

4

A decisão judicial em H. KELSEN: a insuficiência de um marco positivista.

KELSEN e seu projeto com fins a uma “teoria pura do direito”, como referência do séc. XX em termos de teoria do direito foi, desde sempre, alvo de várias acusações. Como o próprio KELSEN disse, “*não há qualquer orientação política de que a teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita*” (KELSEN, 1998, p.XIII). Comumente seu projeto foi acusado de ser “*um jogo vazio de conceitos ociosos*”, “*um perigo sério para o Estado e para o Direito*”, uma teoria “*afastada da vida real*” e, por isso mesmo, “*sem valor científico*”, além de ser sempre vista como “*filiada a uma determinada atitude política*” respectivamente oposta à dos críticos em questão, neste sentido sendo classificada como “*fascista*”, “*liberal-democrata*”, “*social-democrata*”, “*ideologia de estadismo capitalista*”, “*anarquismo velado*”, e até mesmo num giro religioso, também, foi acusada de ser tanto possuidora de um “*espírito escolástico*”, como também, de um estigma “*ateísta*” (KELSEN, 1998, p.XIII). Mas nestas críticas sortidas, ou seja, na possibilidade de se poder tudo projetar em sua teoria, KELSEN vê o resultado mesmo de sua pureza, de sua delimitação frente, à política em seu sentido mais amplo. Em meio a tantas críticas indignadas frente à “pureza” de seu projeto, KELSEN afirma que por detrás destas críticas não residiriam preocupações científicas, mas, antes de tudo, “*motivos políticos*” providos de “*elevada carga afetiva*”. Justamente neste sentido, KELSEN vê em seus opositores pessoas que se achavam capacitadas a, com suas ciências, oferecerem respostas a como devem ser “corretamente” resolvidos os conflitos de interesse dentro da sociedade, o que só poderia resultar de uma *advocacia de postulados políticos de caráter subjetivo, ainda que movidos com a melhor das boas fés* (KELSEN, 1998, p.XIII).

Especificamente, no que tange a sua teoria da decisão judicial erguida sobre a diferenciação estrutural entre “*ser*” e “*dever-ser*”, “*causalidade*” e “*imputação*” (enquanto critério/forma de ligação silogística entre premissas), e entre sistemas normativos “*estático*” e “*dinâmico*” (enquanto relação de fundamentação do próprio sistema), esta foi acusada de ser “*decisionista*” e “*discricionária*”, além de incapaz de operar devidamente o Direito, representando, o que, de corpo inteiro, poderia se chamar de uma teoria em

“estado convulsivo” e “argumentativamente insustentável”, “um sistema claustrofóbico”, “incapaz de enxergar seus próprios limites” (CHAMON JUNIOR, 2008, p.161).

Enfim, antes de escarafunchar os pontos críticos da teoria da decisão judicial de KELSEN, cuja discussão for proveitosa, neste contexto cabe uma descrição de seu projeto no que se refere especificamente à fundamentação/justificação do lugar e status da decisão judicial dentro de sua concepção de Direito.

Bom, ao que KELSEN centralmente se propôs foi desvincular o conhecimento do Direito de tudo que não fosse o próprio Direito e, para isso precisou desprender-se de todo conteúdo ideológico e político, ou seja, desvencilhar-se de tudo que fosse estranho ao Direito, realizando assim o pressuposto neo-positivista de *descrever de forma neutra o seu objeto de conhecimento*: o Direito. Por isso, como bem advertiu, longe de pretender um *Direito puro*, já que este sempre estaria sujeito a disputas políticas, KELSEN pretende elaborar uma teoria que *conhece o Direito de forma pura*; não qualquer forma de se dizer o que “é” ou o que “deveria ser” o Direito, mas uma *ciência* do Direito, ou seja, um conhecimento seguro, porque *científico, neutro e descritivo*.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e exclui deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. (KELSEN, 1998, pp.01 e 77).

Como bem observa ADRIAN SGARB, KELSEN, com seu projeto, quer “a elaboração de uma teoria do direito positivo que seja independente dos particularismos da realidade de cada país” (SGARBI, 2007, p.01). Assim, diz-se “pura”, porque visa viabilizar uma leitura específica da juridicidade do Direito, observável pela descrição da norma jurídica. Por isso pretendeu KELSEN uma *teoria pura* e não um *direito puro*. É assim, que longe de buscar prescrever juízos sobre o que *deveria ser* o bom ou mal direito, a ciência jurídica, ou seja, a ciência do Direito deveria identificar o que “é” e o que “não é” Direito; quais normas, portanto, pertencem ao Direito. Em última instância pode-se dizer que KELSEN tentou, em abstrato, dizer o que é o *Direito* de uma comunidade. Essa distinção desde cedo delineada entre *descrever o Direito* e *prescrever o Direito* é

justamente o que mostra que “a despolitização que a teoria pura do direito exige se refere à ciência do direito não ao seu objeto, o direito” (SGARBI, 2007, p.02). Empreitada esta marcada pelo entusiasmo gerado com o avanço das ciências naturais capazes de proporcionarem segurança na medida da exatidão e controle do conhecimento: *prognose e posgnose*.

Assim, especificamente nos fundamentos de sua teoria, Kelsen observou que, na natureza, regida pelo “*princípio da causalidade*”, a observação e descrição dos fenômenos geraram a possibilidade de previsibilidade de ocorrências futuras. Sempre que soltarmos um lápis, a força da gravidade atuará inexoravelmente, formando assim uma trajetória de queda. A descrição deste fenômeno, que não fora criado pelo homem, possibilitou o seguro e universal conhecimento segundo o qual “*dada a ‘força’ da gravidade, os objetos ‘formam trajetória de queda’ quando soltos no ar; assim, em todo lugar em que se mantiver a mesma condição, igual efeito sucederá*” (SGARBI, 2007, p.03). A marca dos fenômenos da natureza seriam, então, a sujeição a uma necessária relação causal entre causa e efeito. Isso no “*mundo do ser*”. O que quer dizer estar sujeito ao “*princípio da causalidade*”.

Diferentemente dos fatos da natureza inexoravelmente sujeitos a uma relação onde o efeito surge naturalmente pós-ocorrência de um evento/causa, os deveres estão sujeitos à vontade do homem; não são decorrências naturais e, justamente por isso, não respondem a um princípio de causalidade e sim a uma “*relação de condição e consequência atribuída pelo homem*” (SGARBI, 2007, p.07), ou seja, “*princípio de imputação*”.

É justamente essa característica atributiva volitiva que marca os sistemas jurídicos, o que inclusive permite a mudança no modo e objeto de tutela do aparato jurídico. A ligação entre duas ocorrências não se dá de forma naturalística e sim através de um ato humano que “*imputa*” a um fato uma consequência. Daí que, se por um lado, sempre que alguém soltar um lápis este “*fará*” trajetória de queda (*ordem do “ser”*), por outro, não necessariamente sempre que alguém matar outrem haverá a decretação de uma pena restritiva de liberdade, simplesmente “*deverá ser*” decretada após o devido processo de imputação (*ordem do “dever ser”*). Isso porque a ligação entre as ocorrências está a depender de um complexo ato de *imputação*, não automático e naturalístico como na causalidade da natureza.

Segue, então, Kelsen:

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: o que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? (KELSEN, 1998, p.215).

É diante desta questão que KELSEN demonstra a distância entre as diferentes formas de fundamentação do Direito: *estática* e *dinâmica*.

“*Fundamentar*’ o direito significa responder à interrogação do porquê devem ser acatadas as normas de um ordenamento jurídico positivo” (SGARBI, 2007, p.08).

“*Estática*” seria a fundamentação baseada em uma “*seqüência lógica de deduções*”, numa relação de pertencimento formulada a partir do conteúdo da ordem normativa, ou seja, por meio de uma “*operação intelectual de inferência*” capaz de identificar o conteúdo “*já implícito*” no ordenamento a derivar para um escalão inferior. Esta forma de fundamentação normativa seria peculiar ao sistema normativo da moral, segundo KELSEN. Da ordem “*devemos amar o nosso próximo*” poderia derivar, por exemplo, a norma “*não devemos fazer mal ao próximo*” (KELSEN, 1998, p.218).

Mas KELSEN vê uma certa irracionalidade na adoção deste tipo de fundamentação para seu projeto científico. E aqui se tem uma passagem desveladora da preocupação de KELSEN com seus postulados positivistas de pureza, próprio do séc. XIX:

O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito é como se mostrará insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade. (KELSEN, 1998, p.218). Grifou-se.

A adoção de uma norma fundamental em termos de fundamentação estática do Direito tratar-se-ia, “*portanto, de uma norma estabelecida por um ato de vontade*” (KELSEN, 1998, p.219), de uma *crença*.

De outro lado existiria, contudo, o sistema normativo “*dinâmico*”. Este, por sua vez, teria entre suas derivações silogísticas autorizações de atos de vontade, ou seja, delegações de competência, poder para produção normativa. É justamente neste sentido que KELSEN afirma que:

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou _ o que significa o mesmo _ uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental (KELSEN, 1998, p.219).

O Direito seria, portanto, segundo KELSEN, um sistema dinâmico formado por uma cadeia de autorizações firmada em uma “*grundnorm*” (KELSEN, 1998, p.09), (pressuposto fundante da validade objetiva dos atos subjetivos mediadores de escalões normativos derivativos). Assim, frisando, como ADRIAN SGARB: “*Portanto, na leitura de Kelsen, os ordenamentos jurídicos _ todos eles _ são ‘dinâmicos’, porque as normas têm origem em uma complexa organização de produção normativa por ‘competência’ e ‘delegação de competência’*” (SGARBI, 2007, p.09).

O Direito é construído de forma escalonada e piramidal, de maneira que uma norma retira sua validade de uma norma de escalão superior. Ser válida é existir, ou seja, ser juridicamente obrigatória, tanto para seus *observadores* quanto para seus órgãos *aplicadores* (KELSEN, 1998, p.12).

Assim chega-se à conclusão, no que se refere às indagações acima expostas, de que uma ordem normativa tem sua unidade fundada em uma norma fundamental “*não querida*”, e sim pressuposta, e que uma norma específica pertence a uma ordem específica quando for criada de acordo com os procedimentos autorizados por esta norma última do sistema. Neste mesmo diapasão uma norma vale porque foi criada segundo a competência conferida por uma norma de escalão superior a um agente legislador/aplicador do Direito, seu criador.

Bom, de forma sintética pode-se dizer que o sistema do Direito, em KELSEN, é um sistema onde as normas retiram sua validade de uma norma hierarquicamente superior, que confere a alguém a competência para criá-las segundo *seus atos de vontade*, que serão objetivamente válidos se estiverem de acordo com a competência conferida. Tudo isso fundamentado em última instância em uma norma fundamental pressuposta que fundamenta a operacionalização e a própria existência do sistema.

Sabe-se, portanto, que entre uma *norma de escalão superior* e a criação de uma *norma de escalão inferior* existe um *ato de vontade*, um *ato subjetivo* que aplica, na hora de criar uma norma, a norma autorizativa, ou seja, a norma de escalão superior. É aqui que entra para, KELSEN, a questão da interpretação. E aqui já se direciona o foco do texto mais diretamente à decisão judicial, para cumprir a finalidade do presente capítulo.

Assim KELSEN classifica a interpretação como sendo “*uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior*” (KELSEN, 1998, p.387), na tarefa de

saber “qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial [...]” (KELSEN, 1998, p.387). A interpretação, portanto, é algo inerente a toda aplicação normativa.

Mas não apenas os órgãos que aplicam o direito têm que interpretá-lo; também o farão os cientistas e as pessoas que têm de observar este mesmo Direito.

KELSEN observa que todo comando normativo preserva uma *relativa indeterminação em seu ato de aplicação*, que ficará a depender de “*circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever*” (KELSEN, 1998, p.388). Desta forma sempre existirão indeterminações “*intencionais*” e “*não-intencionais*” referentes aos comandos normativos.

Seja pela indeterminação da aplicação de uma norma decorrente de sua própria constituição, como nos casos de fixação de pena onde a norma traz seu próprio espaço de variabilidade, ou pela pluralidade de significações dos termos lingüísticos pelos quais a norma tenta se exprimir (nascer do texto), várias possibilidades de aplicação da norma colocar-se-ão à disposição de seu órgão aplicador. Há ainda a possibilidade de se acreditar na discrepância entre a letra da lei e sua fidelidade para com a intenção de seu criador (KELSEN, 1998, p.389).

Assim KELSEN chega a conclusão de que

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (KELSEN, 1998, p.390).

Seja qual for a *norma/interpretação*¹ aplicada em um caso concreto, KELSEN assevera que esta se apresenta apenas como “*uma*” entre várias possíveis, e não como “*a*” norma individual. Isso porque KELSEN quer fazer frente à jurisprudência tradicional que crê poder esperar da interpretação uma única resposta correta para o caso concreto. Assim se expressa:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta

¹ É importante a observação de SGARB quanto a expressão “interpretação jurídica”: “(...) a expressão ‘interpretação jurídica’ sofre de ambigüidade processo-produto. Tanto se pode, com ela, designar o ‘ato’ de interpretar (processo) como, também, o ‘resultado’ do ato interpretativo (produto).” Essa distinção deve ser devidamente notada no texto. SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen: Ensaio Introdutório*. p. 90.

(ajustada), e que a 'justeza' (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (KELSEN, 1998, p.391). Grifou-se.

Para KELSEN *justeza e correção* não são uma questão de direito positivo!

Seja como for, KELSEN afirma uma necessidade de interpretação justamente decorrente da falta de critérios próprios do direito positivo para resolver suas indeterminações estruturais. Nunca é demais observar que KELSEN está estruturando um projeto de direito positivo e, por isso mesmo, vai insistir que mesmo que na aplicação do Direito possa ter lugar para uma atividade cognoscitiva (para escolha da melhor interpretação) do órgão aplicador do Direito na criação de uma norma inferior, não quer dizer que se trate de um conhecimento do Direito positivo, mas sim de outros tipos de normas com incidência no processo de aplicação normativa, como por exemplo, normas de Moral, de Justiça ou de Valores Sociais (KELSEN, 1998, p.393). Assim, todo ato de aplicação normativa, face a casos de pluralidade de possibilidades de aplicação, faz referência a um *ato de conhecimento* e também um *ato de vontade _ aplicação e criação*.

Dois tipos de interpretação são destacados por KELSEN: a "*autêntica*" que cria e aplica direito e a "*científica*" que desvela as possíveis interpretações intramoldurais.

Interpretação "*não autêntica*" para KELSEN, é a interpretação realizada por qualquer pessoa que não seja órgão com competência para aplicar o Direito, o que difere de observar o Direito. Assim a interpretação do Direito realizada pelas pessoas comuns a fim de observá-lo, bem como, a interpretação realizada pelos estudiosos do Direito, seriam interpretações não autênticas, com a característica de que se tivessem o espírito meramente descritivo, tratar-se-ia de interpretação científica "técnica", ao passo que, se fossem movidas por escolhas intramoldurais seriam leituras não científicas, *política-jurídica*.

Bem, fornecidas as possíveis interpretações de uma regra, ou seja, apresentadas as várias possíveis normas/interpretações, construída a moldura normativa pela interpretação científica, cuja tarefa é mesmo "*estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica*" (KELSEN, 1998, p.395), KELSEN observa que

[...] a questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer _ segundo o próprio pressuposto de que se parte _ uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito (KELSEN, 1998, p.393).

Assim, qualquer das interpretações escolhidas pelo aplicador é válida! Acrescenta-se a este comentário a descrença de KELSEN em uma racionalização da idéia de justiça: “*considerando o trinômio ‘ordem social-racionalidade-justiça’, o pressuposto ou a premissa para se estabelecer o que é e o que não é o direito não pode ser, por conseguinte, a justiça, ou um critério com base na idéia de justiça [...]*” (SGARBI, 2007, p.77). Ou seja: “O problema dos valores é, antes de tudo, o problema dos conflitos de valores. E esse problema não poderá ser solucionado com os meios do conhecimento racional”. (SGARBI, 2007, p.77). Grifou-se.

Por interpretação “autêntica”, KELSEN vai entender ser aquela realizada pelos órgãos competentes pela aplicação do Direito, na qual

[...] a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva (KELSEN, 1998, p.394).

Autêntica é a interpretação dos órgãos competentes para a “aplicação” do Direito, que sempre, cumulativamente, “aplica” e “cria” Direito. Mas também segundo KELSEN, pela interpretação autêntica que cria Direito seria possível “produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 1998, p.394), o que produziria uma nova norma jurídica, desde que não estivesse ao alcance da anulabilidade, ou seja, já houvesse *transitado em julgado* (KELSEN, 1998, p.395).

Mas, para além de se pensar projetos teóricos, é preciso pensar sempre nas *conseqüências políticas e práticas destas mesmas construções*. É, sobretudo, nesta perspectiva, que se observam algumas questões pontuais sobre o projeto positivista descritivo do Direito, nos termos apresentados.

A primeira questão, extremamente basilar, a ser enfrentada é justamente saber até que ponto o projeto positivista kelseniano corresponde a sua expectativa de neutralidade, cientificidade e descritibilidade de seu objeto.

Sem delongas, e acertando no ponto nuclear do projeto positivista kelseniano, retomando toda a potencialidade da *virada hermenêutica* vista no item “2.1”², pode-se questionar: em que medida KELSEN descreve o Direito? Ou melhor, será que um modelo de regras positivas, estático e imputacional nos

² Apontamentos sobre o giro hermenêutico pragmático: a clássica cisão entre descrever e prescrever como incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento.

termos da “Teoria Pura do Direito” realmente descreve de forma neutra seu objeto (o Direito)? Ou será que este projeto não consegue descrever nada além do que sua *própria* e *parcial* definição do que seja um sistema de direitos? KELSEN, com seu projeto, responde de forma neutra a pergunta, *o que é o Direito?*

Parece que estas questões se encontram sujeitas a uma visão não neutra do que seja neutralidade! Mas isso está longe de comprometer a figura de KELSEN, um teórico refém de seu tempo (o que não poderia ser diferente).

É importante lembrar quais críticas a teoria pura recebeu! Ou seja, críticas de ideologias políticas muito bem definidas publicamente, todas de natureza, digamos, de massa (“*fascista*”, “*liberal-democrata*”, “*social-democrata*”, “*ateísmo*”, etc.). Ideologias políticas de estrutura axiológica “*definida*” e “*imperativas*”.

Tudo isto para dizer que KELSEN está envolto e dedicado a dar conta de um conjunto de argumentos ideológicos e políticos carregados daquilo que DWORKIN chama de “*preferências externas*” (DWORKIN, 2002, p.423). São preferências externas “*porque expressam uma preferência pela atribuição de bens e oportunidades a outras pessoas*” (DWORKIN, 2002, p.423). Neste sentido realmente nenhum sistema normativo poderia ser pensado como científico, neutro ou justo, porque sempre fundamentados parcialmente. O que, por sinal, levou KELSEN a lançar mão do projeto positivista que cinde no Direito suas partes conceitual e normativa como antídoto à sua corrupção funcional externa. A teoria pura do Direito, ao efetuar seu corte metodológico científico, inevitavelmente recorta seu objeto. E essa é a questão mais fundamental! Várias críticas a KELSEN e ao seu projeto são rebatidas com a alegação de que o referido autor não tratou do tema “Direito” e sim do tema “Ciência do Direito”. Mas a incompreensão está no fato do filósofo não ter percebido que, mesmo se atendo a uma ciência do Direito, o recorte metodológico eleito restringiu, no campo funcional, a idéia de Direito à sombra do referido recorte. Objetivamente: ao dizer que o objeto da ciência do Direito são as regras positivas, KELSEN delimita o próprio Direito a um modelo de regras incapaz de descrever o Direito em sua integridade, o que torna sua pretensão de neutralidade parcial, ou seja, só é neutra se observada desde dentro de seu próprio projeto, isto porque se seus pressupostos pré-científicos são postos sob análise, imediatamente a máscara de sua neutralidade é retirada. Mas esta parcialidade longe de ser um erro é uma “inevitável” ocorrência no mundo cognitivo humano. Afinal tratando-se de conhecimento de um objeto “*não existe compreensão nem interpretação*

em que não entre em funcionamento a totalidade desta estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas a de ler “o que aí está”, e de extrair das fontes “como realmente foi” (GADAMER, 1999, pp.396-397).

KELSEN, na defesa de uma ciência descritiva, prescreve um recorte do que seja o Direito.³ Ainda que não faça referência a conteúdo material, a obra de KELSEN prescreve um modelo de regras! Por isso, linhas acima KELSEN foi classificado como um refém de seu tempo; afinal todos o são! KELSEN refutava confusões entre sistemas materiais de “preferências externas” como Direito, moral, justiça, política, etc. Essa era a questão central, por isso, longe de criticar uma postura metodológica cuja integridade de sentido encontra-se amarrada em seu tempo, o presente capítulo contenta-se em seguir na demonstração da “insuficiência” de um marco positivista em termos de teoria da decisão judicial.

Dois pontos são fundamentais e expressam justamente o recorte metodológico positivista de KELSEN em termos de teoria da decisão judicial: a liberdade do juiz de decidir entre as possíveis interpretações de uma norma e a capacidade dos cientistas de descreverem todas as possíveis leituras de uma regra (questões sustentadas pelo pressuposto filosófico e científico positivista de descrição neutra; já refutado no item “2.1”).

Respectivamente diria KELSEN:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer _ segundo o próprio pressuposto de que se parte _ uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito (KELSEN, 1998, p.393).

A interpretação estritamente científica é aquela que revela “todas as possíveis significações” (KELSEN, 1998, p.396) de uma regra, sem dizer qual dentre elas se faz mais ou menos adequada ou correta.

Antecipadamente, concluindo com os parágrafos anteriores, pode-se notar respectivamente aos enunciados de KELSEN que, realmente, dizer qual dentre as

³ “... o termo ‘direito’ (*law*) pode ser usado de maneira que torne a tese positivista verdadeira por estipulação. Isto é, ele pode ser usado de tal maneira que aquele que fala somente reconheça como padrões ‘jurídicos’ aqueles que forem citados por juízes e juristas _ os quais, na verdade, são identificados por algum teste comumente aceito. Não há dúvida de que ‘direito’ pode ser usado dessa maneira e talvez alguns juristas procedam assim. Eu, porém, estava interessado no que considere um argumento sobre o conceito de direito que é hoje de uso generalizado. Trata-se, penso eu, do conceito de padrões que estipulam os direitos e deveres que um governo tem o dever de (*hás a duty to*) reconhecer e fazer cumprir (*enforce*), ao menos em princípio, através de instituições conhecidas como os tribunais e a polícia. Meu ponto era de que o positivismo, com sua doutrina do teste fundamental, normalmente reconhecido, toma parte da esfera de aplicação do conceito como se fosse o todo.” (grifo nosso). DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 75. Grifou-se.

várias possibilidades de aplicação normativa é a correta, não é objeto de uma teoria do direito positivo. Mas isso não quer jamais dizer que não seja objeto de uma teoria do Direito.⁴ E essa é a questão!

Ainda no que toca o recorte positivista, assinala DWORKIN:

O positivismo jurídico rejeita a idéia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a idéia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade (DWORKIN, 2002, p.XIV).

Levando em consideração toda a discussão e conclusão retirada da virada hermenêutica, o “cientista do Direito” nem realiza de forma *neutra* seu trabalho de conhecimento e muito menos é capaz de fornecer *todas as possíveis interpretações* de uma norma. Afinal, como conseguiria, por exemplo, dizer quais seriam as possibilidades de interpretação do antigo termo de recorrência penal “*mulher honesta*”, ou mesmo o postulado constitucional “*vida digna*” em um país de dimensão continental como o Brasil, sobretudo, mult-cultural? Questão, inclusive, que funciona como crítica à característica do projeto kelseniano de pregar uma *comunidade fechada de intérpretes do Direito*.

Mas, se a negação de um poder discricionário, em termos de teoria da decisão judicial, se faz indispensável à aproximação de um conceito de justiça, primeiro deve-se esmiuçar mais esta questão: *em que medida pode-se falar de poder discricionário em termos de decisão judicial?*

O crítico ferrenho do positivismo que marca a parcialidade metodológica desta questão, neste texto, é Ronald DWORKIN. Colocada a questão do positivismo jurídico, na vertente kelseniana, faz-se necessário apresentar os argumentos de DWORKIN para então deixar clara a insuficiência, em termos conceituais mesmo, e posteriormente normativa, do positivismo jurídico, no que tange a uma teoria da decisão judicial.

⁴ É claro que estamos falando de uma das figuras mais importantes em termos de teoria do direito do séc. XX, mas tal reconhecimento não é capaz de por si só, afastar as críticas sérias e comprometidas com um projeto que leva a sério a idéia sobre o que seja o Direito. Ora, quem é KELSEN ou qualquer outro teórico para taxar o que é e o que não é objeto de uma teoria do Direito? É mais que notória, em KELSEN, a conseqüência restritiva do que sejam os direitos. KELSEN com seu projeto, claro fantástico, impõe, “a partir de si mesmo”, em decorrência de seu recorte epistemológico o que seja o Direito e o que vale como Direito. Por mais forte que possa ser tal afirmação, KELSEN não conseguiu ver sua própria imagem refletida nas páginas da “Teoria Pura do Direito”, bem como não conseguiu ver nas “descrições” as digitais dos “cientistas”. A pureza de sua ciência foi se contaminando na medida de sua produção. KELSEN não foi capaz de perceber a clássica cisão entre descrever e prescrever como uma incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento.

Bom, pode-se dizer que certamente DWORKIN assume um projeto nada fácil!

DWORKIN, já na introdução de *“Levando os Direitos a Sério”*, demonstra e analisa algo que está por detrás de toda sua obra, bem como de todo o movimento de *“retorno ao direito”*⁵, ou seja, analisa no que chama de *“teria dominante”*, a fragilidade da negação de uma aproximação das partes conceituais e normativas em termos de teoria do Direito.

Esta atitude política chamada de *“liberalismo”*, teoria dominante, finca suas bases sobre a construção filosófica de JEREMY BENTHAM, composta pela teoria do positivismo jurídico (*parte conceitual que dá resposta à questão: o que é o Direito?*) e pela teoria do utilitarismo (*parte normativa que fixa o objetivo do Direito na promoção do bem-estar geral*), a teoria dominante é o objeto de análise de DWORKIN, que analisa suas partes em separado (positivismo e utilitarismo), bem como a premissa de que são independentes. Outrora, já fora citada a intenção de DWORKIN expressa em sua introdução: *“Uma teoria geral do direito dever ser ao mesmo tempo normativa e conceitual”* (DWORKIN, 2002, p.XIII).

DWORKIN segue analisando aquilo que para ele é a *mais influente versão contemporânea do positivismo*, que é justamente a proposta de H. L. A. HART. Duas observações: Os argumentos trazidos serão os que pareceram mais relevantes para a compreensão do ato da decisão judicial em si, pelo marco do positivismo: o poder discricionário do Juiz; e segundo, mesmo que DWORKIN faça referência a HART e não a Kelsen, as semelhanças entre estes projetistas nos autorizam a tal opção dialógica.

DWORKIN desenha o positivismo com as seguintes características gerais:

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras, identificáveis por uma regra superior de *pedigree* que distingue proposições espúrias e normas de natureza não jurídica (DWORKIN, 2002, p.27-28).

(b) Regras e direitos são co-extensivos, não havendo mais regras, também não mais há direitos e, a partir daí, a resolução de um caso decorre da autoridade de um agente público que deve buscar, com base em seu discernimento pessoal, um padrão capaz de orientar a confecção da nova norma. Isso quer dizer *ir além do direito* para decidir um caso posto em tela (DWORKIN, 2002, p.28).

⁵ Ver, cap. 2.3, p. 09.

(c) Dizer que alguém tem direito (que outras pessoas estão obrigados juridicamente em relação a este) é dizer que seu caso se enquadra em uma regra válida. Sem regra válida não há obrigação jurídica. Dizer que alguém tem um direito é dizer que existem outras pessoas juridicamente obrigadas segundo este mesmo direito. Assim, quando o juiz age discricionariamente, ele não está fazendo valer um direito e, portanto, não está juridicamente obrigado (DWORKIN, 2002, p.28).

Mas, como diz DWORKIN, este é apenas um esqueleto do positivismo, sujeito a *re-arranjos de carne e até de ossos*, o que se nota pela peculiaridade de projetos como os de teóricos como JOHN AUSTIN, ALF ROSS, HERBERT L. A. HART e mesmo H. KELSEN.

“*Quero lançar um ataque geral contra o positivismo [...]*” (DWORKIN, 2002, p.35).

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece sugar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão. [...] vou defender uma teoria melhor (DWORKIN, 2002, p.127).

DWORKIN é muito claro ao recusar aquilo que chamou de *discricionariiedade em sentido forte*, ou seja, o poder de em “*certos assuntos não estar limitado pelo poder da autoridade em questão*” (DWORKIN, 2002, p.52). É o que se nota, diria ele, quando um sargento recebe a ordem de escolher *quaisquer cinco homens* para uma patrulha.

Pontualmente, o que DWORKIN chamou de discricionariiedade em sentido forte pode ser melhor demonstrado na seguinte passagem já transcrita neste texto: “*o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.*” (KELSEN, 1998, p.390). Grifou-se.

E se KELSEN ponderou que a questão de que saber qual é o direito de um caso difícil “*não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito*” (KELSEN, 1998, p.393), DWORKIN foi, mais uma vez, claro ao mostrar que “*Aceitar uma regra como obrigatória é diferente de adotar como regra, para si mesmo, fazer determinada coisa*” (DWORKIN, 2002, p.47).

O presente texto valoriza, sobremaneira, a ligação que DWORKIN permite reafirmar entre *direito* e *obrigação jurídica*. Assim DWORKIN quer mostrar pela exposição da natureza da obrigação jurídica o papel desempenhado pelos princípios e, conseqüentemente, a insuficiência do marco positivista. Respectivamente a primeira passagem a ser transcrita faz referência ao marco teórico do próprio DWORKIN, ao passo que a segunda faz referência à tese positivista do Direito.

(a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos “o direito” inclui, pelo menos, tanto princípios como regras.

(b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios são obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como Riggs e Henningsen o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios extra-legais que tem liberdade de aplicar, se assim o desejar (DWORKIN, 2002, p.46-47).

Para Dworkin, analisar esta distinção é fundamental, e nela se encontra a questão de saber “*qual das duas presta contas de um modo mais preciso da situação social*” (DWORKIN, 2002, p.48). Neste sentido, se tomarmos esta segunda tese em questão, um juiz que adotasse costumeiramente determinados princípios para resolver casos nebulosos de uma dada natureza, mas que em uma demanda específica não o fizesse, não poderia ser discriminado em termos de acerto ou erro e, na verdade, em termos de jurídico e antijurídico. Assim, quando um juiz que condenou um assassino à pena máxima, condenasse um outro assassino, cujos casos encontram-se em “mesmo” nivelamento analítico, à pena mínima, nada poderia ser dito a este magistrado em termos jurídicos. Isso porque os princípios de dosimetria e isonomia de tratamento, muito embora comumente adotados por este mesmo magistrado, não lhe imporiam nenhuma *obrigação jurídica*, ou seja, não se trataria de *normas jurídicas*, mas sim de conselhos aceitáveis ou não. DWORKIN exemplifica o emprego jurídico dos princípios, lançando mão, em “*Modelo de Regras I*”, dos casos *RIGGS VS. PALMER*⁶ e *HENNINGSSEN VS. BLOOMFIELD*.⁷

⁶ *Riggs vs. Palmer*: trata-se de caso decidido na corte de apelação do Estado de Nova Iorque, no ano de 1889, cuja temática tratava de um neto (assassino de seu avô e interessando em seus bens) que demandava o direito aos benefícios sucessórios decorrentes da morte de seu ascendente. A referida corte negou o pedido do demandante sob o argumento de que havia um princípio social segundo qual ninguém poderia se beneficiar da ilicitude de seus atos.

⁷ *Henningsen vs. Bloomfield*: Neste caso mesmo tendo o fabricante de automóveis restringido, por contrato, seu dever de indenização para com os compradores de seu produto, apenas às peças defeituosas, o demandante (*Henningsen*) conseguiu no tribunal o direito à indenização decorrente de acidente.

O mais interessante é que se, em casos nebulosos, seja qual for a natureza, os princípios não puderem *inclin*ar a decisão em uma direção (DWORKIN, 2002, p.57), nunca haverá sentido a proposição de um demandante que diz “*ter direito a alguma resposta jurisdicional*”.

E o que falar do poder “revogador” dos tribunais, seja na sua forma concentra ou difusa? Se não houver princípios obrigatórios para os juízes, não se poderá falar em obrigação jurídica na grande maioria dos casos apresentados ao judiciário, como também poderá não haver obrigatoriedade de cumprimento da legislação já que os magistrados poderiam revogar *normas* validas em detrimento de “outras”, segundo sua própria convicção de como resolver conflitos normativos ou falta de validade material. “*Se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito nos termos do modelo positivista*” (DWORKIN, 2002, p.59).

O elo que une o *Direito à obrigação jurídica* é fundamental, inclusive, para a manutenção da estrutura positivista de Direito. Mas, como observa DWORKIN, o problema dos positivistas não é não perceberem os princípios, mas sim, vê-los como regras “*manquées*” (DWORKIN, 2002, p.62). A questão é mesmo referente a uma associação restritiva do termo Direito à idéia lei, de regras. Seja qual for o tratamento dado aos princípios _ “*aquilo que os tribunais têm por princípio fazer*”, ou “*política do Direito*” _ , DWORKIN ataca dizendo que os positivistas chegaram a uma falsa conclusão, pelo fato de estarem presos à identificação estabelecida entre direito e regras, fazendo com que o tratamento despendido aos princípios aparecesse como um falso silogismo. “*É como se um zoólogo tivesse provado que os peixes não são mamíferos e então concluído que na verdade eles não passam de plantas*” (DWORKIN, 2002, p.63).

A tese positivista obriga-se a lançar mão do poder discricionário em sentido forte por questões que já nos são conhecidas como, por exemplo, não reconhecer, devidamente, o papel da moral e da política para o Direito, e na verdade o papel de *complementaridade* que estes padrões normativos têm em relação ao Direito.

Mas, o que DWORKIN quer mostrar é que, mesmo em casos difíceis, onde não houvessem regras, ou clareza suficiente, para se decidir uma causa levada ao judiciário, *uma das partes teria o direito de ganhar a demanda*. Isso porque, onde KELSEN viu “*política do Direito*”, DWORKIN está vendo “*uma questão de princípios*”. É extremamente importante lembrar, neste exato ponto, que DWORKIN engloba, com sua teoria dos princípios, uma teoria normativa do

Direito, não confeccionada, ou seja, não construtivista, mas sempre re-construtivista da normatividade própria do jogo social espontâneo da sua comunidade de princípios. “A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”. Grifou-se (DWORKIN, 2002, p.64).

O que KELSEN não teve capacidade de notar foi, justamente, o fato de que mesmo diante das indeterminações “*intencionais*” e “*não intencionais*” do direito positivo, existem padrões normativos capazes de gerar obrigação jurídica e que, justamente neste sentido, compõe a parte conceitual do Direito, agora visto como um sistema composto de *normas* que funcionam tanto como “*regras*”, como “*princípios*”.

O próprio Dworkin se antecipa a algumas objeções dignas de um positivista. Poderiam objetar os positivistas no sentido de que *os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios, que não prescrevem resultados particulares* e que *sua autoridade e peso são intrinsecamente controversos*, por isso não podem valer como lei.

Mas DWORKIN quer mostrar: mesmo que os princípios não tenham a mesma lógica das regras não quer dizer que não possam ser operados de forma vinculante, ou que não tenham obrigatoriedade e, realmente não poderiam prescrever resultados particulares, *afinal de contas são princípios e não regras* (!). É exatamente por não seguirem a mesma lógica e prescreverem resultados particulares, como as regras, que os princípios *dependem de uma prática social* para tornarem-se objetivantes de uma normatização única (DWORKIN, 2002, pp.56-58).

Bem, sabemos que, como alertado por KELSEN e até por HART, o Direito está sujeito a indeterminações *intencionais* e *não intencionais*, ou seja, o corpo do Direito configura uma espécie de *textura aberta*. O ponto de atenção até agora tem sido a teoria do poder discricionário segundo qual, por não haverem critérios jurídicos para obrigar uma resposta entre as várias apresentadas, a solução estaria na competência (KELSEN) atribuída ao magistrado para escolher, sem, contudo, estar obrigado, qual a opção normativa para o caso. Tese rebatida por DWORKIN quando mostra o papel desempenhado pelos *princípios* dentro da parte conceitual do Direito e, portanto, na própria compreensão de uma teoria da decisão judicial.

Uma questão deve ser observada. Trata-se de projetos teóricos que partem de pressupostos diferentes, mas qual é a relevância dada a estas diferenças no presente contexto? KELSEN, ao propor sua teoria pura do Direito, quer atacar a confusão sistemática científica entre Direito e política em seu mais amplo sentido, daí a batismo de “Pura”. A cisão estabelecida entre “*Ciência do Direito*” e “*Filosofia do Direito*”, bem como entre “*justo*” e “*valido*”, foi uma necessidade metodológica para se encontrar, frente a uma explosão de ataques políticos-ideológicos que miravam o Direito, um critério científico para se descrever o Direito de forma neutra. Parece ser esta a pretensão primeira do projeto positivista de KELSEN.

Fora demonstrado que se, KELSEN foi capaz de “alcançar” uma certa distância teórica de um marco político, o mesmo não pode ser dito em relação a sua opção metodológica no que tange à descrição deste fenômeno social chamado Direito. E, tratando-se de pragmática jurídica, a entrega do leme do Direito nas mãos dos magistrados foi algo incapaz de dar continuidade à sua pretensão de neutralidade, porque estes “*não são*” descritivos do Direito. O uso da discricionariedade mostra como, em última instância, a idéia de norma fundamental é algo que se reduz à *faticidade da aceitação de uma constituição histórica*, assim como a validade de uma decisão judicial é reduzida à *faticidade de sua imposição*. Todas estas conseqüências são decorrentes de um recorte teórico que para se tornar “neutro” deixou de fora a parte mais importante, sem dúvida alguma (!), do Direito: os princípios.

Faz-se importante frisar uma observação. O pressuposto fundamental lógico-transcendental do sistema kelseniano segundo o qual se valida o sistema jurídico dinâmico, abreviado na expressão “*devemos conduzir-nos como a constituição prescreve*” (KELSEN, 1998, p.224), é a própria, referida acima, redução da validade a uma mera questão de *faticidade*, afinal como observou DWORKIN, este “*devemos*” é insuficiente para diferenciar um pressuposto lógico-transcendental *aceito como fundador do sistema de direitos* de um conjunto de regras seguidos por *imposição* ou *medo*, como ocorrera na Alemanha nazista. E se assim for, será que podemos dizer que haviam direitos na Alemanha nazista? (DWORKIN, 1999, p.43).

Mais uma vez, poder-se-ia refutar tal argumento contra-atacando no sentido de que a tese de KELSEN presta-se tanto a um Direito democrático quanto a um tirânico, por tratar-se de uma mera teoria do direito positivo com eficácia global. Contudo, além das notas 39 e 42, vale ressaltar a pretensão de testar o positivismo em termos de uma teoria do direito capaz de operar a

normatividade do Direito moderno em sociedades de alta complexidade numa dimensão constitucionalmente adequada. Isso em termos conceituais mesmo! Além da insuficiência conceitual já referida, a tese positivista compromete sua pretensão de pureza, em termos pragmáticos descritivos, na medida também em que permite, em última instância, um uso indiscriminado do termo “Direito”; se KELSEN quis “a elaboração de uma teoria do direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país”, lembrando que pretendia com isso descrever o Direito de uma comunidade, conseguiu que o “não-Direito” fosse descrito como “Direito”, ou seja, o poder, em mais amplo sentido, estaria sendo descrito como Direito de uma comunidade. Conseqüentemente, não há só uma indiferença quanto ao conteúdo do Direito, mas também uma indiferença em relação à diferenciação do que seja o “Direito” e do que seja o “não-Direito”. Mas o modelo positivista de KELSEN não foi capaz de perceber que descrever o Direito de uma comunidade é algo que só se pode fazer coerentemente na medida em que se reconstrói a moralidade complementar ao Direito, e não sendo indiferente a esta mesma moralidade.

Antes de seguir em frente, podem ser pontuadas algumas conclusões, ainda parciais, do que fora até então desenvolvido.

O positivismo mostra-se *insuficiente* porque não percebe sua parcialidade metodológica. KELSEN não foi capaz de perceber que, muito embora não tivesse filiação política-ideológica, construiu sua teoria segundo o *lançamento de um projeto particular* de modelo de Direito. Justamente por isso, não foi capaz de descrever o Direito em sua integridade, mas apenas parte do Direito, deixando de lado os princípios jurídicos. Por isso é que, nos termos do capítulo “2.1”, o positivismo faz-se insuficiente por não perceber na *clássica cisão entre descrever e prescrever, uma incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento, seja no que toca a seu próprio projeto ou a sua pragmática*.

O positivismo jurídico de KELSEN também é *insuficiente* na medida em que não pode dar conta de uma discussão em termos de *pluralismo social* (questão vista no capítulo “2.2”). Alguns alegarão que esta observação não pode ter sentido tendo em vista tratar-se o projeto de KELSEN de uma teoria apenas do direito positivo. Mas não parece que a simples desculpa baseada em um recorte teórico seja capaz de afastar críticas desta natureza de um projeto que pretendeu *descrever* e conseqüentemente *responder* à questão: *o que é o direito de uma sociedade?* E, como mostrará DWORKIN no capítulo seguinte, religar no Direito suas partes conceitual e normativa, está longe de carecer de uma adesão

materialista que forneça o conteúdo e a resposta à questão referente a: o que o Direito *deveria ser*.

O positivismo jurídico é insuficiente em termo de teoria do direito em outro sentido ainda mais conseqüente: não consegue perceber que sua adesão à teoria do poder discricionário desvaloriza a tensão entre “*fatores reais de poder*” e “*força normativa*”. Reduz toda idéia de validade a uma questão de faticidade. Claro, poderiam objetar que tal observação não faz sentido já que esta discussão aponta para caminhos onde a teoria pura do direito não pretendeu caminhar: o campo da legitimidade do Direito; afinal ela (Teoria Pura do Direito) não se preocupa com o que o direito *deveria ser*. Mas isso é um erro. As observações anteriores mostram que o positivismo jurídico fez um recorte tão estreito do Direito que acabou deixando de fora aquilo que seria capaz de fazer de sua pragmática algo capaz de dar continuidade à proposta primeira de neutralidade e descrição do Direito. No campo mesmo da interpretação do Direito, imune à idéia de obrigação jurídica, como demonstrado por DWORKIN, toda a idéia de Constituição e Direitos Fundamentais encontra-se ao léu. E aqui cabe perguntar: existe alguma expressão maior de Direito que os Direitos fundamentais inscritos no documento constitucional?

Soma-se ainda a todas estas questões a conseqüente *comunidade fechada de intérpretes da constituição* na obra de KELSEN. Seja como for, poder-se-ia em uma frase complexa, mas sucinta, dizer que a “*Teoria Pura do Direito*”, por estar presa ao que chamamos de *desencantamento do Direito*, não é capaz de ser pensada frente à complexidade das sociedades plurais e pós-industriais com as quais temos que operar o Direito hodiernamente.

A opção por uma compreensão segundo a qual os princípios não compõem o Direito e que, portanto, não geram *obrigação jurídica*, mina o postulado de *segurança jurídica* pretendido pelo positivismo já que toda decisão de casos difíceis, seguindo a teoria do poder discricionário, resultaria em uma normatividade criada “*ex post facto*” (DWORKIN, 2002, p.49), visto que o juízo realizado não estaria fundado em padrões normativos pré-existentes.

KELSEN via em seus opositores pessoas que se achavam capacitadas a, com suas ciências, oferecerem respostas a como devem ser “corretamente” resolvidos os conflitos de interesse dentro da sociedade, o que só poderia resultar de uma *advocacia de postulados políticos de caráter subjetivo, ainda que movidos com a melhor das boas fés* (KELSEN, 1998, p.XIII).

DWORKIN quer dar uma sugestão de como os casos devem ser corretamente resolvidos, mas, ao contrário do que KELSEN pensava em relação a

seus opositores, nosso autor não pretende advogar postulados políticos de caráter subjetivo. DWORKIN quer mostrar que aquilo que fora deixado de fora do conceito de Direito pela vertente positivista, é capaz de reconstruir, dentro de um caso específico, a normatividade de uma resposta correta, não sujeita ao subjetivismo do magistrado.