

O Positivismo Jurídico de Hans Kelsen e o Problema do Uso de Princípios Jurídicos Explícitos Como Fundamento Interpretativo no Controle de Constitucionalidade

RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS

Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia – Unama, Pós-Graduando em Direito Público, Advogado Militante na Cidade de Belém/PA.

Submissão: 19.04.2011

Parecer 1: 07.07.2011

Parecer 2: 28.07.2011

Decisão Editorial: 28.07.2011

RESUMO: O positivismo jurídico constantemente é questionado pela doutrina jurídica atual, principalmente na sua forma normativista, representada pela doutrina de Hans Kelsen, seu maior representante. Assim, pretende-se entender a relação entre o normativismo de Kelsen e suas críticas quanto à presença de princípios constitucionais explícitos de termos abstratos na Constituição, conforme sua bibliografia, na qual o Mestre de Viena alertou para o “perigo” de ocorrer um “deslocamento de poder” excessivo entre as atribuições legislativas e a função da jurisdição constitucional, quando esta julgasse a constitucionalidade de uma norma com base nestes princípios jurídicos de termos vagos, como o da justiça, por exemplo.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo jurídico de Hans Kelsen; jurisdição constitucional; princípios constitucionais; interpretação constitucional.

ABSTRACT: The legal positivism is constantly questioned by the actual legal doctrine, especially its normativist form, represented by the doctrine of Hans Kelsen, its greatest representative. Thus, the aim is to understand the relationship between the normativism of Kelsen and his criticisms about the presence of explicit constitutional principles of abstract terms in the Constitution, as his bibliography, where the Master of Vienna warned of “danger” to experience a “shift power” between excessive legislative powers and function of constitutional jurisdiction, when it judged the constitutionality of a rule based on these legal principles of vague terms such as justice, for example.

KEYWORD: Hans Kelsen’s legal positivism; constitutional jurisdiction; explicit constitutional principles; constitutional interpretation.

SUMÁRIO: Introdução; I – Os pressupostos epistemológicos da interpretação jurídica de Hans Kelsen; II – A interpretação autêntica na teoria pura do Direito; III – A jurisdição constitucional e o controle concentrado de constitucionalidade defendido por Hans Kelsen; IV – O problema do uso de princípios explícitos como parâmetro de controle de constitucionalidade; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A doutrina juspositivista de Hans Kelsen é, sem dúvidas, se não a maior, pelo menos uma das mais importantes doutrinas jurídicas já feitas nos últimos dois séculos de história ocidental jurídica. E ciente de que sua doutrina é tão importante quanto polêmica, principalmente quanto ao debate formulado no período pós II Guerra, com ataques generalizados ao positivismo jurídico, especialmente ao de Hans Kelsen, pode-se afirmar seguramente que qualquer crítica de cunho pós-positivista deve transitar pelo sistema jurídico kelseniano, mesmo as críticas daqueles sistemas de família anglo-saxã, já que a *teoria pura do Direito* também foi além de qualquer barreira jusgenética.

Portanto, para que se possa tratar de interpretação constitucional, querendo que se firmem novos paradigmas hermenêuticos, como, por exemplo, a crescente defesa da principiologia jurídica, é preciso, antes, que se analise o positivismo jurídico, mais precisamente o juspositivismo de Kelsen, suas respectivas formulações sobre validade do Direito e eficácia da norma.

Assim, se se pretende anunciar um pós-positivismo principialista, logicamente, deve-se passar pelo tema deste artigo, que trata da relação entre o juspositivismo normativista de Kelsen e as implicações dos princípios, ainda que explícitos (positivados), no momento do controle de constitucionalidade.

Por isso, se analisará não somente a obra magna de Kelsen *teoria pura do Direito*, mas também uns dos seus mais importantes escritos sobre direito constitucional: a sua *Jurisdição constitucional* e outros escritos afins da década de 1920, nos quais Kelsen defendeu que, para que haja democracia em um Estado de Direito, o controle de constitucionalidade deve ser realizado por uma Corte Constitucional, na qual poderia melhor defender as minorias, evitando que a vontade da maioria de um Estado Democrático acabe transgredindo preceitos fundamentais postos da sua própria Constituição.

Dessa maneira, o presente artigo pretende trazer para o debate jurídico brasileiro as questões polêmicas deixadas pelo Mestre de Viena, tentando superar alguns preconceitos infundados sobre sua doutrina¹. E, assim, colaborar com o debate jurídico atual, para que, a partir de uma melhor perspectiva sobre o juspositivismo normativista de Kelsen, se possa traçar de maneira mais aprofundada os novos paradigmas de um pós-positivismo neoconstitucional fundado em uma principiologia de direitos fundamentais, conforme propõe, inclusive, a Constituição Federal brasileira de 1988.

1 Como, por exemplo, explica Dimoulis (2006, p. 260), o constante uso do estratagema retórico do *reductio ad hitlerum*, quando se associa o positivismo normativista de Kelsen à ascensão do nazi-fascismo, “reduzindo” o normativismo kelseniano às teorias e às barbaridades do nazismo na Alemanha na II Guerra Mundial.

I – OS PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DE HANS KELSEN

O esforço de Hans Kelsen na tentativa de conferir autonomia para a ciência do Direito fez com que sua doutrina atravessasse os tempos conjuntamente com as controvérsias e as polêmicas que ela carrega. Porém, para que se melhor possa explicar a doutrina de Kelsen, é necessária a análise dos pressupostos epistemológicos da sua doutrina, além de ser necessário que se explique alguns conceitos básicos do seu juspositivismo para que, a seguir, se possa entender a posição kelseniana crítica frente aos princípios jurídicos explícitos, mas de termos vagos.

Segundo o Professor Miguel Reale (1984, p. 18), Hans Kelsen elaborou sua doutrina juspositivista no ambiente cultural do século XIX, mas somente a materializou no século XX, com a sua primeira obra, em 1911, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, três anos antes do início da I Guerra Mundial.

Reale também afirmou que Kelsen era filho do século XIX, pois seus pressupostos epistemológicos tiveram influência do “positivismo” oitocentista. Entretanto, Kelsen não fora diretamente influenciado pela filosofia positiva de Comte, mas sim pelo neopositivismo de Viena, pois, “como se sabe, o positivismo não se circunscreve às concepções de Auguste Comte, embora tenha sido o prestígio destas o responsável pela expansão da atitude positivista no mundo ocidental” (Coelho, 1984, p. 54).

Assim, essa atitude “positivista”, epistemologicamente, significou a rejeição aos conceitos metafísicos, como o da “verdade”, por exemplo, ou a própria questão da “justiça”, pois, para o neopositivismo do Círculo de Viena² – que não é o mesmo positivismo de Auguste Comte –, estes conceitos abstratos estão além da racionalidade e da linguagem científica.

Portanto, como se vê, apesar das ideias antimetafísicas de Comte, no século XIX, Hans Kelsen foi influenciado diretamente pelos neopositivistas do Círculo de Viena, assim como pelo neokantismo da época. Contudo, é preciso esclarecer outra “confusão”, porque Kelsen, na verdade, não participou formalmente do Círculo de Viena, pois, o que realmente aconteceu, foi o fato de que Kelsen fez parte da Escola de Viena (positivismo jurídico), e não do Círculo de Viena (neopositivismo lógico), logo, quando se fala nessa Escola de Viena, fala-se do grupo de Kelsen e de seus seguidores (Coelho, 1984, p. 52-59).

Outra influência marcante na obra de Kelsen é o pensamento do sociólogo Max Weber³ e sua concepção de Ciência como emissora de “juízos obje-

2 E além da Escola de Marburg e do Círculo de Viena, também se atribui a Kelsen como fonte de inspiração epistemológica, conforme Billier e Maryoli (2005, p. 214), o neocriticismo da Escola de Baden de Windelband e Rickert.

3 Bobbio (2008, p. 216-217) comenta que a relação de Kelsen e Weber existia, mas não era recíproca, pois mesmo o fato de Max Weber ter escrito a sua sociologia do Direito entre 1911 e 1913, quando Kelsen já havia publicado a sua primeira obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, nada indica que Weber o conhecia; entretanto, Kelsen citou Weber no Prefácio dessa obra, em fevereiro de 1911.

tivos”, pois Weber acreditava que a Ciência deveria estudar seu objeto a partir da descrição deste, de forma “objetiva”, com “juízos de fato”, e não de “valor” (subjéctiva).

E esse pensamento weberiano fazia diferença entre Ciência e política. Pois esta estaria mais relacionada com as ideologias e as valorações subjéctivas de seus adeptos, enquanto que aquela estaria mais ligada à busca rigorosa da “verdade possível” por juízos descritivos da realidade.

Desse modo, o relativismo axiológico seria a base epistemológica da doutrina kelseniana sobre os seus conceitos de “moral”, “justiça” e “verdade”.

E a partir da predominância do neopositivismo na Europa, a filosofia não serviria mais como investigação única da “verdade”, e seriam as “ciências” as disciplinas em que o homem poderia conhecer seu objeto de estudo nos limites da sua linguagem e das suas restrições racionais, à maneira da gnosiologia do Kant da *Crítica da razão pura*, e da filosofia da linguagem do “primeiro” Wittgenstein.

Por esse motivo, Kelsen preocupava-se em teorizar uma doutrina que faria do Direito o objeto de uma ciência, a ciência jurídica, em que se pudesse, influenciado pela epistemologia neopositivista, tornar a ciência do Direito autônoma, de modo que descrevesse seu objeto de forma neutra, ou seja, sua partícula fundamental de estudo: a norma.

E é desse processo de descrição objetiva da norma que Kelsen formulará a sua doutrina “pura” do Direito, isto é, “pura” porque a ciência jurídica estaria sem interferências de outras ciências ou filosofias, formulando, desse modo, proposições descritivas dos imperativos de “dever-ser” positivados nos textos normativos em que se fosse estudar.

Logo, foi com essa construção epistemológica, que Kelsen pôde teorizar uma ciência do Direito que pudesse “conhecer” o Direito objetivamente como “norma posta”. Portanto, deveria a ciência jurídica estudar somente aquele direito “posto” no ordenamento jurídico, autorizado por uma norma fundamental (*groundnorm*) de caráter hipotético-transcendental que, por sua vez, “colocaria” no “mundo do dever-ser” (*Sollen*) os ditames morais e políticos do legislador soberano.

Desse modo, Kelsen constrói uma concepção de ordenamento jurídico piramidal, na qual a norma fundamental está no topo da validação normativa, não podendo, portanto, ser de caráter positivo como as demais inferiores no escalão normativo. Assim, como é a norma fundamental quem “põe” e valida as normas inferiores, esta também não poderia ser posta, mas tão somente presuposta.

Logo, a norma fundamental é um pressuposto lógico-transcendental necessário para que a ciência do Direito, de forma metodologicamente neutra,

possa conhecer seu objeto de estudo sem levar em consideração nenhum outro elemento, sistema ou valor que pudesse validar o ordenamento jurídico, a não ser a própria norma fundamental, que figuraria como pressuposto objetivo e transcendental para o conhecimento do Direito (no sentido kantiano mesmo, como condição *a priori* para haver proposições científicas, e, por isso, universais e necessárias).

Assim, com a norma fundamental funcionando como uma norma sem conteúdo e que valida todo o ordenamento jurídico, Kelsen encontrou a possibilidade de haver uma ciência que conhecesse o Direito de forma neutra, porque, uma vez validado o ordenamento jurídico em nada mais além de uma norma pressuposta, não sendo, portanto, validado por “moral” alguma (entre tantas, conforme o pensamento relativista de Kelsen), nem por qualquer posição político-ideológica, não estaria essa ciência (do Direito) incorrendo em um desrespeito ao imperativo da neutralidade científica, já que se pressupõe que seu objeto de estudo, as normas jurídicas postas, estão “postas” não por elementos advindos do “mundo do ser” (*Sein*) (como os valores subjetivos), mas sim do “dever-ser” (*Sollen*) jurídico.

Kelsen, dessa maneira, inaugura uma visão distinta do juspositivismo da escola da exegese, porque possuía uma perspectiva “dinâmica” do ordenamento jurídico, e não mais somente “estática”, como os exegeticos faziam.

Souza Neto (2002, p. 107-110), então, explica que Kelsen via no positivismo exegetico uma insuficiência teórica, decorrente do fato de que essas teorias consideravam o sistema jurídico apenas no aspecto do resultado da produção legislativa, com a presunção da onipotência do legislador, da coerência e completude entre as normas, baseando-se tal positivismo exegetico na tese de que a atividade interpretativa do Magistrado é de mera aplicação da lei, sendo este somente um representante da “vontade do legislador”. Assim, Souza Neto ensina que os exegeticos consideravam que o texto legal fosse sempre passível de uma interpretação unívoca, paradigma este superado pela visão dinâmica de Kelsen, devido à sua perspectiva normativista, como melhor explicado a seguir.

II – A INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA NA TEORIA PURA DO DIREITO

Partindo desses pressupostos doutrinários, o processo de aplicação do Direito na visão do positivismo normativista de Kelsen não poderia ser igual ao que ocorria na época da escola da exegese, quando se aplicava o Direito pelo poder dos juízes de forma silogística, por meio de uma visão estática do sistema jurídico, isto é, com a presunção de completude e integralidade do ordenamento jurídico.

Kelsen estabeleceu, portanto, duas espécies de interpretação: 1) a interpretação do Direito feita pelo órgão que o aplica, e, por isso, autêntica e vinculativa; e 2) a interpretação do Direito realizada não por um órgão jurídico, mas

sim pela ciência jurídica e pelo próprio indivíduo, que deve praticar a conduta que evite a sanção, dando sentido para a norma ao observar sua própria conduta em sociedade por meio da interpretação.

Então, a norma de escalão superior (Constituição) determina a aplicação da norma inferior (lei ordinária) por meio de uma relação de vinculação.

E essa determinação não somente dita o processo que a norma inferiu ou o ato de execução que se processou, mas também vincula (ou determina) o conteúdo a ser estabelecido para estes.

Porém, apesar da determinação ou vinculação feita por norma superior à inferior, sempre haverá de ficar uma margem de livre apreciação, fazendo com que a mencionada norma de escalão superior tenha sempre um caráter de “quadro” ou “moldura” a ser preenchido pelo ato de produção ou de execução da norma inferior, pois a determinação da norma superior sobre a inferior não pode ser completa.

Assim, se o órgão A determina que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B terá discricionariedade para decidir, por seus próprios critérios, como cumprirá a ordem, pois isso dependerá das circunstâncias externas (local e tempo) da ordem de prisão, já que o órgão emissor do comando (o órgão A) não pode prever ou prevenir as circunstâncias em que se encontra o órgão executor do comando (o órgão C) (Kelsen, 2006, p. 380).

Portanto, a norma de escalão superior possui um espaço discricionário para que o ato do órgão B o preencha sobre a conduta do súdito C.

Logo, esse espaço se dá por uma pluralidade de determinações variáveis, conforme as circunstâncias.

Dessarte, no exemplo exposto, o comando de prisão realizado pelo órgão A para que o órgão inferior B cumpra é, segundo Kelsen (2006, p. 388), a própria “moldura” ou “quadro”, pois o órgão inferior B não pode deixar de cumprir esse comando de prisão, independentemente das circunstâncias possíveis que possam incidir na execução desse comando pelo órgão B contra o súdito C.

Assim a “moldura” é um limite interpretativo, não devendo o órgão cumpridor da ordem ultrapassá-lo.

E essa posição de Kelsen, encontrada na *teoria pura do Direito*, também se refere aos atos de interpretação realizados pelos Magistrados.

Assim, no caso dos Magistrados, o órgão superior é aquele que determinou a norma (o Poder Legislativo), e o inferior é aquele que executará a norma, no caso, o Poder Judiciário representado pelo Magistrado intérprete.

Logo, conforme exemplifica Kelsen, quando uma lei penal prevê uma pena de prisão, ou pena de multa para determinado delito, essa lei deixa para o juiz a faculdade de decidir por uma, ou por outra, e, por isso, essa referida nor-

ma possui um espaço para a discricionariedade do juiz, que foi dado de forma intencional pelo órgão que a emitiu, ou seja, o Poder Legislativo.

Assim, o órgão criador dessa norma, representado pelo Legislador, conforme o exemplo, deu intencionalmente para o Magistrado a faculdade de decidir entre punir o súdito pela multa ou pela prisão (Kelsen, 2006, p. 389-390).

Mas, essa indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica, o que também causa um problema na interpretação, devido à abertura discricionária da norma superior para com a execução da inferior.

E é essa “abertura” semântica que pode levar a diversas presunções em cima de uma pluralidade de sentidos possíveis que essa norma superior traz.

Então, Kelsen, frente à pluralidade de significados que uma norma pode trazer consigo, entendia ser impossível investigar os significados das expressões de uma norma, a não ser da própria literalidade do texto normativo.

Kelsen, portanto, via como perigosa a discrepância entre a “vontade do legislador” e a “expressão literal da norma”, pois a intenção do legislador pode ser diferente do que a da norma prescreve.

Por isso, frente aos casos de indeterminação, podem-se ter várias possibilidades de aplicação jurídica, de maneira que o ato jurídico que efetiva, ou executa a norma, pode corresponder tanto à “vontade do legislador” quanto à expressão verbal por ele escolhida.

Logo, o Direito (o ordenamento, e não a ciência) a ser aplicado forma uma “moldura” na qual, em si, podem existir várias possibilidades de aplicação da norma, contanto que haja permanência desse ato jurídico até os limites da “moldura”.

Portanto, para Kelsen, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução, como sendo a única “correta”, mas sim deve conduzir às várias soluções, que possuam igual valor, haja vista os pressupostos epistemológicos de Kelsen, no que concerne ao seu relativismo axiológico e semântico.

Portanto, dizer que uma sentença judicial é fundada na lei significa, na verdade, que essa sentença está contida dentro da “moldura” (ou quadro) que a lei representa. Dessa forma, essa sentença jamais poderia ser uma norma individual (única), mas apenas uma das inúmeras possibilidades normativas que poderiam estar contidas na mesma norma geral.

Assim, a interpretação, segundo defendia Hans Kelsen, é determinar a “moldura” (os limites da norma) para o ato jurídico preenché-la.

Logo, Kelsen diz que a interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a “moldura” prefixada pela norma.

Kelsen, como se vê, era contrário à ideia da interpretação usual (exegética), que quer fazer crer que a lei, quando aplicada no caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução “correta”, com isso, fazendo crer também que o ato de interpretar fosse um ato de simples “clareação”, ou de compreensão da lei, como se o órgão aplicador do Direito tivesse apenas que “pôr” em ação o seu entendimento, e não sua vontade.

Kelsen, como visto, rejeitava esse tipo de posicionamento, pois acreditava que sempre há um ato de vontade na escolha de uma entre as diversas maneiras de preenchimento, pelos possíveis e diversos significados que a “moldura” delimita em relação à lei.

III – A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DEFENDIDO POR HANS KELSEN

Para que se possa adentrar no tema do problema dos princípios constitucionais no momento do controle de constitucionalidade, apontado por Hans Kelsen, é preciso antes entender o processo de construção da ideia de Kelsen sobre uma jurisdição constitucional, ou seja, a ideia de um Tribunal Constitucional diferente da jurisdição ordinária no aspecto de realização de controle de constitucionalidade.

Portanto, somente compreendendo-se tal processo de formação de um Tribunal Constitucional, que foi denominado como “modelo austríaco”, é que será possível também entender as implicações que o controle de constitucionalidade incide em relação à discricionariedade do juiz constitucional ou do colégio.

Dessa maneira, sobre a história da aplicação do “modelo austríaco”, Cunha explica que a chamada República austríaca correspondeu ao território da Áustria alemã, resultado do desmembramento do Império austro-húngaro ocorrido após a I Guerra Mundial, e fruto do Tratado de Versalhes e de St. Germain.

Assim, Cunha explica que a Constituição austríaca de 1920 padeceria das vicissitudes do período denominado como “entreguerras”. Contudo, hoje em dia, os historiadores já não avaliam esse momento histórico como um período intermediário entre as duas grandes guerras mundiais, mas sim como um período de trégua momentânea entre as facções de luta política da época. Por esse motivo, o autor da introdução da obra de Kelsen caracteriza tal período pela instabilidade que, com o tempo, levou ao processo de fortalecimento do Poder Executivo, passando pela reforma constitucional de 1929, até a ascensão nazista na Alemanha (Cunha *apud* Kelsen, 2007b, p. 8).

Contudo, antes da tomada do poder alemão e da Áustria pelo nazismo, Cunha afirma que Kelsen colaborara para a redação da Constituição austríaca, fazendo com que se criasse uma Corte Constitucional que funcionaria como

único órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Kelsen (2007b, p. 5-7) explicou, então, que após a queda da monarquia austríaca, juntamente com os Estados tcheco-eslovacos, polonês e iugoslavo (ou seja, após o fim da I Guerra Mundial), a República da Áustria, que substituiu o Império austro-húngaro, possuía um Estado unitário e centralista, com base em uma constituição provisória. Assim, foi somente com a Constituição definitiva – a qual Kelsen ajudou a elaborar – que a Áustria passou a ser tornar um Estado federativo pela Lei de 1º de outubro de 1920. Portanto, Kelsen afirmou que a Constituição austríaca, diferentemente da dos Estados Unidos, foi uma lei de um Estado unitário que se transformou em Estado federativo (Kelsen, 2007b, p. 7).

Assim, o que mais diferencia a Constituição austríaca das demais de sua época é, justamente, a formulação, de autoria atribuída a Kelsen⁴, de um órgão jurisdicional apartado dos Três Poderes, e que deveria realizar o controle de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Legislativo e do Poder Executivo de maneira concentrada e abstrata.

Esse órgão foi denominado de Corte Constitucional, pois deveria exercer a jurisdição constitucional, controlando a constitucionalidade das normas, com base na Constituição Federal da Áustria.

Portanto, conforme explica Souza Neto (2002, p. 123), o chamado “modelo austríaco”, elaborado por Kelsen, pode ser distinguido do modelo “norte-americano” de controle de constitucionalidade por duas características: a primeira é o fato de que o controle de constitucionalidade defendido por Kelsen deveria ser feito de modo concentrado, ou seja, feito por um órgão distinto dos Três Poderes, pela chamada Corte Constitucional; e a segunda característica é o fato de que esse mesmo controle, realizado por uma Corte Constitucional, era realizado sobre leis em tese, e não no decorrer de um processo judicial, em um caso concreto, como o modelo “norte-americano” o fazia.

Kelsen (2007b, p. 25), desse modo, também defendia a tese de que a Corte Constitucional, ao reconhecer uma lei como inconstitucional, deveria anulá-la totalmente, ou em parte, mostrando, assim, uma característica particular do “modelo austríaco” de controle de constitucionalidade, que é a constitutiva de efeito anulatório diretamente à decisão da Corte Constitucional.

Então, segundo a explicação de Souza Neto, para Kelsen, a decisão judicial possuía natureza constitutiva, e não declaratória, ou seja, o Magistrado realizaria, portanto, um ato simultâneo de cognição e de vontade, criando um Direito novo.

4 Maia (2007, p. 243) questiona a “paternidade” atribuída a Kelsen sobre o chamado modelo austríaco de controle de constitucionalidade das leis, indicando outros juristas europeus que já haviam pensado sobre a revisão constitucional concentrada anteriormente a Kelsen, como Robert Von Mohl, entre outros.

Por isso é que um ato jurídico nunca era declarado nulo por uma sentença judicial, devendo ser, em regra, somente anulado, surtindo efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, ou seja, para todos e prospectivamente (Souza Neto, 2002, p. 123).

Assim, pode-se ver que Kelsen, por entender que o Magistrado ordinário era ao mesmo tempo um aplicador e um criador do Direito, também entendia que o controle de constitucionalidade, feito pela Corte Constitucional, igualmente deveria se fazer por decisões constitutivas, fazendo com que o Magistrado constitucional agisse como uma espécie de legislador.

Todavia, o Magistrado constitucional não seria como os legisladores do Poder Legislativo, pois esses legisladores, como explicado em tópico anterior, possuem mais discricionariedade para criar o Direito, sendo, portanto, esse o motivo para Kelsen ter afirmado que a diferença entre a criação jurídica do legislador e a criação jurídica do Magistrado é apenas quantitativa e não qualitativa.

Logo, seriam os Magistrados da Corte Constitucional legisladores também.

Porém, pelo fato de revogar as leis sentenciadas como inconstitucionais, o juiz constitucional seria, na verdade, um “legislador negativo”, porque retiraria do ordenamento jurídico uma norma quando entendesse que esta contém incoerência com a Constituição, garantindo, assim, os termos constitucionais frente à legislação ordinária.

Dessarte, a ideia de uma Corte Constitucional é oriunda do raciocínio de Kelsen quanto à possibilidade de haver irregularidade não somente nos atos de execução do Direito feitos pelo Poder Executivo, ou de irregularidade na aplicação do Direito feita pelo Poder Judiciário, pois poderia haver também irregularidades nos atos de criação de normas regulares válidas objetivamente pelo Poder Legislativo (Kelsen, 2007a, p. 126).

Portanto, para Kelsen, deveria haver o resguardo da garantia constitucional das leis, para que estivessem em conformidade com a Constituição, que é o documento político-jurídico máximo de uma República de Estado de Direito (*Rechtsstaat*).

E, quanto a esse tema sobre o “resguardo” dos preceitos constitucionais, foi travado na década de 1930, justamente nesse período entre a I e a II Guerra Mundial, um rico debate entre Hans Kelsen e o jurista alemão Carl Schmitt.

Pode-se perceber, desse modo, que Kelsen desenvolvera, pelo seu normativismo jurídico, a superação dessa concepção do juspositivismo exegético, já que entendia que as decisões judiciais possuíam um espaço discricionário, em que se poderia constituir, pela vontade do Magistrado, uma, entre tantas interpretações possíveis que o texto normativo poderia proporcionar.

Assim, essa concepção de Schmitt, de que o Tribunal Constitucional não poderia exercer uma função jurisdicional – pois, ao anular uma lei inconstitucional, não estaria este exercendo uma função judicial, mas sim política –, para Kelsen, é totalmente retrógrada e já superada pela ciência do Direito ao modo normativista.

Kelsen afirmava que, caso se queira, portanto, restringir o poder dos Magistrados – o caráter político da função –, deve-se, então, limitar ao máximo a margem de discricionariedade que a própria lei eventualmente pode conferir aos juízes.

Logo, o legislador deveria evitar, por exemplo, a presença de termos demasiadamente genéricos e vagos, como “liberdade”, “igualdade” ou “justiça”. Pois, se não o fizesse, poderia haver uma transferência de poder do parlamento para um órgão externo a ele, como o Tribunal Constitucional.

E é justamente daqui que se levanta e expõe o alerta de Kelsen em relação ao controle de constitucionalidade das leis feito com base em princípios jurídicos de terminologia vaga, como, por exemplo, o princípio da justiça e as respectivas implicações causadas por esse controle, na legitimidade política da função jurisdicional constitucional.

IV – O PROBLEMA DO USO DE PRINCÍPIOS EXPLÍCITOS COMO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O problema sobre a presença de princípios jurídicos na Constituição de uma República democrática foi melhor explorado por Hans Kelsen em outro texto seu, publicado em 1928, chamado de *A garantia jurisdicional da constituição*, no qual, na seção de título “A jurisdição constitucional”, também traçou o conceito de Constituição e a importância do controle das garantias constitucionais pela jurisdição constitucional.

Assim, para Kelsen (2007a, p. 130), a Constituição é o fundamento do Estado, a sua base da ordem jurídica, que rege a criação das leis e que funciona como uma norma geral para que os organismos estatais, como os Tribunais e as autoridades administrativas, executem a lei.

Logo, por esse motivo é que se deve diferenciar as normas constitucionais das normas legais (ordinárias). Pois, para Kelsen (2007a, p. 130), a revisão das normas constitucionais deve ocorrer de modo mais dificultoso do que a revisão das normas ordinárias.

E, quando se fala em normas constitucionais aqui, Kelsen se referiu tanto às normas constitucionais formais, postas na Constituição, quanto às normas constitucionais materiais, que não necessariamente estão formalmente presentes no Texto Constitucional.

Desse jeito, Kelsen (2007a, p. 131) explicou que em nada se opõe ao fato de que a forma especial de produção de normas se aplique não só às normas estritamente constitucionais, mas também às demais normas formalmente não constitucionais, assim, estas, juntas, formam a chamada Constituição *lato sensu*.

Como se vê, Kelsen entendia que a Constituição não poderia ser considerada somente como um texto normativo que regulariza o procedimento de produção das leis, pois, mais do que isso, a Constituição é a própria “regra de fundo” material da pirâmide do ordenamento jurídico.

Logo, uma lei produzida no contexto desse mesmo ordenamento, mesmo que presumidamente validada pela Constituição, pelo simples fato de estar “posta” no ordenamento, poderia estar em desacordo com a Constituição no sentido material, havendo possibilidade de seu conteúdo não seguir os princípios e as diretrizes substanciais dessa Constituição (aspecto estático), o que seria um caso de inconstitucionalidade material dessa lei (Kelsen, 2007a, p. 132).

Assim, Kelsen (2007a, p. 132) afirmou nesse seu texto que, se o direito positivo não fizer diferença entre inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material, a presença de princípios na Constituição e de diretivas que limitam o conteúdo da lei não passariam de aparência que, apesar de desejada por motivos políticos, não teriam sentido jurídico-material.

Por esse motivo é que Kelsen defendia um procedimento de garantia da Constituição para proteger seus princípios e as diretivas fundamentais “postas” pelo Poder Constituinte, quando na formação do documento constitucional original, caso se trate de um Estado Democrático Pluralista.

Dessa maneira, um órgão jurisdicional independente é a própria defesa do pluralismo político, isto é, da proteção das minorias políticas – e étnicas, como no caso dos judeus na Alemanha – contra a predominância política de uma maioria, que poderia ter força para revisar a legislação, ao ponto de contrariar os valores morais e políticos que construíram a Constituição na sua forma inicial.

Com isso, pode-se afirmar, portanto, que Kelsen nunca fora contra a separação entre Direito e moral, mas sim, fora apenas contra a presença de elementos que não fizessem parte da metodologia de estudo da ciência do Direito, como a própria moral, por exemplo.

Pois, a ciência jurídica, no pensamento kelseniano, deve ter como único objeto de estudo as proposições jurídicas deduzidas das normas, podendo estas, materialmente, representarem a moral, os costumes e as orientações políticas de uma determinada sociedade.

Assim, quanto aos princípios fundamentais – os quais Kelsen entendia que deveriam ser protegidos pela jurisdição constitucional, como dito –, estes

são a própria representação da tese de que o Mestre de Viena nunca foi contrário à presença de princípios em uma Constituição, como comumente é acusado pelo sentido contrário.

Assim, sobre o tema, como argumentam Dimoulis e Lunardi, o positivismo jurídico resiste aos repetidos “ataques” com críticas que lhe atribuem posicionamentos que, até mesmo, nem se encontram nas obras de seus partidários, o que demonstra falta de conhecimento desses críticos ou má-fé em suas argumentações.

Assim, Dimoulis e Lunardi explicam, como já citado na introdução deste artigo, que esses críticos recorrem em suas críticas constantemente a recursos retóricos, como a *straw man fallacy* (falácia do espantalho), quando, por exemplo, emitem o argumento de que o positivismo jurídico seria incompatível com a ideia de princípios jurídicos, devido à abstração, e pelo conteúdo vago destes, o que não corresponde com a realidade teórica de Kelsen, como visto.

Por conseguinte, Dimoulis e Lunardi explicam que, para responder a pergunta sobre quais seriam os juspositivistas que ignoram ou menosprezam os princípios jurídicos, seria necessário, então, que se estabelecesse um *corpus* de obras juspositivistas com suas respectivas manifestações sobre a relevância dos princípios.

Assim, os referidos autores, conforme afirmam, propuseram-se apenas a dar uma resposta “aproximativa”, com base em suas leituras de obras juspositivistas, procurando identificar autores juspositivistas que adotassem uma postura de negação dos princípios jurídicos.

Todavia, Dimoulis e Lunardi explicam que não encontraram referências concretas a alguma obra juspositivista, mesmo em bibliografias secundárias, com algum posicionamento contrário ou, ao menos, “reservado”, diante dos princípios, com as devidas ressalvas no caso de Kelsen (Dimoulis, Lunardi, 2008, p. 179-185)⁵.

Logo, pode-se afirmar que Hans Kelsen, em verdade, no texto denominado “A jurisdição constitucional”, contido na seção I do texto *A garantia jurisdicional da constituição*, ao explicar sobre qual seria o critério que a jurisdição constitucional deveria aplicar no exercício de seu controle de constitucionalidade – ou seja, sobre quais normas deveriam servir de base para as decisões sobre a constitucionalidade das leis –, respondeu que, primeiramente, poderiam sim serem utilizados os tratados internacionais como normas-diretrizes, para que se julgue a constitucionalidade pela jurisdição constitucional.

5 Dimoulis e Lunardi (2008, p. 186) apontam a obra de André Ramos Tavares e de Roberto Alexy como bibliografias que fazem referência às críticas de Hans Kelsen em relação aos princípios constitucionais, que estão presentes em seu texto *A garantia jurisdicional da constituição*, de 1928.

Porém, tais tratados internacionais somente poderiam ser usados como critério de controle de constitucionalidade das leis se estes derivassem da Constituição, ou seja, se estiverem sob o “abrigo” da Constituição que as põem em vigor, para que, assim, possam versar como fundamento dos juízos dos Magistrados constitucionais (Kelsen, 2007a, p. 166).

Kelsen (2007a, p. 167), desse modo, explicou que, se a aplicação das normas do direito internacional pela jurisdição constitucional é limitada, pois essas normas devem estar sob o imperativo da supremacia hierárquica da Constituição (ou pelo menos das leis materialmente constitucionais), esta mesma observância pelos tratados também deveria ocorrer com as demais normas não internacionais (ordinárias) quando servirem de fundamento para o controle de constitucionalidade de alguma lei.

Ou seja, não pode haver aplicação de outras normas que não sejam as jurídicas como fundamento interpretativo no controle de constitucionalidade, isto é, não pode haver aplicação de normas que não estejam “postas” dentro da pirâmide do ordenamento jurídico.

Logo, para Kelsen, não se poderiam aplicar normas “suprapositivas” que estejam acima da Constituição, pois não estariam positivadas e, por isso, não estariam validadas.

Assim, Kelsen dá a entender que se podem utilizar, inclusive, princípios como parâmetro de controle de constitucionalidade. Porém, quanto aos princípios positivados de termos vagos, como os princípios de justiça, equidade, liberdade, igualdade ou moralidade, para Kelsen, em nada contribuem tais dispositivos para o estado real do Direito.

Pois, conforme entendia Kelsen, se o legislador constituinte os colocou (positivou) no ordenamento, mas sem esclarecer o que se deve entender por seus termos (“justiça”, “equidade”, “igualdade”, etc.), significaria, então, que, na falta de precisão sobre o sentido desses princípios, restaria ao legislador ordinário e aos órgãos de execução das leis, como os Magistrados, que “preenchessem” de forma discricionária a ausência de sentido desses princípios com base nas suas próprias convicções sobre o que seriam eles.

Portanto, Kelsen defendia a tese de que, tanto o legislador quanto os organismos administrativos do Poder Executivo e, logicamente, os Magistrados da jurisdição ordinária e constitucional estão presumidamente autorizados pela lei a atribuir sentido para esses princípios positivados na Constituição de termos vagos (Kelsen, 2007a, p. 168-169).

Porque as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc. diferem tanto, conforme o ponto de vista dos interessados, que, se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis. Em todo caso, a delegação dos valores em questão não significa e não pode significar que a oposição entre o direito positivo e a

concepção pessoal que eles possam ter liberdade, da igualdade, etc. possa dispensar os órgãos de criação do direito de aplicá-lo. As fórmulas em questão não têm, portanto, de modo geral, grande significado. Elas não acrescentam nada ao estado real do Direito. (Kelsen, 2007a, p. 168-169)

Assim, o fato de Kelsen ter afirmado que os órgãos aplicadores do Direito estão autorizados a “preencher” o significado “ausente” em um princípio como o da justiça, deve-se aos pressupostos epistemológicos nos quais Kelsen se baseou para, mais tarde, na década de 1930, e depois na reedição sua, na década de 1960, desenvolver sua *teoria pura do Direito*.

Mas, quais são esses pressupostos? Como explicado, são os pressupostos do seu juspositivismo normativista, que é, entre outros, o relativismo axiológico e semântico, conforme o neopositivismo lógico de Viena. Porque, conforme essa doutrina, as palavras não possuem sentido unívoco, podendo variar conforme a vontade subjetiva.

Então, Kelsen, influenciado por esse relativismo e pela metodologia científica de Weber, via como impossível para o Magistrado realizar um juízo objetivo sobre o que seria, por exemplo, a “justiça” referida no princípio constitucional da justiça.

Logo, conforme a “teoria da interpretação” de Kelsen, por causa da “falta” de sentido em que esses princípios se expressam, caberia ao intérprete autêntico atribuir, por um ato de vontade, de acordo com uma *razão prática*, um, entre tantos sentidos possíveis para “preencher” a “moldura vazia” que esses princípios formam, embora estivessem positivados, ou seja, explícitos.

É por essa razão que Kelsen afirmou que, sobre essas terminologias vagas, “no domínio da jurisdição constitucional, elas podem desempenhar um papel extremamente perigoso” (Kelsen, 2007a, p. 169).

Porque, uma vez presentes esses princípios de terminologia vaga, como o princípio da justiça, significa dizer que não só o Executivo e o Judiciário estariam autorizados a “preencher” o “vazio” desse princípio, mas também a jurisdição constitucional.

Desse modo, sendo a Corte Constitucional um órgão que “põe” sob controle de constitucionalidade as leis, quando houvesse um julgamento com fundamentos em princípios vagos, como o da justiça, estaria esse controle de constitucionalidade, segundo Kelsen, incorrendo em um excesso de “poder” para a jurisdição constitucional.

As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. No entanto, o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis, que

encontramos nas declarações de direitos individuais, se apagará facilmente, e portanto não é impossível que um Tribunal Constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do Tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juízes desse Tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei. (Kelsen, 2007a, p. 169)

Assim, conforme Kelsen, não se pode considerar que foi da vontade da Constituinte, ao empregar uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a “justiça” (ou “liberdade”, “igualdade”, “moralidade”), em “fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o Tribunal constitucional” (Kelsen, 2007a, p. 169).

Ou seja, Kelsen, nessa citação, entendia que não fora da “vontade” da Constituição, isto é, de quem a formulou, fazer com que os sentidos das leis, – como, os sentidos dos princípios – fossem “dados”, ou “preenchidos”, pela jurisdição constitucional.

Por isso, Kelsen (2007a, p. 169-167) entendia que isso seria prejudicial, sob o ponto de vista político, devido ao “deslocamento de poder” que poderia ocorrer partindo do Legislativo para a Corte Constitucional. Pois a jurisdição constitucional poderia se tornar um representante de forças políticas distintas das forças políticas do Legislativo, eleito democraticamente para legislar, em se tratando de um Estado Democrático.

Assim, como se pode observar, Kelsen apenas disse que sob o ponto de vista político é que seria “prejudicial” para o equilíbrio entre os Poderes, e para a democracia, a criação de um Direito novo pela jurisdição constitucional ao atribuir volitivamente sentido aos princípios vagos, como o da justiça, por exemplo.

Porém, essa opinião somente pode ser formulada pela perspectiva da “política”, pois, sob o ponto de vista jurídico-científico, nada se poderia fazer, já que, como o próprio Kelsen explicaria na década de 1930, em sua *teoria pura do Direito*: o Magistrado cria direito novo sobre o “espaço” que a “moldura” das normas permite ser preenchido.

Logo, o mesmo ocorreria com o Magistrado constitucional ao julgar a constitucionalidade das leis. O que seria, nesse caso do Magistrado constitucional em sede de política jurídica, um fator mais “grave”.

Porque, quando esse juiz constitucional tivesse que basear sua decisão tendo como parâmetro interpretativo de controle de constitucionalidade um

princípio como o da “justiça”, seria inevitável, sob o ponto de vista da ciência do Direito, que esse Magstrado constitucional “preenchesse” esse princípio por um ato de vontade criativo, já que um princípio como o da “justiça” possui os limites de sua “moldura” abertos demais, o que faria o juiz constitucional escolher, entre uma pluralidade de sentidos (interpretações), um sentido subjetivo (próprio) sobre o que seria a “justiça” que se refere ao princípio da justiça, e, assim, julgaria sobre a sua própria convicção de “justiça” a constitucionalidade da lei *sub judice*.

Desse modo, conforme explicam Dimoulis e Lunardi, as críticas de Kelsen em relação à abertura dos princípios constitucionais têm apenas natureza juspolítica (*Rechtspolitik*) e não de dogmática jurídica (Dimoulis; Lunardi, 2008, p. 189).

Por conclusão, entende-se, dessa maneira, que Kelsen, fazendo um julgamento no âmbito da “política jurídica”, somente alertou para os riscos que a presença desses princípios de terminologia vaga causaria. Pois, esses princípios vagos poderiam, em tese, permitir que os Magistrados constitucionais realizassem produção de leis que, sob o ponto de vista democrático, seriam ilegítimas.

Assim, é necessário ressaltar mais uma vez que Kelsen não fez uma avaliação dogmática sobre esses riscos. Porque, como dito, sob o ponto de vista da ciência do Direito, a escolha sobre o sentido de um princípio, feita pelo juiz constitucional, é totalmente válida, mesmo que supostamente ilegítima, sob o ponto de vista político. Pois o Magstrado constitucional, por ser um intérprete autêntico, autorizado pela própria Constituição a interpretar de modo vinculativo a norma, qualquer que seja sua decisão, mesmo que incorra em ilegitimidade política – por aplicar a sua concepção subjetiva sobre o princípio da justiça, por exemplo –, estaria, sempre validada juridicamente, seja pela presunção de estar autorizado pelo legislador para tanto, seja pela validação que a norma fundamental lhe atribuiu atividade jurisdicional.

Desse modo, ressalta-se: é inevitável que o Magstrado constitucional seja um “legislador negativo”. Porque, ao anular uma lei, pela própria capacidade e autorização que o juiz constitucional tem para fazê-lo, sua decisão sempre criará direito novo, e com efeitos *ex nunc*.

Logo, para que não incorra de forma abusiva (excessiva) essa competência dos Magistrados constitucionais, Kelsen defendia a tese de que a Constituição deveria abster-se desses tipos de normas que invocam esses termos vagos. E, se o legislador constituinte quiser estabelecer princípios constitucionais como diretivas políticas da lei, este deve formulá-las da maneira mais precisa possível, sobre o que seriam os termos “postos” nesses princípios (Kelsen, 2007a, p. 170).

CONCLUSÃO

Pelo presente artigo, viu-se que o positivismo jurídico é uma forma de pensar o Direito que atravessou os tempos até os dias de hoje, mesmo com as constantes críticas e modificações de que é afligido.

Por conseguinte, também se explicou as diferenças entre o chamado “positivismo filosófico”, “neopositivismo” do Círculo de Viena, e o positivismo jurídico, ressaltando-se que o neopositivismo do Círculo de Viena teve muita influência no positivismo jurídico de Hans Kelsen, como na questão da rejeição dos aspectos metafísicos pela Ciência, conforme a tradição da filosofia do conhecimento de Immanuel Kant.

Assim, pode-se caracterizar o Círculo de Viena como sendo o grupo de cientistas e filósofos que, baseados na filosofia de Wittgenstein, concebiam a Ciência como um método descritivo da realidade e que deveria estar “livre” de especulações metafísicas ou ideológicas, o que acabou por influenciar de certo modo a Escola de Viena, formada por Hans Kelsen e seus seguidores.

Desse modo, pode-se ver que houve uma confluência de ideias na Viena do início do século XX entre os juspositivistas e os neopositivistas. Pois o juspositivismo de Kelsen defendia uma ciência jurídica “pura”, metodologicamente baseada em um relativismo axiológico, conforme também informava, para o seu conjunto teórico do Direito, o pensamento de Max Weber, quando diferenciava os “juízos de valor” dos “juízos de fato”, nos quais, quanto a estes últimos, a ciência do Direito, para o juspositivismo kelseniano, deveria se limitar, devendo descrever a “realidade” do direito “posto” como ela é, e não como deveria ser.

Logo, o juspositivismo kelseniano se baseava na formulação de uma ciência do Direito que pudesse estudar qualquer ordenamento jurídico, que poderia conter qualquer conteúdo (moral e/ou político).

Assim, Kelsen escrevera a sua *teoria pura do Direito* na década de 1930, sendo reeditada na década de 1960, quando já estava exilado nos Estados Unidos.

E já nos Estados Unidos, Kelsen realizou modificações em sua doutrina, como, por exemplo, a necessidade de que houvesse um mínimo de eficácia para que o ordenamento jurídico fosse considerado válido.

Contudo, o presente trabalho especificou a análise sobre as teses de Hans Kelsen quanto ao controle de constitucionalidade feito por órgão jurisdicional independente dos três poderes, e as suas respectivas críticas quanto às implicações que a eventual presença de princípios de termos vagos, com o princípio da justiça, por exemplo, poderiam causar no momento do controle de constitucionalidade.

Assim, quanto aos princípios positivados de termos vagos, Kelsen entendia que o Magistrado constitucional, quando fizesse o controle de constituio-

nalidade concentrado de uma lei, ao se fundamentar nesses princípios constitucionais de termos semânticos vagos, como o princípio da justiça, por exemplo, poderia acabar ocasionando um desequilíbrio na separação dos Poderes.

Porque a jurisdição constitucional, ao anular uma lei em tese, com base na sua opinião sobre o que é justiça, estaria, desse modo, incorrendo em uma ilegitimidade política, pois, esse Tribunal Constitucional estaria realizando o papel de “legislador negativo”. Porque, ao contrário do Poder Legislativo, eleito democraticamente, a Corte Constitucional, quando julgasse com base na própria concepção desses princípios constitucionais de termos vagos (como justiça, liberdade, igualdade, entre outros), estaria legislando, mas sem a legitimidade político-democrática que o Legislativo possui.

Logo, o raciocínio do positivismo jurídico normativista de Kelsen quanto ao controle de constitucionalidade, quanto ao problema dos princípios jurídicos e quanto ao problema da falta de legitimidade política para que o Magistrado constitucional profira uma sentença que cria direito novo, pode ser resumido do seguinte modo:

1. O Mestre de Viena entendia que, para se guardar a Constituição, seria necessário um Tribunal Constitucional que exercesse uma função jurisdicional, pois seria esse um órgão mais independente das influências jurídicas e que protegeria com eficácia as diretrizes constitucionais, protegendo, por exemplo, as minorias contra o poder político da maioria de uma República democrática, já que, o controle de constitucionalidade se realizaria por meio de um processo judicial com contraditório;
2. Assim, criar-se-ia sempre um direito novo quando se julgasse inconstitucional uma lei, devido a sua tese de que o juiz está livre para decidir subjetivamente quando a norma permitisse (devido ao espaço discricionário que a norma dá para o intérprete autêntico, devendo se limitar somente à “moldura” dela);
3. Logo, caso haja a presença de princípios jurídicos na Constituição com termos vagos, como o princípio da justiça, por exemplo, Kelsen entendia que, no momento em que houvesse controle de constitucionalidade baseado nesses princípios jurídicos positivados, presumir-se-ia, portanto, que o legislador tivesse autorizado o Magistrado constitucional a dar o sentido que lhe conviesse sobre o que é “justiça”.

Portanto, conclui-se que, devido à “inevitabilidade” de haver uma decisão pelo juiz constitucional baseada em vontade própria, seria também inevitável que o juiz não acabe por realizar o papel do Poder Legislativo.

Porém, em relação à tese da ilegitimidade da Corte Constitucional em “usurpar” a função legislativa, não se pode concordar com ela, pelo menos

na perspectiva atual do controle de constitucionalidade brasileiro, porque se deve lembrar que o Tribunal Constitucional é formado pela indicação daqueles ditos como politicamente legitimados a legislar e a governar (Poder Legislativo e Executivo).

Logo, não incorreria em ilegitimidade a jurisdição constitucional que criasse direito novo, até mesmo porque isso sempre seria algo inevitável, pois sempre se criaria direito novo pelo juiz, seja ele constitucional ou ordinário, no momento em que julgasse um caso concreto, conforme a teoria da interpretação de Kelsen, na qual este diz que o Magistrado realiza um ato cognitivo e constitutivo (criativo) ao mesmo tempo.

Assim, concorda-se com Souza Neto sobre o fato de que o positivismo jurídico exegético não se coaduna com o positivismo jurídico normativista de Hans Kelsen, uma vez que este superou aquele na tradição jurídica, quando contestou a tese de que seria o juiz um mero porta-voz da lei.

E na mesma linha de pensamento de Souza Neto, reconhece-se que é necessária a revisão ou a superação do normativismo, para que se possa evitar, dessa maneira, um excesso, ou propriamente, um decisionismo irracional em que pode incorrer o Judiciário, como a doutrina de Kelsen legou para a atualidade, apesar de todos os reconhecidos e louváveis esforços do Mestre de Viena para com o Direito.

Logo, pode-se afirmar que esse projeto de superação da *teoria pura do Direito* também era um dos objetivos de Kelsen, pois o Mestre deixou esse desafio para as gerações futuras resolverem, ou, pelo menos, tentarem pensá-la de forma crítica, visando ao futuro do estudo do Direito e à defesa das garantias constitucionais, como o presente artigo pretende.

REFERÊNCIAS

- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Agalaé. *História da filosofia do direito*. Barueri: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2008.
- COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e naturalidade ideológica em Kelsen. In: KARAM, Munir; PRADO, Luís Regis (Coord.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução à edição brasileira. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: uma introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- _____; LUNARDI, S. R. G. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: _____. DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. A garantia jurisdicional da constituição. In: _____. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. In: _____. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

MAIA, Paulo Sávio Nogueira Peixoto. O guardião da constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: *Rechtsstaat* como referência semântica na memória de Weimar. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, 2007. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10482/3525>>. Acesso em: ago. 2010.

REALE, Miguel. A visão integral do direito em Kelsen. In: KARAM, Munir; PRADO, Luís Regis (Coord.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.