

**INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO ATO DE CONHECIMENTO E ATO DE
VONTADE – UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA TEORIA
INTERPRETATIVA DE HANS KELSEN**

Cíntia Garabini Lages¹

Rafael Faria Basile²

RESUMO

O presente artigo busca reconstruir criticamente a proposta hermenêutica de Hans Kelsen, presente na obra Teoria Pura do Direito, com a finalidade de discutir a sua (in)adequação ao paradigma procedimental de estado no qual se insere a Constituição Federal de 1988. Ao deixar ao arbítrio do intérprete a escolha de uma dentre as “várias interpretações possíveis”, desconsidera a Teoria Pura do Direito a importância da especificidade da situação fática controversa no processo hermenêutico, bem como a possibilidade da decisão apresentar-se além de válida, mas correta, ignorando a diferença entre os discursos de justificação e o discurso de aplicação correntes na atividade legislativa e jurisdicional respectivamente.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria pura do direito – hermenêutica – positivismo jurídico.

ABSTRACT

This work aims to make a critical reconstruction about Hans Kelsen hermeneutic theory, presente in the Pure Theory of Law, about do discuss de inadequation of this theory for the procedural state paradigm of 1988 Brazillian Federal Constitution. When lets the “multiple possible interpretations” for the choice of an judge, he dos not consider the specifically fact situation that is controversial about hermeneutic process in Pure Theory of Law, and the question about the decision com not only be valid, but correct, dos not considering the difference between justification discourses an application discourses that are common in legislative activity and jurisprudencial decision.

KEYWORDS: Pure theory of law – hermeneutic – legal positivism.

¹ Doutora e Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora dos cursos de Direito da PucMinas. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itauna/MG.

² Doutorando e Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PucMinas.

1. INTRODUÇÃO

A interpretação jurídica apresenta-se atualmente como um dos mais relevantes aspectos do Direito, assumindo papel central no estudo da Teoria da Constituição. Sua importância pode ser percebida a cada nova alteração do Texto Constitucional vigente e, principalmente, na sensação de insegurança jurídica provocada em razão, não do surgimento de situações conflituosas não previstas expressamente na lei (reduzida aqui à noção de regra) pelo legislador, as denominadas “lacunas” do ordenamento jurídico, mas em razão da discricionariedade³ assumida pelo Estado-Juiz ao decidir os casos concretos que as expõem, evidenciando um descompasso entre a atividade interpretativa realizada e a adequada ao paradigma de Estado no qual a mesma tem curso.

A Hermenêutica Jurídica, enquanto saber científico, impõe uma sofisticação teórica que vai além do mero processo silogístico de reprodução em termos individuais da norma geral e abstrata editada pelo legislador, e além da “simples” escolha, através de um ato de vontade do intérprete, entre interpretações possíveis fornecidas pela ciência jurídica.⁴

O estudo da teoria hermenêutica formulada por Hans Kelsen justifica-se também no fato de, como aduz Oliveira (2001), Kelsen ser o maior jurista do século XX, havendo como dele discordar, não havendo, entretanto, como desconhecê-lo. Neste sentido, buscaremos apresentar um ensaio crítico à teoria interpretativa de Hans Kelsen, a fim de

³ A adoção de uma interpretação discricionária autorizada expressamente em lei busca resolver o problema das lacunas do ordenamento jurídico em face da pretensão de um ordenamento jurídico completo por definição. A partir do momento em que a lacuna é regulada pela lei, passa a mesma a fazer parte do sistema jurídico e ao mesmo tempo autoriza o juiz a decidir de forma discricionária, o que, como veremos adiante, coloca em risco a pureza da teoria interpretativa kelseniana, além de abalar a segurança jurídica, corolário do Estado de direito.

⁴ Sobre o contexto no qual o modelo interpretativo do direito de Kelsen se insere, interessante destacarmos que sua proposta se insere enquanto continuidade das discussões anteriormente empenhadas, em especial durante o século XIX entre o historicismo e o racionalismo na interpretação. “Ao contrário do que ocorreu com o cientificismo da Escola Histórica, Kelsen não admitirá a criação do direito por meio da elaboração de conceitos jurídicos, limitando-se ao que se encontra prescrito em lei. Não obstante, a dogmática jurídica acabará por ensejar a elaboração de conceitos gerais que formulem e circunscrevam o campo de atuação do direito. É o papel da Teoria Geral do Direito, cuja base formal segue a Jurisprudência dos Conceitos. Por outro lado, essa base conceitual passa a ser indispensável ao princípio da completude da ordem jurídica. Cientificamente, é importante que o direito se baste. A auto-integração mediante processo autônomo, lógico e sistemático, baseado em princípios gerais, evitaria a influência de elementos externos, capazes de fragilizar os limites do direito.” (LACOMBE, 2003, p. 90)

verificarmos sua (in)adequação ao paradigma procedimental de estado no qual se insere a nossa Constituição.

2. A TEORIA DO DIREITO SEGUNDO HANS KELSEN

A análise da teoria interpretativa kelseniana não pode ser realizada sem que antes alguns postulados da sua teoria jurídica sejam revistos, uma vez que a mesma só ganha sentido se trabalhada à luz do contexto teórico no qual se encontra presente a Teoria Pura do Direito.

O objetivo de Kelsen, conforme revela o próprio autor no prefácio à obra “Teoria Pura do Direito”, era o de desenvolver uma teoria jurídica destituída de “toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto.” (KELSEN, 2000, p. XI). A Teoria Pura do Direito consubstancia-se numa teoria do Direito positivo que pretende responder à questão sobre o que é e como é o Direito a partir da adoção de um método científico puro. (KELSEN, 2000, p. 01).

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2000, p. 01).

Como afirma Sgarbi, a pureza não qualifica o Direito, mas a teoria que Kelsen edifica (2010, p. 33). Nesse sentido, o Direito é concebido por Kelsen como uma “ordem normativa da conduta humana” descrita através de enunciados de “dever ser”, “um sistema **auto-referente**, excluindo dele quaisquer considerações não normativas.” (KEGEL, 2001, p. 63).

Mas, a manutenção da pureza normativa só é possível se, em última instância, o Direito puder ser fundamentado também normativamente, o que caracteriza o sistema jurídico como um sistema que encontra em si mesmo a referência acerca do seu processo de

produção e reprodução, um sistema autopoietico. Desta forma, o fundamento de validade do Direito capaz de excluir tudo aquilo que não pertence ao seu objeto, ou seja, tudo aquilo capaz de garantir sua pureza, somente pode ser a validade de outra norma hierarquicamente superior, já que, como afirmado acima, o Direito é um sistema auto-referente. Para tanto, Kelsen procura demonstrar que a criação do Direito corresponde a uma atividade silogística, na qual a premissa maior é a proposição de “dever-se” que enuncia a norma superior; a premissa menor é composta pela situação fática designada de “ser” e que se apresenta como o *conditio sine qua non* relativamente à conclusão, norma hierarquicamente inferior que encontra seu fundamento de validade na norma superior, e não no fato da ordem do ser estabelecido na premissa menor.

Nesse sentido, segundo Kelsen, a validade de uma norma jurídica encontra-se em outra norma jurídica hierarquicamente superior, nunca na situação fática que originou o conflito, e que em momento algum participa do processo de criação do Direito, a não ser como condição essencial de uma atividade meramente mecânica. Neste sentido afirma Kelsen:

Quer dizer, a norma afirmada na premissa maior é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. A proposição de ser que funciona como premissa menor é apenas *conditio sine qua non* relativamente à conclusão. Quer dizer: o fato da ordem do ser verificado (afirmado) na premissa menor não é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. (KELSEN, 2000, p. 216).

Mas, se o fundamento de validade de uma norma inferior é uma norma superior, qual o fundamento de validade da norma superior afirmada na premissa maior? Segundo Kelsen, esta deverá ser a norma hierarquicamente superior a ela. Neste momento, uma nova atividade silogística é requerida para que assim, e tão somente assim, a pureza do Direito possa ser mantida. Entretanto, a questão que se coloca é: existirá infinitamente uma norma superior capaz de atribuir unidade ao ordenamento jurídico e que sirva de fundamento de validade de uma outra norma hierarquicamente inferior? Terá o ordenamento jurídico fim, nesse sentido?

Para Kelsen, a “indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável” (KELSEN, 2000, p. 217), razão pela qual o fundamento último de validade de toda e

qualquer norma de um mesmo ordenamento jurídico consiste numa norma superior a todas as demais, a norma fundamental, “fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum.” (KELSEN, 2000, p. 21).

O fundamento último, assim, do Direito viria a ser, justamente, a norma fundamental, pois, diferentemente da indagação acerca de causas e efeitos, a pergunta acerca do fundamento não se perde em um sem-fim, mas antes encontra seu limite em uma norma que não é posta, mas sim pressuposta, qual seja a norma fundamental. Essa não há que ser compreendida como posta porque se assim fosse, haveríamos que indagar pela autoridade que a pôs. (CHAMON JÚNIOR, 2010, p. 56).

A norma fundamental funciona também como critério identificador das normas que pertencem ao ordenamento jurídico, ou seja, possibilita a diferenciação entre normas jurídicas e normas não jurídicas. Assim, afirma Chamon Júnior que “somente através da referência a uma norma fundamental é que podemos reconduzir todas as normas a um fundamento de validade comum a tudo aquilo que compõe referida ordem normativa.” (CHAMON JUNIOR, 2010, p. 56).

É exatamente através deste artifício, a pressuposição de uma norma fundamental inexistente de fato e desprovida de conteúdo, mas pressupostamente válida e sobre cujo ato de criação não se questiona, que a pureza da Teoria do Direito, em princípio, pode ser afirmada enquanto uma “aparente” separação entre as ordens do ser e do dever ser⁵.

Dessa forma, afirma Kelsen que a pergunta formulada pela Teoria Pura do Direito refere-se à possibilidade de uma interpretação do sentido subjetivo de um sistema de normas jurídicas como objetivamente válido (sistema) sem o recurso a autoridades metajurídicas como Deus ou a natureza. A resposta reside na pressuposição da norma fundamental, cujo papel é o de interpretar o sentido subjetivo das normas postas através de atos de vontade humanos como possuidores de sentido objetivo, ou seja, normas jurídicas objetivamente válidas. (KELSEN, 2000, p.226).

⁵⁵ Chamon Júnior propõe uma interpretação da teoria kelseniana segundo a qual a justificação teórica da norma fundamental refere-se à ordem do ser, e não do dever ser, o que importa na desconstituição de uma teoria de toda pura. Uma norma fundamental pressuposta refere-se a uma constituição minimamente eficaz e duradoura. Assim, afirma Chamon que “uma ordem de coação é reconhecida como Direito quando, na verdade, possua “aquela eficácia duradoura”; e entre Estado e “bando de salteadores” a contenda é superada na medida em que a ordem coativa estatal é mais eficaz que a ordem dos salteadores”. (CHAMON JÚNIOR, 2010, p. 63).

Ao não se comprometer com o conteúdo da ordem constitucional que fundamenta, mas apenas determinar o cumprimento da constituição efetiva e eficaz em termos globais, a norma fundamental confere sentido objetivo à constituição jurídico-positiva e à ordem coercitiva criada de acordo com esta, ou seja, reconhece a constituição e as demais normas infraconstitucionais como normas jurídicas objetivamente válidas, desde que globalmente eficazes e duradouras.⁶

A efetividade é condição da validade (vigência) da constituição e da ordem jurídica. Mais especificamente, “uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas”. (2000, p. 237). Como afirma Chamon Júnior, “Kelsen passa então, a se referir à questão da validade afirmando que indagar acerca da validade de uma norma é antes perquirir a respeito de sua força vinculante” (CHAMON JÚNIOR, 2010, p. 55).

A validade da constituição e do ordenamento jurídico, reconhecidos pela norma fundamental, encontra limites no princípio da legitimidade, que determina o período de existência de uma norma jurídica. Equiparando validade e existência, afirma Kelsen que uma ordem jurídica é válida até ser revogada por um ato dessa mesma ordem jurídica, e uma norma jurídica é legítima se tiver sido elaborada, produzida, segundo as normas do ordenamento jurídico que estabelecem a forma devida da sua produção (Kelsen, 2000, p. 232).

Assim, a validade de uma norma jurídica apenas cessa quando outra norma também legitimamente produzida a substitui. Mas e a hipótese de substituição da constituição válida por outra, através de um ato contrário às normas jurídicas então existentes? Essa questão é respondida à luz do princípio da efetividade. Assim é que, na medida em que a nova constituição apresenta-se eficaz, que as novas normas editadas segundo a nova constituição são aplicadas e globalmente obedecidas, legitima-se a nova constituição do estado, encontrando em uma nova norma fundamental, o seu fundamento de validade. (KELSEN, 2000, p. 234).

⁶ Assim, temos presente que Kelsen parece defender uma teoria da norma jurídica segundo a qual o conceito de norma decorre do sentido objetivo de dever-ser institucionalizado em um sistema dinâmico de validade. Sobre isso ver GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Robert Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito da PucMinas**, Belo Horizonte, v.1, n.2, p. 134-142.

“De acordo com a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual o governo efetivo, que, com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes, é o governo legítimo do Estado”. (KELSEN, 2000, p. 234). E com o tornar-se eficaz da nova Constituição, modificou-se a norma fundamental, quer dizer, o pressuposto sob o qual o fato constituinte e os fatos em harmonia com a Constituição podem ser pensados como fatos de produção e de aplicação de normas jurídicas válidas.

Uma vez que a efetividade limita a validade, a validade pressuposta da norma fundamental passa a depender da eficácia global da constituição cuja validade ela fundamenta.

Ao afirmar que a validade da norma fundamental não pode se aferir, mas tão somente pressuposta, Kelsen vincula a validade da norma fundamental à validade da própria constituição que ela fundamenta. Dito em outras palavras, a norma fundamental cuja validade é pressuposta apenas reconhece como válidas a constituição e a ordem jurídica por esta estabelecida que se apresentam efetivas e globalmente eficazes. Uma constituição revogada através de ato por ela não reconhecido, por um ato ilegítimo, e que estabelece uma nova constituição que se revela eficaz, deixa de ser válida (a constituição ilegitimamente revogada), na medida em que não mais se revela eficaz. Da mesma forma, a norma fundamental que operava como fundamento de validade da constituição revogada também não mais é válida, ou seja, sua validade não mais pode ser pressuposta.

A questão é, definitivamente, pensada em termos de eficácia: na medida em que a Constituição substituída perdera eficácia pelo fato de a nova ser, justamente, a eficaz — pelo fato de suas normas serem globalmente eficazes —, o sentido objetivo dos atos subjetivos de vontade nesta nova ordem normativa inaugurada não pode ser interpretada na pressuposição da antiga norma fundamental, mas somente quando também modificamos esta que, pelo fato de se referir imediatamente a uma dada Constituição, deixa de ser pressuposta como tal quando da modificação desta (CHAMON JUNIOR, 2010, p. 61).

A Teoria Pura do Direito subordina a o princípio da legitimidade ao princípio da efetividade, ou seja, subordina a legitimidade à eficácia da força vinculante das normas postas, privilegiando a forma em detrimento do conteúdo⁷. Nesse sentido, a afirmação de Kelsen segundo a qual “o princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da

efetividade” (KELSEN, 2000, p. 235), ou ainda, como acentua Diniz, tem-se a dissolução da legitimidade pela legalidade (DINIZ, 2006, p. 141).

3. A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO HANS KELSEN

Explicitada, em linhas gerais, a Teoria do Direito positivo de Hans Kelsen, podemos retomar aquele que é o ponto central do presente trabalho: uma análise crítica da teoria interpretativa tal como apresentada no Capítulo VIII da obra “Teoria Pura do Direito”, à luz do paradigma procedimental de estado. A versão final da teoria da interpretação kelseniana surge em 1960 e segundo Oliveira,

Em 1960, o capítulo que trata da interpretação aparece modificado em sua estrutura e em seu conteúdo.

Esse capítulo, de número oito, apresenta-se dividido em três partes, sendo que não há uma correspondência precisa entre essas partes e os tópicos das outras edições. O texto, inclusive, é mais longo, e a discussão sobre o problema das lacunas do direito é incorporado no capítulo cinco, que trata da “Dinâmica Jurídica”, isto é, da teoria kelseniana do ordenamento jurídico, não restando, aqui, pouco mais de duas linhas. (OLIVEIRA, 1998, p. 214).

É com base nessa versão que discutiremos os postulados interpretativos da Teoria Pura do Direito.

Kelsen justifica a atividade interpretativa em razão da indeterminação do ato de aplicação do Direito, quer seja esta indeterminação intencional ou não. Segundo o mesmo, há uma relação de determinação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica. Esta determinação nunca é completa, ou seja, a norma do escalão superior não vincula totalmente a forma através da qual a norma inferior é aplicada, ficando sempre uma margem de livre apreciação ao intérprete (KELSEN, 2000, p. 388), podendo a mesma ocorrer de forma intencional ou meramente necessária. “A indeterminação pode ser intentada pela autoridade que estabeleceu a norma a aplicar ou resultar não intencionalmente da própria constituição a norma jurídica que deve ser aplicada”

⁷ Daí afirmar Chamon Júnior que a teoria pura do direito revela-se como uma teoria “genética” do Direito, incapaz de perceber “a co-dependência e complementaridade entre forma e conteúdo em termos de uma

(OLIVEIRA, 1998, p. 218), ou de forma não intencional, ou seja, pode a mesma decorrer da própria constituição da norma jurídica:

Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. (KELSEN, 2000, p. 389).

Desta forma, a atividade interpretativa busca eliminar a relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, sendo compreendida como uma “operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. (KELSEN, 2000, p. 387).

Kelsen retoma aqui a atividade silogística de produção e fundamentação da norma, uma vez que através da interpretação do Direito também se cria Direito, afirmado na conclusão. A interpretação ocorre tanto na atividade de aplicação de uma norma geral e abstrata a um caso concreto, a exemplo das sentenças, quanto no momento da produção de uma norma geral e abstrata através do processo legislativo e até mesmo na aplicação de normas individuais (KELSEN, 2000, p. 387). Nestes casos, a interpretação é feita exclusivamente pelos órgãos aplicadores do Direito.

Entretanto, segundo Kelsen, a interpretação do Direito não se restringe aos seus aplicadores, estendendo-se, ainda que não da mesma forma, aos indivíduos (que têm que aplicar o Direito na medida em devem pautar sua conduta de acordo com o que estabelece o Direito) e à Ciência Jurídica, que descreve as várias interpretações possíveis da norma a aplicar.

Mas, apesar de Kelsen considerar intérpretes do Direito os seus aplicadores, a Ciência Jurídica e os indivíduos, há entre eles uma profunda diferença no que tange à natureza da interpretação que realizam.

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quanto esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é criadora do Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador

do Direito ainda quando cria Direito para um caso concreto, quer dizer, quanto esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. (KELSEN, 2000, p. 394).

Assim, por interpretação autêntica entende-se a interpretação realizada pelo órgão aplicador/criador do Direito, quer quando esta produza uma lei ou tratado, quer quando produza uma sentença ou ato administrativo. A interpretação jurídica realizada pelo cidadão ou pela Ciência Jurídica é a denominada de não autêntica, uma vez que ao não criar Direito, não estabelece nenhuma relação de **obrigatoriedade, não vinculando os órgãos aplicadores do Direito**. “Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito”. (KELSEN, 2000, p. 395).

Se um indivíduo pretende pautar sua conduta de acordo com o que estabelece uma norma, tem que necessariamente interpretá-la. No entanto, sua interpretação “não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que nela se baseou.” (KELSEN, 2000, p. 395).

Já a interpretação realizada pela Ciência Jurídica, é, segundo Kelsen, “*pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas*” (KELSEN, 2000, p. 395), não implicando, portanto, em criação jurídica:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. (KELSEN, 2000, p. 395)

Desta forma, a interpretação feita pela Ciência Jurídica ocupa papel secundário com relação à interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito, intérprete autêntico da norma, já que este decidirá qual dentre as interpretações fornecidas por aquela (atividade cognoscitiva) será adotada, através de um ato de vontade.

A teoria kelseniana da interpretação pretende eliminar a relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito a partir da escolha vinculante de uma dentre as várias interpretações da norma a aplicar fornecidas pela Ciência Jurídica, através de um ato de vontade do órgão aplicador do Direito. Mas a se a Ciência Jurídica propõe várias

interpretações possíveis do Direito a aplicar, qual método interpretativo deve ser adotado pelo intérprete? Buscando manter a coerência da sua teoria, Kelsen não propõe nenhum método capaz oferecer ao intérprete autêntico uma única resposta correta. Ao contrário, ele utiliza todas as interpretações fornecidas pela Ciência Jurídica para dar curso à sua teoria, negando a possibilidade de uma única interpretação correta.

Importante destacar que, a inexistência de uma única interpretação correta no panorama de escolha do intérprete autêntico decorre, para Kelsen, da chamada indeterminação não-intencional não perseguida pelo legislador, mas que é consequência da existência de uma pretensa descrição, pelo ordenamento jurídico, das situações fáticas possíveis na vida humana.

Com respeito à indeterminação não-intencional, Kelsen se refere às situações não buscadas pelo legislador, de tal modo que se infere serem defeitos técnicos cometidos no processo de produção normativa. São três os defeitos que menciona: ambiguidade; discrepância de vontade; e as contradições normativas.

(1) Ambiguidade: ocorre quando há o defeito de falta de univocidade no sentido linguístico, que tanto pode afetar uma palavra isolada como uma sequência de palavras por meio das quais se expressa uma norma;

(2) Discrepância normativa: da mesma origem que o defeito anterior, a discrepância consiste no distanciamento da vontade do editor do comando de suas possibilidades semânticas. Esse distanciamento pode ser tanto 'parcial' quanto 'total'. Será parcial quando a discrepância se der em relação a apenas alguns dos possíveis significados da norma; será total quando alcançar todos os possíveis significados da norma;

(3) Contradições normativas: decorre do fato de duas normas, que pretendem valer simultaneamente, oporem-se total ou parcialmente. Esta é a situação clássica de antinomia jurídica. (SGARBI, 2007, p. 98)

As várias possibilidades de interpretação, que são decorrentes da indeterminação não-intencional produzida pelo legislador, consubstanciam-se no resultado da aplicação dos vários métodos interpretativos fornecidos pela Ciência Jurídica, aceitos por Kelsen como válidos no processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior (KELSEN, 2000, p. 387). As várias possibilidades de aplicação do Direito situam-se dentro da moldura formada pela norma a ser aplicada:

Se por "interpretação" se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, 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 desta moldura existem. (KELSEN, 2000, p. 390).

Neste sentido, dentre as várias possibilidades de interpretação, não há como estabelecer, segundo Kelsen, qual delas fornece uma resposta correta em detrimento das demais:

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica. (KELSEN, 2000, p. 391).

Para Kelsen, a questão sobre qual interpretação é correta não diz respeito à Teoria do Direito, mas à política do Direito, sendo o juiz livre para escolher, dentre as várias interpretações possíveis, a que criará o direito. A interpretação realizada pelos órgãos aplicadores do Direito dá-se, segundo Kelsen:

É com base no ato de vontade do órgão aplicador do Direito concernente na escolha de uma dentre as várias possibilidades reveladas através da interpretação cognoscitiva, que se consubstancia na escolha, por parte do órgão aplicador do Direito, de uma entre as várias interpretações possíveis, que Kelsen distingue a interpretação autêntica da não autêntica. (KELSEN, 2000, p. 394).

E como ato de vontade, vemos que a interpretação se perfaz como autêntica enquanto possibilidade do exercício de uma escolha de sentido pelo intérprete autorizado a fazê-lo.

4. Crítica ao modelo hermenêutico kelseniano

Resumidamente podemos definir a interpretação, de acordo com a teoria kelseniana, como um ato de conhecimento aliado a um ato de vontade realizado pelo órgão aplicador do Direito, através do qual uma dentre as várias interpretações possíveis contidas na moldura da norma é escolhida para criar o Direito. Assim, a princípio, a interpretação jurídica estaria limitada pela moldura posta pela norma, garantindo assim, a sua “pureza”.

No entanto, de forma paradoxal, é o próprio Kelsen quem demonstra a fragilidade da sua teoria que encontra limites tão somente normativos, não metodológicos ao expor que:

[...], pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2000, p. 394).

Ainda segundo Kelsen, a interpretação que se situa fora da moldura normativa pode prevalecer sobre todas as demais, “desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado” (KELSEN, 2000, p. 395). Desta forma, a primeira questão que merece nossa atenção diz respeito à função que exerce a moldura normativa na teoria interpretativa elaborada por Hans Kelsen, o que nos faz lançar argumentos contrários à existência de uma Teoria Pura do Direito, como afirma Oliveira:

Porque aceitar, sob o ponto de vista de uma teoria do Direito, de uma ciência que descreve normas jurídicas e a dinâmica dessas normas jurídicas, a possibilidade de produção de uma norma de escalão inferior ou a realização de um ato coercitivo que se processem fora do quadro de interpretações possíveis de uma norma superior aplicanda é, no mínimo, romper com o postulado metodológico da separação entre teoria e sociologia do Direito, entre “ciência normativa” e “ciência causal. (OLIVEIRA, 1997, p.214)

Desta forma, a Teoria Pura do Direito é colocada em xeque. Uma segunda crítica à teoria interpretativa kelseniana reside nos limites impostos pela moldura normativa. Se para Kelsen não há um método capaz de determinar a interpretação correta face à indeterminação da norma, “qual seria o método capaz de traçar o quadro ou moldura das interpretações possíveis de uma norma jurídica?” (OLIVEIRA, 1998, p. 223). Assim, questiona Oliveira se seria possível realmente, com base na teoria kelseniana, traçar o quadro ou moldura das interpretações possíveis de uma norma jurídica. Já sabemos que segundo Kelsen, não existe método algum capaz de determinar o seu conteúdo.

Ainda que tal método existisse, outra questão se apresenta ao analisarmos a natureza do ato de vontade do juiz que escolhe uma dentre as várias interpretações possíveis presentes na moldura normativa.

Se a pureza da Teoria do Direito de Kelsen deriva exatamente da pretensão de se excluir do Direito tudo o que não pertença ao seu objeto, a mesma se contradiz ao permitir que a escolha dentre qualquer uma das interpretações possíveis realizada pelo órgão aplicador do Direito, através de um ato de vontade, ocorra por razões totalmente diversas, e que não interessam à Teoria do Direito. Ainda segundo Kelsen, “apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra por uma forma objetivamente válida” (KELSEN, 2000, p. 391).

Assim, a razão pela qual o órgão aplicador do Direito escolhe uma determinada interpretação em detrimento das outras, resulta num ato de vontade relacionado a questões outras que não jurídicas, como morais, éticas, de justiça, etc, podendo órgão aplicador do Direito entre a interpretação “x” e a interpretação “y” tão somente com base em uma questão moral, ética ou até mesmo religiosa. Desta forma, a pureza da teoria kelseniana esvai-se, mais uma vez, ao atribuir ao órgão aplicador do Direito ampla liberdade na escolha de uma dentre as várias interpretações possíveis, sem a necessidade de fundamentar tal escolha juridicamente, uma vez que a mesma já se encontra fundamentada por encontrar-se dentro dos limites postos pela moldura normativa.

Por fim, a crítica mais séria a ser enfrentada pelos adeptos da teoria interpretativa kelseniana reside na sua total incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, que requer que as decisões dos órgãos do Poder Judiciário satisfaçam, a um só tempo, a exigência de uma decisão consistentemente fundada tanto à luz do Direito vigente quanto dos fatos específicos do caso concreto em que se funda a questão, de modo a se assegurar, a um só tempo, a certeza do Direito e a correção, a justiça da decisão tomada. (CARVALHO NETTO, 1999, p. 113)

Se para Kelsen, o caso concreto ao qual será aplicada a norma derivada de uma das interpretações jurídicas é apenas uma *conditio sine qua non* no processo de produção e verificação da validade do Direito, não exercendo função alguma no processo de fundamentação da validade da norma aplicada pelo intérprete autorizado, se a justiça não faz parte da Constituição, por ser um valor transcendente ao Direito positivo, se o ordenamento jurídico é reduzido à lei e apresenta-se sob a forma de regras positivadas,

cumpre-nos concluir que, apesar da sua importância, a teoria interpretativa kelseniana não apresenta qualquer possibilidade de adequação ao paradigma procedimental de estado.

Ainda que o respeito e admiração pela obra de tão brilhante jurista não sejam abalados, é necessário termos coragem de assumir uma interpretação adequada à Constituição Federal de 1988 e ao paradigma de Estado que a mesma adota. O brilhantismo da teoria kelseniana não o torna imune ao tempo, muito menos às rupturas paradigmáticas operadas por esse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** São Leopoldo: Unisinos, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado da Pós-Graduação da UFMG**, Belo Horizonte, 1998, p. 473-486.

_____. O requisito essencial da imparcialidade pra a decisão constitucionalmente adequado de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria do Estado de Minas Gerais**, vol I, n.1 (janeiro 1999).Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 115.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade. Incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas.** Rio: Lmen Juris editora, 2010.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado.** São Paulo: Landy Editora, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Robert Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito da PucMinas**, Belo Horizonte, v.1, n.2, p. 134-142.

KEGEL, Patrícia Luíza. **Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen**, in: Rocha, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea.** Curitiba: JM Editora, 1997, p. 37.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 55.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. **Revista de Direito Comparado da Pós-Graduação da UFMG**, Belo Horizonte, v.1, n.1, p. 207 – 227, 1997.

_____. **Direito Processual Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen**: Ensaio Introdutório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.