.

Essa afirmação de que a ciência kelseniana é uma ciência analítica, que desenvolve juízos analíticos, pode ser extraída das explicações de Kelsen quando ele explica como entende a interpretação da norma: a interpretação é apresentada como o ato pelo qual se deve extrair da norma geral, em sua aplicação a uma situação concreta, a norma individual^{26 27}; interpretar é o ato pelo qual um indivíduo deve determinar o sentido da norma jurídica a ser aplicada²⁸; ou, ainda, interpretação é a fixação, por via cognoscitiva, do sentido do objeto a interpretar²⁹. A interpretação é um processo pelo qual se consegue extrair da norma geral uma norma individual, devendo explicar o significado da norma a aplicar. A interpretação é a “verificação de sentido da norma a ser executada”³⁰.

A norma a ser executada forma uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo o ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura. Interpretação é verificação do sentido da norma a ser executada, e o resultado dessa atividade só pode ser a verificação de uma moldura que representa a

26 KELSEN, 1979, p. 470 e KELSEN, 2011, p. 146.

27 Conforme Robert Walter, a primeira edição da Teoria Pura do Direito foi publicada em 1934. Foi apresentada por Kelsen como forma resumida de sua teoria. Ali já estão as bases da interpretação da norma jurídica para sua teoria. Na edição de 1960, o autor faz alguns reparos, aperfeiçoando a teoria (WALTER, 2011, p. 33).

28 KELSEN, 1979, p. 463.

29 KELSEN, 1979, p. 467.

30 KELSEN, 1979, p. 470 e KELSEN, 2011, p. 150.

norma a ser interpretada e, portanto, o reconhecimento de várias possibilidades que estão dentro dessa moldura³¹. O direito a aplicar forma “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível”³². A moldura é a própria norma, e os significados possíveis da norma estão dentro da moldura (coerentes com a ordem jurídica).

É preciso destacar, aqui, que a existência de dois ou mais significados para uma norma implica na necessidade de escolha de um dos possíveis significados, quando de sua aplicação pelo juiz de direito, no mundo real. Essa escolha já não está prevista na norma; cabe ao juiz fazer a opção. Segundo Kelsen, isso já não faz parte da ciência do Direito, já se trata de política do Direito³³. Essa decisão, segundo o que se viu até aqui sobre a tradição do cartesianismo, compete à subjetividade do juiz, não há como evitar. A solução não é só da Teoria Pura do Direito de Kelsen, está por todos os cantos onde seja necessária uma escolha dentro do Estado: investe-se uma autoridade da competência para dizer o direito, e a verdade imposta por ele passa a valer para todos, transformando-se a subjetividade em objetividade. Isso é a própria tradição do cartesianismo. A solução sai da intuição do juiz, a qual não pode ser explicada (e segundo as explicações de Antonio Damasio, acima citado, talvez nem mesmo o juiz saiba, em muitos casos, do motivo que o levou a uma escolha e não à outra).

Tendo por base apenas os juízos analíticos, a teoria de Kelsen acaba efetivamente como uma Teoria Pura, visto

31 KELSEN, 2011, p. 150.

32 KELSEN, 1979, p. 466.

33 KELSEN, 1979, p. 469.

que não pode receber outra influência senão da norma interpretada. Os elementos da conclusão devem ser extraídos da norma a aplicar (quanto a escolha a ser feita entre as opções resultantes da interpretação, isto já não é Direito, é política). Nesse sentido, exclui-se, também, o método *a priori*, do cartesianismo, criticado por Peirce. A teoria de Kelsen se mantém pura e imune à possibilidade da decisão ser produzida por um método no qual ela está no sujeito, e é proferida dentro da subjetividade do sujeito, própria da tradição do cartesianismo. Isso fica mais claro quando lembramos que a interpretação para o estudioso do Direito é um ato de conhecimento e não um ato de vontade³⁴. É um ato de conhecimento da norma. O resultado desse estudo de análise, por juízos analíticos, é um conjunto de explicações da norma.

3.1 OS PROBLEMAS DA RESTRIÇÃO DA TEORIA PURA A UMA TEORIA ANALÍTICA

Não é do objeto deste estudo responder se essa teoria é realmente analítica ou não. O objeto deste trabalho é levar a hipótese de uma teoria analítica, no Direito, até o seu esgotamento, para permitir entender a dimensão que a ciência do Direito pode ou não ter diante da tradição do cartesianismo. Neste estudo, cabe apenas relacionar a redução da Teoria Pura do Direito a uma teoria analítica, de um lado, e, de outro, à tradição do cartesianismo. A hipótese do presente estudo é que Kelsen encontrou a limitação da tradição do cartesianismo e tentou separar o Direito da subjetividade, mantendo a pureza científica³⁵. Se

34 KELSEN, 1979, p. 470.

35 Os objetivos principais de Hans Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito,

foi ou não bem sucedido é outro problema. A questão aqui é o enquadramento ou não da Teoria Pura do Direito na tradição do cartesianismo. Essa redução, para o Direito, no entanto, é problemática.

Explica Marilena Chauí³⁶, “os juízos analíticos não teriam maior interesse para a teoria da ciência, pois, embora universais e necessários, não representam qualquer enriquecimento do conhecimento, na medida em que são tautológicos” (o que significa que os casos difíceis, os quais não têm resposta na lei, não têm como serem respondidos pela lei, mesmo que se crie uma teoria de interpretação; qualquer decisão em um conflito real sairá da intuição da autoridade). Assim, cabe o enfrentamento de duas questões: 1) se a Teoria Pura do Direito é realmente uma teoria analítica, ela não permite a expansão do conhecimento e por isso ela não pode adquirir o *status* de uma verdadeira ciência; 2) se não é uma teoria analítica, ela permite ao juiz de direito lançar mão de sua intuição para solucionar os casos difíceis, fazendo com que ela deixe de ser uma teoria pura, separada da política ou da metafísica.

Antes de entrar nessas duas questões, no entanto, cabe avaliar as explicações de Kelsen sobre a decisão judicial permitida fora da moldura da norma a aplicar. Isto porque Kelsen dá respostas extraordinariamente compatíveis com a Teoria do Conhecimento que serviu de base para seus estudos, demarcando a pureza de seu método contraposto à subjetividade da autoridade judicial.

podem ser resumidos em separar a ciência do Direito da política, buscando, para tanto, excluir da ciência do Direito os postulados políticos dotados de caráter subjetivo; excluir a metafísica da ciência do Direito. Essa pretensão foi registrada nos prefácios da primeira (KELSEN, 1979, p. 7-8) e da segunda edição de seu livro (KELSEN, 1979, p. 14).

36 CHAUI, 1980, p. IX.

4. DECISÃO JUDICIAL FORA DA MOLDURA: A MARCA DA TRADIÇÃO DO CARTESIANISMO NAS CONSTRUÇÕES DE KELSEN

4.1. *Ser e dever ser, conhecimento e vontade* – A tradição do cartesianismo está presente, definitivamente, na obra de Kelsen quando ele reconhece a possibilidade da decisão judicial fora da moldura. Suas explicações quanto à inviabilidade, dentro da Teoria Pura do Direito, da comunicação dos mundos do ser e do dever ser ilustram a separação entre ciência e política, demarcada pela limitação da teoria do conhecimento; isso ainda pode ser conjugado com as explicações sobre interpretação autêntica (por ato de vontade) e interpretação não autêntica (por ato de conhecimento), potencializando-se ainda mais essa ilustração.

A interpretação, na Teoria Pura, aparece como ato de conhecimento do objeto, a norma jurídica. Na edição de 1934, Kelsen³⁷ já deixa claro que o intérprete põe em ação tanto a sua compreensão como a sua vontade. Também já está demarcado naquela edição que a sentença individual e o ato administrativo são atos que surgem da vontade de seu autor³⁸. Na edição de 1960³⁹, no entanto, essas ideias ficam mais evidentes, a interpretação vem como ato de conhecimento do objeto (isso tem fundamento em Kant), da norma jurídica. Essa ideia de interpretação como ato de conhecimento é a interpretação que pode ser feita pelo estudioso do direito e pelo aplicador do direito. Na interpretação realizada por um órgão aplicador do direito, contudo, a interpretação como

37 KELSEN, 2011, p. 151.

38 KELSEN, 2011, p. 153-154.

39 KELSEN, 1979, p. 467.

ato de conhecimento do direito a aplicar “combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”⁴⁰; “Através deste acto 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”⁴¹. Para Kelsen⁴², “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito”. É realizada pelo “órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito”. Pela via da interpretação autêntica “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”⁴³. Como bem sintetiza Chaïm Perelman⁴⁴, Kelsen reconhece que o juiz não é um autômato, porquanto as leis que aplica permitem diversas interpretações, “mas a escolha entre essas interpretações depende, não da ciência do direito nem do conhecimento, mas de uma vontade livre e arbitrária, que uma pesquisa científica, que se quer objetiva e alheia a qualquer juízo de valor, não pode guiar de modo algum.” Cabe lembrar, aqui, as explicações de Peirce sobre a tradição do cartesianismo: esse ato de vontade é manifestação da própria intuição do juiz, sobre a qual não é possível controle algum. Já faz parte do mundo do ser, encontrando-se em um campo de política judicial, sem possibilidade de controle pela ciência.

40 KELSEN, 1979, p. 470.

41 KELSEN, 1979, p. 470.

42 KELSEN, 1979, p. 470.

43 KELSEN, 1979, p. 471

44 PERELMAN, 1998, p. 93.

Na Teoria Pura, “a norma, como o sentido específico de um acto intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do acto de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o acto de vontade de que ela constitui o sentido é um ser”⁴⁵. Ninguém pode negar que o enunciado “tal coisa é” se distingue essencialmente do enunciado “algo deve ser” “e que da circunstância de algo ser se não segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja”⁴⁶. Nas explicações de Guilherme Saideles Genro⁴⁷ (o qual apresenta uma análise dessa separação entre ser e dever ser), Kelsen procura separar a questão fática do ato de vontade emitido por alguém, que se enquadra no reino do ser, da norma em si, pertencendo esta ao reino do dever-ser, visto ser um mandamento que se dirige ao comportamento de outrem; de algo que *deve-ser* pode acontecer que siga que algo *é*, mas não existe qualquer necessidade nisso.

Dos elementos acima recortados é possível dizer que a separação lógico-formal entre os mundos do ser e do dever ser não permite a um intérprete não-autêntico decidir qual opção, dentre as que se apresentam na moldura da norma a aplicar, deve ser escolhida para ser aplicada. O intérprete não-autêntico situa-se no mundo do dever ser; no mundo do ser está o intérprete autêntico, a autoridade que deve aplicar a norma. Caso faça a opção por uma alternativa da moldura, o intérprete não-autêntico não estará realizando um ato de ciência, mas de política⁴⁸, estará no mundo do ser.

45 KELSEN, 1979, p. 22.

46 KELSEN, 1979, p. 23.

47 GENRO, 2007, p. 84.

48 KELSEN, 1979, p. 472.

Ainda cabe observar que o juiz, quando da interpretação e aplicação da norma, pratica um ato de conhecimento combinado com um ato de vontade. Quando se trata da elaboração do conhecimento, ele formula juízos para os quais cabem as regras da lógica, mas quando está em questão o ato de vontade, no mundo do ser, não é possível controle da ciência sobre suas ações; cabe então apenas a análise da validade de seu ato (se o juiz é, segundo a ordem jurídica, competente para proferir a decisão, então esse seu ato é válido, mesmo que não se restrinja à moldura da norma a aplicar). Kelsen encontrou aí o limite de seu método: não é possível impor uma prescrição de conduta do mundo do dever-ser como conduta no mundo do ser, isso depende de avaliação subjetiva do intérprete, o que já é o método *a priori* excluído por Kelsen de sua Teoria Pura. Essa inviabilidade de transposição do dever-ser da norma para o mundo do ser também comprova que o método *a priori*, da tradição cartesiana, pode transfigurar-se no método da autoridade, uma vez que o juiz pratica um ato de vontade sobre o qual o método *a priori* não tem controle (não há como impor que o dever-ser seja observado).

4.2.- *Decisão judicial fora da moldura como um fato* – Encontra-se aqui mais uma marca da tradição do cartesianismo. Afirma Kelsen, “é fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância”⁴⁹. Assim, essa possibilidade de decisão judicial fora da moldura da norma a aplicar é apresentada como um “fato bem conhecido” que, muitas vezes, “cria direito novo”. Mas isso tudo é aceito em razão de trânsito em julgado de decisão judicial que não se atém à moldura. Esse fato pode ser confirmado de um modo mais preciso:

49 KELSEN, 1979, p. 471.

assim como o processo judicial pode ser ele próprio, como facto, objecto de um processo judicial, também o facto do próprio processo de conhecimento pode – na teoria do conhecimento – tornar-se objecto de um processo de conhecimento. Porém, este conhecimento, que se tem a si próprio, enquanto facto, como objecto, não pode de novo tornar-se – como facto – objecto de um conhecimento. A recondução do facto do processo do conhecimento a um outro processo de conhecimento que tenha este facto como objecto tem limites. Surge o caso-limite de um processo de conhecimento que tem de ser assumido como facto *em si*, quer dizer, como um facto já não produzido no processo do conhecimento⁵⁰.

Aqui se encontra um limite: essa solução somente pode ocorrer no mundo dos fatos, não é dado à razão encontrar essa solução (solução que implique separação dos mundos do ser e dever ser). Encontramos aqui a tradição do cartesianismo. A verdade se encontra no sujeito e não é extraída da norma a aplicar. É extraordinário o quanto Kelsen foi competente em seu método. Ele intentou construir uma teoria pura, imune ao cartesianismo, e separou essa teoria da prática judicial, já que esta não é imune ao cartesianismo. A prática judicial é política, já não é ciência. Kelsen⁵¹ evidencia isso demonstrando: é preciso aceitar o fato extremo do fato *em si* (uma decisão que já não pode ser objeto do conhecimento), o que ocorre quando a decisão do tribunal de última instância transita em julgado, significando isso “que agora o sentido subjectivo da decisão de última instância tem de ser assumido como seu sentido objectivo”. A questão que está em jogo, aqui é a seguinte: Como fazer com que a verdade subjetiva, que está no sujeito (isso por toda a tradição do cartesianismo, desde Descartes, os empiristas, inclusive Kant e Kelsen, valendo inclusive para o uso da razão prática no Direito)⁵² se transforme em verdade objetiva, universal,

50 KELSEN, 1979, p. 333-334.

51 KELSEN, 1979, p. 333.

52 Em Descartes, essa verdade subjetiva se transforma em verdade objetiva

valendo para todos? Kelsen resolveu essa questão dentro da tradição do cartesianismo: com o trânsito em julgado da decisão, a decisão que está no sujeito é transposta como verdade para todos os sujeitos; como há limites para o conhecimento dentro do processo de conhecimento, essa verdade, a da decisão que transita em julgado, passa a ser um fato *em si*, passa a ser uma verdade do Estado imposta a todos os indivíduos.

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen termina suas explicações aí, com o reconhecimento do fato, com o reconhecimento de que a decisão que transita em julgado pode não se submeter à regra geral à qual deveria se submeter. Kelsen parece ter encontrado aí os limites da ciência que desenvolveu. A ciência do Direito termina no ato cognoscitivo de fixação da moldura, no ato de conhecimento de registro das possibilidades da norma a aplicar. A escolha de uma das alternativas dentre as possíveis já é um ato de vontade: situa-se no campo da política e já faz parte da tradição do cartesianismo, visto que já não há como controlar ou explicar a escolha da decisão dentre as possíveis; resta ao sujeito do conhecimento fazer a escolha. O reconhecimento de que “a decisão pode ocorrer fora da moldura” ou de que o juiz de direito pode escolher qualquer opção dentro da

a partir da dúvida metódica. Diz ele, “o máximo de clareza subjetiva corresponde ao cerne da objetividade. Com a radicalização da dúvida, passa-se da certeza subjetiva, com ideias encontradas em cada sujeito, para a certeza objetiva, universal, garantindo o bom Deus que as ideias claras e distintas correspondem a algo real, chegando-se daí a algo real. Considerando os elementos apresentados, podemos dizer que a verdade deve ser encontrada no homem, no *eu penso*, no ser pensante, que a encontra fazendo uso da razão. Para encontrá-la, ele utiliza o método, o que propicia certeza às afirmações. O método, inspirado na matemática, estabelece critérios para chegar à verdade. Essa verdade, que é o pensamento do sujeito, então, é transportada para fora dele, apresentando-se como universal” (STRICHER SOARES, 2012, p. 441-443; a citação aqui recortada consta da p. 442).

moldura não é o reconhecimento do ambiente político da decisão, mas o reconhecimento de um fato para o qual a Teoria do Conhecimento não tem resposta⁵³. De algum modo, o mundo do ser não pode ser controlado pelo dever ser e a intuição e a subjetividade do juiz ficam intocáveis.

O reconhecimento da limitação da ciência é, no fundo, a constatação da limitação advinda dos fundamentos da teoria. Conforme as críticas de Peirce, o método *a priori*, próprio da tradição do cartesianismo, seguida aqui por Kelsen, dá margem a que o sujeito fuja do método *a priori* e pratique seus atos no campo do método da autoridade. Kelsen, constatando a impossibilidade de controle dos atos do juiz, remeteu-os para o campo puramente político, ambiente apropriado para solucionar o problema teórico que enfrentava. Ele constatou que o juiz pode abandonar o resultado da análise da norma e buscar uma solução não prevista na norma a aplicar, o que significa que o juiz (o tribunal de última instância), como a autoridade competente, pode impor a decisão que entender correta para cada caso. Contudo, não podendo convalidar

53 Arnaldo Bastos Santos Neto (SANTOS NETO, 2008, p. 108-109) considera que a mudança de entendimento de Kelsen, ao aceitar a decisão judicial fora da moldura, na edição de 1960, decorre de um fato de 1950. Ocorreu que o Conselho de Segurança da ONU deu interpretação ao art. 24 da Carta das Nações Unidas considerada errônea e impossível por Kelsen, pela qual o Conselho de Segurança recomendou a ação de forças internacionais contra a Coreia do Norte, quando da guerra da Coreia (1949-1950), contrariando o entendimento dado por Kelsen. Esse fato realmente pode ter determinado uma postura definitiva de Kelsen. Contudo, a decisão fora da moldura, tudo indica, já estava implícita na edição de 1934 e tornou-se evidente na edição de 1960. A decisão fora da moldura é bastante coerente, dentro da teoria de Kelsen, sua aceitação não foi uma decisão casuística. Se o fato foi determinante para a posição de Kelsen pode ter muito mais o sentido de esclarecimento dos elementos de sua teoria do que propriamente um instante de descrença no qual ele acaba aceitando que tudo é possível em uma decisão judicial. Conquanto possa ser entendida desse modo, a decisão fora da moldura é muito mais ampla do que isso: o reconhecimento da decisão fora da moldura representa uma maturidade muito grande dessa teoria do Direito.

uma solução incontrollável para a ciência (a qual pode ser até mesmo arbitrária e praticada já dentro do método da autoridade, visto que não se pode evitar que uma autoridade abuse do poder), ele remeteu essa decisão para fora da Teoria Pura, para o mundo da política.

4.3.- *Unidade jurídica e decisão fora da moldura* – A coerência da teoria de Kelsen e a validade da norma individual que se localiza fora da moldura também podem ser encontradas no tópico sob o título “A decisão judicial ‘ilegal’”, da Teoria Pura do Direito, no qual Kelsen analisa o significado do fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado à decisão de última instância:

Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo da norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral. O facto de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só *uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial*, mas também *uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir*. Estas duas normas formam uma unidade⁵⁴ (o itálico não consta do original).

Essa afirmação de que há uma “norma geral pela qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual” fica mais clara quando conjugada com outra afirmação de Kelsen⁵⁵, segundo a qual a questão de saber se existe um fato a que uma norma jurídica liga determinadas consequências e a questão de saber se uma

54 KELSEN, 1979, p. 365.

55 KELSEN, 1979, p. 364.

norma de direito criada por um órgão jurídico está em conformidade com a norma superior que define sua criação ou até o seu conteúdo “só pode ser decidida pelo órgão que a ordem jurídica para o efeito determine.” Assim, são duas regras determinativas da conduta do tribunal: a primeira que predetermina o conteúdo da decisão judicial e a segunda que é uma regra de competência. Cabe ao Judiciário dizer o direito e ao tribunal de última instância dizer o direito definitivamente (é um modo que possibilita a tradução da subjetividade do sujeito do conhecimento para a objetividade do dado, válido para toda a sociedade). As duas regras são válidas e aplicáveis, sob o aspecto teórico, mas, na prática, cabe à regra de competência definir o conteúdo da norma individual, impondo definitivamente o significado da norma geral a aplicar.

Verifica-se, numa síntese do texto de Kelsen, que uma autoridade que produz sentença, lei ou decreto tem duas opções: praticar um ato realizando aquilo que a norma superior determina ou praticar um ato conforme entenda por bem. Surge daí a necessidade de outro órgão, que tenha competência para adequar o ato produzido à ordem jurídica. Essa possibilidade de controle sobre os atos produzidos é, no entanto, limitada. “Esta recondução a um órgão superior, contudo, tem de ter um fim. Tem de haver órgãos supremos sobre cuja competência já não poderão decidir órgãos superiores, cujo caráter de supremos órgãos legislativos, governativos (administrativos) ou jurisdicionais já não pode ser posto em questão”⁵⁶. Tratando-se de um tribunal de última instância, já não se poderá afirmar que a sua decisão não está conforme a ordem jurídica, por ser decisão do tribunal competente para dar a última palavra sobre a norma. Com isso, exprime-se que, conquanto não

56 KELSEN, 1979, p. 373.

seja possível excluir a hipótese da autoridade competente praticar o ato segundo aquilo que entenda por bem, a ordem jurídica prefere a hipótese da autoridade competente praticar o ato realizando aquilo que a norma superior determina⁵⁷. Pode-se dizer que essas conclusões apresentadas valem para todas as autoridades que devam praticar um ato dentro de uma margem de liberdade; mas é incontornável quando invocado o papel do tribunal de última instância, visto que aqui não há possibilidade de controle jurídico sobre o ato produzido. Enfim, na aplicação da norma jurídica, vale, em última análise, a regra de competência e não a previsão de conteúdo. Isso porque deve haver uma última palavra sobre a qual já não será possível controle. Os atos são válidos enquanto não anulados por um órgão competente para tanto. O elemento definitivo, aqui, é a regra de competência, a qual assegura a unidade da ordem jurídica⁵⁸.

57 KELSEN, 1979, p. 371.

58 Uma crítica bastante contundente e bastante coerente à aceitação por Kelsen de uma decisão judicial fora da moldura foi deixada por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2011, p. 417-418). Segundo ele, a aplicação da norma jurídica, com a aceitação da decisão fora da moldura, passaria a ser tratada como uma questão de eficácia do direito e não mais como uma questão de validade do direito. Citando Kelsen, assevera que a nulidade significa a negação da existência da norma pela cognição jurídica; a unidade da ordem jurídica nunca pode ser ameaçada por qualquer contradição entre uma norma superior e uma norma inferior na hierarquia do direito. Assim, a norma inferior somente tem validade quando tem seu fundamento em uma norma de escalão superior. A norma que não respeita esse critério é nula. Essa crítica, contudo, parece prejudicada quando a investigação é dirigida pela crítica de Peirce à tradição do cartesianismo. Isto porque, tendo em vista a Teoria do Conhecimento, é impossível obrigar um tribunal de última instância a reconhecer que uma lei é nula, pois existe um fato em si, limite para o conhecimento. Kelsen deu predomínio à regra de competência sobre o direito material previsto na norma superior e manteve os atos como anuláveis, assegurando um método coerente em suas construções.

4.4.- *Exigência de eficácia para a validade da norma jurídica* – A tradição do cartesianismo na obra de Kelsen também pode ser demarcada pela exigência de um mínimo de eficácia para que a norma jurídica seja válida. Segundo Kelsen⁵⁹, são dois extremos: 1) “entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que a validade é completamente independente de sua eficácia”; 2) “a validade do direito se identifica com a sua eficácia.” Nenhum dos extremos pode existir. É preciso uma solução de meio termo. São duas ordens separadas, que não podem se comunicar: do dever ser e do ser. Nesse ambiente, Kelsen⁶⁰ considera a eficácia como “condição de validade” da norma jurídica (tanto da ordem jurídica em geral como de uma norma jurídica individual, como uma sentença)⁶¹. “Assim como é impossível, na determinação da vigência, abstrair da realidade, assim também é impossível identificar a vigência com a realidade”⁶². Conforme Adrian Sgarbi⁶³, “de tudo resulta que toda vez que for alterado o referencial fático sobre o qual a norma fundamental repousa, ela mesma muda.”

Essa aceitação de um mínimo de eficácia (que está no mundo do ser) para que a validade da norma (que está no mundo do dever ser) seja afirmada, parece ser uma construção de Kelsen para harmonizar o ser com o dever ser, a Teoria Pura com a realidade social.

Faz-se necessário separar a teoria da decisão judicial de Kelsen em dois instantes: a decisão dentro da Teoria Pura do Direito (como pura investigação de possibilidades para uma possível decisão judicial, como ato de conhecimento da

59 KELSEN, 1979, p. 292-300.

60 KELSEN, 1979, p. 297.

61 KELSEN, 1979, p. 298-299.

62 KELSEN, 1979, p. 299-300.

63 SGARBI, 2007, p. 21.

norma a aplicar, buscando-se a fixação de uma moldura) e a decisão judicial como política judicial, que pode fazer as opções dentre as alternativas contidas na moldura e pode até optar por uma solução que não se enquadra na moldura da norma a aplicar. Vamos a esses instantes.

Tratando-se de uma teoria analítica, o seu papel é apresentar conclusões já contidas no sujeito determinado. Nesse sentido, é uma teoria totalmente independente da realidade. Mas, se isso é assim, quem pode garantir que aquela dada ordem jurídica pertence a um dado Estado soberano. Tendo vários significados, a norma separada da realidade acaba sem o sentido único necessário para orientar uma dada realidade; essa diversidade de significados fica sem sentido. Pode ser uma construção de loucos, com soluções mirabolantes para um mundo imaginário (para alguns alucinados do mundo real, pode significar um mundo ideal, mas impossível de se realizar).

Por outro lado, a aceitação da decisão fora da moldura da norma a aplicar, no mundo do ser, no mundo da política, como eficácia, decorre da tradição do cartesianismo. É preciso um critério de objetividade e universalização das crenças surgidas da ordem jurídica. Em outras palavras, significa que aquela diversidade de significados precisa encontrar um único significado e esse significado deve valer para toda a sociedade, sob pena dessa ordem jurídica confundir o mundo real com um mundo de loucos ou de alucinados. Dentro da Teoria do Conhecimento, base da Teoria Pura, a solução é o método *a priori*, ou seja, cabe ao sujeito do conhecimento fixar uma verdade a partir de sua compreensão do mundo (sua subjetividade), fixando-se isso na sentença judicial, que valerá para todos – essa verdade que está no sujeito ganha objetividade e passa a valer para todos a partir da sentença judicial. Mas a verdade está no sujeito, no juiz de direito.

Essa conclusão do autor é contraditória porque a Teoria Pura fica dependente do mundo real. No entanto, sem o ambiente político a validade da norma é insana, mas sem a norma jurídica, pode-se dizer, o ambiente político é selvagem. A Teoria Pura não pode ser tão pura e o mundo real não pode ser domesticado pela ciência. Respeitando a Teoria do Conhecimento, que fundou sua Teoria Pura, respeitando também o mundo real que pode impor-se à Teoria Pura do Direito, Kelsen se limita, na Teoria Pura do Direito, a explicar formalmente como esses mundos podem conviver. Mas, sem dúvida, trata-se de uma conclusão bastante coerente, que expõe a dimensão da Teoria do Conhecimento para a ciência do Direito.

5. TEORIA PURA DO DIREITO E REALISMO NORTE-AMERICANO

Uma crítica dirigida a Kelsen é que ele se curvou aos realistas norte-americanos. Essa crítica, no entanto, parece ser equivocada. O realismo tem origem no pragmatismo norte-americano, o qual tem entre seus fundadores o filósofo Charles S. Peirce, crítico veemente da tradição do cartesianismo, à qual Kelsen se submete quando aceita a decisão fora da moldura.

Uma das críticas de Peirce é justamente que o método *a priori* acaba permitindo uma decisão dentro do método da autoridade; não é outra coisa o que aconteceu com Kelsen (embora ele tenha resolvido bem o problema – pois o remeteu para a política). Kelsen não caiu no realismo, visto que, por um lado, a Teoria Pura do Direito, na proposta de seu autor, não fica à mercê da subjetividade de alguém, fugindo do cartesianismo; por outro lado, a aceitação da decisão fora da moldura como decisão política, caindo no cartesianismo,

vem como o reconhecimento de um fato. O reconhecimento desse fato vem depois de um longo caminho já percorrido pelo autor, uma vez que ele publicou a primeira edição do texto na década de trinta e a segunda edição vem em 1960. O reconhecimento desse fato aparece em Kelsen na parte final, digamos assim, de seus estudos, já nas conclusões de suas construções sobre a ciência do Direito que desenvolveu, depois de muitos anos de estudo.

O realismo norte-americano, por seu turno, surgiu da inviabilidade de chegar a verdades absolutas pela razão, em decorrência, em boa medida, dessa limitação da Teoria do Conhecimento que culmina no método do cartesianismo. Sem entrar no mérito do realismo, pode-se dizer que ele já é consequência da inviabilidade do método *a priori*, ele já é consequência da inviabilidade do método kelseniano. A limitação da Teoria do Conhecimento é ponto de partida para os realistas e é ponto de chegada da teoria kelseniana. Kelsen e os realistas estão muito distantes, ainda que possam ter pontos em comum, reconhecidos em instantes muito diferentes nas respectivas construções teóricas.

Oliver Wendell Holmes Jr. fez parte (junto com Charles S. Peirce e William James) de reuniões que deram origem ao pragmatismo nos Estados Unidos⁶⁴, influenciando depois os realistas. O realismo norte-americano foi influenciado significativamente por Oliver Holmes, mas este autor não

64 Oliver Wendell Holmes Jr. está na origem do pragmatismo. Segundo Carlos Sini (1999, p. 5-6), o pragmatismo nasceu, nos Estados Unidos, com um pequeno grupo entre seis e dez jovens amigos que se reuniam para discutir sobre filosofia, ciência, religião e, em geral, questões de atualidade cultural. As reuniões ocorriam por vezes no estúdio de Charles Sanders Peirce, por vezes no de William James. Isso ocorreu nos anos ulteriores a 1870. Entre esses amigos estava Oliver W. Holmes Jr. (tradução nossa). Ele faleceu em 1935, dois dias antes de completar noventa e quatro anos de idade. “Os realistas surgem por volta da década de 20 e ganham força na década de 30” (HALIS, 2010, p. 33).

deve ser enquadrado como realista e sim como alguém que influenciou os pensadores dessa linhagem⁶⁵. Luis Ricaséns Siches⁶⁶ apresenta a essência do pensamento de Holmes dizendo que ele se deu conta, ou ao menos tinha claros indícios, de que “en el desarrollo del Derecho, y sobre todo en el proceso de su individualización, hay un tipo de razones que no encajan en la ‘lógica tradicional’, que no son razones de lógica matemática, sino que son razones de otro tipo”; para Holmes, continua Ricaséns Siches⁶⁷, “la vida real del derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia. Las necesidades sentidas en cada época (...) han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres”.

Ainda segundo Ricaséns Siches⁶⁸, pode-se constatar que os autores realistas mantêm pontos de vista discrepantes, mas o denominador comum entre eles consiste em sua atitude de desconfiança e dúvida em relação à descrição tradicional da conduta real e efetiva dos tribunais. Essa atitude veio em busca de uma linha diferente da de Kelsen. Enquanto este autor trabalha no âmbito da interpretação, os realistas se debruçam sobre a realidade efetiva, na qual se apoia e da qual emana o direito vigente, desde que vigente, concluindo estes que o direito real e efetivo é aquilo que o tribunal resolve sobre o caso a ele apresentado.

Não contentes com a lógica para solucionar os conflitos judiciais, os realistas vão à realidade buscar informações para conhecer o direito. Kelsen, ao contrário, se afasta do mundo dos fatos, real e efetivo. O reconhecimento, por Kelsen, da possibilidade fora da moldura, decorre, certamente, da

65 HALIS, 2010, , p. 33.

66 SICHES, 1973, p. 44.

67 SICHES, 1973, p. 43.

68 SICHES, 1973, p. 93-95.

constatação de um fato, a saber, o juiz no mundo real pode deixar de aplicar a lei e dar uma solução que entenda mais adequada para o caso concreto; que do dever-ser não decorre necessariamente uma ação no mundo do ser.

Pode-se especular aqui, no entanto, o fato de ter ocorrido, em 1960, a afirmação de que o juiz pode decidir fora da moldura da norma a aplicar, quando Kelsen já se encontrava, há bastante tempo, no país da corrente realista. Pode-se concluir, até mesmo, que o realismo realmente influenciou suas linhas na edição de 1960. Mas não parece cabível aceitar que ele se tenha entregado ao realismo, em decorrência de ter ganhado ali a convicção da ocorrência do fato (da decisão fora da moldura ocorrer no mundo real). Diante da teoria gigantesca e muito bem lastreada na Teoria do Conhecimento, parece muito mais lúcida e coerente a conclusão de que a aceitação da decisão fora da moldura, na Teoria Pura do Direito, ocorreu em razão de se haver constatado a limitação da Teoria do Conhecimento que sustenta essa teoria. Enquanto os realistas avançaram em direção à realidade, Kelsen permaneceu na Teoria Pura, reconhecendo suas limitações. A convicção a que chegou foi, possivelmente, muito influenciada pelos realistas; mas o fato acima apresentado (citado na nota de rodapé nº 53) por Arnaldo Bastos Santos Neto (sobre um parecer dado, que envolve a Guerra da Coreia), também influenciou, muito possivelmente, o reconhecimento da decisão fora da moldura. A conclusão a que se chega aqui é que Kelsen não abandonou sua Teoria Pura, ao contrário, deu maior precisão a ela ao reconhecer o seu limite. O reconhecimento desse limite vale não só para a Teoria Pura do Direito, de Kelsen; vale para todas as teorias desenvolvidas sob as construções da tradição do cartesianismo, o que envolve a maior parte das teorias desenvolvidas por todo o Séc. XX,

diga-se de passagem, as quais têm em Kant sua ancoragem (direta ou indiretamente, seja na razão pura seja mesmo na razão prática) e/ou a intuição como fundamento para respostas. Como bem lembra Andityas Soares de Moura Costa Matos e Diego Antonio Perini Milão⁶⁹, para Kelsen é insustentável a crença de que o direito deve ter algum conteúdo ou valor necessário, imponível ao intérprete no próprio ato interpretativo, que o limite e lhe proporcione balizas, postulando a existência de conteúdos jurídicos mínimos capazes de guiar a atividade interpretativa, o que vale para Carl Schmitt, Dworkin e Alexy. A conclusão a que se chega aqui neste estudo de contraposição da Teoria Pura do Direito à tradição do cartesianismo é que essa afirmação, além de coerente com a teoria kelseniana, traz comprometimento àqueles que acreditam nessas balizas de conteúdos mínimos para o Direito, enquanto ciência, pois a imposição de um conteúdo ou valor necessário para o direito contraria os fundamentos da Teoria do Conhecimento, bem delimitados por Kelsen, e cai na tradição do cartesianismo, podendo até se degenerar no método da autoridade.

A TÍTULO DE CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega neste estudo, diante da hipótese levantada, é que Kelsen não apenas foi bastante honesto para com seu método, como também deixou demarcadas as possibilidades da ciência do Direito dentro e fora da tradição do cartesianismo. Depois das investigações apresentadas (sobre ser e dever-ser, conhecimento e vontade, interpretação autêntica e não-autêntica, unidade da ordem jurídica, exigência de eficácia para a validade da norma jurídica, decisão judicial fora da moldura como um fato)

69 MATOS; MILÃO, 2013, p. 132.

e depois das explicações de Kelsen, chega-se à conclusão de que, na ciência do Direito, o mestre da gnosiologia é Hans Kelsen. Para negar a teoria de Kelsen, é preciso negar, antes, a Teoria do Conhecimento que serviu de base para suas explicações. Subir um degrau na construção da ciência do Direito já não é negar Kelsen, mas é preciso construir alternativas. Tratando das possibilidades da dogmática jurídica diante da decisão autêntica, Tercio Sampaio Ferra Júnior⁷⁰ fala em um *desafio kelseniano*. Essa expressão, muito feliz, surge aqui como desafio de superação do modelo de ciência kelseniana, indo além de uma teoria analítica e além da tradição do cartesianismo para encontrar um método que não dependa do sujeito do conhecimento, ampliando-se assim os horizontes da ciência do Direito.

Considerando-se que o direito contém sempre uma prescrição normativa para a vida social, a aplicação dessa prescrição ainda carece de muitas explicações. Há dois extremos, quando se realiza a tarefa de aplicação da lei: de um lado, existe a necessidade de evolução humana a nos lembrar que, se queremos evoluir, não podemos ficar presos ao passado, limitados a um ordenamento jurídico; de outro lado, vem o perigo do método da autoridade, risco apontado por Peirce, perigo que ameaça a ocorrência de uma decisão não-condizente com as necessidades do caso sobre o qual incide a norma geral, mas condizente com interesses estranhos à ordem jurídica (risco que Kelsen, não conseguindo evitar, separou de sua Teoria Pura). Como evitar a estagnação da interpretação e aplicação da ordem jurídica e, ao mesmo tempo, evitar a utilização do método da autoridade? Será possível criar uma ciência do Direito com critérios totalmente objetivos ou tão objetivos como fez Kelsen? Será possível subtrair do ser humano (autor da

70 FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 262-265.

decisão) um espaço de inventividade? E, principalmente, será possível uma decisão judicial que não deixe espaço para que a autoridade se deixe levar pelo método da autoridade?

Kelsen fez sua parte, que, porém, não foi suficiente para solucionar os problemas do Séc. XXI (nem mesmo os problemas do Séc. XX). É claro que as questões levantadas já estão postas no debate, não nasceram aqui, e muitos teóricos já têm respostas a favor ou contra cada uma delas. Mas, certamente, o debate sobre interpretação e aplicação da lei, bem como sobre decisão judicial, pressupõem o enfrentamento das questões acima levantadas, decorrentes, aqui, da análise da teoria de Hans Kelsen confrontada, neste estudo, com críticas de Charles Sanders Peirce à tradição do cartesianismo.

Quanto ao espaço de decisão da autoridade judicial, especificamente, Kelsen apresentou uma limitação até hoje intransponível para o Direito: trata-se de um problema político. A doutrina do Séc. XX revirou esse espaço de decisão, mas não conseguiu resposta satisfatória. O Direito avançou bastante no Séc. XX, na investigação e explicação desse espaço de decisão dado ao juiz e quanto à legitimidade de sua decisão, mas ainda está mantido o risco de queda no método da autoridade, em discursos políticos. Há que se destacar, enfim, que os fundamentos teóricos utilizados por Kelsen continuam presentes em muitas teorias da atualidade. O mestre de Viena reconheceu, contudo, os limites de sua teoria, o que não acontece com muitos teóricos da atualidade, muitos dos quais chegam a criticar Kelsen veementemente, mas dão respostas políticas em suas conclusões. Respostas que representam, em alguns casos, um trato até mesmo demagógico na ciência, apresentando, em nome desta, soluções bonitas e atraentes envoltas em comandos de autoridade, o que foi separado por Kelsen.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Tradução Ronald Boiner. 2ª ed., Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

CHAUÍ Marilena. Vida e obra de Kant. In KANT, Immanuel. Coleção **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*, São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e norma fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*. Dissertação (mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2007, 130 p.

HALIS, Denis de Castro. *Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes: o pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais*. Curitiba: Juruá, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4ª. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito: introdução à problemática científica do direito (versão condensada pelo próprio autor)*. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011b.

LEGE, Joachim. *Pragmatismo y Ciencia del Derecho: sobre la filosofia de Charles Sanders Peirce y sobre los elementos*

lógicos y creativos en el Derecho. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*. Ano XXV. no. 73, p. 63-78, janeiro-abril, 1992.

MACHADO, Joao Baptista. Nota preambular do texto A justiça e o direito natural. In: KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antonio Perini. Decisionismo e hermenêutica negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Sequencia* (Florianópolis), n. 67, p. 111-137, dez. 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Coords). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011.

PEIRCE, Charles Sanders. Coleção *Os Pensadores*. Tradução de Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum. 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1980.

PEIRCE, Charles Sanders. A fixação das crenças. In: PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e Filosofia*. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 71-92.

PEIRCE, Charles Sanders. Questões referentes a certas faculdades reivindicadas pelo homem. In: PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 242-247.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PLAZA, Julio. *Tradução intersemiótica*, São Paulo: Editora Perspectiva, Coleção Estudos, 2001.

PORTO FILHO, Custódio Moreira. *Intuição, dúvida e cognição nos textos anticartesianos de Peirce*. Tese (Doutorado em Semiótica) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 1997. 226 p.

REALE, Miguel. A visão integral do direito em Kelsen. In: KARAM, Munir; PRADO, Luiz Regis. *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

SANTAELLA, Lúcia. *O método anticartesiano de C.S.Peirce*. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

SANTAELLA, Lúcia. *Produção de linguagem e ideologia*. 2ed, São Paulo: Cortez Editora, 1996.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n 64, p. 88-126, ano 16. julho-setembro de 2008.

SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen* (Ensaio introdutórios). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

SICHES, Luis Ricaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2ª ed., México, DF: Editorial Porrúa, 1973.

SILVA FILHO, Waldomiro José. Pragmatismo e crítica da subjetividade: Peirce contra o “espírito do cartesianismo”.

Síntese: revista de Filosofia. Belo Horizonte: Centro de Estudos Superiores, Faculdade de Filosofia da Companhia de Jesus, nº. 95, p. 397-424, set. 2002.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. *Curso de Semiótica geral*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SINI, Carlos. *El pragmatismo*. Madrid: Ediciones Akal, 1999.

STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. A decisão judicial analisada sob o enfoque da crítica de Charles Sanders Peirce à tradição do cartesianismo. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, eletrônica, Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, vol. 17 - n. 3 - p. 438-455 / set-dez 2012.

WALTER, Robert. Hans Kelsen, vida e obra. Trad de Tarcísia Múcia Lobo Ribeiro. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Coords). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011.

Recebido em 18/06/2016.

Aprovado em 26/01/2017.

Marcos Antônio Striquer Soares

Avenida Celso Garcia Cid, PR 445, Km 380

86051-980 - Londrina, PR - Brasil

E-mail: marcosstriquer@uol.com.br

