

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 180
Outubro/dezembro – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Hermenêutica jurídica em Kelsen

Apontamentos críticos

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Sumário

1. Introdução. 2. Direito e Ciência do Direito. 3. Norma e proposição normativa. 4. Causalidade e imputação. 5. A norma fundamental e o Direito como um sistema dinâmico de normas. 6. Do processo de determinação do Direito. 7. A interpretação jurídica em Kelsen. 8. Alguns pontos críticos no modelo interpretativo da Teoria Pura. 8.1. A interpretação como mecanismo subsidiário da aplicação. 9. Conclusão.

1. Introdução

José Florentino Duarte, em sua tradução à “Teoria Geral das Normas”, de Kelsen (1986), alertava o leitor desejoso de aprofundar-se na obra do mestre de Viena que se portasse como um verdadeiro discípulo, desarmado, por mais ilustrado que fosse, pois somente assim, inspirado pela modéstia, poderia captar o pensamento do mestre. Entretanto, a advertência soa mais grave quando o propósito é a crítica. Confira (KELSEN, 1986, p. V):

“Se, porém, o leitor pretende criticar a Kelsen, então o problema assume outra projeção: arme-se, primeiro, de amplísimos conhecimentos jusfilosóficos e, mesmo com uma bagagem científica imensa, o árduo labor será difícil, quiçá improfícuo, como aconteceu com aqueles que se arrojaram, se aventuraram, se arriscaram a tal cometimento”.

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha é Juiz Federal, Doutorando em Direito Público (PUC-MG), Mestre em Direito (UGF-RJ) e especialista em Direito Processual Público (UFF-RJ).

Kelsen talvez seja daqueles magníficos autores que paradoxalmente assumem o ápice da lista dos mais citados e também dos menos lidos no meio jurídico (ao menos em nosso país). De suas obras somente ouvimos falar por referências diretas ou indiretas e, mesmo assim, somente de uma forma parcial, já que, do vasto universo de artigos e livros (ultrapassam a cifra de seiscentos), as referências parecem estacionar na órbita da Teoria Pura do Direito. Talvez isso justifique a falência das empreitadas críticas a que nos referimos no excerto acima transcrito.

Mesmo diante dessa evidente dificuldade, certo é que alguns dos postulados kelsenianos são de difícil sustentação na atualidade, sobretudo em face das evoluções experimentadas nos campos da Filosofia e Teoria do Direito, que aportaram novas dimensões (e por que não dizermos também novos paradigmas) à ciência jurídica, de que é exemplo o giro lingüístico-pragmático.

Esse trabalho não tem por escopo a crítica da teoria pura do direito, porquanto seria natimorta e fracassada, seja pelo esforço decorrente da dimensão da obra criticada, seja pela extensão da pesquisa daí derivada, o que fugiria por completo aos modestos objetivos perseguidos. Por isso mesmo, efetuamos um corte epistemológico, buscando um tema sobre o qual Kelsen não se debruçou demasiado, a saber, a hermenêutica jurídica. O mestre foi econômico no seu tratamento, o que inicialmente sinalizaria para a falsa conclusão de que a sua análise seria mais simples. Puro engano! Após uma breve pesquisa, percebemos que o tema, a despeito da referida economia, está conectado com diversos outros postulados seus, como, aliás, é uma nota típica do sistema por ele construído, o que inflaciona nosso estudo.

Exatamente por isso, o trabalho tem início com uma análise introdutória daqueles institutos ou elementos da obra de Kelsen que manifestam uma conexão mais direta com a hermenêutica jurídica. Armados

dessas notas iniciais, partiremos para uma exposição do modelo de interpretação jurídica posto por ele. Finalmente, colocaremos algumas considerações que parecem inserir algumas fissuras em seu sistema, justificando-as.

2. *Direito e Ciência do Direito*

Kelsen (1999), ao lançar a sua teoria pura do direito, foi alvo de não poucas críticas, as quais, também não raro, acabavam por contradizerem-se. Como ele mesmo reconheceu, por vezes sua teoria era tachada de fascista, ao passo que os fascistas a viam como liberal-democrata; por sua vez, os comunistas a viam como ideologia de um Estado capitalista, ao mesmo tempo em que os nacionais-capitalistas a desqualificavam. Se no campo político a celeuma não se resolvia, melhor sorte não lhe restou entre os religiosos. A teoria Pura era, para alguns, ligada à escolástica católica e, para outros, uma teoria protestante do Estado e do Direito, havendo também quem a visse como marcada por um ideário ateuísta (KELSEN, 1999, p. XIII). Kelsen (1999) explica essa crítica multifacetada, que não escapa a qualquer orientação política ou religiosa, exatamente em razão do seu grau de pureza. Então, em que consiste e a que se refere tal pureza?

Inspirado no êxito das ciências da natureza, pretendia Kelsen (1999) reproduzi-lo no âmbito das ciências naturais, especificamente na Ciência do Direito, o que almejava conseguir depurando-a de qualquer elemento estranho ao seu objeto, sobretudo os de índole política. Esse objetivo é explícito no prefácio à primeira edição da sua "Teoria Pura do Direito" (KELSEN, 1999, p. XI):

"Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos da 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 Jurisprudência¹, 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”.

Desse excerto já podemos constatar que a pureza pretendida por Kelsen não se refere propriamente ao Direito, uma vez que ele bem o reconhece como “campo da disputa política e da afirmação de valores” (SGARBI, 2006, p. 33), mas à ciência, que tem nele o seu objeto, ou seja, a Ciência do Direito. De fato, denunciando a confusão que se estabelece entre a “Jurisprudência” e outros setores do conhecimento humano, tais como a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política, justificada na evidente conexão existente entre elas e o próprio Direito, pugna por uma purificação da Ciência que o estuda, visando antes determinar o que ele é, em vez de pretender afirmar o que ele deveria ser, conseqüência imediata da promiscuidade entre aqueles setores². Esvai-se daí a crença de poder “definir um Direito justo e, conseqüentemente, um

¹ A expressão jurisprudência não tem aqui o mesmo sentido que empregamos em nosso país, mas como obra dos teóricos do Direito, em nosso meio jurídico indevidamente denominada “doutrina”.

² “Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 1999, p. 2).

critério de valor para o Direito positivo”, o que configuraria para o mestre um renascer de uma metafísica do Direito natural” (KELSEN, 1999, p. XVIII).

Em suma, a pureza de sua teoria se refere à Ciência do Direito e consiste basicamente em excluir do seu campo de estudos tudo aquilo que não se refira ao seu objeto, tudo aquilo que não seja possível de determinar-se como Direito e, em última análise, tudo aquilo que não se possa identificar com a norma jurídica³.

3. Norma e proposição normativa

Partindo da delimitação do objeto da ciência jurídica, Kelsen estabelece a distinção entre norma e proposição normativa.

A norma jurídica seria um imperativo posto pela autoridade competente, um comando por ela estabelecido, uma permissão, ou ainda uma atribuição de competência. Ainda que se tenha em mente que tais imperativos sejam expressos por meio de fórmulas lingüísticas, certo é que não se trata de um mero enunciado, uma mera proposição, mas de um comando, de um ato produtor do Direito, seja ele um ato posto pelo legislador, pela Administração Pública, seja pelo juiz (a diferença aqui não é de ordem qualitativa, pois sempre estamos em um processo de determinação do Direito, como adiante melhor esclareceremos).

Por sua vez, a proposição jurídica é um enunciado formulado pela Ciência do Direito visando à descrição do seu objeto. Portanto, trata-se de uma distinção qualitativa (prescrição/descrição), em que a norma jurídica é um ato da autoridade que produz o Direito e a proposição jurídica, um juízo hipotético da ciência jurídica que descreve o sistema posto, tal como fica claro no excerto seguinte (KELSEN, 1999, p. 81):

³ “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica” (KELSEN, 1999, p. 79).

“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”.

Exatamente por isso, o cientista do Direito não pode, despidendo-se da necessária neutralidade, estabelecer proposições alicerçadas em juízos de valor que extrapolem a sua função meramente descritiva do sistema de normas. A pureza da teoria, portanto, é uma pureza epistemológica (corte que exclui da ciência jurídica qualquer objeto a ela estranho) e também uma pureza valorativa (corte axiológico), ou seja, ao cientista do Direito, impõe-se descrever o objeto da sua ciência e não valorá-lo; as proposições jurídicas são da ordem do ser e, por isso mesmo, não tem cabimento falar-se em validade ou invalidade da proposição, senão na sua verdade ou falsidade⁴.

4. Causalidade e imputação

Para Kelsen (1999), na natureza os eventos estão conectados entre si segundo um princípio causal, daí por que as ciências que a descrevem – ciências da natureza –

⁴ “A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verdadeiras ou inverídicas, mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verdadeiros, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo (*sic*) ser verdadeiras ou inverídicas.” (KELSEN, 1999, p. 82).

estão alicerçadas em um princípio causal. Exemplificando: se deixo um corpo solto no espaço, ele cai porque sobre ele atua uma força – o peso – decorrente da aceleração da gravidade. Em outras palavras, quando solto um corpo outrora suspenso, constato o efeito da sua precipitação, causado pela atuação da gravidade sobre aquela massa. Portanto a lei que rege o seu movimento está estabelecida segundo um princípio causal. Prosseguindo na análise, a física, ciência que, entre outros objetos, estuda o movimento, descreve aquela lei (proposição) asseverando: dado que um corpo seja solto no espaço, ele se precipitará em velocidade crescente, porque sobre a sua massa atua a aceleração da gravidade. Portanto, *se é A, então é B* (se solto o corpo, então ele cai).

Por sua vez, o princípio ordenador nas ciências sociais não é a causalidade, mas a imputação. Aqui, a estrutura da norma reguladora é bem distinta. Em primeiro lugar, por sua origem, que é derivada de um ato da vontade humana. Quando a prisão de alguém é determinada em razão do crime cometido, somente por assimilação verbal poderíamos afirmar que ele é preso “por causa” do ilícito perpetrado. A expressão assume aí uma conotação completamente distinta da hipótese anterior. Pode ocorrer (e freqüentemente ocorre) de alguém praticar um crime e mesmo assim permanecer em liberdade, sem que, com isso, a norma penal que determina a sua prisão deixe de ser válida. O que apenas podemos afirmar (proposição normativa) é que, dado que alguém pratique determinado ato ilícito, então essa pessoa *deve ser* presa. Em outras palavras: *se é A, então deve ser B* (se o homicídio é cometido, então o seu autor deve ser preso)⁵,

⁵ A expressão “deve ser” é plurissignificativa e aqui o seu conteúdo semântico não está ligado à idéia de probabilidade, ou seja, no sentido de que se A comete um crime, então provavelmente será preso. Em verdade, o “deve ser” aqui empregado significa que se A comete um crime, então há uma determinação legal que impõe a aplicação da pena de prisão (ele deve ser preso), no sentido de dever ser preso. A norma prevalece mesmo que esse dever não se materialize, como vimos.

mesmo quando B não ocorra. Resumindo, “a conseqüência do ilícito é imputada ao ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como sua causa” (Kelsen, 1999, p. 91).

Uma outra distinção apontada por Kelsen (1999) é que, na relação de causalidade, os elos que unem os eventos se desdobram em uma cadeia infinita, ou seja, a conseqüência produzida por uma determinada causa é, por sua vez, causa produtora de outro evento e assim sucessivamente. Da mesma forma, se percorrermos esse trajeto em sentido inverso, a causa de um determinado evento é, por sua vez, conseqüência provocada por uma causa mais remota e assim sucessivamente. Com o princípio da imputação, tal não ocorre, já que a regra de “causação” é fruto da vontade humana, pelo que a série de imputação é limitada, existe um ponto terminal⁶.

5. A norma fundamental e o Direito como um sistema dinâmico de normas

Do mundo do ser não deriva o dever ser! Explica-o Adrian Sgarbi (2006, p. 42):

“Uma vez que de um ser (mundo dos fatos, mundo regido pela causalidade e cuja manifestação se observa nas leis físicas) não deriva um dever (mundo das normas, mundo regido pelo princípio da imputação e que se manifesta nos comandos jurídicos), apenas de uma norma pode advir a validade de outra norma”.

Para Kelsen (1986), quando afirmo que uma norma vale, isso significa que ela vincula um indivíduo, que ele deve pau-

⁶ “O pressuposto a que é imputada a conseqüência numa lei moral ou jurídica, como, por exemplo, a morte pela pátria, o ato generoso, o pecado, o crime, a que são imputados, respectivamente, a veneração da memória, o reconhecimento, a penitência, a pena, que são imputadas, respectivamente, à morte pela pátria, ao ato generoso, ao pecado e ao crime, não têm necessariamente de ser também pressupostos a que sejam de atribuir novas conseqüências, o número dos elos de uma série imputativa não é, como o número dos elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado.” (KELSEN, 1999, p. 101).

tar a sua conduta segundo o que nela está preceituado. O que lhe dá esse atributo não é o seu conteúdo, mas sobretudo a legitimação de quem a põe, ou seja, a norma vale porque, independentemente do que vem a estabelecer, é um ato produzido por alguém autorizado a fazê-lo (competência). Assim, a norma posta deve ter o seu fundamento de validade alicerçado em uma outra norma que lhe é, portanto, superior.

Por sua vez, a norma que confere validade a outra pode ter a sua própria validade questionada, reclamando um substrato de validação em outra norma superior a ela e assim sucessivamente. Se, como vimos, o sistema normativo está fundado em um princípio da imputação, que não se sujeita a uma cadeia infinita, certo é que devemos pressupor um limite, sob pena de termos que recorrer a uma noção metafísica para sustentar o nosso sistema, o que, por óbvio, é repudiado pelo mestre de Viena.

Para conferir uma unidade ao ordenamento jurídico, Kelsen (1986) então recorre a uma norma que já não é mais posta, mas pressuposta. Ela é algo abstrato, cujo questionamento de validade não é mais possível e à qual ele denominou *norma fundamental*⁷.

Para Kelsen, os sistemas normativos podem ser de dois tipos: estáticos ou dinâmicos. Os primeiros são estruturados com base em um conteúdo previamente determinado, que pode ser alcançado por mera dedução, pelo que todas as normas do ordenamento

⁷ Em sua obra póstuma “Teoria Geral das Normas”, Kelsen (1986, p. 329) introduz ligeira alteração no conceito de norma fundamental antecipado em sua Teoria Pura, afirmando que “a norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas (...) não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado (...) Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese - como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei -, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque ela não corresponde à realidade.”

já estariam contidas na norma pressuposta e, assim, a conduta que ela determina aos indivíduos é devida em razão do seu conteúdo. Portanto, a norma fundamental desse sistema não confere apenas um fundamento de validade, mas também um conteúdo válido (ou de validade). O mestre exemplifica (KELSEN, 1999, p. 218):

“Assim, por exemplo, as normas – não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos – podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade. Da norma segundo a qual devemos amar o nosso próximo podemos deduzir as normas: não devemos fazer mal ao próximo, não devemos, especialmente, causar-lhe a morte, não devemos prejudicar-lhe fisicamente, devemos ajudá-lo quando precise de ajuda”.

Os sistemas dinâmicos, por sua vez, não valem por seu conteúdo deduzido da norma fundamental. O que importa é um quadro de determinação de competências, as quais, quando exercidas, é que vão revelar os conteúdos normativos. Como destacamos, a questão reside na outorga de validade à norma posta. Se ela pressupõe um fundamento que lhe confira tal atributo, então esse fundamento, sobretudo na concepção dinâmica do sistema normativo, só pode estar em outra norma. Se essa outra norma, por sua vez, é também questionada, devo buscar uma outra que lhe dê suporte de validade e assim sucessivamente, o que poderia levar-nos a um *regressum ad infinitum*. Portanto, necessariamente devemos recorrer a uma norma fundamental que dê sustentação ao sistema. “Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas” (KELSEN, 1999, p. 228). Que fique claro que ela somente alcançaria a sua finalidade se concebida abstratamente, algo efetivamente

que não existe e, portanto, não sendo objeto de um ato de vontade, é puro pensamento, o que lhe acarreta um problema não solucionado, que já se viu adiantado em sua obra póstuma, a saber, a contradição. De fato, se a norma fundamental tem por fim conferir unidade ao ordenamento normativo, sendo mera abstração ela contradiz a realidade e a si mesma⁸.

Alinhado à sua finalidade de purificação da Ciência do Direito, não se poderia pressupor em Kelsen uma norma posta por um ato de vontade, cujo conteúdo fosse mera dedução de um preceito validante. Tal postura conduziria a um questionamento do sistema posto, em razão de critérios metajurídicos. Portanto, o Direito seria um sistema dinâmico, segundo o qual, a Constituição, como primeiro ato de vontade posto com base na norma fundamental, deixa fora de questão o seu conteúdo e o da ordem jurídica erigida com base nela. Não importa “se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se a ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo” (KELSEN, 1999, p. 225).

6. Do processo de determinação do Direito

Para Kelsen, a produção normativa, como vimos, é fruto de um ato de vontade, a qual, não nega ele, está permeada de interferências políticas, religiosas, ideologias, valorações etc., mas que deve ser explicado

⁸ “a suposição de uma norma fundamental – como porventura a norma fundamental de uma ordem moral religiosa: ‘Deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, como determina historicamente a primeira Constituição’ – não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma, porque descreve a conferência de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade – com certeza apenas fictícia – que está mais acima dessa autoridade.” (KELSEN, 1986, p. 329).

pela Ciência do Direito sob um regime depurado, visando-o somente pelo prisma do seu objeto (a norma jurídica). Assim, o que confere validade ao ato não seria propriamente o seu conteúdo, mas a autorização para produzi-lo. Essa perspectiva faz do sistema jurídico um sistema dinâmico de normas, como visto.

Conseqüência desse modelo, é que o princípio da causalidade não se presta a explicar essa realidade sensível (mundo do ser), ao contrário, é ela que deve ser conduzida pela norma, segundo o princípio da imputação (dever ser), daí a característica primordial da norma como ato de vontade.

Quando o legislador põe a norma legal, independentemente do seu conteúdo (ao menos de certa forma⁹), o que a torna válida é o fato de ele estar autorizado pela Constituição a estabelecê-la. Assim, a lei é concebida como aplicação da Constituição. Da mesma forma, o juiz e o administrador, ao estabelecerem a sentença ou o ato administrativo (vistos também como normas), estão aplicando a legislação.

⁹ Veja que o próprio Kelsen (1999), ao enfrentar a questão das antinomias, assevera que “a norma fundamental não empresta a todo e qualquer ato o sentido objetivo de uma norma válida, mas apenas ao ato que tem um sentido, a saber, o sentido subjetivo de que os indivíduos se devem conduzir de determinada maneira” (KELSEN, 1999, p. 231). Assim, uma norma que simultaneamente proíbe o aborto em determinada situação e o autoriza, sob o mesmo pressuposto, não faz sentido e não pode ser tida como válida somente porque derivada da autoridade competente. Não bastasse esse aspecto, também é reconhecido que as constituições, a par das normas de atribuição de competência para a produção normativa, as quais Kelsen denomina de materialmente constitucionais, encerram em seu bojo outras que circunscrevem o domínio do conteúdo normativo a ser posto pelo legislador, sobretudo no que tange à imposição de restrições materiais. Portanto, de certa forma, há também a possibilidade de a autoridade competente não editar um ato normativo válido, porque desviante daquele conteúdo prévio. Entretanto, isso não faz o sistema vincular-se a um princípio estático, posto que, qualquer que seja a norma posta, não deriva por dedução lógica da norma fundamental, como um seu elemento analítico.

Fica claro, portanto, que não há uma distinção de ordem qualitativa¹⁰ entre legislação e execução, posto que todo ato de legislação nos conduz à idéia de aplicação de uma norma superior. Confira (KELSEN, 2003, p. 124):

“(…) costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito considerado como simples reprodução (...) Mas essa concepção da relação entre legislação e execução é inexata. Essas duas funções não se opõem de maneira absoluta, como a criação à aplicação do direito, mas de maneira puramente relativa. Examinando-as melhor, vê-se que cada uma delas se apresenta, na verdade, ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito”.

E prossegue (KELSEN, 2003, p. 125):

“Como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito. Com relação ao decreto e a outros atos subordinados à lei, ela é, ao contrário, criação do direito; o decreto é, também, aplicação do direito com respeito à lei e criação do direito com respeito à sentença e ao ato administrativo que o aplicam. Estes, por sua vez, são aplicação do direito, se olharmos para cima, e criação do direito, se olharmos para baixo, isto é, no que concerne aos atos pelos quais são executados”.

A distinção, portanto, seria apenas de grau, posto que, à medida que descemos na pirâmide normativa, o grau de liberdade do aplicador vai reduzindo.

¹⁰ “Decerto que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito que este.” (KELSEN, 1999, p. 393).

7. A interpretação jurídica em Kelsen

Kelsen (1999) construiu um sistema estritamente lógico, razão pela qual, a despeito de haver dedicado poucas linhas ao tema da interpretação no Direito, certo é que o fez ao final da sua obra clássica (Teoria Pura do Direito), exatamente porque pressupõe as noções que previamente exploramos.

De fato, partindo-se da idéia de aplicação, recém abordada, os órgãos jurídicos, ao produzirem as normas do sistema, estão ligados a um processo de aplicação do Direito, pelo que a interpretação é algo que deve necessariamente acompanhar esse processo de progressão de um escalão normativo superior a um inferior. É que, ao produzir a lei, o legislador está, em última análise, aplicando a Constituição, o que exige a compreensão prévia do que é aplicado. Da mesma forma, ao prolatar uma sentença, se a tomamos como resultado de um processo de aplicação das leis, impõe-se a compreensão prévia das leis que aplico. Tal característica nos leva a uma compreensão da interpretação jurídica como um processo universal e essencial à produção do Direito.

Por outro lado, os indivíduos, sujeitos às normas postas pelos órgãos aplicadores do Direito, estão obrigados ao *dever ser* nelas instituído e, ao se conduzirem na forma devida, diz-se que observam tais normas (jamais a aplicam, porque não criam Direito). De qualquer forma, também aqui, a determinação normativa precisa ser apreendida pelo sujeito ao qual é destinada, pelo que também para ele, nesse processo de observância do Direito, assume relevo a interpretação jurídica.

Estabelecida a distinção entre aplicação do Direito e a sua observância, Kelsen (1999) deduz daí a diferença entre o que denominou interpretação autêntica e não-autêntica¹¹.

¹¹ Não se retorna aqui à clássica distinção entre interpretação autêntica e não-autêntica, em que é tomada a primeira somente como aquela levada a efeito pelo próprio órgão que produziu a norma. Para Kelsen (1999), a interpretação é autêntica quando conduzida por um órgão aplicador do Direito, tal

A primeira é aquela levada a efeito pelo órgão aplicador do Direito, ao passo que não-autêntica é a empreendida pelos que apenas obedecem às normas jurídicas.

Como visto, a produção normativa, tomada como ato de aplicação do Direito, pressupõe um substrato de validade que, em certa medida, também determina o conteúdo da norma a ser produzida. Uma sentença, por exemplo, ao estabelecer a norma aplicável a um caso determinado, está, de certa forma, produzindo o Direito e também o aplicando, já que, em certa medida, é um ato de execução da legislação. Em que pese a sua natureza executiva, não pode estar inteiramente determinada pela norma do escalão superior, porquanto, como a norma jurídica é um ato de vontade, como tal estaria desnaturada, nessa hipótese. Por isso mesmo, Kelsen (1999) introduziu a noção de *moldura normativa*, compreendida como aquele âmbito de liberdade em que atua o órgão aplicador do Direito¹² (KELSEN, 1999, p. 388):

“A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.

Portanto, vê-se que há um quadro de relativa indeterminação, a justificar aquele

como visto. Assim, quando um juiz interpreta a lei no processo de que resulta a sentença, estamos diante de interpretação autêntica.

¹² Kelsen (1999) exemplifica: “Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever” (KELSEN, 1999, p. 388).

espaço de liberdade reservado ao aplicador do Direito, a que Kelsen denominou moldura normativa. É irrelevante que tal indeterminação tenha sido desejada ou não (tal como ocorre, v.g., em decorrência da plurisignificativade semântica dos termos empregados na norma), ou ainda que ela se circunscreva ao fato condicionante ou à consequência condicionada, o que importa é que ela existe e que todo ato que se deixe enquadrar naqueles limites será válido.

Ora, se, como vimos, o ato de criação normativa é um ato de aplicação do Direito; se esse pressupõe a compreensão do que é aplicado; e se o compreendido não pode ser univocamente determinado, então o ato de interpretação que o pressupõe consiste exatamente na determinação daqueles limites em que a aplicação seria válida, ou seja, “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem” (KELSEN, 1999, p. 390).

Por tudo isso, sempre fracassaria a tentativa de buscar um método que pudesse proporcionar um sentido unívoco para a norma a aplicar. Qualquer das opções até hoje experimentadas falharam exatamente porque não consideraram aquele quadro de indeterminação próprio da norma validante (de escalão superior) e, por via de consequência, porque esqueceram que o ato de aplicação do Direito é resultado, para Kelsen, de um ato de conhecimento (interpretação que conduz o aplicador ao quadro normativo possível), combinado com um ato de vontade (aplicação propriamente dita em que, nos limites da moldura estabelecida, é eleita uma possível norma).

É o que sintetiza o mestre (KELSEN, 1999, p. 394):

“(…) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, 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. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica”.

Finalmente, no âmbito da Ciência do Direito, como não se trata de uma posição vinculante, criadora, a interpretação se limita ao aspecto gnosiológico, é puro ato de conhecimento, daí a crítica da Teoria Pura à Jurisprudência dos Conceitos, que pretende exatamente, por um ato de conhecimento, criar Direito novo.

Portanto, a única possibilidade da interpretação empreendida pela “jurisprudência” é a de evidenciar as múltiplas possibilidades significativas da norma e, em consequência, retornamos ao princípio norteador da Teoria Pura, do qual concluímos que a adoção de preferências nesse processo configuraria intervenção de juízos políticos sobre o ato de conhecimento, o que, para a Ciência do Direito, seria desastroso, já que desnaturaria o seu objeto.

8. Alguns pontos críticos no modelo interpretativo da Teoria Pura

O conjunto teórico incorporado pela Teoria Pura do Direito traz inúmeras vantagens. Os cortes epistemológico e axiológico introduzidos por Kelsen (1999) conduzem à depuração de ideologias e juízos de valor na Ciência do Direito, aproximando-a da idéia científica de rigor e precisão. Se de um lado esse aspecto de ciência rigorosa, de inspiração matemática, contamina o mestre, de outro, não o deixa conduzir-se por um método que tenha por objetivo proporcionar a infalibilidade e a certeza na aplicação do Direito. Kelsen está mais atraído por uma análise do modo jurídico de operação do que pela prescrição de um roteiro adequado, visando ao ideal de certe-

za e univocidade (que lhe parece inatingível no Direito¹³).

De fato, ao estabelecer o ato de produção do Direito como um ato de vontade, desautoriza qualquer pretensão de objetividade e certeza inquestionável. A pureza da Ciência Jurídica estaria exatamente em reconhecer na norma o limite do seu objeto, dele expurgando quaisquer incursões na seara do dever ser.

Quando a Ciência Jurídica, em vez de apenas descrever o seu objeto o valora, imiscui-se no ato de produção jurídica, pretendendo afirmar o que deve ser o Direito. Se assim ocorresse, o órgão de produção jurídica deveria apenas conformar-se ao que já estaria antecipadamente determinado a ele, o que conduziria ao absurdo, por exemplo, de imaginarmos que da Constituição somente haveria a possibilidade de uma única solução legislativa, o que seria um absurdo, sobretudo diante da já afirmada natureza do ato de aplicação do Direito como um ato de vontade. Esse quadro conduziria a uma antecipação fracassada, já que o objeto da Ciência do Direito é a norma jurídica, competindo a ela descrever a ordem posta e não opinar sobre como ela deveria ser (da ordem do ser não pode derivar o dever ser).

Entretanto, esse construto bem elaborado parece desconsiderar alguns problemas de fundo, sobretudo no quadrante da interpretação jurídica, como adiante vamos apontar.

8.1. A interpretação como mecanismo subsidiário da aplicação

Como visto, o modelo kelseniano propõe que uma norma jurídica encontra o seu fundamento de validade em outra norma de escalão superior. Essa norma, a despeito

¹³ “com a sua teoria da norma fundamental, a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem – quase sempre inconscientemente (...)” (KELSEN, 1999, p. 228).

to de sua função formal de atribuição de competência para a elaboração de outra, pode, em certa medida, determinar o conteúdo da norma validada, mas jamais essa delimitação será absoluta, sempre permanecendo um quadro ou moldura, dentro do qual se movimentará o órgão de produção jurídica. Assim, mesmo considerando o ato normativo um ato de aplicação do Direito, sempre existirá um âmbito de aplicação que permite afirmar a natureza voluntária do ato produzido.

Nesse contexto, como vimos, a aplicação pressupõe o conhecimento da(s) norma(s) aplicada(s), o que faz sobressair o papel subsidiário da interpretação jurídica, que teria por objeto exatamente a determinação daquela moldura normativa, a fim de pré-estabelecer os limites de atuação válida do órgão de aplicação normativa.

Esse modo de ver as coisas evidencia uma operação por etapas, que, em um primeiro momento, eu conheceria a realidade para depois aplicá-la (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*). Esse fracionamento do processo compreensivo vai de encontro à visão de compreensão como aplicação, de matiz gadameriana e tão bem colocado por Lênio Streck (2006, p. 141):

“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 faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação”.

É evidente o recurso à diferença ontológica, base da hermenêutica filosófica, em que se estabelece a distinção, sem cisão, entre ser e ente, ou seja, o ente somente existe no seu ser e o ser, por sua vez, somente pode ser o ser de um ente! Essa tessitura filosófica foi manejada por Streck (2006) para estabelecer a distinção entre norma e texto.

Efetivamente, o texto não contém a norma, como algo que, sendo-lhe inerente, pudesse ser expurgado por um ato do intérprete (tal como pressupõem aqueles que vêem a interpretação como a busca do sentido e do alcance da lei (cf. MAXIMILIANO, 1984, p. 1). Na visão de Streck (2006), o texto está para o ente, assim como a norma para o seu ser. Esse sentido textual revela a norma no seu acontecer, no seu desvelar histórico, e essa sua verdade não pode ser enclausurada.

Nesse sentido é que se pode também vislumbrar a norma somente na sua aplicação. Ora, “na escrita, o sentido do falado está aí por si mesmo, inteiramente livre de todos os momentos emocionais da expressão do anúncio” (GADAMER, 2002, p. 571). Não há uma intenção a ser reconstruída, tampouco um plexo de sentidos inicialmente dado. Não há reconstrução do sentido do texto, mas construção contextual da norma pelo intérprete. Daí o acerto de Gadamer (2002), ao afirmar que interpretação é *applicatio*.

Esse argumento agrega dificuldades à sustentação do modelo interpretativo fracionado proposto por Kelsen (1999), já que, não havendo um sentido imanente, aquela moldura não pode ser apreendida, senão no momento mesmo da aplicação da norma, e aí já não nos parece haver espaço para falar sequer em moldura.

Não bastasse isso, parece que não foi percebido o caráter histórico da verdade e o papel dos sujeitos na sua conformação. De fato, afirmar que há uma moldura prévia que limita o sentido possível da normatividade, cabendo ao intérprete encontrar essas fronteiras, deixaria para trás (ao menos) a questão da dinâmica do quadro. Pelo menos deveríamos considerar que aqueles limites também são cambiantes. É que não há um sentido prévio inerente ao texto normativo, que deva ser buscado, mas um uso concretizado pelos sujeitos, que se inserem em um contexto comunicativo interativo e dialético.

Parece que ainda se está arraigado a uma noção de verdade inerente ao objeto,

uma herança do pensamento metafísico, que se manifesta na dualidade sujeito-objeto, como se a norma validante pudesse encerrar em si mesma um sentido próprio, apto a ser captado por um solipso sujeito, ainda que esse sentido esteja cerrado em uma moldura de possibilidades, dentro da qual o órgão legiferante pudesse conduzir-se. Como se ele, legislador, devesse buscar, por exemplo, os possíveis sentidos da Constituição unicamente a partir da Constituição.

O ser humano é o único ente que, em seu ser, tem um mundo, no sentido de que está atrelado a uma tradição que herda e que, ao mesmo tempo, vai reconstruindo. É dessa conversa com a tradição que os sentidos se desvelam, razão pela qual, não se pode pretender uma objetividade estéril, nem mesmo para o cientista do Direito. Ele e também o órgão de aplicação do Direito, e ainda aquele que apenas obedece às normas jurídicas, estão unidos desse substrato histórico que conduz ao que denominamos pré-compreensão, a qual, longe de ser um problema para a compreensão do Direito, é uma condição de possibilidade dela. Essa situação hermenêutica do sujeito estabelece um horizonte que projeta um raio de visão compreensiva.

A busca frenética por uma objetividade científica descola o direito da realidade. Pretender ver o intérprete como uma mônada, isolada do mundo e da história, capaz de apreender a realidade afastando-se dela é uma pretensão absurda. O homem é um ser histórico e é pela e na história que trava contato com os entes intramundanos.

9. Conclusão

O arquétipo racional estabelecido por Kelsen, que superficialmente procuramos expor, não pode ser cindido, pelo que a sua teoria da interpretação jurídica está conformada aos substratos da sua Teoria Pura.

A objetividade que pretende empreender no momento interpretativo, como

uma etapa preparatória ao momento de aplicação do Direito, bem como a postura neutra do cientista do Direito, que não pode senão compreender o seu objeto de estudo, o Direito, descrevendo-o sem valorá-lo, acabam por empobrecer demasiadamente o seu modelo.

Veja que não pretendemos criticar toda a obra de Kelsen, como desde o início alertamos, mas apenas questionar os pressupostos do seu modelo interpretativo, muito embora, dada a íntima conexão que acabamos de mencionar, nossas críticas acabam-se refletindo também em outros postulados da sua Teoria Pura.

Efetivamente, a neutralidade como ideal da Ciência do Direito não pode sustentar-se, em face da noção de situação histórica do intérprete. A compreensão não pode dar-se fora da situação em que ele se encontra, porque “toda forma de compreensão é historicamente situada, de sorte que toda possibilidade de realização se dá apenas no contexto do horizonte daquele que se põe a conhecer” (PEREIRA, 2007, p. 27). Corolário dessa premissa é que o intérprete só compreende partindo de pré-compreensões advindas daquele horizonte em que se situa.

É exatamente por isso que a pretendida neutralidade do intérprete (seja do cientista do Direito, seja daquele que o aplica, seja ainda do que meramente compreende a norma para observá-la) é fracassada.

Como dissemos, constatar esse quadro de pré-compreensão não nos revela um obstáculo, mas antes uma condição de possibilidade do conhecimento (PEREIRA, 2007, p. 28):

“Assim sendo, o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia do seu sentido, influenciada pela tradição em que se insere (suas experiências, seu modo de vida, sua situação hermenêutica etc.). Por esse motivo, fracassará todo

empreendimento que intente compreender objetivamente, em absoluto, qualquer tipo de fenômeno, eis que a compreensão, como dito, sujeita-se também à tradição a qual pertence aquele que se dá ao conhecer”.

Assim, Kelsen, em seu ideal de pureza científica, busca uma objetividade na Ciência do Direito, somente alcançada pela distinção entre as noções de ser e dever ser. Ao cientista não cabe externar juízos do segundo tipo, cabendo apenas dizer o que o Direito é. Em última análise, reconhece que a ele cabe tão-somente compreender o Direito de forma ascética, contemplativa, sem introjetar-se em seu objeto de estudo. A questão que fica é: como fazer isso? Como poderia o intérprete anular as suas pré-compreensões que a tradição lhe deixou? Como poderia ele saltar da história para ver a história?

Da mesma forma, quando o aplicador do Direito estabelece uma nova norma, ele o faz autorizado e balizado por outra, de escalão superior (o legislador, por exemplo, produz a lei, autorizado e, de certa forma, conformado pela Constituição), concretizando um ato de vontade manifestado na sua opção de eleição de uma entre as várias possibilidades que a moldura normativa lhe autoriza. Assim, o ato de aplicação do Direito seria um ato de vontade, precedido de um ato de puro conhecimento, consistente na identificação daquele rol de possibilidades já antecipadamente presentes na norma autorizadora.

Novamente aqui, temos uma submissão a um juízo de mera constatação de uma realidade que me é dada: a moldura normativa. Caberia ao aplicador do Direito aplicá-lo por um ato de vontade, permeado de ingerências políticas, morais etc., portanto um ato de liberdade que, todavia, é precedido de um ato estéril, de mero conhecimento, livre de todas essas interferências. Novamente permanece a questão: como fazê-lo? Esse salto para fora da história é uma premissa assumida: “Como se fosse

possível vender os olhos para aquilo que forma a nossa herança cultural, como se nos fosse dado pular a nossa própria sombra” (PEREIRA, 2007, p. 33).

Se fixamos a idéia de que não existe um ser entificado, um sentido estático aprisionado no tempo pela lei, apto a ser descoberto pelo intérprete, logo percebemos a dificuldade de adoção das premissas que orientam a teoria da interpretação em Kelsen.

Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3 ed. São Paulo: M. Limonad, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: S. Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: M. Fontes, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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