

Um pouquinho mais de Kelsen: alguns apontamentos sobre a interpretação na Teoria Pura do Direito

Maria Aparecida Martins de Paula

É Mestranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie e bolsista do Fundo Mackenzie de Pesquisa e Inovação (MackPesquisa) no Projeto de Pesquisa “Segurança Jurídica Coletiva” do Grupo “Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito”. É mestre em Matemática Aplicada pela USP, especialista em Direito Tributário pelo IBET, especialista em Direito Processual Civil pelo Damasio, bacharel em Direito pela PUC-Campinas e graduada em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). É Auditora-Fiscal da Receita Federal desde 1997, tendo sido conselheira titular do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de 2014 a 2020. Atualmente atua como julgadora de processos administrativos tributários na 11ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (DRJ08).

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.19

RESUMO

O escopo deste trabalho é o estudo da interpretação das normas jurídicas segundo as diretrizes dadas na Teoria Pura do Direito. Kelsen visava purificar a metodologia da ciência jurídica e diante da constatação de que seria impossível descrever a interpretação das normas jurídicas sem a consideração axiológica, Kelsen retirou o tema da interpretação sua Teoria, qualificando-o como um processo de “política do Direito”. Para Kelsen, em matéria de interpretação, o cientista do direito poderia ir somente até a fixação da moldura, com os conteúdos possíveis para a norma interpretanda. Na pesquisa, efetuada sob o método dedutivo, busca-se analisar se efetivamente seria possível a separação proposta por Kelsen, além de conhecer um pouco mais sobre a Teoria que marcou definitivamente a ciência do direito.

Palavras-chave: Teoria Pura do Direito. Kelsen. interpretação. moldura. ideologia.

ABSTRACT

The scope of this work is the study of the interpretation of legal norms according to the guidelines given in the Pure Theory of Law. Kelsen aimed to purify the methodology of Science of Law and upon the consideration that it would be impossible to describe the interpretation of legal norms without the axiological consideration, Kelsen removed the subject of interpretation from his Theory, qualifying it as a process of "Law Policy". For Kelsen, in terms of interpretation, the law scientist could only go to the fixing of the frame, with the possible contents for the interpreting norm. In the research, carried out under the deductive method, seeks to analyze whether effectively would be possible the separation proposed by Kelsen, besides knowing a little more about the theory that definitely marked the Science of Law.

Keywords: Pure Theory of Law. Kelsen. interpretation. frame. ideology.

INTRODUÇÃO

Muito já se discutiu sobre Kelsen e sobre a Teoria Pura do Direito, mas as suas relevantes contribuições para a ciência do direito, a profundidade dessa Teoria e a fidelidade de Kelsen ao conhecimento científico são sempre um convite a outras reflexões sobre sua obra.

Pretende-se aqui falar um pouquinho mais de Kelsen, sob a perspectiva da interpretação jurídica, mas se trata apenas um relato do humilde exercício de aprendizagem desta autora em pesquisa efetuada na bibliografia, utilizando o método dedutivo, por ocasião da segunda oportunidade que estuda este importante teórico do Direito e do Estado, filósofo e sociólogo, procurando, em certa medida, fugir dos rótulos e das ideias preconcebidas das primeiras lições.

A partir da modernidade, o Estado adquire um papel relevante na construção do direito, do que surgiu a tendência no pensamento jurídico contemporâneo denominada de juspositivismo que vincula de certa forma, em graus e formas diferentes, o fenômeno jurídico ao fenômeno da autoridade estatal, sendo Hans Kelsen seu maior formulador, que busca sua fundamentação teórica na filosofia do idealista alemão Immanuel Kant (MASCARO, 2020).

Registra Miguel Reale (1985) que a nota que jamais desapareceu da teoria de Kelsen é a condição transcendental de Kant, pressuposto de algo a ser verificado no plano da experiência. Nessa linha, sobre a alegação de que Kelsen seria formalista, Reale (1985) alerta para que isso não seja visto de maneira tão ingênua, eis que, sob influência de Kant, Kelsen acreditava que o elemento formal jamais se apresentaria como algo válido em si e por si, mas como uma estrutura aplicável a determinada porção ou a determinado momento da experiência.

Em linhas gerais, para Kant, o processo de conhecimento envolve a matéria (as coisas externas ao homem) e a forma (o ser humano), sendo que esta é responsável pela organização da qual decorre o conhecimento. O conhecimento, segundo Kant, não se daria sem os conceitos básicos “a priori” (categorias) colocados pelo próprio sujeito, ou seja, o sujeito participaria da construção do conhecimento através das categorias que utiliza. A lógica transcendental de Kant é a forma de pensar construída a partir de estruturas que independem da experiência e que considera os potenciais de conhecimento acerca da natureza, que trouxe os delineamentos para Kelsen colocar a norma fundamental como a “razão legisladora” para o conhecimento jurídico (SGARBI, 2020, p. 69-71).

É possível que, para elaborar sua Teoria Pura do Direito, Kelsen tenha sido influenciado também pelo panorama que integrou sua formação da cultura universalista, tolerante, antifanática, democrata, liberal e individualista (WESENDOCK, 2002).

Embora a Teoria Pura do Direito tenha sido a contribuição mais genial de Kelsen, não se pode olvidar de outras contribuições suas como historiador das ideias (*Sociedade e Natureza*, 1943), crítico dos ordenamentos jurídicos, estudioso de Jurisprudência sociológica, teórico da justiça e analista da paz (REALE, 1985).

Em que pesem as críticas que se faz às limitações epistemológicas do positivismo lógico, Kelsen criou todo um sistema intelectual no século XX que muito contribuiu para o reforço do Estado de Direito, das garantias constitucionais e da democracia como procedimento (SANTOS, 2015 *apud* PECORA).

NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

Segundo Bobbio (2006, p. 212), em sentido geral, “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”.

Explica Bobbio (2006) que, sendo a linguagem um complexo de signos, a necessidade da interpretação surge porque: a) é puramente convencional a relação entre o signo e a coisa significada; b) existe um certo desajuste entre a palavra e a ideia, sendo esta mais complexa que aquela; e c) o significado de cada palavra depende do contexto em que ela está inserida.

O problema da linguagem e sua interpretação é também um problema relevante para o direito. Ao disciplinar a conduta humana, “as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser”. (FERRAZ JR, 1994, p. 255)

Embora o legislador utilize as palavras da linguagem cotidiana, pode também lhe atribuir um sentido técnico, diverso do seu uso na linguagem comum. A determinação do sentido corre-

to das normas traz consequências na orientação para o comportamento das pessoas. O jurista deve compreender o texto e “determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema” (FERRAZ JR, 1994, p. 256).

A hermenêutica jurídica ocupa-se do estudo e da sistematização dos processos aplicáveis para interpretar as normas jurídicas. É a teoria científica sobre a arte de interpretar. Por sua vez, interpretar é determinar o sentido e o alcance da norma jurídica, é extrair dela tudo que nela se contém. A interpretação é a aplicação da hermenêutica, ou seja, esta determina as regras que regem a primeira. (MAXIMILIANO, 2001, p. 1)

Com a codificação normativa na idade Contemporânea, a hermenêutica desenvolveu-se com a necessidade de ferramentas de controle e previsibilidade para a interpretação jurídica, em busca de maior objetividade no processo de aplicação das normas aos casos concretos (MASCARO, 2020).

A Escola Histórica, representada principalmente por Savigny em matéria de hermenêutica, iniciou suas reflexões indagando se a hermenêutica deveria buscar a vontade da lei (*voluntas legis*) ou a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) (MASCARO, 2020).

Num primeiro momento, Savigny acreditava que a interpretação das normas jurídicas deveria se fixar apenas naquilo que a lei dizia, mas depois, na segunda fase de seu pensamento, postulou que o direito deveria exprimir o espírito do povo (*Volksggeist*), ou seja, a interpretação teria um maior horizonte do que o direito posto, com base na vida social e cultural do povo, mas com referencial em institutos sociais tradicionais, em oposição à positivação burguesa (MASCARO, 2020).

Durante o século XIX e o início do século XX outras perspectivas de interpretação das normas jurídicas foram formuladas, dentre as quais cabe destacar o movimento do direito livre, no qual o direito deveria adaptar-se à realidade social (MASCARO, 2020).

Nesse contexto histórico, Hans Kelsen, com a Teoria Pura do Direito, descarta as visões pré-juspositivistas ou ecléticas, restringindo a ciência do direito aos dados técnicos extraídos das normas jurídicas, excluindo a hermenêutica do âmbito da ciência do direito, eis que esta não conseguiria “alcançar a sistematização de métodos e técnicas hermenêuticos” (MASCARO, 2020).

APLICAÇÃO DO DIREITO

A aplicação do Direito é o enquadramento de um caso concreto na norma jurídica adequada (MAXIMILIANO, 2001). O conceito de aplicação não se confunde com o de interpretação, eis que esta tem por objeto a norma, enquanto aquela cuida da relação entre a norma e o caso concreto.

A norma jurídica contém uma previsão genérica e abstrata (hipótese normativa) que representa uma classe de situações reais possíveis. Quando alguma dessas situações descritas na norma se realiza no plano concreto desencadeia a consequência jurídica que integra essa mesma norma jurídica sob a forma de proposição (BERCOVICI, 2007).

Contudo, em face da abstração da previsão normativa ocorre um certo afastamento da realidade, gerando um hiato entre a norma jurídica e o evento ocorrido (DINIZ, 2013), também

causado pela necessidade de tradução do evento real em linguagem jurídica (qualificação jurídica), dificultando o processo de aplicação do Direito. A decisão da autoridade judicial ou administrativa traz o resultado desse processo de aplicação do Direito.

A análise do juízo deliberativo efetuado pela autoridade competente sugere a existência de um silogismo: a) premissa maior constituída pela norma geral; b) premissa menor como a descrição do caso sob conflito; e c) ato decisório como conclusão (FERRAZ JR, 1994). Embora Ferraz Jr. depois descarte essa descrição silogística por empobrecer o processo decisório, acredita-se que ela contenha uma descrição útil desde que, considerando as dificuldades decorrentes do distanciamento da norma geral do evento ocorrido, visualizar a complexidade da construção de cada um dos componentes do silogismo.

Com efeito, a hipótese normativa não é uma simples descrição abstrata e genérica, mas traz em si elementos prescritivos para tipificar uma *facti species*, o que também ocorre com a consequência da norma (FERRAZ JR, 1994). Também a premissa menor envolve a dificuldade de descrever em linguagem apropriada o evento ocorrido no mundo fenomênico com a leitura das provas. Nesses dois itens do silogismo deverá ainda o aplicador enfrentar a vaguidade e ambiguidade dos conceitos jurídicos (FERRAZ JR, 1994).

ALGUMAS NOTAS SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO

A Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, tem o objetivo de estabelecer “uma teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico”, conforme declarou o próprio autor no Prefácio à segunda edição (Kelsen, 2009a). Nessa oportunidade também salientou Kelsen que o “problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”.

A *Teoria Pura* foi primeiro editada em 1934, teve uma versão intermediária francesa publicada em 1953 (*Teórie Pure du Droit* com tradução de Henri Thévenaz), e depois foi publicada a sua segunda edição em 1960 na qual foi adicionada como apêndice a *Teoria da Justiça*, que, no entanto, não integra a versão da obra traduzida em língua portuguesa denominada Teoria Pura do Direito, que ora se analisa.

Cabem aqui as ressalvas de Sgarbi (2020) de que a “pureza” a que se refere Kelsen é da teoria, e não do Direito, eis que este é resultado de política e valores, o que não desconhecia Kelsen, que “tinha plena consciência da multiplicidade de perspectivas teóricas a partir das quais o fenômeno jurídico poderia ser abordado” (REIS, 2002). Entendia Kelsen que, para descrever o Direito, a ciência jurídica deveria se libertar de todos os elementos que lhe eram estranhos (KELSEN, 2009a).

O objetivo de Kelsen era purificar a metodologia da ciência jurídica, e não o fenômeno jurídico em si, como se vê nos seguintes trechos da Teoria Pura do Direito:

(...) De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política (...) 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, 2009a, p. 1-2)

Kelsen transforma a ciência do Direito numa ciência pura de normas, ou seja, o direito deveria ser descrito pela ciência sob o enfoque da norma, e não do fato social ou do valor. Para Kelsen, “cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental” (FERRAZ JR, 2009 *apud* COELHO).

Dessa forma, a ciência do Direito foi submetida por Kelsen a dupla depuração, como sintetiza Maria Helena Diniz (2013), primeiramente das influências sociológicas, liberando-a da análise de aspectos fáticos ligados ao direito, depois da ideologia política, apartando-a dos aspectos valorativos.

Este rigor científico estava sendo reclamado pelo momento histórico de profunda indecisão por qual passava a ciência do direito, sob influência da sociologia, da psicologia, da economia, da política, etc., de forma que, nesse contexto, a purificação da ciência do direito efetuada por Kelsen foi uma atitude revolucionária (REALE, 1985).

A ESTRUTURA ESCALONADA DAS NORMAS JURÍDICAS

Sob influência de seu discípulo, Adolf Merkl, Kelsen tomou a teoria do escalonamento das normas jurídicas como parte essencial no sistema da Teoria Pura do Direito, que permite que as normas jurídicas sejam elaboradas a partir de outras normas jurídicas (WALTER, 2009b, p. 50).

Na estrutura escalonada das normas, uma norma jurídica em grau superior regula a produção de outra norma jurídica em grau inferior, estabelecendo-se uma graduação entre elas, o que fundamenta a própria validade da norma jurídica e seu pertencimento no ordenamento jurídico, a partir, em última análise, da denominada “norma fundamental”, a *Grundnorm* (KELSEN, 2009b).

Afinal, para Kelsen as normas de direito não valem em razão de determinado conteúdo, o qual pode abrigar qualquer descrição de conduta humana existente no mundo: “Uma norma vale como norma jurídica apenas porque foi estabelecida de modo bem determinado, criada segundo uma regra bem determinada e estabelecida de acordo com um método específico” (KELSEN, 2009b, p. 123).

Nessa esteira, a “norma fundamental”, embora seja na Teoria Pura do Direito a suposição inicial sobre a qual repousa todo o ordenamento jurídico e as situações de fato constituídas por ele, não é considerada uma norma jurídica em si: “Ela é apenas a expressão da necessária suposição de todo o conceito positivista do material jurídico. Não vale, já que não é criada num procedimento jurídico, como norma jurídica positiva, não é instituída, mas – como regulamento de todas as imposições jurídicas, como procedimento jurídico positivo – é aceita” (KELSEN, 2009b, p. 125).

Como esclarece Karam (1985), na estrutura escalonada, embora a norma jurídica seja decorrente de um ato decisório do Poder, ela deve estar autorizada por uma norma anterior e superior, que lhe dá validade e fundamento. Dessa forma, a “ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma

construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KARAM, 1985).

A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO KELSEN

O tema da interpretação jurídica foi tratado no Capítulo VIII na edição de 1960 da Teoria Pura do Direito. Kelsen localiza o problema da interpretação em conexão com a teoria da formação escalonada do ordenamento jurídico, descrita acima, definindo a interpretação como “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, 2009a, p. 387).

Kelsen identifica a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, nas seguintes hipóteses: a) numa sentença judicial ou num ato administrativo, ao dar conteúdo à norma individual deduzida da norma geral na sua aplicação ao caso concreto; b) na aplicação da Constituição a um grau inferior no processo legislativo; c) na aplicação de normas de direito internacional num caso concreto por um governo, órgão administrativo ou tribunal; e d) em negócios jurídicos etc. De outro lado, a interpretação do Direito no âmbito privado, pode também ser efetuada pelos indivíduos, que devem observar o Direito e evitar sanções, e especialmente pela ciência jurídica, que descreve o direito. (KELSEN, 2009a)

Prossegue Kelsen (2009a) esclarecendo que, na aplicação do Direito a norma do escalão superior regula o ato que produzirá a norma do escalão inferior, determinando o processo e o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar. Contudo, diante da impossibilidade da norma do grau superior vincular todos os aspectos do ato através do qual é aplicada, sempre fica uma margem de livre apreciação, de forma que a norma do grau superior tem “o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato” (Kelsen, 2009a, p. 388). Assim, o ato jurídico em que o Direito é aplicado é parcialmente indeterminado.

Nessas hipóteses de indeterminação do grau inferior, seja ela intencional ou não, surgem diversas possibilidades para conformação do ato jurídico que efetiva ou executa a norma do grau superior. Nas palavras de Kelsen (2009a, p. 390), o Direito a aplicar forma “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.

Assim, para Kelsen, o resultado da interpretação jurídica seria a própria fixação dessa moldura com o conhecimento das possibilidades que se conformam às várias expressões verbais da norma do escalão superior, de forma que, como resposta à interpretação, haveria várias soluções potenciais de igual valor, em que pese o fato de que apenas uma delas vá depois ingressar no direito positivo por ato do órgão aplicador do Direito.

Nessa esteira Kelsen rejeita a ideia de que, para a lei aplicada ao caso concreto, haveria uma única solução correta cuja adequação poderia encontrar fundamento no próprio Direito, ou seja, não haveria no Direito positivo um método segundo o qual fosse possível fazer a opção por uma das várias significações verbais da norma.

Segundo Kelsen, a escolha pela significação verbal adequada não seria um problema de teoria do Direito, mas de política do Direito, semelhante em certa medida à criação de leis pelo legislador. A seguinte passagem da Teoria Pura demonstra essa comparação:

(...) A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença entre esses 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 muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. (...) (KELSEN, 2009a, p. 393)

Dessa forma, como esclarece Ferraz Jr., quando um órgão competente se pronuncia sobre o conteúdo de uma norma, produz por ato de vontade, um enunciado normativo vinculante, de forma que essa força de vinculação provém da própria competência do órgão (FERRAZ JR., 1994, p. 261).

A pessoa que pronuncia o direito como intérprete autorizado, como diz Mascaro (2020), “na condição de autoridade formalmente constituída pelo Estado, está revestido de um poder que chancela uma determinada visão sobre as coisas”.

Reconhece Kelsen que a interpretação autêntica, feita pelo órgão aplicador do Direito, ainda que direcionada a um caso concreto, é uma atividade criadora de Direito, na qual se pode, inclusive, “produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 2009a, p. 394). Ressalva, no entanto, que isso só ocorre na interpretação autêntica que produz uma norma individual quando a decisão do órgão aplicador do Direito é definitiva.

Assinala Karam (1985) que, no pensamento de Kelsen, a decisão judicial cria efetivamente uma norma jurídica individual, que não representa meramente a descoberta e declaração de um direito já pronto, havendo um caráter constitutivo na aplicação da norma geral ao caso concreto, nestes termos:

O grande valor do pensamento Kelseniano foi haver assinalado o poder criador da norma individualizada. E, assim, embora sob forma silogística, dando a impressão de que se trata de raciocínio meramente dedutivo, o poder criador do juiz se revela a cada passo, nas sentenças que prolata, para ultrapassar os próprios fins que inspirou o legislador histórico e realizar os fins objetivos do direito (KARAM, 1985).

Kelsen não faz distinção entre atos de criação e atos de aplicação do direito: um mesmo ato jurídico poderia representar simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção de uma norma inferior, tratando-se de um processo que se desenvolve desde a norma fundamental até a norma individual, como bem observa Karam (1985):

(...) É a norma fundamental pois que determina a criação da Constituição. A criação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais, representadas pela legislação e pelo costume. A aplicação dessas normas gerais realiza a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas.

Somente a execução do ato coercitivo estatuído por estas normas individuais – o último ato do processo de produção jurídica – se opera em aplicação das normas individuais que a determinam sem que seja, ela própria, criação de uma norma.

Neste processo dinâmico, o Direito como que se realimenta a cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização sempre crescente. (KARAM, 1985).

Na verdade, Kelsen utilizou-se de estratégia genial para retirar parte da interpretação

das normas (a escolha dentro da moldura) da sua Teoria Pura: Kelsen inseriu essa parte da interpretação dentro do processo de aplicação do Direito, processo do qual também resulta a criação de outra norma jurídica pela autoridade competente, dentre as quais o próprio legislador; depois equiparou as demais autoridades competentes para criar normas jurídicas com o próprio legislador, do qual ninguém discorda que a atuação está inserida no ramo da política.

Para a interpretação não autêntica, que não é efetuada por um órgão competente, no entanto, Kelsen subtrai a possibilidade de escolha “fora da moldura”, eis que ela não seria vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica, correndo-se o risco de poder ser considerada por este um delito.

Por fim, no que concerne à interpretação não autêntica efetuada pelo cientista do direito, Kelsen nega-lhe o caráter de “criação jurídica”, sendo considerada “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas” e, portanto, “incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito” (KELSEN, 2009a, p. 395).

A interpretação científica, para Kelsen, teria a função apenas de explicitar a moldura, evidenciando o campo de possibilidades semânticas da norma, sem fazer a defesa de um sentido em particular, já que isto estaria relacionado à política jurídica (SGARBI, 2005).

Ao aplicador da norma, que faz a interpretação autêntica, é concedida a possibilidade de escolher o sentido adequado dentro da moldura (ou até fora dela) e produzir a norma por um *ato de vontade*, enquanto ao cientista do direito somente seria permitido ir até a definição da moldura, o que se coaduna com o fato de que o que Kelsen almejou foi purificar a ciência do Direito e não o Direito em si. Nessa linha, é importante mencionar a divisão efetuada por Kelsen entre as atividades do cientista e do aplicador do direito, como descrita por Isaac Reis:

Assim, além de estabelecer, a partir do princípio da pureza metodológica, um campo específico para o saber jurídico sobre o Direito (sic), Kelsen ainda divide-o em dois, conforme utilizem um discurso descritivo ou prescritivo acerca das normas como enunciados de dever-ser: de um lado, a atividade do aplicador do direito, de conteúdo prescritivo, que intenta direcionar condutas humanas, deduzindo, da estrutura lógica do ordenamento jurídico, uma norma aplicável ao caso concreto sob exame; do outro, a postura do cientista do direito, cujo atuar consiste em conhecer o objeto da ciência jurídica e descrevê-lo segundo um discurso dotado de coerência lógica interna (proposicional). É quanto a esta última que Kelsen exige a neutralidade de um puro ato de conhecimento, purificado de toda vontade, de toda preferência pessoal, de toda ideologia e de todo valor (REIS, 2002).

ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO NA (FORA DA) TEORIA PURA DO DIREITO

Como visto, segundo Kelsen, a interpretação poderia ser considerada ciência do direito somente até a determinação das várias possibilidades de aplicação da norma, sendo que escolha de um dos conteúdos da norma já se realizaria sob as regras da política. Como diz Ferraz Jr., (1994), querer identificar o melhor sentido para a norma seria ultrapassar as fronteiras da ciência, ou seja, não seria possível se estabelecer uma teoria dogmática da interpretação.

Como coloca Fábio Ulhoa Coelho, Kelsen não aceita a discussão na ciência do direito sobre o método adequado para se alcançar a verdade contida na norma:

(...) A hermenêutica tradicional – chame-se assim – reduz-se à discussão sobre o método exegético mais adequado para se alcançar a verdade contida na norma, algumas vertentes propondo a pesquisa dos fatores históricos, outras pressupondo a logicidade do

sistema normativo etc. Kelsen desqualifica tal discussão. Todas as significações reunidas na moldura relativa à norma têm rigorosamente igual valor, para a ciência jurídica. Quando o órgão aplicador do direito opta por atribuir à norma interpretanda uma das significações emolduradas, não realiza ato de conhecimento, mas manifesta sua vontade. (COELHO, 2009, p. 59):

Um ponto positivo é que o reconhecimento de que a hermenêutica não poderia ser tratada na Teoria Pura confirma que Kelsen compreendeu a magnitude da área de conhecimento da hermenêutica e a impossibilidade de ela ser tratada sem considerações acerca de valor na sua Teoria. Kelsen não despreza que há uma atividade cognoscitiva na interpretação levada a efeito pelo órgão aplicador do Direito, apenas entende que essa matéria estaria no âmbito de outras normas não jurídicas (Moral, Justiça, bem comum etc.), o que também conduz ao caráter interdisciplinar da hermenêutica.

Lenio Streck (2014) observa que Kelsen apostou “na discricionariedade do intérprete (no nível da aplicação do direito) como sendo uma fatalidade, exatamente para salvar a pureza metódica, que assim permanecia “a salvo” da subjetividade, da axiologia, da ideologia etc.”.

Em que pese a coerência de Hans Kelsen com seus princípios metodológicos, de conferir ao saber dogmático o caráter eminentemente científico, Ferraz Jr. (1994) revela sua frustração com a explicação de interpretação jurídica dada por Kelsen, na medida em que não fornece nenhuma base para a hermenêutica dogmática, além de não explicar a diferença entre uma opinião não técnica de uma manifestação fundamentada de um doutrinador.

Nessa linha, enfrentar a questão se haveria uma verdade hermenêutica, se poderia se chegar a uma interpretação verdadeira com métodos racionais dados pela ciência, é o que Ferraz Jr. denominou de o “desafio Kelseniano”.

A frustração descrita por Ferraz Jr. também foi sentida por esta autora de uma outra forma, dentro da sua experiência profissional, que se questionou:

Então estaria fora da ciência do direito todo o meu trabalho de julgadora administrativa, realizado por horas a fio de estudos e reflexões, com muita pesquisa na doutrina de ciência do direito e na jurisprudência judicial e administrativa para encontrar a melhor decisão a ser tomada e a sua correspondente fundamentação? Tudo isso seria um mero ato de minha vontade decorrente da competência dada pelo mandato de julgadora? Para que todas aquelas longas discussões no órgão colegiado, aquela dificuldade de convencer ou de ser convencida pelos pares, se tudo seria um ato de “vontade” do órgão? Como seria então formada a “vontade” de um órgão colegiado?

Não é o objetivo deste artigo resolver o “desafio Kelseniano”, descrito por Ferraz Jr., tampouco criticar Kelsen por não ter resolvido este problema. Afinal, o fato de Kelsen ter excluído esse tema da sua Teoria Pura do Direito isentava-o da responsabilidade de tratar o assunto naquela oportunidade. Preocupa-se aqui com a verificação da possibilidade de se efetuar a separação da interpretação da ciência do Direito como feito por Kelsen, não pela hermenêutica em si, mas pelo Direito como objeto de estudo.

Karl Larenz, embora compreenda a preocupação de Kelsen de impedir tendências ideológicas na ciência do Direito, o que demandaria realmente contínua autorreflexão crítica neste ramo do conhecimento para impedir isso, entende, com razão, que a afirmação de Kelsen de que a ciência do Direito seria incapaz de atingir juízos corretos acaba por “jogar a criança fora com a água do banho”¹ (LARENZ, 1991). Assim, Kelsen com o seu objetivo de purificar a ciência do

¹ Segundo Alaor Chaves (2016), “A expressão “jogar a criança fora com a água do banho” tem sido usada como metáfora para atos em que, no propósito de livrar-se de algo secundário ou indesejado, perde-se também o valioso e essencial”.

direito, acabou por lhe retirar a sua própria essência.

Fábio Ulhoa Coelho descreve o paradoxo trazido pela teoria da interpretação de Kelsen:

(...) Ora, se o conhecimento do direito somente seria científico se reduzido à apresentação do elenco das significações atribuíveis a cada norma jurídica, impondo-se total silêncio na questão acerca de qual delas deveria prevalecer sobre as demais, então não se pode conhecer com rigor o exato conteúdo das normas, já que afirmar o seu sentido único é função não científica (COELHO, 2009, p. 69-70).

Como bem explica Larenz (1991), não se discute que há um ato de vontade na decisão judicial, mas a interpretação e a aplicação da norma ao caso concreto requerem, antes de tudo, “actos de julgamento, que se fundam, entre outras coisas, na experiência social, na compreensão dos valores e em uma concepção correcta dos nexos significativos”. Trata-se, “em larga medida, de processos de pensamento objectiváveis e comprováveis por outrem, não de simples «actos de vontade», ou «estatuições»” (LARENZ, 1991, p. 107).

Da fala de Larenz depreende-se dois pontos fundamentais para o tema que se analisa: a) o direito não pode ser estudado sem a compreensão da complexidade social na qual se insere; e b) embora a interpretação e a aplicação da norma envolvam uma parcela de vontade da autoridade competente, há uma parte desse processo que pode ser estudada por métodos da ciência do direito.

O fato de Kelsen ter deixado de dar resposta, dentro da sua Teoria Pura, ao problema se haveria uma interpretação verdadeira, acaba por expor um aspecto importante da hermenêutica jurídica, de que ela é uma relação de poder, como bem assinala Mascaro (2020):

(...) O jurista, como agente formalmente competente para argumentar e julgar, interpreta a partir de sua prática de poder, reconhecendo-a e posicionando-se a partir das possibilidades daí advindas. Essa hermenêutica do poder passa pela norma jurídica, mas nela não se encerra. Ela se estabelece envolvendo relações sociais, arcabouço linguístico, referências culturais, conhecimentos, hábitos e previsões em relação a partes, tribunais e impactos sociais etc. Interesses, estratégias, posições sociais, visões de mundo e poder impõem as concretudes da hermenêutica jurídica. (...)

Contudo esclarece Mascaro (2020) que a natureza da hermenêutica é social: em que pese a decisão individual sobre a interpretação decorra imediatamente do poder da autoridade jurídica, ela não opera isoladamente a partir de opiniões originais e neutras, mas a partir de um horizonte de mundo que é social. Mais precisamente, a “subjetividade que interpreta o mundo é constituída socialmente, por meio de referências gerais que são externas ao próprio sujeito” Mascaro (2020).

Nessa linha, um aspecto do qual a hermenêutica ou a ciência do direito não pode se separar é a ideologia, que pode ser brevemente conceituada como a representação que a sociedade faz de si mesma, a qual pode não corresponder ou corresponder apenas parcialmente à realidade, como esclarece Luiz Fernando Coelho (1985):

(...) a ideologia é uma concepção do mundo, do homem e da sociedade que, na medida em que contém elementos ideais que respondem a interesses de um grupo social, em determinado momento histórico, orienta a conduta dos homens na sociedade (...) A ideologia é pois um conjunto de representações, de carácter mítico ou religioso ou filosófico, ou mesmo científico, que tendem a condicionar o comportamento social, geralmente em proveito de uns e em detrimento da grande maioria.

A hermenêutica jurídica é constituída a partir da estrutura de reprodução da realidade

social na forma de ideologia, eis que o intérprete só se manifesta segundo a concepção que tem de si próprio e do mundo com as referências que lhe são constituintes (MASCARO, 2020).

Em verdade o problema maior é da própria Teoria Pura do Direito, e não da hermenêutica em si, já que a dimensão crítica e valorativa contida nesta não pode também ser apartada do Direito.

Por ironia do destino, o purismo de Kelsen demonstrou a capacidade de o Direito acolher qualquer ideologia, o que pode servir para justificar a falta de comprometimento com a justiça, levando a um conformismo decorrente da necessidade de aplicar o Direito sem questioná-lo, afinal, o fascismo e o nazismo promoveram todas aquelas atrocidades em nome da lei. (WESENDOCK, 2002)

Kelsen acreditava que a ciência deveria ser orientada pela neutralidade objetiva, o que é rejeitado pela epistemologia contemporânea, que reconhece a existência da valoração mesmo no âmbito das ciências positivas, bem como que não há nenhuma ciência livre de pressupostos axiológicos (REALE, 1985).

Ensina Radbruch (*apud* WESENDOCK, 2002), a lei positiva já carrega consigo um valor, mas é melhor tê-la em homenagem à segurança jurídica, contudo juntamente com a segurança jurídica devem ser considerados também a justiça, como elemento essencial da interpretação, e a conveniência, em segundo plano; afinal, muitas vezes, a formalidade legal pode encobrir a injustiça.

Luiz Fernando Coelho (1985) analisa a neutralidade ideológica na Teoria Pura do Direito sob o aspecto externo e interno. Segundo o autor, externamente a Teoria de Kelsen fornece apenas uma estrutura de pensamento lógico-formal a ser preenchida pela ideologia do momento histórico, de forma que acaba por ser mais um instrumento de manipulação à disposição dos donos do poder.

Sob o aspecto interno, Coelho (1985) retrata a ideologia remota da Teoria Pura como herança da civilização europeia, guiada por uma cosmovisão racionalista e mecanicista na busca da verdade científica. Já a ideologia interna próxima que integra a Teoria de Kelsen revelar-se-ia, para Coelho, na redução do direito ao esquema formal de imputação (*dado A deve ser B*), que, na realidade, não se trata da descrição neutra de um fenômeno, mas de sua elaboração ideológica.

No final das contas, ainda que sem essa intenção, Kelsen acaba contribuindo para os detentores do poder e servindo a seus propósitos ideológicos, ao dar ares de cientificidade à alienação do jurista, que se afasta da problemática social, política e econômica para ater-se à norma posta (COELHO, 1985).

Os pressupostos da Teoria Pura do Direito lhe retiravam a neutralidade pretendida:

Mas Kelsen não se deu conta que sua teoria não estava elaborando um sistema de conhecimentos a partir de um objeto dado, mas construindo um objeto que suportasse um tipo de conhecimento que Kelsen pretendia neutro, como ideal de cientificidade. Tal construção, com o material que positivismo lógico, o positivismo filosófico, o racionalismo e a herança kantiana colocavam à sua disposição, não poderia ser em princípio neutra, mas engajada, vinculada a seus pressupostos, a suas finalidades conscientes ou inconscientes (COELHO, 1985)

Esse entendimento é ratificado por Reale (1985) que afirma que, embora Kelsen não o reconhecesse, “o axiológico se infiltrava em suas concepções”.

Como salienta Wesendock (2002), não é possível negar à ciência do direito a sua dimensão axiológica, voltada aos valores, que é pressuposto do direito. Na verdade,

(...) Kelsen está marcado pela ideologia do Estado liberal burguês de Direito, e são os valores dessa ideologia que dão um sentido axiologicamente plausível à sua construção científica. Porém quando Kelsen tenta se despir de sua própria ideologia, seu formalismo mostra seus aspectos mais negativos, e a pureza e o desinteresse da construção científica não compensam a perda de outros valores (WESENDOCK, 2002).

No que concerne à interpretação, outro problema relevante na Teoria Pura do Direito apontado por Mascaro (2020), é que, embora para fins meramente didáticos se separe o fenômeno decisório do direito em três momentos distintos – i) compreensão das normas jurídicas e suas relações, ii) interpretação da norma jurídica e iii) aplicação efetiva da norma interpretada ao caso –, na realidade, essa separação não se torna possível:

(...) a hermenêutica não é um processo que se inicia apenas depois de ter sido escolhida a norma a ser aplicada a cada caso concreto. A decisão do jurista, a partir de seus interesses e posições, orienta a escolha das próprias normas e dos métodos hermenêuticos mais apropriados a determinados fins. A hermenêutica se constrói em face desse todo. Toda compreensão do caso concreto, da norma que se lhe aplica ou não, é expressão da decisão jurídica tomada como um processo complexo. (...) (MASCARO, 2020)

Dessa forma, na realidade, não há possibilidade de fazer a separação proposta por Kelsen entre a fase da fixação da moldura, com as várias expressões verbais da norma do grau superior, e a fase da escolha de uma delas para ingressar no direito positivo pela autoridade competente, eis que não são fases que ocorrem concretamente de forma sucessiva e autônoma.

Ademais, na primeira fase da interpretação, segundo a divisão colocada por Kelsen, a escolha do rol de conteúdos possíveis para a norma interpretada que integrará a moldura também não é uma atividade meramente normativa. Também nessa fase poder-se-ia dizer que há uma parte de “política do Direito” que orienta a atividade da autoridade competente.

Caso fosse possível dividir a atividade de interpretação cronologicamente como propôs Kelsen nas duas fases (definição da moldura e escolha de um conteúdo da norma jurídica entre os possíveis), ainda assim, a autoridade jurídica poderia usar, no seu processo intelectual, de normas “não jurídicas” para orientar suas alternativas na definição da moldura.

Como entende Inés Weyland (1986), é questionável se a objetividade total poderia ser alcançada mesmo na determinação dos limites de significado das normas jurídicas (fixação da moldura), eis que o intérprete não poderia prever a gama completa de significados que poderiam legitimamente ser dados às normas jurídicas pelos órgãos aplicadores, os quais, por sua vez, poderiam sempre justificar seu entendimento em algum dispositivo normativo. De outra parte, coloca Weyland que a dificuldade para se determinar os conteúdos possíveis da moldura é a mesma que envolve a escolha de um desses conteúdos, nestes termos:

It is, however, questionable whether total objectivity can be achieved even in determining the boundaries of meaning of legal norms. As Kelsen points out, legal science can rely on a number of methods of interpretation which will often justify conflicting conclusions and perhaps all one can say, is that any meaning which is extracted from the norm according to some acknowledged method of interpretation must be included within its frame. No interpreter could possibly foresee the full range of meanings that may legitimately be given to legal norms by organs of application. Hence the task attributed to him by Kelsen, though fe-

asible in theory, will seldom be accomplished in practice. Legal organs, on the other hand, will rarely fail to find some justification for the meaning they have chosen, in the wording of the statute, the presumed intention of the legislator, considerations of policies or principles, various rules of interpretation and presumptions, the purpose of the statute, and so on.²⁷

Just as there is no method for determining the correct interpretation of a norm, there is no recognized procedure for establishing the limits of permissible interpretations. Hence the boundaries are fluid rather than fixed. This fact reduces considerably the possibility of conflicts but also shows that it is not always possible to determine with total objectivity whether two norms conflict. (WEYLAND, 1986)

Dessa forma, a fixação da moldura com os conteúdos possíveis para a norma interpretada, mantida dentro da ciência do Direito por Kelsen, também sofre do mesmo problema da escolha de um desses conteúdos, fase apartada do Direito. Todas as duas fases da interpretação precisariam de normas “não jurídicas” na acepção de Kelsen, o que demonstra a inutilidade da divisão efetuada por ele. Todas essas duas fases da interpretação não estão livres da ideologia da manifestação do intérprete.

Também pode ocorrer, como se observa frequentemente na prática, de as soluções potenciais contidas na moldura não serem de igual valor como queria Kelsen, ou seja, alguma das alternativas pode já nascer, na fixação da moldura, com maior probabilidade do que as outras para ser o conteúdo escolhido para a aplicação da norma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora Kelsen não tenha menosprezado a amplitude da hermenêutica como área de conhecimento, acabou por retirar da ciência do direito uma das suas partes essenciais, que completa o ciclo de produção da norma jurídica na estrutura do escalonamento das normas idealizado por Kelsen que vai da norma fundamental a cada norma individual criada pela autoridade competente.

Não se discute que a interpretação e a aplicação da norma envolvam o aspecto vontade da autoridade competente, como proposto por Kelsen, mas há uma parte desse processo que pode ser estudada por métodos da ciência do direito, cuja análise não se incluiu nas poucas linhas deste trabalho, mas pode ficar para uma próxima oportunidade.

Assim como as demais ciências, a ciência do direito não prescinde de pressupostos axiológicos, não podendo ser orientada como pensava Kelsen pela neutralidade objetiva. Os próprios pressupostos da Teoria Pura do Direito, marcados pela influência de Kant e pela cosmovisão europeia racionalista e mecanicista na busca da verdade científica, retiram-lhe, já de início, a neutralidade pretendida por Kelsen. Ademais, se a ciência do direito descreve apenas uma estrutura lógico-formal, ela abriga a ideologia daquele momento histórico e serve aos próprios donos do poder.

A hermenêutica jurídica e o próprio direito não podem ser legitimamente estudados sem a compreensão da complexidade social na qual se inserem. O intérprete não pode emitir opiniões neutras, mas somente a partir de sua subjetividade decorrente também do mundo em que vive, reproduzida sob a forma de ideologia. Uma das tarefas das ciências sociais, inclusive do direito, é revelar a ideologia inconsciente dos discursos e analisá-la criticamente.

Na realidade não é possível a separação proposta por Kelsen entre a fase da fixação da

moldura e a fase da escolha de um dos seus conteúdos para ingressar no direito positivo, eis que não são fases que ocorrem concretamente de forma sucessiva e autônoma como idealizou Kelsen. Ademais, as duas fases da interpretação envolvem a ideologia contida na manifestação do intérprete e demandam os mesmos métodos para a escolha dos conteúdos da norma, não havendo utilidade em se colocar uma fase dentro da ciência do direito e outra fora.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Considerações sobre a qualificação jurídica. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 12, n. 2, p. 62-68, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CHAVES, Alaor. A criança, a água do banho e o relativismo cognitivo. [18 de março de 2016]. Disponível em <http://alaorchaves.com.br/a-crianca-a-agua-do-banho-e-o-relativismo-cognitivo/>. Acesso em 04 jun. 2021.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir (Orgs.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 46-68.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prólogo: Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KARAM, Munir. A sentença como fato criador de normas. In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir (Orgs.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 135-147.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009a.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: Introdução à problemática científica do direito*. 6. ed. rev. da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2009b.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6. ed. reform. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1991.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2020, E-book.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

Tribunais, 1985, p. 15-30.

REIS, Isaac. Interpretação na Teoria pura do Direito. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 23, n. 45, p. 11-30, 2002.

SANTOS, Rogério Dutra dos. Prefácio. In: PECORA, Gaetano. Introdução ao pensamento político de Hans Kelsen. Tradução de Carlos Magno Spricigo Venerio. Curitiba: Juruá, 2015.

SGARBI, Adrian. Clássicos de Teoria do Direito. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SGARBI, Adrian. Hans Kelsen e a Interpretação Jurídica. Novos Estudos Jurídicos, v. 10, n. 2, p. 277-292, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. E-book.

WALTER, Robert. A Teoria Pura do Direito. In: KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: Introdução à problemática científica do direito. 6. ed. rev. da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2009b.

WESENDOCK, Tula. Kelsen e a interpretação do direito. Direito e democracia, v. 3, n. 2, p. 413-426, 2002.

WEYLAND, Inés. Idealism and Formalism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts. In: TUR, Richard; TWINING, William L. Essays on Kelsen, p. 249-269, 1986.