

UM ESTUDO SOBRE A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO PENSAMENTO DE HANS Kelsen

STUDY ON THE THEORY OF LEGAL INTERPRETATION ACCORDING HANS Kelsen

Marcus Tullius Leite Fernandes dos Santos*

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo geral analisar as construções científicas de Hans Kelsen na esfera da Hermenêutica Jurídica, além de focalizar-se especificamente na investigação relativa a conexão lógica interna entre a Teoria da Interpretação kelseniana e os pressupostos epistemológicos de sua Teoria Pura do Direito, apontando a visão simplificada de Kelsen sobre a interpretação, onde não dedicou o mesmo esforço que teve quando da construção da Teoria Geral do Direito.

Palavras-chave: Kelsen. Hermenêutica. Teoria Pura do Direito.

ABSTRACT: This paper aims at analyzing the scientific constructions of Hans Kelsen in the sphere of Legal Hermeneutics, and focus specifically on the investigation of the connection between the internal logic of Kelsen's Theory of Interpretation and the epistemological assumptions of his Pure Theory of Law, pointing the simplified view of Kelsen on the interpretation, which he did not devote the same effort he had during the construction of the General Theory of Law.

Keywords: Kelsen. Hermeneutics. Pure Theory of Law.

* Advogado, professor, especialista em “Direito e Jurisdição” pela ESMARN/UNP e mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto se propõe a fazer um estudo a respeito da teoria da interpretação jurídica junto ao pensamento de Hans Kelsen, analisando os dados descritos pelo insigne teórico do Direito, que foram de suma importância para a tentativa de construção de uma teoria autônoma do Direito.

Mesmo sabendo que as idéias de Hans Kelsen não encontram o mesmo abrigo que obtiveram nas primeiras décadas do século XX, faz-se importante estudar-lhe e compreender as construções científicas, as quais registraram o pontapé inicial para a evolução do Direito como Ciência.

Ademais, conhecer Hans Kelsen é fundamental não só para a compreensão da cultura jurídica do nosso tempo, como para a defrontação com as principais questões relativas ao conhecimento do Direito. O projeto de Kelsen era o de delimitar, coerentemente, os fundamentos da construção de um conhecimento científico do Direito. Por isso, questões como conflitos entre normas, lacunas, fundamentos da interpretação do Direito e estrutura das normas jurídicas são mais bem entendidas quando se parte do pensamento kelseniano.

Noutro passo, outro vetor de interesse em desenvolver este trabalho adveio das discussões acadêmicas realizadas no mestrado em ciências jurídicas da UFPB – Universidade Federal da Paraíba, na disciplina Teoria Geral do Direito, ministrada pelo Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst¹, nas quais ficou bem nítido que para compreensão do fenômeno jurídico deve-se partir das idéias de Hans Kelsen, seguindo-se-lhe Alf Ross, Herbert Hart e Ronald Dworkin, cada qual com sua Teoria do Direito dotada de pressupostos metodológicos específicos.

De antemão, destacamos que não somos discípulos de Kelsen, mas lhe reconhecemos a importância para o desenvolvimento do pensamento jurídico razão que, escolhemos a tarefa de fazer uma pesquisa sobre como o ilustre teórico delineou a teoria da interpretação do Direito. Procuraremos fazer uma abordagem dos pontos principais da hermenêutica kelseniana, dado que não podemos ignorá-la, apesar de darmos razão as severas críticas

1 Doutor em Filosofia pela Université de Stasbourg III, USHS, França.

que recebera dos teóricos do Direito.

No decorrer do trabalho, apresentaremos os elementos da hermenêutica kelseniana e, logo a seguir, como intento final, a avaliação de sua harmonia e coerência lógica com os postulados da Teoria Pura do Direito.

Será apresentado, de forma breve, um esclarecimento sobre o significado de uma teoria científica, ressaltando em tópico subseqüente a teoria de Kelsen.

Antes de ser analisada a teoria da interpretação propriamente dita, traçamos um enlace da Teoria Pura do Direito com a Hermenêutica Kelseniana, trazendo as notas daquela que tangenciam com esta.

Abaixo, iniciaremos com um pouco da biografia de Hans Kelsen, para que se possa entender melhor o contexto histórico-social em que o autor estava inserido.

2 CONHECENDO HANS KELSEN

Nestas linhas iniciais, se faz importante explicitar quem foi Hans Kelsen, para que entendamos um pouco do seu pensamento. Ele foi o mais importante filósofo do Direito do século XX. A sua biografia é vasta, dado que viveu mais de 90 anos, com muitas informações a serem reveladas durante essa longevidade.

Aqui, mencionaremos apenas os dados biográficos mais relevantes. Nasceu em 1881, na cidade de Praga, ainda pertencente ao Império Austro-húngaro, e faleceu em Berkeley, em 1973, nos Estados Unidos. Grande Jurista, fundador da Escola de Viena, ou Escola Normativista, sua preocupação primeira era com a elaboração metodológica da teoria jurídica. Foi influenciado pelo positivismo de Augusto Comte e pelo neokantismo.

Estudou e lecionou em Viena, quando escreveu, no ano de 1911, a obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Problemas Capitais da Teoria do Direito Estatal).

Em 1919, foi convidado para elaborar a Constituição da nova república da Áustria, promulgada no ano seguinte, à qual imprimiu fundo democrático e apuro técnico, destacando-se a implantação do controle de constitucionalidade a ser exercido pela Corte Constitucional da qual foi

juiz. Importante destacar que Kelsen, em 1926, ajudou a fundar a prestigiada *Révue Internationale de Théorie du Droit*.

Já em 1934, elaborou a 1.^a edição de sua Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), que, posteriormente (1960), foi publicada em 2.^a edição, com inovações.

Foi professor da Universidade de Colônia (Alemanha), tendo sido afastado, em 1933, da cátedra pelo nazismo, por motivos políticos, já que era de origem judia, isto associado ao fato de que o regime nazista se mostrava adverso às atividades dos intelectuais. Em razão de tal fato se direcionou para a Suíça, dando cursos na Universidade de Genebra, cidade em que onde permaneceu até 1936. Em 1945, escreveu *Theory of law and state* (Teoria Geral do Direito e do Estado).

Teve uma rápida passagem em Cuba, onde proferiu um curso na Universidade de Havana. Contudo, o seu refúgio final foi nos Estados Unidos, e lecionou em Harvard e na Califórnia, onde se estabeleceu naturalizou-se cidadão norte-americano. Percebe-se que Hans Kelsen, ao longo de sua trajetória, conviveu com dois sistemas jurídicos: o romano-germânico (*civil law*) e o anglo-americano (*common law*), o que lhe influenciou, de certa forma, o seu pensamento².

Por fim, no ano de 1979, advém a versão definitiva do normativismo Kelseniano, com a obra póstuma autorizada pelo *institut Hans Kelsen, Allgemeine Theorie der normen* (Teoria Geral das Normas). Aqui, empreendeu importantes modificações em sua teoria, como a de considerar a norma fundamental como uma ficção, e não mais uma hipótese.

Assim, ele formulou as bases de uma teoria pura do direito³. “Pura” como teoria, e não como corpo de leis ou de precedentes judiciais. “Pura” é, pois, a doutrina, e não o direito, que, em qualquer tempo e lugar, é ideológico e, muitas vezes, repleto de impurezas.

Passemos, então, ao significado científico de uma teoria, para poderemos voltar às idéias de Kelsen.

2 Dá-se afirmar que existiram dois Kelsens.

3 É mister, desde logo, ressaltar que Kelsen não buscava purificar o Direito, uma vez que tinha plena consciência da multiplicidade de perspectivas teóricas a partir das quais o fenômeno jurídico poderia ser abordado. O seu objetivo foi elaborar uma teoria científica autônoma do Direito, analisando-o de forma objetiva.

3 O SIGNIFICADO DE UMA TEORIA CIENTÍFICA

Numa perspectiva mais abrangente, a palavra teoria vem do grego e significa um *olhar* sobre a realidade. Em outras palavras, que a percepção da realidade num olhar mais apurado, compenetrado, atencioso, que busca as causas e a razão de ser das coisas. A teoria visa a dizer o *porquê* (*causa eficiente*) e o *para quê* (*causa final*) da realidade.

A teoria tem um papel importante no conhecimento científico. No plano epistemológico, faz-se interessante esclarecer o conceito de teoria. Em termos científicos, a noção de teoria se estabelece como um conjunto de entidades abstratas que se apresentam sob a forma ordenada de hipóteses ou conjecturas sobre determinados aspectos da realidade.

Uma teoria é um modelo formado por um grupo sistemático de proposições (leis, hipóteses, conceitos e definições), que permite a explicação, classificação, interpretação, unificação e previsão de um determinado domínio.

A teoria é um olhar compenetrado, cuidadoso, sobre as coisas. A teoria da ciência chama-se epistemologia.

Enfim, uma teoria é um conjunto de conhecimentos metódicos que apresentam graus diversos de sistematização e credibilidade, e que se propõe a explicar, elucidar, interpretar ou unificar um dado domínio de fenômenos ou de acontecimentos que se oferecem à atividade prática. Portanto, a teoria possui unidade e coerência.

Uma teoria científica tem como finalidade “modelar” a realidade, reduzindo a complexidade do real. Através das teorias procuramos explicar e compreender a realidade (os fatos e os fenômenos).

Vale ressaltar que as teorias científicas do Direito do século XX se pautam em modelos descritivistas⁴ que dizem o que o direito é, de forma objetiva, sem traduzir crenças, preferências e ideologias, fundamentados no princípio de neutralidade axiológica, na análise imparcial e objetiva. Aparentemente, essa visão parece correta. Entretanto, ela, cedeu lugar aos modelos construtivistas da atualidade, caracterizados por concepções mais plurais, abertas, democráticas e transdisciplinares.

4 A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen se enquadra nesse modelo.

Uma teoria não é melhor do que a outra, ou seja, não podemos, aqui, aplicar o raciocínio de que a posterior revoga a anterior, como acontece no mundo jurídico, no caso de conflito entre normas. O que ocorre são mudanças de paradigmas, ou seja, de formas de ver o mundo. Portanto, os paradigmas são incomensuráveis.

Cabe destacar que não há um mecanismo seguro para se provar uma teoria, apenas se consegue falseá-la, utilizando-se o critério falsificacionista. O progresso científico se dá, não pelo acerto, mas pelo erro. Assim, a ciência progride não porque encontra a verdade, mas porque consegue falsear suas próprias teorias e proposições. Isso é uma imagem completamente desmistificadora do conhecimento científico.

Eis, em linhas gerais, algumas noções sobre o significado de uma teoria científica. A seguir, avaliaremos os aspectos da teoria pura do Direito que se aproximam à questão hermenêutica.

4 ASPECTOS GERAIS DA TEORIA PURA DO DIREITO QUE TANGENCIAM A HERMENÊUTICA

Inicialmente, é salutar esclarecer alguns aspectos da teoria pura do Direito que tangenciam a questão da interpretação.

O normativismo lógico de Hans Kelsen, exposto em sua primeira obra fundamental, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), pretende a construção de uma teoria autônoma do Direito, depurando a ciência jurídica de resíduos jusnaturalistas, ou seja, estabelece o princípio da pureza metodológica, excluindo as considerações valorativas. A teoria pura é monista, pois admite apenas a existência de uma ordem jurídica: a do Direito Positivo.

A respeito do explicitado acima, Carlos Santiago Nino⁵ leciona:

[...] puede defenderse un concepto normativo hipotético de derecho: según este concepto, el derecho está integrado por aquellos estándares que son hipotéticamente válidos y que, en consecuencia, deben hipotéticamente ser aplicados en el empleo de la coacción estatal, por haber sido prescritos por

5 NINO, Carlos Santiago. **Derecho, Moral y Política**: una revisión de la teoría general del Derecho. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994. p. 39.

fuentes que se supone autorizadas para hacerlo. Como se habrá advertido, esta caracterización se aproxima a la de Kelsen: está fundada en una norma básica que, por un lado, permite ver al sistema jurídico como normativo – o sea, como un conjunto de normas que existen porque tienen fuerza obligatoria (de qué otro modo pueden sino existir las normas entendidas como proposiciones? -. Pero, por otro lado, el recurso a una norma básica evita que el empleo de este concepto para identificar al derecho conduzca a la adopción de normas extrajurídicas, sobre todo de índole moral, gracias al carácter hipotético con que tal norma básica es aceptada por los juristas teóricos.

Pois bem. A Teoria Pura do Direito nasceu de uma inquietação intelectual, quando Kelsen observava, ainda no curso jurídico, que os próprios docentes confundiam os planos do “*ser*” e do “*dever ser*”, não separando claramente o Direito Positivo do virtual ordenamento jurídico. Daí vem que ele remonta ao pensamento kantiano da distinção entre “*sein*” e “*sollen*”.

A compreensão do conceito de norma, na doutrina de Kelsen, é fundamental. Ao eleger a norma como o *eidos* (essência) jurídico, Kelsen pretendeu fazer, na Ciência do Direito, o expurgo de elementos estranhos ao seu objeto. A norma traduz a conduta que um indivíduo deve assumir em determinadas circunstâncias.

Com relação à norma jurídica, Kelsen aduz que não são comandos ou imperativos, no sentido psicológico do termo, como se atrás de cada preceito houvesse alguém a dar ordens, mas sim enunciados lógicos que se situam no plano do “*dever ser*”. A norma teria caráter prescritivo, estabelecendo modalidades deonticas (*v.g.*, permitido, proibido, facultativo e obrigatório). Sobre esse dado, Carlos Santiago Nino⁶ elucida:

[...] las normas jurídicas pueden ser identificadas con las proposiciones deonticas, o sea, juicios que predicen de una conducta que es obligatoria, o que está prohibida o permitida y que son el aspecto locucionario, para usar la expresión de John Austin, de las prescripciones constituyen el significado de los textos y son el aspecto interno de las practicas sociales. Esto ocurre en autores como Kelsen y son el objeto de lo que Alchourrón y Bulygin llaman “la concepción hilética de las normas jurídicas.

6 NINO, op. cit., p. 40.

As normas jurídicas determinam a conduta, impõem deveres e atribuem direitos e podem ser qualificadas apenas como válidas ou inválidas. As proposições jurídicas, formuladas pela Ciência do Direito, é que se qualificam como verídicas ou inverídicas.

A norma é válida independentemente do seu conteúdo, daí por que a perquirição em torno da Justiça é problema alheio à Ciência do Direito. Não existe norma justa ou injusta, eis que, como dito acima, estão excluídas as apreciações valorativas.

A Ciência do Direito conhece e descreve normas jurídicas, assim como apreende e descreve fatos da conduta humana enquanto constituem conteúdo de normas jurídicas. Ao descrever essas normas, faz *proposições jurídicas*. Na distinção entre proposição jurídica (*Rechtssatz*), e norma jurídica (*Rechtsnorm*) ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da 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.

A distinção revela-se no fato de as proposições jurídicas formuladas pela Ciência do Direito, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica (órgãos da comunidade aos quais a ordem jurídica confere competência para a produção normativa) – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos – não são verídicas ou inverídicas, senão que válidas ou inválidas. O dever-ser relativo à norma tem um sentido prescritivo, enquanto o dever-ser relativo à proposição jurídica tem apenas um sentido descritivo⁷.

A norma é logicamente indicativa e de estrutura hipotética, pois se limita a ligar um fato condicionante a uma consequência (a sanção). A conexão não seria de causa e efeito (princípio da causalidade), mas através de uma relação de imputação, atribuindo uma consequência em razão da prática de determinado ato.

⁷ A norma jurídica traz uma linguagem de cunho prescritivo e regula comportamentos e condutas possíveis, dentro do âmbito de um determinado universo social. Já a proposição jurídica, cinge-se a conhecer e descrever as normas jurídicas e as relações delas decorrentes, consubstanciando-se na doutrina.

A norma jurídica, no entanto, não preceitua determinada conduta por considerá-la boa, mas apenas comina uma sanção (pena ou execução), no caso de se preferir conduta contrária à juridicamente devida (é a consequência). Daí ser considerada primária a norma que estabelece a sanção, e secundária (a norma que determina a conduta, que evita a coação) a que prescreve, ou proscree, dado comportamento.

Como neokantiano, Hans Kelsen concebera, inicialmente, as normas como esquemas de interpretação da experiência social possível, experiência que só é propriamente jurídica quando referida a normas de Direito, e cuja validade não resulta de sua correspondência com os fatos, nem do conteúdo que estes possam ter, mas tão-somente de sua situação no interior do sistema, ligando-se uma norma à superior, por nexos puramente lógicos, e assim sucessivamente, até se alcançar a norma fundamental recebida como pressuposto da ordem jurídica positiva, ou fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a um mesmo ordenamento.

Para Kelsen, a validade de uma norma requer apenas o seu ajustamento dentro de uma hierarquia normativa e de um mínimo de eficácia. A ordem jurídica congrega normas que se vinculam dentro de uma organização hierárquica. Em tal escalonamento (*stufenbaulehre*), a validade de cada norma é garantida por outra de instância superior, excetuada a norma fundamental, que é fonte de validade de todas as demais.

Recorre a fundamento Kantiano dos “juízos sintéticos *a priori*” para justificar a norma fundamental (*Grundnorm*) como hipotética. A norma fundamental teria a função de conferir validade à ordem jurídica, podendo consistir na Constituição anterior ou numa revolução vitoriosa (exemplo citado por Kelsen).

É esse o ponto lógico de apoio de toda a validade do sistema, retratado no suposto fundamental consistente em ter-se como válido o que o primeiro órgão constituinte histórico manifestou como expressão de sua vontade.

Kelsen exclui a possibilidade de substância na norma fundamental (não é escrita, mas pressuposta), que não possui conteúdo jusnaturalista, para não comprometer sua teoria com a metafísica.

Até a segunda edição da Teoria Pura do Direito, a norma fundamen-

tal seria uma hipótese. Como uma hipótese pode ser demonstrada, Hans Kelsen se viu na necessidade de rever sua teoria, e passou mais adiante a chamar a norma fundamental de ficção⁸ (*in* Teoria Geral das Normas).

Passemos, agora, à análise da Hermenêutica kelseniana e seus reflexos na evolução da teoria da interpretação no Direito.

5 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DE ACORDO COM A TEORIA PURA DO DIREITO

Para se estudar a interpretação jurídica no pensamento kelseniano⁹, tomaremos por base os dados acima fornecidos pelo estudo da norma jurídica. É importante destacar que, a cada formulação teórica do Direito, advém uma teoria da interpretação.

Com relação a Kelsen, ele põe em destaque a importância da interpretação, considerando-a prática necessária à aplicação do Direito, consistindo seu pensamento reação à Escola da Exegese francesa.

Na visão kelseniana, o ato legislativo oferece ao intérprete, quase sempre, uma pluralidade de sentido, e a hermenêutica não possui um método objetivo para indicar o critério de prevalência¹⁰. O conjunto de significados possíveis compõe uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação. O papel atribuído ao intérprete é o de compor essa moldura, indicando os vários sentidos lógicos que as normas jurídicas apresentam.

Para Kelsen, existem duas espécies de interpretação, que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito, feita pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um

8 Retificação que se encontra em obra póstuma, **Allgemeine Theorie der Normen**, editada, em 1979, com apoio do *Hans Kelsen Institut* de Viena, traduzida para o português pelo ilustre professor paraibano, doutor pela Universidade de Berlim, José Florentino Duarte. Por ficção, entende-se como um recurso do pensamento, do qual se serve se não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente.

9 As primeiras construções sobre a Teoria da Interpretação estão na primeira versão de sua obra (1934). Consolida sua Teoria da Interpretação na segunda edição (1960).

10 Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 117. Por outro lado, *“a doutrina jurídica tradicional crê poder esperar da interpretação não apenas a verificação da moldura para o ato jurídico estabelecido, mas também a espera da realização de uma tarefa mais ampla e está até disposta a ver nela sua tarefa principal. A interpretação deve desenvolver um método que possibilite preencher acertadamente a moldura verificada. A teoria da interpretação comum fará crer que a lei, aplicada ao caso concreto, só pode fornecer uma decisão correta e que a ‘correção’ juspositiva dessa decisão acha-se baseada na própria lei”*.

órgão jurídico, mas por uma pessoa privada, e, especialmente, pela ciência jurídica. Portanto, a interpretação é diferente da aplicação.

Na terminologia kelseniana, aplicação da norma significa produção, a partir desta, de uma norma mais concreta. Aplicação é sempre criação. Aplicando-se uma norma, cria-se outra mais concreta.

Ao promover a aplicação do Direito, o juiz desenvolve uma atividade criadora. Do mesmo modo que, de uma lei constitucional, podem derivar várias leis ordinárias, e todas possíveis juridicamente, de uma lei podem ser extraídas sentenças de conteúdos diversos. O ato do juiz, assim, não seria apenas de natureza cognoscitiva, mas também voluntária.

Na verdade, dizer que uma sentença judicial está fundada na lei significa que ela se contém dentro da moldura, ou quadro, que a lei representa. Mas, não quer dizer que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma das* normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Primeiramente, o ato é cognoscitivo, pois o aplicador toma conhecimento da pluralidade de sentidos, da gama de possibilidades reveladas no estudo das normas. A escolha do sentido da decisão é o ato de atividade de política-jurídica. No momento da decisão, projeta um ato de vontade, por ser uma opção entre as várias possibilidades oferecidas no quadro que a lei constitui.

Desse modo, o renomado jurista coloca-se, radicalmente, contra a exegese tradicional, que preconiza apenas uma solução possível para cada caso, ou seja, um sentido para cada norma.

Do ponto de vista da segurança jurídica, Kelsen reconhece que o desejável seria que as normas apresentassem apenas um sentido juridicamente válido, como preconiza a hermenêutica tradicional; mas, na realidade, isto não condiz com os fatos que a experiência revela. As normas oferecem, via de regra, várias soluções possíveis, sendo que apenas uma se converte em Direito Positivo, pelo processo de escolha. Portanto, Kelsen considera a interpretação uma atividade mental que visa a indicar o conteúdo das normas jurídicas, sem a obrigação de conduzir, contudo, a uma única solução.

Voltando à questão inicial, Kelsen distingue a interpretação que é feita pelos órgãos jurídicos da realizada pelos particulares. Estes, que precisam adequar o seu comportamento ao que a ordem jurídica dispõe, têm a neces-

sidade de conhecer aqueles mandamentos, como forma de evitar as sanções que as normas jurídicas prescrevem.

Kelsen aduz que a atividade desenvolvida pela Ciência do Direito, no tocante à interpretação, é apenas de natureza cognoscitiva, pois a *opinio doctorum* não pode ir além do exame dos vários sentidos que as normas apresentam. Assim, enquanto o órgão aplicador sempre faz uma opção entre as plurissignificações contidas na moldura, ou quadro, o cientista do Direito limita-se a descrever as diversas alternativas de natureza lógica que o ato normativo oferece.

Para Kelsen, a interpretação entendida como fixação, por via cognoscitiva, do sentido da norma, não pode oferecer mais que uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve, necessariamente, conduzir a uma única solução com 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.

Noutro passo, o insigne jurista apresenta uma nova concepção para a interpretação autêntica. Esta não seria apenas a realizada pelo órgão competente, para a sua elaboração, ao gerar norma de caráter geral, mas também a desenvolvida pelo agente que aplica a norma a um caso concreto, pois este também cria o Direito, mediante norma individualizada.

Nesses termos, não seria interpretação autêntica a que dimana da Ciência do Direito e do estudo dos particulares em geral. Estes, ao adotarem uma fórmula de conduta perante a lei, elegem um dos vários sentidos que as normas oferecem, mas correm o risco de não vê-la confirmada pelos Tribunais.

Os Tribunais esclarecem os sentidos constantes na moldura, ou seja, a lógica da norma. Kelsen reconhece que, na prática, os tribunais produzem inovações jurídicas, utilizando-se de tal procedimento.

Sempre insistindo nesse ponto, Kelsen esclarece que não é possível, mediante uma interpretação apenas cognoscitiva, chegar a uma significação, determinar um sentido da norma que seja o único correto.

Por tal razão, quanto aos métodos de interpretação, ele afirma a ine-

xistência de qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito Positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma¹¹, apenas uma possa ser destacada como correta – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

A escolha, vale dizer, a determinação da norma dentro das várias opções igualmente corretas, não pode resultar de um critério científico. A interpretação científica limita-se a, conhecendo a norma, indicar-lhe a significação verbal, o sentido, e, como a norma pode ter mais de uma significação verbal, a Ciência do Direito resta sem condições de resolver o impasse.

Todo esse arcabouço científico construído por Kelsen teve também, como objetivo, enfocar que a norma, por ser um enunciado apresentado linguisticamente e conter uma intenção por trás dela, apresenta *significados polissêmicos*.

Grande parte dos teóricos do Direito apontam que a dificuldade apresentada pela hermenêutica kelseniana está em escolher, dentro de uma moldura, um sentido.

Kelsen sustenta que a lei não dá nunca uma decisão acabada para cada caso jurídico singular, mas uma espécie de disposição em branco que o juiz há de preencher de conteúdo concreto.

Daí se conclui que há dois níveis de interpretação: a) interpretação autêntica, como ato de vontade¹², a que ocorre na prática jurídica, feita pelo juiz, p. ex., que interpreta concretamente; b) interpretação científica, com a descrição de significados (o ato aqui não é voluntário como na autêntica), sendo a interpretação científica um ato cognoscitivo.

A teoria normativista Kelseniana muito difere da denominada “Escola da Exegese”, e pode ser considerada uma vigorosa reação a esta. Recorde-se haver Kelsen estabelecido, de logo, a distinção entre a interpretação como obra da ciência do direito e a interpretação feita por um órgão jurídico, ou em outras palavras, entre a interpretação cognoscitiva e a interpretação autêntica. E apenas desenvolveu considerações a respeito da última.

Kelsen entende que a interpretação é, em essência, um ato de decisão,

11 Isso em função da plurivocidade semântica das normas formuladas linguisticamente.

12 É autoritária, pois põe todos os poderes nas mãos do Juiz.

ou seja, um ato volitivo¹³ (um *Sinngebung*), e não um ato de cognição (um ato intelectual, um *Sinnverstaendnis*); de sorte que na hermenêutica jurídica, quando se interpreta uma norma, o intérprete, ao eleger-lhe um dos possíveis significados, guia-se mais pela vontade do que pela inteligência, ou seja, pesa mais sobre a escolha a primeira do que a segunda.

A interpretação como atividade cognoscitiva, obra da Ciência do Direito, embora não possa oferecer, para todos os casos, a solução que seja a única correta, oferece uma moldura, ou quadro, dentro da qual se colocam algumas soluções. Ao intérprete, cabe, então, por ato de vontade, escolher a solução que lhe parecer mais adequada. Essa escolha, assim, não é livre. Está limitada pela moldura, ou quadro, traçada pela Ciência do Direito.

As maiores críticas à teoria da interpretação kelseniana centram-se na visão simplificada que o citado jurista deu ao problema da Hermenêutica, ao limitar o papel da Ciência do Direito, colocando todos os poderes interpretativos nas mãos dos Juízes.

Antes de concluir este tópico, vale ressaltar um outro ponto tratado por Kelsen, que é a questão das lacunas¹⁴, o que também lhe rendeu algumas críticas.

Sucintamente, Kelsen se mostra contrário à doutrina mais difundida sobre interpretação jurídica, pois entende que o ordenamento jurídico não tem lacunas. A ordem jurídica é logicamente plena e, assim, pode ser aplicada a qualquer caso. A aplicação da ordem jurídica não se daria apenas positivamente, mas também negativamente. Tudo isso se harmoniza com a teorização hermenêutica dada pelo renomado jurista.

Por último, passaremos às conclusões tiradas da pesquisa teórica sobre alguns dos pensamentos de Hans Kelsen voltados à questão hermenêutica.

13 É importante distinguir o voluntarismo Kelseniano daquele da Escola do Direito Livre. Na verdade, enquanto na Escola do Direito Livre o voluntarismo se apresenta amorfo ou informe, porquanto tudo é entregue livremente à vontade do Juiz, no voluntarismo Kelseniano o Juiz não está livre de marcos conceituais dentro dos quais se circunscreve sua atividade criadora.

14 COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3. ed. 3. tiragem. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 46. Segundo o citado professor de Filosofia do Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *A teoria pura não considera a questão das lacunas como pertinente à logicidade do sistema jurídico. Trata o tema, situando-o no capítulo da estrutura escalonada da ordem jurídica, no tópico reservado à jurisprudência. Ou seja, é assunto ligado ao direito positivo, que, segundo Kelsen, não se apresenta necessariamente lógico.*

6 CONCLUSÃO

A teoria kelseniana da interpretação ajusta-se-lhe ao conjunto, com os lineamentos da teoria pura do Direito e, ao mesmo tempo, padece do mesmo equívoco de não invocar os importantes complementos da axiologia e da sociologia.

A interpretação, em Kelsen, possui uma função reduzida em relação à que lhe atribui a doutrina tradicional, pois é situada como mediadora entre a função legislativa e o trabalho de política jurídica, não chegando a exercer papel decisivo na definição do Direito. A função da interpretação científica não é criadora, mas indicativa da variedade de significados das normas jurídicas. E, por outro lado, Kelsen põe todos os poderes interpretativos nas mãos do Juiz.

A teoria Kelseniana não nega a legitimidade do problema axiológico, mas limita-se a verificar a impossibilidade de seu tratamento científico.

O restringir da interpretação científica contraria tudo o que a Ciência do Direito fez em todos os tempos, e em todos os lugares. Dificilmente se pode conceber uma ciência do direito que admita uma tal expropriação dos seus objetivos. Hodiernamente, fala-se num modelo construtivista, que não o descritivista apresentado por Hans Kelsen. Daí a pouca audiência que colheu a teoria da interpretação de Kelsen¹⁵.

A posição kelseniana a propósito da interpretação é uma consequência iniludível do conceito positivista da ciência, e, se se partilhar desse conceito, essa teoria é perfeitamente inatacável.

Para Kelsen, a ciência jurídica (Ciência do Direito) seria impotente para construir o Direito, já que sua função seria enunciar não a conduta exigida, mas a gama de possibilidades insertas na moldura da lei.

Afastando da Ciência do Direito a questão axiológica, Kelsen atribuiu, ao aplicador do direito, função criadora em que a valoração é inevitável. E com isto, na verdade, reduziu a importância da Ciência do Direito, reconhecendo ser esta insuficiente, incapaz de fundamentar a atividade judicial. Mas não pôs o juiz em posição secundária. Pelo contrário. Suas reflexões, a respei-

15 COELHO, op. cit., p. 64. Segundo citado autor, *a hermenêutica de Kelsen, no entanto, embora seja decorrência necessária do princípio metodológico fundamental, termina por empobrecer enormemente a sua epistemologia e frustra todos quantos se dispuseram a acompanhá-lo com entusiasmo, ao longo da teoria pura. Mas, por outro lado, ela configura, na feliz expressão de Ferraz Jr., um desafio à filosofia jurídica; desafio esse que criou as condições para uma extraordinária revolução na epistemologia do direito.*

to da interpretação, reforçam consideravelmente a função do juiz.

De acordo com a teoria pura do Direito, o juiz, como qualquer pessoa que tenha de aplicar as normas gerais aos casos concretos, cria, dentro do quadro de possibilidades apresentado pela norma geral, à luz da ciência, uma norma individual, para o caso concreto. É engano dizer-se que a teoria pura do Direito não reconhece, ao juiz, oportunidade para valorações.

Admitir, como Kelsen, que as leis possuem sempre uma pluralidade de significados, e que não faz parte do processo hermenêutico a escolha do sentido adequado, é concluir pela não univocidade da ordem jurídica; é reconhecer a existência não de uma ordem jurídica, mas de uma pluralidade de ordens jurídicas.

Mesmo com as dúvidas e reflexões levantadas, é de reconhecer que, em sua originalidade, o autor apresenta uma nova perspectiva de estudo que não pode ser desconhecida, e que desperta a atuação dos hermeneutas sobre importantes pontos analisados, suficientemente, pela Ciência do Direito tradicional

Percebe-se quanto foi simplificada a visão da Teoria da Interpretação em relação ao que teorizou sobre a construção de uma ciência autônoma do Direito. Embora sejam inúmeras as críticas à teoria da interpretação de Kelsen, que não teve o mesmo esforço quando construiu a Teoria Geral do Direito, impõe-se reconhecer que a sua doutrina trouxe valiosas contribuições à renovação progressiva da metodologia do Direito, até se alcançar o sincretismo metodológico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Valentino Aparecido de. Interpretação da norma jurídica na visão de Kelsen. **Ciência Jurídica**, v. 17, n. 110, p. 301-314, mar./abr. 2003.

BERTEN, André. **Filosofia social**. São Paulo: Paulos, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

CALSAMIGLIA, Albert. **Kelsen y la crisis de la ciência jurídica**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1978.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FLEURY, Aidê Buzaid. **Introdução à lógica jurídica**: fundamentos filosóficos. São Paulo: LTr, 2002.

KANT, Emmanuel. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, reimpressão de 1978.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretela. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Carlos Eduardo de Araújo. **Permanência e mutabilidade em Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

LIMA, Francisco Meton Marques de. Interpretação em Kelsen. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 22.^a Região**, v. 3, n.1, p. 13-29, ano 2000-2002.

MACHADO, Hugo de Brito. Interpretação e aplicação da norma jurídica na teoria pura do direito. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 31, n. 106, p. 47-58, jul./ago. 1984.

NINO, Carlos Santiago. **Derecho, Moral y Política**: una revisión de la teoría general del Derecho. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994.

PEDROSA, Bernardette. Dois estudos sobre Kelsen: i. o método fenomenológico na obra de Kelsen; ii. a interpretação jurídica na teoria pura do direito. **Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco**, v. 21, n. 21, p. 255-284, 1997.

REIS, Isaac. Interpretação na Teoria Pura do Direito. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 23, n. 45, p. 11-30, dez. 2002.

ROCHA, L. S. O sentido político da Teoria Pura do Direito. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 9, p. 57-75, jun. 1984.

ROLIM, João Dácio. A interpretação jurídica na Teoria Pura do Direito de Kelsen e sua superação. **Revista AMB**, v. 1, n. 1, p. 4-9, maio/jul. 1997.

STRENGER, Irineu. **Lógica jurídica**. São Paulo: LTr, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VIDAL, Marcelo Furtado. Ideologia e interpretação na teoria pura do direito de Hans Kelsen. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região**, v. 32, n. 62, p. 129-144, jul./dez. 2000.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WESENDONCK, Tula. **Kelsen e a interpretação do direito**. Direito e democracia, v. 3, n. 2, p. 413-426, jul./dez. 2002.