

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA SOB A PERSPECTIVA DE HANS KELSEN

LEGAL INTERPRETATION UNDER THE PERSPECTIVE OF HANS KELSEN

Andréa Mancine Cortucci

Mestranda em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Graduada em Direito pela PUC/SP. Ex-Delegada de Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Assistente jurídico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RESUMO: O presente estudo realiza a análise teórica das considerações acerca da interpretação jurídica desenvolvidas pelo notável Hans Kelsen constantes da obra mais famosa e difundida do jurista, a Teoria Pura do Direito. Demonstra que a teoria da interpretação jurídica formulada pelo estudioso - apesar de sua clara conexão com os aspectos centrais de sua Teoria Pura - desempenha um papel secundário nos seus escritos. Questiona a escolha metodológica adotada pelo autor de excluir da Ciência do Direito o problema interpretativo, desenvolvendo uma abordagem crítica de suas implicações. Dentre essas confere maior destaque à investigação da indesejável discricionariedade que acompanha o órgão aplicador da lei quando da tarefa interpretativa da norma jurídica. Parte das considerações de Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer para evidenciar a inadequação da concepção discricionária aos ideais da democracia e da segurança jurídica tão festejados no contexto do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Positivismo jurídico. Hans Kelsen. Interpretação jurídica. Discricionariedade judicial. Crítica.

ABSTRACT: This essay conducts a theoretical analysis of the considerations on legal interpretation developed by the remarkable Hans Kelsen featured in the most famous and widespread work of the jurist, the Pure Theory of Law. Demonstrates that the theory of legal

interpretation elaborated by the scholar - despite its clear connection to the central aspects of his Pure Theory - plays a secondary role in his writings. Questions the methodological choice of Kelsen to exclude from the Science of Law the interpretive problem, developing a critical approach to its implications. Among these it gives greater emphasis to the investigation of the undesirable discretion accompanying the law-applying institutions when the interpretative task of the legal rule. Starts with the considerations of Ronald Dworkin and Hans-Georg Gadamer to highlight the inadequacy of the discretionary design to the ideals of democracy and legal certainty as celebrated in the context of the Democratic Rule of Law.

Key words: Legal positivism. Hans Kelsen. Legal interpretation. Judicial discretion. Criticism.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Uma aproximação ao positivismo jurídico. 1.1. O clássico embate entre o direito natural e o direito positivo. 1.2. As bases do positivismo jurídico moderno. 1.3. O positivismo jurídico como Teoria do Direito. 2. A proposta kelseniana. 2.1. O significado de uma nova Teoria do Direito. 2.2. Pureza metodológica. 3. O modelo interpretativo kelseniano. 3.1. A cisão do ato de interpretação. 3.2. O problema da indeterminação. 3.3. Abordagem crítica. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen, nas primeiras décadas do século XX e aprimorada no decorrer de sua vida, inaugurou uma nova perspectiva sobre o estudo do Direito. Até então não se conhecia outra doutrina dedicada exclusivamente a alcançar a concepção científica do Direito. Embora alvo de severas críticas - e sem dúvida de elogios ao longo dos anos -, é inegável a contribuição da proposta kelseniana para o desenvolvimento da Teoria do Direito contemporânea.

É perceptível a influência, positiva ou negativa, do pensamento jurídico kelseniano ao redor do mundo. De fato, as Teorias do Direito elaboradas durante o curso dos séculos XX e XXI, mais cedo ou tarde, são aferidas em termos de sua proximidade ou distância em relação à abordagem desenvolvida por Kelsen.

Compreender as influências do pensamento de Kelsen no ordenamento jurídico pátrio, estudando-as à luz de sua obra, é o objetivo deste incipiente artigo. Em especial, pretende-se desenvolver uma análise crítica a propósito de sua teoria da interpretação. Kelsen, ao longo de sua Teoria Pura do Direito, dedicou poucas linhas ao tema da interpretação da norma jurídica. Preocupou-se sobretudo em identificar o objeto da interpretação, vale dizer, a norma jurídica, relegando ao segundo plano a questão de como proceder à sua efetiva interpretação.

O jusfilósofo resistiu assim à formulação de uma hermenêutica dogmática. O Capítulo VIII da obra em debate, dedicado à temática da interpretação das normas jurídicas, diz respeito bem mais à elucidação do jurista do porquê não cabe à Ciência Jurídica o estudo da interpretação jurídica do que propriamente ao desenvolvimento de uma teoria sobre a interpretação das normas jurídicas.

Antes de nos dedicarmos, todavia, ao estudo da interpretação jurídica proposta pelo positivismo jurídico normativista de Kelsen, faz-se necessário algumas considerações, ainda que sucintas, acerca das origens do positivismo jurídico. Afinal, não devemos nos esquecer que a Teoria Pura do Direito não é o marco inaugural da doutrina positiva do direito, sem predecessores, mas sim a culminação de pontos de vista que já se apregoavam na Ciência Jurídica do século XIX.

Logo em seguida, será realizada uma breve incursão na estruturação do pensamento do jurista que desencadeou na formulação da Teoria Pura do Direito. O estudo será direcionado, então, à investigação da interpretação jurídica nos moldes propostos por Kelsen, passando-se, por fim, à abordagem crítica de seus elementos.

1. UMA APROXIMAÇÃO AO POSITIVISMO JURÍDICO

1.1. O clássico embate entre o direito natural e o direito positivo

Malgrado o contexto histórico e cultural do nascimento do positivismo jurídico seja de difícil determinação, podemos associá-lo à interpretação empirista da revolução científica vivenciada no transcurso do século XIX. O referido período histórico foi marcado por uma profusão de eventos significativos, destacando-se dentre estes a Revolução Francesa, que foi responsável pelo desenvolvimento científico e industrial na Europa. O avanço tecnológico, econômico e científico impulsionou o homem a buscar o conhecimento por meio de uma abordagem científica e objetiva.

Em atenção a essa renovada percepção de mundo, o direito natural - baseado essencialmente na subjetividade e moralidade transcendental - acabou por ser superado por um novo paradigma - o do positivismo jurídico - que originou uma abordagem cognoscitiva objetiva e, portanto, mais apropriada aos novos ideais da época.

Podemos dizer então que a ascensão do positivismo jurídico tem como pano de fundo a tão apregoada dicotomia entre o direito natural e o direito positivo. Ao analisar a questão, pondera Norberto BOBBIO (1995, p. 26): “[...] o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonasma mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.

1.2. As bases do positivismo jurídico moderno

A Escola da Exegese, movimento firmado sobretudo na França durante o século XIX, estabeleceu a transição da concepção do direito natural racionalista predominante à época da Revolução Francesa para o positivismo jurídico moderno do século XX.

O movimento de codificação, observado entre o final do século XVIII e o início do século XIX, impulsionou o surgimento da Escola da Exegese. A promulgação, em 1804, do Código Civil francês - o Código Napoleônico -, por sua vez, consolidou o movimento exegeta.

Ante a sistematização do direito observou-se uma demanda por uma metodologia na interpretação da lei. Embora se destacasse que os textos claros não demandavam maiores explicações - *interpretatio cessat in claris* - se reconhecia que os textos do Código Civil, muitas vezes, eram ambíguos e maiores investigações eram necessárias a fim de revelar a vontade do legislador. A Escola Exegética assim proporcionou uma variedade de métodos de interpretação.

A proposta do movimento consistia na interpretação autêntica da lei de forma a refazer as intenções originais e os motivos do legislador. Primando pelo apego ao texto, destacavam-se as interpretações gramatical e histórica, de modo que a atuação criativa do juiz era cerceada em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra.

Pontua Norberto BOBBIO (1995, p. 87). “[...] se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como *a busca da vontade do legislador* naqueles casos (obscuridade ou lacuna da lei) nos quais ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, e todas as técnicas hermenêuticas - estudo dos trabalhos preparatórios, da finalidade para a qual a lei foi

emitida, da linguagem legislativa e as outras disposições etc. - são empregadas para atingir tal propósito”.

Embora os representantes da Escola da Exegese ainda fossem partidários da ideia do direito natural não positivado, tal circunstância não impactou o reconhecimento da lei escrita como fonte decisiva do direito positivo. Isso porque o direito natural era considerado muito abrangente e fluído para constituir critério da decisão judicial. Somente a lei positiva era a verdadeira lei, ao passo que o direito natural era associado à moral.

Os exegetas também eram contrários ao direito costumeiro. Desde o começo do século XIX, Savigny e os outros representantes da Escola Histórica, influente na Alemanha, sublinharam o papel dos costumes sociais como a principal fonte do Direito. O embate intelectual entre a abordagem historicista do Direito, defendida por Savigny, e a abordagem positivista, representada pelo movimento da codificação, se encerrou com a vitória da ideologia da codificação do positivismo jurídico. É nesse contexto, portanto, que as bases de um positivismo jurídico, ainda primitivo, começaram a ser definidas.

1.3. O positivismo jurídico como Teoria do Direito

A doutrina clássica do positivismo jurídico tem nos escritos de Jeremy Bentham e John Austin as suas raízes teóricas. Atribui-se a Bentham a primeira elaboração integral de uma teoria positivista do Direito. Austin, por sua vez, adotando as bases da doutrina de Bentham, popularizou a percepção positivista do Direito.

Durante boa parcela do século XIX, a doutrina clássica positivista que, em essência, apregoava a noção do Direito enquanto comando do soberano, validado pela força, influenciou

sobretudo as reflexões jurídico-filosóficas a propósito da natureza do Direito. O enfoque era direcionado às instituições legislativas, isto é, ao modo de produção da norma.

Já, na metade do século XX, o estudo do Direito voltou-se ao momento de sua aplicação, ganhando destaque os órgãos aplicadores da lei - tal como o Poder Judiciário. Adquiriu o Direito, pois, contornos normativo e sistemático. Os expoentes dessa nova concepção positivista do Direito são o jurista austríaco Hans Kelsen e o teórico britânico Herbert L. A. Hart.

Malgrado os pontos de divergência entre os teóricos positivistas, os pressupostos do positivismo jurídico são de fácil identificação. As poucas linhas declaradas por Austin, em 1832 - “Uma coisa é a existência da lei; outra coisa é seu mérito ou demérito” (AUSTIN, 1995, p. 187, tradução livre) - expressam a síntese da doutrina positivista.

Trata-se de um esforço na descrição objetiva do Direito, desembaraçada de julgamentos morais, vale dizer, alheia aos valores da lei posta, bem como dos questionamentos sobre a sua elaboração ou sobre a sua modificação. Noutras palavras, o positivismo jurídico foi construído na crença de que a questão sobre o que é o Direito não se confunde - e não deve se confundir - com a questão do que o Direito deve ser.

Empregando uma análise mais detida, podemos ainda associar a doutrina do positivismo jurídico ao caráter científico do Direito. Já era possível observar em Austin e algumas décadas mais tarde em Kelsen o apelo à cientificidade do Direito. Reagindo à sociologia jurídica, Kelsen objetivava estudar o Direito em si mesmo, purificado da história, teorias sociais ou valores morais; enfim, almejava investigar o Direito livre dos elementos extralegais.

O jurista austríaco, ademais, ao evitar não apenas incursões teóricas e práticas sobre a organização governamental, mas também ao recusar discussões acadêmicas sobre a história ou sociologia do Direito, de certo modo, estava aprofundando as doutrinas de Austin e Bentham.

2. A PROPOSTA KELSENIANA

2.1. O significado de uma nova Teoria do Direito

A publicação, em 1911, do trabalho mais volumoso de Hans Kelsen, notável filósofo e jurista austríaco, nascido em Praga, no ano de 1881, intitulado de Problemas Principais da Doutrina do Direito do Estado, inaugurou uma nova era no campo da Teoria do Direito.

Baseando sua metodologia de análise nas categorias filosóficas kantianas, o estudioso acabou por construir uma Teoria do Direito que contrariava as teorias tradicionais da Política e do Direito. Não é surpresa, pois, que Kelsen imediatamente recebeu atenção.

Malgrado alvo de duras críticas, a influência do pensamento kelseniano nos meios teórico e prático cresceu rapidamente. A comunidade jurídica logo percebeu que a doutrina kelseniana transcendia as limitações territoriais e culturais do país onde se originou. Cada vez mais se voltava à Teoria Pura do Direito, publicada pela primeira vez em 1934, para solucionar problemas jurídicos complexos.

A dedicação acadêmica de Kelsen à Teoria do Direito resultou na produção de centenas de obras e artigos, muito dos quais foram traduzidos para diversas línguas ao redor do mundo. Kelsen igualmente se mostrou ativo participante na criação e na interpretação da lei. Com efeito, o jurista foi o principal autor da Constituição austríaca de 1920 e desempenhou a função de juiz na Corte Constitucional da Áustria, no período de 1921 a 1930.

Kelsen se destacou - e ainda se destaca - como o pensador jurídico do século XX. Independentemente da aceitação ou não de sua metodologia de pesquisa ou ainda das implicações decorrentes da adoção de sua Teoria Pura, a doutrina kelseniana ainda hoje suscita calorosos debates nos meios jurídicos; daí a certeza de sua influência revolucionária no campo do estudo do Direito.

2.2. Pureza metodológica

Em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen apresenta o seu projeto ambicioso em atribuir ao saber jurídico o status de ciência autônoma que, em sua perspectiva, era indispensável. O jurista, no prefácio à primeira edição de sua obra, já assinala os seus propósitos: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão” (KELSEN, 1998, p. VII).

Para tanto, o jusfilósofo delimita rigorosamente as bases epistemológicas de sua metodologia fundamental, a saber, a exigência de pureza. O objetivo de sua teoria é “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”, uma vez que “a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política” (KELSEN, 1998, p. 1). Kelsen busca, assim, restringir o campo da Ciência Jurídica e afastá-la de quaisquer incursões em áreas extralegais na tentativa de evitar o inadequado uso da técnica legal como forma de solução de problemas políticos e sociológicos.

A propósito do contexto que impulsionou o surgimento da doutrina kelseniana, Miguel REALE (1985, p. 20) assinala: “Esse rigorismo é algo que estava sendo reclamado e necessário para a Ciência do Direito. Quando Kelsen iniciou sua atividade revolucionária, a Ciência do Direito

estava num momento de profunda indecisão. Alguns diziam: a salvação para o Direito é apegar-se à Sociologia. O direito - anunciava o mestre italiano Anzilotti - só pode se salvar se se transformar em Sociologia Jurídica. E já se ouvia, ao longe, uma outra voz que dizia: 'só a Psicologia salva o Direito. O Direito é a psicologia do justo'. E um terceiro dizia: 'o Direito somente terá sentido se for expressão prática da vida econômica, o Direito é uma superestrutura do mundo econômico' ”.

Uma leitura mais apressada de sua obra, todavia, pode levar o leitor desatento a compreender a proposta de Kelsen como uma proposta de pureza do próprio objeto, o fenômeno jurídico. Cabe aqui a ressalva de que a doutrina kelseniana nunca negou as influências da política e das proposições metafísicas sobre o Direito. Pretende, na verdade, imprimir cientificidade à investigação jurídica - ao método -, conferindo ao jurista a designação de cientista. Pondera Tércio Sampaio FERRAZ JR (2001, p. 15-16): “A redução do objeto jurídico à norma causou inúmeras polêmicas. Kelsen foi continuamente acusado de *reducionista*, de esquecer as dimensões sociais ou valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma de normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua ideia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerentes a qualquer pensamento que se pretendesse científico”.

Preocupado em construir uma Teoria Geral do Direito - e não uma teoria sobre uma ordem jurídica específica - Kelsen propõe um corte epistemológico e axiológico no objeto de estudo da Ciência Jurídica, de modo que a questão central do positivismo normativista kelseniano é a descrição do que é o Direito e não do que deve ser o Direito. Assim, a Ciência do Direito tem por objeto de conhecimento o Direito positivo posto - a norma jurídica - afastado de quaisquer julgamentos subjetivos de valor.

Na tentativa de conhecer e descrever o Direito, universalmente considerado, distinguindo-o de outras ciências sociais, Kelsen procura apenas analisar a estrutura do Direito e não o seu conteúdo. A estrutura jurídica, em sua visão, pode ser explicada por quatro elementos: a positividade do Direito, a legalidade, o dualismo entre o ser e o dever ser e, por último, a estrutura escalonada do sistema jurídico.

3. O MODELO INTERPRETATIVO KELSENIANO

3.1. A criação do ato de interpretação

De acordo com Kelsen, a criação da lei, enquanto processo que se direciona de uma norma superior a uma norma inferior, é guiada pela operação mental da interpretação jurídica (KELSEN, 1998, p. 245). A norma superior carrega em si duas funções: a fixação do processo de produção, bem como a delimitação do conteúdo da norma inferior. Contudo, a norma superior apenas indica a moldura dentro da qual a norma inferior deverá se estabelecer.

Daí ser necessário proceder à interpretação da norma. Em razão da incompletude do conteúdo da norma inferior, por meio da interpretação, é possível concretizar uma das possibilidades contidas no interior da moldura. Cada ato de uma autoridade é um ato de aplicação e, simultaneamente, de criação do direito, em virtude da indeterminação parcial da lei.

O jurista pontua que o objetivo da interpretação, sob o ponto de vista da doutrina, é determinar a moldura semântica, a qual circunscreve o ato subjetivo da decisão judicial. Kelsen se refere então à interpretação pelos órgãos competentes para aplicar a norma como interpretação autêntica, distinguindo-a claramente da interpretação doutrinária, a qual denomina de não-autêntica.

Cabe à Ciência jurídica identificar a moldura semântica, vale dizer, fixar os significados contidos no texto da norma. A escolha dentre os significados possíveis, contudo, é reservada ao órgão aplicador do direito. Nessa perspectiva, todo texto em razão de sua generalidade, bem como

da concisão da linguagem, possui um elemento de incerteza inevitável. O intérprete partindo da moldura normativa tem liberdade na determinação do significado do texto, sem que a orientação doutrinária interfira.

Noutras palavras: no caso da decisão do juiz, o ato de aplicação da norma é autorizado pelo sistema jurídico, enquanto que o cientista do Direito não está inserido nesse contexto, já que compete a ele tão somente apontar as várias possibilidades de aplicação da norma, não atribuindo preferência a qualquer uma delas. Deste modo, a criação da norma se torna um ato de vontade subjetiva do juiz, ou seja, um ato de vontade. A interpretação realizada pela doutrina - a não-autêntica -, por outro lado, caracteriza um ato de conhecimento.

De tal modo a interpretação como ato de vontade tem como produto as normas, ao passo que a descrição de tais normas, de forma neutra e objetiva, a cargo da interpretação como ato de conhecimento, produz proposições. Na lição de Hans KELSEN (1998, p. 51): “Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica, ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, de autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica. A ciência jurídica tem por missão conhecer - de fora, por assim dizer - o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm - como autoridade jurídica - antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica”.

Assim, o estudioso atribuiu ao cientista do Direito a tarefa meramente descritiva do sistema de normas, isto é, isenta de juízos valorativos sobre as proposições, enquanto que admite aos órgãos aplicadores da norma valorações no seu papel criador do Direito. O ato de vontade exatamente por não se inserir no objeto de conhecimento da Ciência Jurídica é passível de subjetividade.

3.2. O problema da indeterminação

A noção da indeterminação das normas jurídicas proposta por Kelsen conduz inexoravelmente à discricionariedade do órgão aplicador da lei. A escolha dentre a pluralidade de respostas possíveis proporcionada pela moldura semântica em atenção a indeterminabilidade relativa da norma jurídica carrega em si um elemento de vontade subjetivo e, portanto, discricionário.

O autor estabelece duas espécies de indeterminação: a intencional ou não-intencional. A primeira delas vincula-se à intenção do órgão responsável que estabeleceu a norma a ser aplicada. Exemplifica Hans KELSEN (1998, p. 246): “uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar um alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças. A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas - podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo”.

A indeterminação não-intencional, por sua vez, é consequência direta das propriedades da norma a ser aplicada. Kelsen apresenta três hipóteses: a variante do significado das palavras ou frases expressas na norma; a discrepância entre a expressão linguística da norma e a vontade do legislador que a criou; e a contradição entre duas normas válidas.

O jurista concebe, assim, como inerente às normas jurídicas uma margem de indeterminação, seja no caso de indeterminação linguística ou até mesmo no caso de aplicação/criação das normas pela autoridade competente. A solução para essa margem de

indeterminação semântica, todavia, não parece ser uma de suas prioridades. O mesmo se observa quanto à identificação de um método interpretativo. Kelsen não apresentou critérios para a eleição de uma dentre as possíveis significações da norma, mas apenas se reservou a assinalar que “[...] não há absolutamente qualquer método - capaz de ser classificado como de Direito positivo - segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ [...]” (KELSEN, 1998, p. 248).

Admitindo múltiplas interpretações da norma jurídica, o jurista tece críticas à constatação de que todos os métodos de interpretação desenvolvidos pela doutrina tradicional - como por exemplo pelo positivismo primitivo da Escola da Exegese - não conduziam a um possível resultado, mas sempre ao resultado único e correto: “[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (KELSEN, 1998, p. 247).

Kelsen, fiel ao princípio metodológico fundamental da pureza, considera não científico tentar estabelecer legalmente uma aplicação correta de forma a excluir outras. Relega assim ao plano da Política do Direito, da Sociologia Jurídica ou da Psicologia as razões que levam à seleção do juiz. Afinal, como ato de vontade subjetiva a interpretação autêntica não devia ser controlada pela Ciência Jurídica: “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. 249).

Daí ser possível ao órgão aplicador do Direito decidir, inclusive, de acordo com uma possibilidade não contida dentro da moldura. A norma individual, criada por tal decisão judicial, somente deixa de ter validade quando sua ilegalidade for reconhecida pelo órgão competente. Caso assim não seja, o próprio ordenamento jurídico se encarrega de abrigar tal decisão por meio do instituto da coisa julgada.

Destarte, a despeito da interpretação não-autêntica ser capaz de delimitar os significados possíveis da norma, Kelsen admite que a atividade judicial, já que afeta ao campo da Política Jurídica, se afaste do quadro, inovando-o: “A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas, como também se pode produzir uma norma que se situe fora da moldura que a norma a aplicar representa. [...] Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo - especialmente pelos tribunais de última instância” (KELSEN, 1998, p. 250).

A abordagem interpretativa feita por Kelsen, nesses moldes, representa um grande avanço ao apregoado pelo positivismo exegético, como visto, surgido pós Revolução Francesa, que tentou justificar o ato interpretativo dos juízes como tarefa meramente intelectual e baseada na aplicação de normas a casos concretos, mediante métodos predeterminados. Além da constatação das múltiplas possibilidades interpretativas contidas em uma norma jurídica, o poder criativo e político

dos juízes evidenciado por Kelsen é um dos fatores que mais o distanciaram dessa tradição hermenêutica. Todavia, essa é uma das formulações de sua teoria mais criticada, conforme veremos a seguir.

3.3. Abordagem crítica

A análise da interpretação jurídica esposada por Kelsen é consequência da sua concepção de Ciência Jurídica. É inegável que o jurista busca conferir à interpretação das normas jurídicas o mesmo rigor e precisão científicos conferidos à sua teoria do Direito. Dedicar-se assim, como já dito, ao estudo tão somente da interpretação que denomina de não-autêntica. Justamente por ter banido ao campo da Política Jurídica a interpretação autêntica, a doutrina kelseniana contribuiu em muito para a perspectiva da discricionariedade decisória na atividade do intérprete ainda dominante no imaginário dos juristas da atualidade.

Ao admitir a diversidade de interpretações da norma jurídica, em atenção à relativa indeterminação das mesmas, Kelsen não tem alternativa senão afastar da Ciência Jurídica as investigações sobre a valoração judicial na escolha de uma das significações da norma. Caso contrário, os elementos extrajurídicos que outrora cuidou de eliminar na construção do objeto puro da Ciência do Direito voltariam a contaminá-lo.

A inevitável referência à valoração moral do intérprete presente na interpretação das normas jurídicas se mostra como um problema não apenas a Kelsen, mas ao pensamento jurídico positivista como um todo. Em Herbert Hart, por exemplo, a textura aberta da linguagem jurídica está relacionada à discricionariedade judicial. Em algumas ocasiões, normas jurídicas contendo termos genéricos, vagos e controvertidos - características essas da denominada zona de penumbra - são estabelecidas em razão da textura aberta do Direito. Assim, na perspectiva de Hart, o Direito é

parcialmente indeterminado ou incompleto, de forma que o juiz ao se deparar com os *hard cases* - aqueles cujas normas a aplicar contém zonas de penumbra - inevitavelmente atuará discricionariamente (HART, 2001, p. 272-276). A discricionariedade judicial não é absoluta e tampouco arbitrária, mas encontra seu parâmetro na regra de reconhecimento. Diante das zonas de penumbra, os juízes se encontram em uma situação política, criando o Direito a ser aplicado no caso concreto. A perspectiva apresentada por Hart estabelece assim certo prosseguimento à doutrina de Kelsen.

Diferentemente de Hart, contudo, Kelsen apresenta apenas balizas relativas ao ato subjetivo de decisão do órgão competente para aplicar a norma. A única limitação que confere ao órgão aplicador consiste na observância da moldura normativa, mas que na realidade nem pode ser considerada como um parâmetro, pois, conforme já abordado, embora não fosse desejável, Kelsen admite que o juiz pudesse ignorá-la, sendo válida também a decisão fora da moldura.

Ademais, Kelsen se omite em relação aos métodos interpretativos a sugerir um paradoxo, uma vez que, mesmo que se devesse conformação à moldura, o juiz se torna livre para decidir qual das várias alternativas possíveis - oferecidas por essa moldura - seria efetivamente adotada. A racionalidade da decisão, portanto, passa a ser de difícil apreciação, ensejando a discricionariedade do intérprete.

Neste ponto, cabe mencionar, a doutrina de Ronald Dworkin, a qual busca superar as fórmulas positivistas atinentes ao papel do julgador na teoria do Direito. Dworkin, jusfilósofo norte americano, severo combatente da discricionariedade judicial, sustenta, ao contrário de Kelsen, que as decisões judiciais precisam se pautar em princípios - e não em argumentos de política - devendo o juiz frente a casos difíceis descobrir quais são os direitos das partes e não criar novos direitos.

Dworkin emprega a figura fictícia do juiz Hércules, protótipo ideal de juiz, para demonstrar a importância da racionalidade da decisão judicial: “[...] Hércules não encontra, primeiro, os limites do direito, para só então mobilizar suas próprias convicções políticas de modo que complemente o que o direito exige. Utiliza seu próprio juízo para determinar que os direitos têm as partes que a ele se apresentam. Quando esse juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou à opinião pública. [...] A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Ele deve, por *certo*, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é a segunda daquelas que distinguimos, uma forma que é inevitável em qualquer nível” (DWORKIN, 2010, p. 196-197).

O abstencionismo adotado por Kelsen, no tocante ao controle do poder subjetivo do juiz diante da moldura, diversamente de Dworkin, conduz a uma indesejável insegurança jurídica, porquanto conduz à imprevisibilidade das decisões judiciais. O jurista considera, em clara afronta aos ideais do Estado Democrático do Direito, como livre o poder criativo do juiz tanto na valoração dos fatos e das normas jurídicas assim como na sua fundamentação. Os pressupostos da decisão judicial, sob seu enfoque de cientificidade do Direito, são indemonstráveis, já que afetos ao campo da Política do Direito e, portanto, cercado por elementos psicológicos, sociológicos, enfim, extraleais. A escolha das possibilidades normativas é tratada por Kelsen como um indiferente jurídico, de modo que o simples fato de sua previsão pela moldura já implica em sua aceitação. A esse respeito, pertinente a crítica feita por Lênio STRECK, (2007, p. 33): “[...] O fato de não existir um método que possa dar garantia à ‘correção’ do processo interpretativo - denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen - não autoriza o intérprete a escolher

o sentido que mais lhe convém, o que seria dar azo à discricionariedade típica do convencionalismo exegético-positivista. Sem textos, não há normas. A ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco uma atribuição de sentidos arbitrária”.

Há de se ressaltar, por outro lado, o importante papel que o cientista do Direito desempenha na interpretação jurídica; papel esse ofuscado pelas atenções que se concentram usualmente na tarefa interpretativa do juiz. Kelsen concebe o ato interpretativo do cientista do Direito de forma muito restritiva. Como já analisado, o jurista idealiza o ato interpretativo como um ato híbrido envolvendo elementos cognitivos e volitivos. Em um primeiro momento, por meio do ato meramente cognitivo, dotado de objetividade e imparcialidade, o cientista do Direito determina os possíveis significados, isto é, a moldura da norma jurídica. Estabelecidas as opções interpretativas da norma, cabe então ao órgão competente por meio de uma ato de vontade, valorativo e subjetivo, decidir por uma dentre essas opções.

Kelsen apreende a interpretação como produto de uma operação compartimentada, vale dizer, em um primeiro momento se conhece a realidade para então aplicá-la. A análise da interpretação alvitada pelo jurista está diretamente associada ao paradigma do sujeito-objeto. Essa noção situa o intérprete dissociado do objeto, como sujeito isolado, mero observador da realidade e incapaz de interferir no mesmo. O jurista espera, dessa forma, que o intérprete retire do texto o seu sentido em si mesmo, como se fosse possível ao intérprete permanecer neutro ou imparcial face ao comando normativo. Dissocia a compreensão da aplicação, uma vez que esta última não importa à Ciência do Direito. Todavia, a cisão do ato interpretativo proposto por Kelsen conflita diretamente com a visão de compreensão como aplicação, assim colocada por Lênio Luiz STRECK (2009, p. 165): “O texto não é, assim, apenas um enunciado lingüístico, que não se sustenta em discursos de fundamentação; o texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável

de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da facticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação”

O pretenso objetivismo anunciado por Kelsen deixa de considerar que aquele que deseja compreender recebe influências da realidade e de suas próprias percepções. O intérprete é um ser histórico e social, de modo que imprime no objeto de seu conhecimento - no caso a norma jurídica - seus valores, preconceitos e prejuízos. Essa perspectiva da compreensão, base da hermenêutica filosófica, de cariz gadameriana, nos leva a reconhecer que os esforços de Kelsen em atribuir objetividade à tarefa do cientista do Direito fracassaram.

O intérprete não está isento dos prejuízos e preconceitos, determinados pela tradição em que está inserido, os quais conformam sua pré-compreensão e, em última análise, sua compreensão (GADAMER, 2003, p.13). A pré-compreensão guia o intérprete, já que é resultado direto de sua formação pessoal, de seus valores, de sua cultura, de sua história, de seu contato com o mundo. Entretanto, sob o prisma de Gadamer, o condicionamento do intérprete à sua historicidade efetual não indica necessariamente que não são possíveis atitudes críticas ou que estamos fadados a interpretações fixistas.

Destarte, parece que passou despercebido ao jurista o fato de que o intérprete tem poder de conformação da moldura. Kelsen não é estranho ao fato de que o Direito se constitui na linguagem, a qual se revela aberta, possuindo muitos significados. Por isso mesmo, como já visto, concebe a ideia da moldura semântica. Todavia, ao afirmar que há uma delimitação prévia dos sentidos possíveis da normatividade impõe limites fixos à moldura. Não podemos, todavia, nos esquecer de que a cada interpretação surgem novos sentidos, de modo que a interpretação não é um ato meramente reprodutivo, mas produtivo, não estando a moldura predeterminada em absoluto pela norma superior.

O papel do cientista do Direito assim não se resume exclusivamente ao conhecimento da moldura da norma. É desejável e, até mesmo, salutar a possibilidade da mutação da interpretação de um preceito normativo. A pluralidade de intérpretes só tem a acrescentar ao senso de justiça e de democracia tão valiosos ao Direito. Devemos ter em mente que a realidade é cambiante, sendo inevitável o descompasso entre a normatividade e a facticidade. Apenas por intermédio da adaptação do significado da norma, seja em razão da evolução doutrinária, seja em decorrência de uma nova percepção jurisprudencial, pode o Direito seguir *pari passu* com a dinâmica social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os comentários escassos sobre metodologia feitos por Kelsen, no último capítulo de sua Teoria Pura, evidenciam a tentativa do jurista de distanciar a questão da interpretação jurídica da Ciência do Direito, de modo a preservar a pureza de seu objeto.

As suas observações sobre a possibilidade de cada norma jurídica estabelecer uma moldura dentro da qual coexistem diferentes e conflitantes interpretações estão em harmonia com a interpretação tradicional. Entretanto, na perspectiva de Kelsen, a escolha a respeito dessas possibilidades não constitui um ato de cognição, mas um ato de vontade. Noutras palavras, uma dimensão da interpretação - cognição da norma jurídica - se volta à identificação das possíveis interpretações, sendo que a escolha entre as possibilidades não faz parte da interpretação jurídica, mas é um ato de vontade criando outra norma.

Assim, o elemento mais importante da interpretação jurídica, na visão de Kelsen, é a vontade na criação da norma e não o conhecimento da norma superior. Afinal, Kelsen enfatiza que o direito é um sistema normativo dinâmico, e não estático, no qual normas são criadas pela vontade e não pela compreensão.

Entretanto, é precisamente nesse ponto - a interpretação como ato de vontade - que reside o problema fundamental de sua abordagem, porquanto a discricionariedade que lhe é inerente provoca uma ampla margem de escolha, ilimitada, dos significados da norma pelo juiz, rendendo à sua visão da interpretação jurídica o caráter decisionista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Por que ler Kelsen, hoje*. Apud COELHO, Fábio Ulhôa. Para entender Kelsen. 3. ed. 3. Tiragem. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer (revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini). 7. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: EDUSF, 2005. (Coleção pensamento humano).

_____; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica..* 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

REALE, Miguel. *A Visão Integral do Direito em Kelsen*. Apud PRADO, Luiz Regis Prado. KARAM, Munir (Coord.). *Estudos de Filosofia do Direito: Uma Visão Integral da Obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

STRECK, Lênio Luiz. *Bases para a Compreensão da Hermenêutica Jurídica em Tempos de Superação do Esquema Sujeito-Objeto* In Revista Sequência. Florianópolis: UFSC, v. 28, n.54, jul. 2007.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.