



A moldura kelseniana: formulação dos limites da interpretação na Teoria Pura do Direito

Kelsen's framework: formulation of boundaries in the interpretation of Kelsen's Pure Theory of Law

Paulo Henrique Rodrigues Pereira*

REFERÊNCIA

PEREIRA, Paulo Henrique Rodrigues. A moldura kelseniana: formulação dos limites da interpretação na teoria pura do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 43, p. 221-244, ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.95195>.

RESUMO

A Teoria Pura do Direito figura como uma das grandes obras do pensamento jurídico do século XX. Entretanto, pouco se explora a visão do autor sobre a interpretação das normas e dos princípios em sua visão totalizante do direito. O presente artigo busca reconstituir a discussão sobre as limitações da visão de Hans Kelsen sobre a interpretação no direito, focando em sua Teoria Pura. Através da delimitação das críticas feitas a Kelsen, nominalmente sobre incoerência e insuficiência da operação de sua teoria, o autor passará à abordagem do próprio Kelsen sobre a interpretação como resposta a tais críticas, para então produzir um balanço desse debate.

PALAVRAS-CHAVE

Kelsen. Interpretação. Teoria Pura do Direito. Filosofia do Direito.

ABSTRACT

The "Pure Theory of Law" occupies a place as one of the most relevant works of legal thinking in the 20th Century. However, little is discussed on Hans Kelsen's vision on interpretation of norms and principles in his systematic vision of Law. This article seeks to explore the discussion regarding the limitations of his vision on interpretation of Law, focusing on his Pure Theory. Through the delimitation of the criticism to his work, specially of incoherence and insufficiency of the operation of his theory, the author will then pursue Kelsen's own approach on the interpretation as an answer to such criticism, to then display an overall assessment of this debate.

KEYWORDS

Kelsen. Interpretation. Pure Theory of Law. Philosophy of Law.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os problemas das visões hermenêuticas de Kelsen: a alegação de incoerência e insuficiência da sua moldura. 3. A descrição de Kelsen sobre o processo interpretativo do Direito na sua Teoria Pura. 4. Acertos da teoria interpretativa kelseniana: balanço das críticas e dos avanços 5. Conclusão. Referências. Dados da publicação.

* Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Possui Graduação (2009) e Mestrado (2015) em Direito pela mesma Universidade. Tem desenvolvido pesquisa nas áreas relacionadas à Filosofia do Direito, Filosofia Moral e História dos discursos, com foco em relações entre Direito e Escravidão.





1 INTRODUÇÃO

O exercício de construção epistemológica da Teoria Pura do Direito é fascinante. Organizando uma gramática cuidadosa da produção e aplicação do direito, Kelsen parece ter dado ao conhecimento jurídico bases estáveis de um saber autônomo, e dotado de seus predicados próprios. É por isso que, para muitos, as ideias insculpidas nessa obra representam um exercício de modernização da reflexão jurídica, finalmente distinguida como objeto e dotada de uma metodologia própria e adequada.

Das suas formulações, poucos temas pareceram ter gerado tantos debates, dúvidas, e mal entendimentos quanto as considerações de Kelsen acerca da interpretação, do exercício hermenêutico. Tendo dedicado pouco ao tema em geral, e em particular na obra analisada - não mais do que um curto capítulo no final de sua *Teoria Pura* – Kelsen abriu caminhos que, se por um lado enfrentavam muito dos paradigmas da então ciência do direito acerca do tema, por outro, não puderam consolidar-se, de forma clara, como uma eficaz teoria da aplicação jurídica.

Entre o enfrentamento das visões idealistas da jurisprudência que o antecedeu, e a percepção dos dilemas próprios do exercício de interpretação jurídica como ato criativo, Kelsen, para muitos, acabou por não formular suficientemente uma teoria da interpretação que pudesse dar conta do que talvez seja o mais fundamental enigma do direito: o de detalhar os limites, modos de processamento, e organicidade da concretude do direito. Esse breve artigo pretende relativizar essas críticas, apresentando ponderações acerca do que Kelsen realmente disse sobre o tema da interpretação, e defendendo as aberturas conceituais derivadas da sua percepção. Equilibrando-se entre um normativismo utópico do sentido pleno do arcabouço legal, e um realismo incontrolável, para o qual a fixação do comando se dá de forma exclusivamente ligada aos fatos sociais – só precariamente ligada ao texto legal – as ideias de Kelsen, ainda que insuficientes, abriram campos teóricos importantes para o desenvolvimento das teorias hermenêuticas na segunda metade do século XX.

Para o programa dessas breves considerações, portanto, serão (i) analisadas com mais cuidado, as críticas direcionadas às noções de interpretação de Kelsen, para então (ii) se proceder a um exame mais cuidadoso do que realmente disse o autor na sua *Teoria Pura*. Em posse dessa breve reconstrução, se passará (iii) à análise do sentido das ideias de Kelsen para o exercício hermenêutico, quando se tentará demonstrar que a posição do autor, além de ponderada, foi capaz de revelar algumas das particularidades mais próprias do tema da





interpretação, tendo méritos na aceção de importantes adições teóricas sofridas pelo tema ao longo das últimas décadas.

Embora outros textos pudessem ser usados para a análise desse tema – existem considerações pontuais sobre a interpretação sobretudo em sua *Teoria Geral das Normas* –, as presentes considerações serão focadas exclusivamente nas ideias construídas no seu texto basilar, a *Teoria Pura do Direito*. A esse respeito, é importante anotar não ter havido significativas alterações nas ideias ali apresentadas entre as edições de 1934 e 1960¹.

2 OS PROBLEMAS DAS VISÕES HERMENÊUTICAS DE KELSEN: A ALEGAÇÃO DE INCOERÊNCIA E INSUFICIÊNCIA DA SUA MOLDURA

Em 1995, Letizia Gianformaggio e Stanley L. Paulson organizaram um importante livro sobre cognição e interpretação no Direito. A obra, focada exclusivamente na noção de interpretação em Kelsen, teve por método efetuar o recolhimento de artigos de uma série de pesquisadores que, havia alguns anos, tinham se reunido no 3º Simpósio sobre Kelsen, realizado na cidade de Siena.

No artigo de abertura do livro, Eugenio Bulygin anota as severas críticas que as ideias hermenêuticas de Kelsen receberam da literatura especializada. Segundo ele, embora os ganhos da teoria kelseniana sejam evidentes, sobretudo do ponto de vista do esclarecimento metodológico de importantes questões acerca do exercício de concretização do direito, os erros das suas considerações seriam inegáveis². Analisando “Cognition and Interpretation in Law”, Pierluigi Chiassoni comenta a divergência entre Kelsen e Bulygin, dizendo que “Eugenio Bulygin criticizes Kelsen’s theory of adjudication – as formulated in the first and the second edition of the *Reine Rechtslere* – for undervaluating the role actually played by cognitive processes in judicial decision-making³”.

Como se verá no item (ii) deste trabalho, Kelsen apresenta profunda ceticismo quanto à transmissão objetiva de sentido das normas ao exercício de sua concretude. A rigor, como também se apresentará rapidamente a seguir, ao fazer isso, o autor resolve enfrentar uma tradição jurídica bem consolidada no século XIX que busca constituir processos causais de

¹Sobre as noções de interpretação entre as primeiras edições da *Teoria Pura do Direito* pode-se avaliar a reconstrução feita por Eugenio Bulygin. Vide BULYGIN, E. in Org. GIANFORMAGGIO, L., PAULSON, S. L. *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: G. Giappichelli Ed. 1995. p. 12.

²BULYGIN. Op. Cit. p. 13.

³CHIASSONI, P. *Cognition and Interpretation of Law* Org. GIANFORMAGGIO, L., PAULSON, S. L. *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: G. Giappichelli Ed. 1995. p. 39.





sentido entre intérprete e criador da norma. O juiz, nessa percepção, seria a boca da lei. Kelsen ataca frontalmente essa concepção, desafiando as hipóteses de certeza e veracidade no exercício interpretativo.

Explorando essa questão, Chiassoni aponta que na teoria de Kelsen “judges decide which meaning is to be attributed to the norm-formulation at hand. Their decision may fall either upon one of the previously identified, possible meanings of that norm-formulation, or on an altogether different meaning.” Depois completa, dizendo que em casos limites, “judges ‘jump outside of the frame’”, na medida em que “the interpretative decision by judges has a law-creating impact: it may produce either an individual norm, provided with variable innovatory content, or (an individual norm plus) a general norm”⁴.

O preenchimento desse processo criativo pode ser construído, no final das contas, por elementos extrajurídicos - fato que enfraqueceria profundamente uma teoria positiva do direito. Nesse sentido, a teoria kelseniana ruiria, ao considerar que o processo interpretativo “may also be guided by extra-legal norms of morality, religion, custom, and soon, which represent the only other object of judicial cognition connected to the interpretative process, besides the cognition of pre-existing legal norms”⁵. Nessa linha, ao encerrar a sua teoria pura, Kelsen anularia o seu grande ganho epistemológico: o da consagração da norma como elemento orientador da prática jurídica, a partir de um escalonamento de autoridade apegado à noção de vigência.

Álvaro Núñez Vaquero, professor da Universidade Austral do Chile, e importante comentador de Kelsen, divide os leitores críticos do processo interpretativo contido na *Teoria Pura* entre aqueles que o compreendem como o grande defeito do edifício teórico kelseniano, e aquelas que simplesmente entendem que, embora com bons fundamentos, a sua percepção acabou por não ser completada⁶. Em ambos os grupos, de qualquer forma, o professor encontra a crítica comum de que a obra foi incapaz de promover um método teórico consistente de como interpretar o direito.

Diz ele que Kelsen é bastante claro ao apresentar o problema central da hermenêutica como “la posibilidad de atribuir diferentes significados a los enunciados normativos, y la ausencia de metacriterios jurídicos que establezcan qué criterio interpretativo debe ser aplicado”. Assim, os juristas “no tendrían criterios para saber si deben aplicar el criterio

⁴CHIASSONI. Op. Cit. p. 43.

⁵CHIASSONI. Op. Cit. p. 43.

⁶VAQUERO, A. N. Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho. *Revista Ius et Praxis*, Talca: Uni. de Talca, Año 20, nº 2, p. 416. 2014.





histórico, el del espíritu de la ley, el literal o el gramatical. Es precisamente en este sentido en el que Kelsen critica a la jurisprudencia tradicional.⁷ Negando a possibilidade de eleição de um critério certo, ou verdadeiro de interpretação, Kelsen jogaria ao vento o esforço teórico de uma teoria do direito, vez que justamente no seu momento central, o da aplicação legal, qualquer critério racional pareceria impossível, inconsistente. No limite, o direito seria resolvido por um ato de vontade puro, até mesmo arbitrário.

Talvez para algum outro autor, o peso dessa afirmação não precisasse ser tão sério, tão definitivamente impactante nos limites de sua teoria. Ocorre que em se tratando a *Teoria Pura* justamente de um esforço metodológico de descrever cientificamente o direito, parte da crítica compreende que uma eventual falha na compreensão da aplicação da norma no processo de determinação do direito mais do que revelar um problema pontual na concepção de Kelsen, pode pôr em risco toda a sua formulação do direito. Isso porque se o sentido insculpido na norma é tão precário e instável que impede qualquer avaliação de previsibilidade sobre sua aplicação, a sua prevalência como *locus* próprio do conhecimento do direito estaria em risco.

Assim, na medida em que para Kelsen “no podemos predicar la verdad del producto de una interpretación auténtica, pero las descripciones de la ciencia jurídica sí serían susceptibles de verdad en cuanto meras exposiciones (descripciones) de los posibles significados de un enunciado normativo” não é possível qualquer estabilidade de afirmação, inclusive para a ciência do direito. Dessa forma, “si la descripción de tales enunciados tiene valores de verdad (en otro caso no se trataría de una descripción), para que la descripción científica del derecho sea verdadera, cada uno de los elementos de la conjunción tiene que ser verdadero”⁸.

Como se verá à frente, em sendo a *Teoria Pura* uma construção teórica que organiza a experiência jurídica através de uma estrutura puramente normativa, articulando seus elementos de reconhecimento através da noção de validade, a coerência do modelo depende exclusivamente da sobrevivência das normas como operativas por si, de forma apriorística, sem a necessidade de intermediações conceituais de um mundo factual, axiológico, histórico, etc. O juízo formal que vincula essa força imperativa necessita, em algum sentido, que as normas não sejam *derrotadas*, independentemente de julgamentos extra normativos acerca de seu conteúdo. Nesse sentido, a norma não pode ser avaliada por critérios meta-jurídicos como justiça, legitimidade, adequação, podendo apenas ser avaliada dentro de uma cadeia de

⁷VAQUERO, Op. Cit. pp. 417-418.

⁸VAQUERO, Op. Cit. pp. 419-420.





normas, como tendo seu sentido subjetivo convertido em sentido objetivo, validado por uma norma superior

A aplicação do direito, e o juízo interpretativo que a consubstancia, portanto, necessitam privilegiar a norma, ainda que tal proteção dê-se apenas do ponto de vista formal. Esse é o caminho lógico que faz Kelsen defender o que foi chamado como Cláusula Alternativa Tácita, hipótese na qual mesmo uma decisão que contrarie a lei – o que seria vulgarmente compreendido como uma decisão irregular, equivocada – deve ser mantida coerentemente inserida no sistema, capaz de preservar e manter os seus vínculos de validade e, conseqüentemente, eficácia. Naturalmente, Kelsen não está defendendo a decisão irregular; está, antes disso, duvidando da possibilidade de afirmar a sua irregularidade lógica, incorreção absoluta.

O radicalismo da proposta teórica de Kelsen, que em alguma medida acaba por ser também uma necessidade de coerência de seu sistema legal – conforme se verá no item (iii) desse trabalho – permite as críticas mais radicais: “Si así están las cosas, la ciencia jurídica kelseniana se vuelve irrelevante pese a ser neutral, empírica, coherente y autónoma.” Isso porque não serviria para qualificar a ação jurídica nos casos concretos, nem mesmo para gerar estabilidades de previsão de como a norma pode ser aplicada. No limite, “es decir, no sirve al operador del derecho para calificar como prohibida, permitida o debida una conducta (siempre que asuma el derecho válido como criterio para calificar conductas), ni para saber cómo la considerarán los jueces u otros órganos de aplicación del derecho”⁹.

Para Isabel Lifante Vidal, a vagueza da relação de sentido entre o conteúdo normativo e a concretização do direito anula a própria noção de norma de Kelsen¹⁰. Analisando as críticas de Troper, ela diz que na medida em que, para Kelsen, interpretar é constituir sentido a uma norma, e que a própria norma é um ato de vontade dotado de sentido, a concepção interpretativa do autor acaba por ficar presa a uma contradição de performance: seria impossível atribuir um significado sobre um outro significado.

Levada à última consequência tal ideia, a sua teoria, na melhor das hipóteses, cairia a um realismo brutal, pelo qual a norma seria apenas ato de vontade da autoridade que o aplica, desprovido de qualquer constrangimento em relação ao conteúdo do arcabouço previsto na norma superior aplicada. Nessa perspectiva, Kelsen necessitaria alinhar melhor as formas de transmissão dos conteúdos pré-estabelecidos no conteúdo normativo originário – lei

⁹VAQUERO, Op. Cit. pp. 436-437.

¹⁰VIDAL, I. L. *La interpretación de la teoría del derecho contemporánea*. Tese de doutorado, Universidade de Alicante, Alicante, 1997. p 88.





construída pelo legislativo, por exemplo – para o exercício de formação da norma inferior aplicada no caso concreto – sentença judicial, ato administrativo, etc.

Dentro dessa gama de críticas, destaca-se também a ideia de que falta, na teoria interpretativa de Kelsen, elementos que, no limite da concretização, garantam justamente o que parecia ser o seu maior objetivo como teórico: a pureza do direito. Nessa leitura, o fato de o método de aplicação estar pautado em uma adjudicação desfeita de critérios de validação superiores impediria justamente a estabilidade do processo. Marcelo Furtado Vidal diz que “ao desembarcar na interpretação, Kelsen vai confrontar-se com a própria crítica, pois concluirá que o Direito Positivo é passível de diversas interpretações¹¹”, de modo que as suas ressalvas em relação à influência moral no direito se anulariam na medida em que ambos os juízos – morais e jurídicos – seriam igualmente carentes de objetividade. O próprio Kelsen diz sobre isso:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o acto a pôr, possa ter ainda lugar uma actividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade.¹²

Como dito, em leituras mais rígidas dessa passagem, Kelsen estaria abrindo mão da pureza da sua teoria, admitindo que, em última análise, o direito não tem capacidade de operar sem o emprego dos condicionamentos de outros saberes. Como muito bem apresentado por Letizia Gianformaggio em seu “*Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: a Paradox?*,” a tese central da *Teoria Pura* é a da irrelevância das normas irregulares – no sentido empregado pela autora, como normas não jurídicas – e da sua separação radical em relação às normas qualificadas como válidas¹³. Admitir que o exercício interpretativo é informado por outras normas seria, assim, invalidar a divisão nuclear operada a partir da validade das normas jurídicas, e com isso anular o esforço epistemológico kelseniano.

Por essa leitura, a Teoria Pura não sobreviveria a uma espécie de teste de integridade. Como se demonstrará na parte final desse artigo, essa não é a conclusão que parece mais bem desenhada. Para que se possa compreender os motivos pelos quais a visão interpretativa de

¹¹VIDAL, M. F. Ideologia e interpretação na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. *Rev. Trib. Reg. Trab 3ª Reg.*, Belo Horizonte, 32(62), Jul/dez, p. 136. 2000.

¹²KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 470.

¹³GIANFORMAGGIO, L. *Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: a Paradox?* Org. GIANFORMAGGIO, L., PAULSON, S. L. *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: G. Giappichelli Ed. 1995. p. 257.





Kelsen pode conviver com os pressupostos fortes da Teoria Pura, faz-se central analisar com mais cuidado o que realmente disse o autor acerca do processo de determinação do direito.

3 A DESCRIÇÃO DE KELSEN SOBRE O PROCESSO INTERPRETATIVO DO DIREITO NA SUA TEORIA PURA

Já na primeira edição da Teoria Pura, Kelsen enfrentou o tema da interpretação. Adrian Sgarbi, que levantou o tratamento do autor sobre o tema, diz que as preocupações com a concretude do direito embora não sejam tratadas “em 1911 (“Problemas Fundamentais de Direito Público”) e 1925 (“Teoria Geral do Estado”)” aparecem já na “primeira versão do livro Teoria Pura do Direito, em que reproduz artigo datado do início do mesmo ano e intitulado, justamente, ‘Sobre a Teoria da Interpretação Jurídica’. Depois, menciona que em “1953, publica-se a versão francesa da obra, a conhecida ‘versão intermediária’ da Teoria Pura, em que a abordagem é mantida praticamente intocada”, para então, na edição mais conhecida do livro, a de 1960, aparecer a versão mais bem organizada e acabada das suas ideias sobre o tema¹⁴.

A interpretação é o último capítulo da Teoria Pura e se ocupa do que seria o processo de concretização do direito, ou seja, de determinação do seu conteúdo normativo para a aplicação específica em um caso concreto. Essa transição de conteúdo não precisa necessariamente ser normativa: como se verá, ela pode ser científica, dotada de pretensão de descrever o direito, e não necessariamente de prescrevê-lo. Em ambos os casos, nessa perspectiva, se está lidando com problemas de interpretação.

Para Kelsen, a interpretação é “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”¹⁵. Imediatamente, pode-se perceber pela definição do autor que ele está afetado com uma versão alargada do conceito, na medida em que prestigia todo a escala de construção normativa como um processo de interpretação. Se o juiz interpreta a lei ao aplicar uma sentença, também o legislador interpreta a constituição ao positivizar o conteúdo. Ao mesmo modo, um órgão de governo interpreta, por exemplo, as regras de direito internacional – inclusive as consuetudinárias – no momento de proferir uma determinada decisão afetada por temas dessa natureza¹⁶. Em outras palavras, todo processo de formação de uma nova norma jurídica é

¹⁴SGARBI, A. *Hans Kelsen e a interpretação jurídica*. Inédito: Mimeo. p. 278. 2014.

¹⁵KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 463.

¹⁶KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 463.





intimamente ligado ao juízo de interpretação da norma superior que a validará – ou em leitura mais abrangente, tal processo não pode ser prescindindo de uma avaliação do ordenamento vigente que exatamente condiciona o exercício de produção normativa a se realizar.

O capítulo também trata como exercício interpretativo aquele operado pelos indivíduos que usam o direito, sem dever funcional – cidadãos comuns. Na linguagem de Kelsen, “tem – não de aplicar, mas – de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam de compreender e, portanto, de determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão-de-ser observadas.” Por fim, o autor também atribui ao chamado cientista do direito, o processo interpretativo: ao descrever como o direito é, o cientista precisa compreendê-lo, revelar os seus sentidos imanentes, e produzir um conteúdo com expectativa de boa interpretação¹⁷.

Essa tripla divisão do exercício interpretativo se reduz, no seu esquematismo, a uma dupla função: a interpretação autêntica e a não autêntica. Como bem detalha Adriana Martins da Silva em artigo sobre o tema¹⁸, a diferença entre as duas espécies de interpretação é marcada pela separação da interpretação para a aplicação do direito – efetuada por um órgão jurídico – e a mera compreensão do conteúdo do direito por um ente que não tenha competência jurídica de produção, ou aplicação, de normas – pessoa privada, cientista do direito, etc.

O mecanismo de determinação, dedutiva a partir da hierarquia das normas, forma uma relação de vinculação. Por isso, diz o autor que “a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o acto através do qual é produzida a norma de escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata.” Assim, a norma superior detalha o processo de produção da norma inferior e “eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do acto de execução a realizar”¹⁹. O problema fundamental aqui é a percepção do autor de que essa determinação nunca é completa.

Como se verá a seguir no item (iii) do presente trabalho, a admissão de Kelsen acerca da precariedade da vinculação da subsunção das normas hierarquicamente colocadas é um grande avanço intelectual para a teoria do direito. Por ora, basta compreender como o autor resolve esse problema. Essa incompletude da transição, chamada por Kelsen de “*relativa indeterminação do ato de aplicação do direito*”, pode aparecer de forma intencional ou não –

¹⁷KELSEN, Hans. Op. Cit. pp. 463-464.

¹⁸MARTINS DA SILVA, A. Hermenêutica e interpretação em Kelsen. *Direito em debate*, Ijuí, ano XI, nº 18-19, jul/ 2002 jun 2003. pp. 209-222. 2002-2003.

¹⁹KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 464.





na indeterminação intencional, a norma superior quis deixar um espaço para a norma inferior, por uma espécie de política legislativa; na não intencional, que interessa mais a esse artigo, tal espaço é decorrente de problemáticas próprias da lógica normativa, como as limitações da linguagem, erros de decisão, etc –

Diz Kelsen sobre essa indeterminação:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o acto através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao acto de produção normativa ou de execução que a aplica, o carácter de um quadro ou moldura a preencher por este acto. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.²⁰

Frederick Schauer ressalta a visão de Kelsen sobre o conteúdo aberto da escala de normas. Diz que “Hans Kelsen observou, acertadamente, que nenhum ato jurídico é completamente determinado pela lei”. Para ele, como “um quadro sem uma imagem”, as normas jurídicas “podem determinar os limites da decisão judicial plausível sem determinar precisamente o que deve ser feito dentro desses limites²¹”. A ideia de uma moldura é posta pelo autor para ressaltar a noção de que o processo interpretativo é aberto, sujeito a diversos caminhos igualmente válidos.

Guilherme M. Martins, analisando o tema da interpretação em Kelsen, aponta que essa noção de moldura “é um conceito simples, sem dúvida; mas que ilumina vários pontos da interpretação jurídica, como: se existem várias possibilidades dentro da moldura, então não é possível afirmar que a interpretação de uma lei leva necessariamente a uma única solução correta.” Pelo contrário, “existem várias soluções, todas corretas. Todas as soluções que estiverem dentro da moldura são soluções juridicamente válidas; enquanto soluções que estiverem fora da moldura são juridicamente inválidas²²”. A indeterminação, portanto, não é episódica, contingente. É da natureza da aplicação das normas, a existência de um espaço em relação ao qual, aparentemente, operam uma quantidade grande de saídas interpretativas possíveis.

Todo o ato de Direito, dessa forma, é um ato de determinação apenas parcial, o que quer dizer que parte do seu conteúdo é determinado em um fluxo hierarquizado de normas, e

²⁰KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 464.

²¹SCHAUER, Frederick. The Dilemma of Ignorance: PGA Tour, Inc. v. Casey Martin. *Supreme Court Review*, Washington, vol. 2001. p. 267. 2002.

²²MARTINS, G. *A interpretação das normas jurídicas segundo Hans Kelsen*. Revista eletrônica da F.M.G. Juiz de Fora, nº 11 Jul/Dez, p. 8. 2011.





parte, não. Desse modo, “a norma individual que é resultado de sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas.”²³ Essa indeterminação, quando não é voluntária, decorre evidente dos problemas essenciais de qualquer atividade hermenêutica: o sentido plurívoco das palavras, a eventual contradição entre a norma e um determinado sentido da legislação, as diferentes acepções de sentidos entre os intérpretes, dentre uma infinidade de possibilidades.

A confluência desse processo se dá por uma dupla tarefa do intérprete, na visão do autor. As operações se dão através de uma etapa cognoscível, que busca compreender os limites da norma expressa, e um ato que não pode ser outro que não um ato de vontade, como aquele que escolhe entre diversas interpretações possíveis, a que melhor se encaixa no caso concreto.

Com o perdão de duas longas citações, é central que se possa ver diretamente as colocações de Kelsen sobre a montagem desse arranjo. Falando dessa primeira etapa de conhecimento, diz o autor que:

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. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – tem igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito. (...) dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.²⁴

Dessas possíveis interpretações acima, a escolha de qual delas deverá vigorar como ato jurídico é feita exclusivamente por um ato de vontade:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correcta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da Teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa), ou o único acto administrativo correcto é, no essencial, identificada 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 correctas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação obter as únicas sentenças correctas.²⁵

²³KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 465.

²⁴KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 467.

²⁵KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 469.





Interessante analisar a modelagem que Kelsen apresenta, ao detalhar o processo interpretativo, sobretudo quando se considera o estágio das reflexões sobre a interpretação jurídica no momento da formulação da sua *Teoria Pura* – essa questão será brevemente tratada no item (iii) a seguir. O equilíbrio encontrado na percepção do processo interpretativo como mediado entre duas concepções bastante diferentes, confere importantes consequências à teoria kelseniana.

Ao construir um modelo que se organiza através de uma dupla etapa, Kelsen nega duas teses centrais: (i) em primeiro lugar, admitindo a existência de uma etapa de conhecimento destinada a compreender o conteúdo da lei – ainda que precariamente, considerando as limitações dessa atividade –, o autor opôs-se a um realismo absoluto, pelo qual a decisão agiria, no plano da autoridade, sem constrangimentos de nenhuma natureza. Assim o fosse, caso Kelsen estivesse depositando a tarefa de composição do sentido do direito exclusivamente no intérprete – como, aliás, parte de seus críticos o acusou – não faria sentido articular uma etapa de conhecimento em relação à norma, em procedimento meramente cognoscível. Entretanto, (ii) ao admitir que, em certo sentido, essa etapa de conhecimento é preenchida por um ato de vontade, na medida em que se organiza de forma profundamente precária e incompleta, o autor também nega a tese idealista clássica no sentido de completude de sentido do aparato normativo. Fosse completo esse processo de conhecimento, não precisaria o aplicador tomar uma decisão efetiva sobre como decidir: a operação mental de reconhecimento do conteúdo da norma, e de seu sentido específico, resolveria o dilema da aplicação, sem necessitar de uma tomada de posição do que Kelsen chamou de política de Direito.

A consequência mais natural desse empreendimento é a de negar a correição absoluta do aparato de sentido normativo, fato que, em um primeiro olhar, poderia significar um desafio para algumas das concepções caras ao sistema positivista-normativista, sobretudo no que tange aos ideais de certeza e estabilidade do direito. Na medida em que parte do processo interpretativo é mediado por um juízo decisório, organizado por um ato de vontade, também a decisão de aplicação, ou adjudicação, torna-se uma norma como qualquer outra: tendo a composição da autoridade prevista por uma norma superior. O ato subjetivo, que a embasa – ato de vontade do aplicador –, torna-se objetivo justamente pela correição de competência conferida pelo ordenamento – ou seja, o ato de vontade torna-se válido pela competência delegada advinda de outra norma. Isso tenderia a desorganizar, ainda que em parte, a ideia de uma submissão do aplicador à lei, e, de alguma forma, colocaria o sistema de hierarquia legal





apenas para o campo da composição de autoridade, não mais para a fruição de sentido da norma.

Nesse sentido, mesmo a suposta legalidade ou ilegalidade de decisões de aplicação do direito acabam por ser relativizadas. A norma, prolatada por autoridade competente, seria sempre válida, na medida em que a impossibilidade de definir, com clareza, os limites da interpretação legal abririam um campo de difícil controle material da produção normativa. Esse controle existiria na própria dinamicidade do ordenamento, segundo Kelsen, vez que essa reforma apenas poderia se dar no jogo da hierarquia de competências jurídicas, ou seja, pela promulgação de uma outra norma, superior em sua colocação sistêmica, que a retirasse do ordenamento. É por isso que Kelsen vai negar que possa haver um controle material total na interpretação, e mesmo na produção normativa.

Tal ideia, a da Cláusula Alternativa Tácita, transformou-se em um dos pontos de maior crítica à doutrina da Teoria Pura. Diz Kelsen, ainda no seu capítulo de interpretação, que através da interpretação autêntica “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.”²⁶ Eugenio Bulygin, comentando o papel que as normas ilegais desempenham na teoria kelseniana, diz que “such norms are in principle valid, as long as they have not been revised, annulled or voided by a competent authority, for which a special procedure is required”. Assim, o controle inicial das normas seria meramente de competência do prolator: “But legal norms are valid if, and only if, they are authorized by a higher-level norm. A norm whose creation is not authorized by a higher-level norm would not be valid, i.r.m could not exist. Hence Kelsen’s emphatic assertion that the concept of a norm contrary to norms’ is a self-contradiction²⁷”.

A rigor, o jurista está sendo coerente com a sua concepção: na medida em que o processo de conhecimento que se organiza na aplicação da norma é precário, e a atividade de interpretação envolve um juízo decisório ligado à vontade do intérprete, nada impede que possa haver uma decisão que tenha saído do que se entenderia como o enquadramento deixado pela norma a ser interpretada. Caberia ao ordenamento corrigir tal falha de interpretação, mobilizando o sistema hierárquico do direito, na medida em que, a priori, não se poderia atacar a decisão como ilegal justamente por parecer uma interpretação equivocada da norma. Tal decisão – que entenderia que aquela interpretação se tratava de um

²⁶KELSEN. Op. Cit. p. 471

²⁷BULYGIN. Op. Cit. p. 16.





entendimento ilegal - seria um outro ato de vontade, que para vigorar, necessitaria ter uma objetividade normativa conferida por outra norma superior, ou seja, nesse caso, apenas uma outra norma poderia efetivar tal procedimento.

4 ACERTOS DA TEORIA INTERPRETATIVA KELSENIANA: BALANÇO DAS CRÍTICAS E DOS AVANÇOS

O presente artigo realizou dois curtos movimentos, apresentando as críticas principais sofridas pela doutrina kelseniana no campo da interpretação, e, depois, analisando com mais cuidado as considerações do próprio autor sobre o tema. No primeiro item, foi possível anotar que Kelsen foi atacado por (i) ter criado um sistema que diminuiria a transmissão de conteúdo da norma, enfraquecendo as operações de conhecimento dos seus sentidos imanentes; (ii) no limite da concretude do direito, recorrer a elementos extrajurídicos de interpretação, na medida em que preferiu não compor sentidos próprios aos limites hermenêuticos, apenas os relegando ao ato de vontade; e que (iii) ao desenhar os processos de aplicação dessa forma, teria enfraquecido os edifícios centrais do normativismo jurídico, abalando os pilares da certeza e dos juízos de veracidade no campo do Direito. Para os críticos, tais questionamentos seriam especialmente problemáticos no pensamento do autor, justamente dedicado a apresentar um corte epistemológico voltado à dita pureza do direito.

Esse terceiro e último item, pretende apresentar respostas, ainda que parciais, às críticas sofridas pelo autor. Para tanto, serão realizados três rápidas considerações sobre (i) o estado das teorias da hermenêutica jurídica, e da jurisprudência, no momento em que Kelsen realizou a sua *Teoria Pura*, e de como suas ideias representaram, em algum sentido, uma abordagem mais sofisticada do tema da concretude do direito; (ii) os avanços epistemológicos trazidos pela sua teoria da interpretação, através do fortalecimento do deslocamento do eixo causal no processo hermenêutico, e da criação de um bom balanço nas relações entre conhecimento e vontade; e, por fim (iii) os limites da noção de pureza, e do papel dos valores em sua teoria.

A *Teoria Pura* acabou por tornar-se um clássico do direito, podendo ser lida de forma atemporal, de modo que a apreciação das suas ideias não prescinde de uma colocação histórica da sua formação. De qualquer forma, é importante compreender que ao tratar do exercício interpretativo, ainda no artigo que antecedeu a colocação no tema na sua obra mais importante, Kelsen promoveu uma certa inversão nas noções hermenêuticas então vigentes no





campo do Direito. Na primeira metade do século XX, o campo da hermenêutica filosófica vinha sofrendo importantes mudanças com a chamada virada linguística, fortemente influenciada com a obra de Wittgenstein²⁸, e tal percurso foi responsável, dentre outras coisas, por reenquadrar a noção de interpretação, enfraquecendo uma visão de que as palavras traziam seu sentido de forma imanente. A *virada* inverteu a polaridade da noção de compreensão dos textos, e passou a apresentar uma compreensão interpretativa pela qual a composição de sentido confere-se justamente na prática interpretativa, e não mais por uma simples extração de um sentido já existente em uma linguagem estática, pré-formada²⁹.

Isaac Reis, em excelente artigo sobre a interpretação em Kelsen, é bastante feliz em apresentar o quadro do pensamento hermenêutico no momento de concepção da Teoria Pura³⁰. Diz ele que “com efeito, se nas academias e nos programas de pós-graduação discute-se, de um lado, os critérios de argumentação racional em torno de uma fundamentação discursiva regida por valores e, de outro, as influências das modernas filosofias hermenêuticas sobre o direito”, na aplicação do direito, na praxe forense, a reprodução ainda era do “senso comum teórico, segundo o qual Direito e Lei se subsumem mutuamente e o juiz é visto como um “escravo” [*sic*] da lei, intérprete cego e aplicador robotizado de um conteúdo geral aos casos concretos”³¹.

Depois, mencionando o impacto da Escola História do Direito – aliás, a primeira a usar a entender o direito como passível de compreensão científica -, o autor utiliza Savigny como exemplo das ideias então vigentes. Menciona que “Savigny aponta como objeto da interpretação jurídica a lei, rejeitando qualquer possibilidade de interpretação extensiva ou restritiva. Interpretar é dizer aquilo que a lei diz (*voluntas legis*), não sendo lícito ao hermeneuta interferir nas “razões” da lei”³². É bem verdade que o importante autor do século XIX também vai promover uma virada na sua concepção de interpretação do direito, dessa vez caminhando para uma versão mais axiológica da prática jurídica, o que aparentemente

²⁸Vide MAIA, A. C. A. *Kelsen e a filosofia da linguagem de Wittgenstein: um estudo comparado do Tractatus Logico-Philosophicus e das Investigações Filosóficas sobre a teoria pura do Direito*. Dissertação de Mestrado, PUC-MG, Belo Horizonte. 2006.

²⁹A respeito dos impactos dessas mudanças no Direito, e no campo da moralidade, várias poderiam ser as leituras adequadas. Para uma visão mais elementar poderiam ser citados Jean Grodin, Paul Ricoeur e Gadamer. Vide GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. São Paulo: Ed. Parábola, 2012, RICOEUR, P. *Do texto à ação*. Lisboa: Rés, 1986. GADAMER, H. G., *Verdade e Método vol 1*. Petrópolis: Vozes. 2015.

³⁰Importante mencionar, naturalmente, que ainda no final dos anos de 1950, a obra de Hart também promoveria importantes impactos na visão interpretativa do Direito. Vide HART, H. L. A. *O conceito do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

³¹REIS, I. Interpretação na Teoria pura do Direito. *Revista Sequência*, Florianópolis, nº 45, Dez, p. 12. 2002.

³²REIS, Op. Cit. p 14.





promove uma percepção um pouco distendida, radical, do processo administrativo, estressado entre os pólos da normatividade absoluta, ou dos valores desmedidos³³.

É justamente nesse sentido, por exemplo, que as críticas de Kelsen como um autor formalista parecem profundamente inadequadas. Ao passar a admitir um espaço volitivo no processo interpretativo, Kelsen está enfrentando uma tradição que, à sua visão, diminuía o papel do operador do direito a uma ficção irreal da mera aplicação cega da lei. O professor Bezemek diz a esse respeito que “just like Hart (1958 : 611), or perhaps even more so, Kelsen emphatically argued against a mere mechanical view of jurisprudence—so emphatically, in fact one must add, that by some scholars he is accused of “methodological nihilism.”³⁴

Guilherme Massaú faz um bom levantamento do contexto dessa colocação:

Pode-se elencar o método voluntarista como uma significativa contribuição à hermenêutica legada pela corrente de juristas ligados à Teoria Pura do Direito. Durante um largo período, a Escola de Viena permaneceu à margem da discussão metodológica da interpretação. Longos anos após a primeira contribuição da Escola com Merkl (1916), o artigo de Kelsen apareceu em 1934 na *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* no n. 8 (com o título *Zur Theorie der Interpretation*) e, no mesmo ano, foi reproduzido na primeira edição da Teoria Pura do Direito e ampliado na segunda edição publicada em Viena (BONAVIDES, 2006, p. 447), já num imperativismo-voluntarista (LLANO ALONSO, 2006, p. 418). A contribuição do autor trouxe relevantes questões para o problema da interpretação, devido ao entendimento de a interpretação ser, em sua base, um ato de decisão e não uma ação de cognição pois, ao interpretar a norma, o intérprete, entre seus possíveis significados, deve eleger um. Por consequência, a interpretação acaba sendo guiada mais pelo ato de vontade do que por um ato de inteligência, inteligência (BONAVIDES, 2006, p. 448), jungido por princípios, bom senso, critérios político-jurídicos, logo, meta-positivos [...] (BARROSO, 2006, p. 309-310). Nesta visão, Kelsen reconhece que o juiz não é um mero aplicador da lei, um ser autômato, na medida que ele realiza a tarefa de escolha de uma dentre as diversas interpretações possíveis (PERELMAN, 1998, p. 93). O autor, também, foge da compreensão do pensamento do século XVIII, em que a lei era considerada a expressão da vontade do povo e o juiz era a razão lógica e puramente dedutiva (PERELMAN, 1998, p. 93).³⁵

Naturalmente que não é verdade que, ao se opor ao entendimento jurisprudencial da época, Kelsen não admitia gradação nas possibilidades interpretativas – lembrando que a sua previsão é de um processo em duas etapas: conhecimento e vontade. Não estão afastadas das

³³Para uma boa compreensão das relações intelectuais entre Kelsen e Savigny, o trabalho de Paulson pode ser um bom eixo condutor. Vide PAULSON, S. L. *Fundamentación Crítica de la doctrina de Hans Kelsen*. Trad. L. V. Borda. Bogotá: Uni. Externado de Colombia. 2000.

³⁴BEZEMEK, C. *Pure Formalism? Kelsenian Interpretative Theory between textualism and realism in Hans Kelsen in America- Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*. Suíça: Law and Philosophy Library, 116. 2016. p 257.

³⁵MASSAÚ, G. A. *interpretação voluntarista na teoria pura do direito: esboço*. São Paulo: Revista de Direito Vol XI, nº11, 2008. p.16.





suas preocupações os casos nos quais a operação interpretativa se processará com mais clareza, de forma mais direta. Ainda Bezemek ao dizer que “Kelsen—to draw from Feyerabend (2010)—was not “Against Method,” and he would agree, it is to be assumed (see in particular Walter 1983 : 191), that there are indeed “easy cases” (see Schauer 1985)”³⁶. Quando se observa com cuidado as visões de Kelsen sobre o processo de concretização do direito, de fato, a crítica do seu formalismo parece bastante inadequada.

No limite, ao admitir que o processo interpretativo incorporava uma etapa de conhecimento da norma, mas também compunha processos de injeção de vontade, Kelsen ataca uma visão causalista do direito, mecanicista, que vigorava na doutrina e – com ainda mais força - na prática do direito advindo das grandes escolas do século XIX. Esse gancho conduz ao segundo eixo desse item (iii), pelo qual se quer defender que ao efetuar tal procedimento, Kelsen promoveu uma apresentação bastante complexa, e rica, da atividade jurídica, incorporando ao campo da doutrina e da epistemologia elementos que pareciam frutos de mera anomalia na prática do direito.

Nesse campo, é importante dizer que a *Teoria Pura* terá um papel central na negação da tese causalista do direito. Vale lembrar que as ditas ciências sociais foram profundamente marcadas, no século XIX, pela ideia de que seria possível, tal qual nas ciências naturais, se objetivar os fatos sociais analisados, e compreender os fluxos causais que os geraram, e deveriam guiá-los. Esse é o arcabouço intelectual que previu uma visão dedutiva pura do direito, através de uma operação mecanicista entre a lei e o caso concreto. Kelsen, assim como outros poucos juristas da sua geração, percebe que essa é uma explicação equivocada da prática jurídica, porque não reflete as complexidades reais do campo da sua aplicação. Pensar na concretude do direito seria, nesses termos, seria atividade muito mais afeita ao campo da imputação, do que da causalidade.

A visão do direito como imputação³⁷, e não causalidade, em certo sentido já se encontra na clássica divisão entre o *ser* e o *dever ser* kelseniano. Como bem explica Ricarlos Cunha, a “consequência desse modelo, é que o princípio da causalidade não se presta a explicar essa realidade sensível (mundo do ser), ao contrário, é ela que deve ser conduzida

³⁶BEZEMEK, Op. Cit. p. 258.

³⁷A esse respeito, importante artigo de Jacqueline Azambuja da Silva. Vide AZAMBUJA, J. *A norma como esquema de interpretação, Hans Kelsen.* S/d. Disponível em: <https://www.academia.edu/13244704/A_NORMA_COMO_ESQUEMA_DE_INTERPRETA%C3%87%C3%83O_HANS_KELSEN> Acesso em 10/07/19.





pela norma, segundo o princípio da imputação (dever ser), daí a característica primordial da norma como ato de vontade”³⁸. É nesse sentido que Michael Green aponta que:

Rules of imputation are required to interpret legal systems because of their boundlessness. One cannot learn a legal system by memorizing-in scuba-language fashion-a correlation between chains of social events and sanctionability. A legal system determines with respect to a countless number of chains of events, including hypothetical chains, whether sanctions are appropriate. The chains of events must have logical form for a legal system to be learned.

And just as the logician discovers the logical form in language through examining necessary relations between the meanings of expressions (as evidenced by the necessary relations between their truth values), so Kelsen uncovers the logical form of legal systems by examining necessary relations between legal meanings. Generally, the legal meaning of one event is not necessarily related to the legal meaning of another. The permissibility of petting a cat and of petting a dog are not necessarily related. One could be permissible and the other not. But in some cases, the legal meaning of one event is necessarily related to the legal meaning of another. This is evidence of the operation of rules of imputation.³⁹

Essa percepção, de superação de uma visão baseada na causalidade para desenvolvimento de uma concepção pautada na ideia de imputação, habilita, como dito acima, uma aproximação da teoria do direito com o estágio das discussões no campo da filosofia da linguagem.

É importante reparar, entretanto, que Kelsen não aderiu a um decisionismo cego, desmedido. A sua defesa da hermenêutica como baseada em um duplo processo de conhecimento e vontade compreende os limites da decisão no processo de concretização. Em primeiro lugar, o intérprete está restrito às condições formais de interpretação da língua, como bem apontou o professor Michael Green.⁴⁰ Além disso, o operador não deixa de ser constrangido pelo texto, sendo obrigado a operar uma mediação entre esses campos – texto e ato de vontade. Dizem Sergio Cademartori e Nestor Gomes que “Kelsen enfatiza a interpretação do direito como um ato que congrega “conhecimento e vontade”. A moldura seria estabelecida por um ato de conhecimento, ao passo que um ato de vontade estabeleceria uma dentre as diversas possibilidades de aplicação”⁴¹. Para boa parte dos intérpretes de Kelsen, portanto, a vontade opera dentro de uma moldura que é formada, dentre outras coisas,

³⁸CUNHA, R. Hermenêutica jurídica em Kelsen. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 45 n. 180 out/dez. p. 285. 2008.

³⁹GREEN, M., Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems. *Alabama Law Review*. Vol 54. Winter, Number 2. p. 380. 2003.

⁴⁰GREEN. Op Cit. pp. 367-370.

⁴¹CADERMARTORI, S. U., GOMES, N. C., A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. *Revista Sequência*, Florianópolis, nº57. dez. p. 104. 2008





pelo sentido do texto⁴². Como bem ressalta, Cássio Benjamin “há uma clara separação entre compreensão e entendimento de vontade. Embora aqui, ele não afirme que só a vontade predomina dentro da moldura. O que é afirmado é que há também espaço amplo para a vontade”. Depois completa apontando que isso significa “dizer que há indeterminação dentro da moldura. Kelsen concede em um ponto importante, relativamente a um normativismo ortodoxo. Entretanto, deve-se lembrar como ele tenta manter a idéia de que há uma moldura fixa e determinada”⁴³.

Essa concepção caminha para uma discussão acerca da real natureza do conceito de pureza na *Teoria Pura*, e para a justa indagação acerca de como Kelsen recepciona os elementos axiológicos no processo interpretativo. Isso porque uma leitura apressada das considerações poderia permitir a interpretação de que na medida em que Kelsen admitiu a presença de elementos volitivos no exercício interpretativo, a sua teoria teria aberto a porta à presença dos aspectos morais e extrajurídicos no jogo do direito.

Sobre esse argumento, importa dizer, em primeiro lugar, que Kelsen jamais desconsiderou os elementos volitivos no processo de formação das normas. Toda a sua descrição de como as normas são avaliadas e criadas envolvem os atos de decisão. Kelsen apenas os diferenciou através de uma qualificação institucional advinda do processo hierárquico de autorização normativa – a cadeia de validade. Assim, o autor não ofereceu uma solução exatamente nova para o tema da interpretação: apenas admitiu que tal procedimento aproxima-se mais da dinâmica de formação de normas - interpretar e concretizar o direito é, no final das contas, criar uma nova norma, concreta e individual – do que de um processo mecanicista de extração causal de um sentido imanente no texto.

Além disso, Kelsen jamais admitiu a pureza do direito como um atributo da individualidade social do direito. Assim o fosse, o autor teria criado um direito desfeito dos vínculos democráticos, que aliás eram bastante caros à sua doutrina. O professor Eduardo

⁴²Novamente, se utilizará a compreensão de Isaac Reis que parece feliz em consolidar o entendimento mais presente do tema, dentre aqueles que defendem as visões hermenêuticas de Kelsen. Diz ele que “o modelo proposto por Kelsen parte de dois pressupostos fundantes: (1) a interpretação com vistas à aplicação encontra-se, até certo ponto, ao sabor do arbítrio e da subjetividade do aplicador, contaminada por valores meta-jurídicos, conforme se demonstrará adiante. Mas, além disso, assume (2) a polissemia das palavras que compõem um comando normativo, levando-o à pluralidade de sentidos. Assim, pode ser que a norma não contenha, em suas palavras, a vontade do legislador. E mais, pode ser que tal vontade só corresponda parcialmente àquilo que vem prescrito literalmente na norma, ou seja, a suposta “vontade do legislador” – se é que ela existe – corresponderia apenas a um dos sentidos possíveis. A partir daí, Kelsen irá elaborar a idéia da moldura: “O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, 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”. Vide REIS, Op. cit. p. 20.

⁴³BENJAMIN, C. C., SOUZA, E. G., O Problema da Interpretação em Kelsen. *R. Fac. Dir. UFG*, Goiás, V. 34., N 01, jan/jun. pp. 139-140. 2010.





Bittar diz a esse respeito que “quando se trata de estudar o tema da ciência e do método kelsenianos, não se trata de dizer que sua teoria é uma teoria do direito puro (Direito como um fenômeno puro), mas sim que sua teoria é um a teoria pura do Direito (teoria metodologicamente pura)”. Depois, ainda sobre Kelsen, diz que “sua teoria representa por si só um purismo, porém não há com Kelsen a pretensão de alargar este purismo para que transforme o Direito, com o acontecimento social, em fenômeno puro”⁴⁴. Como bem conclui o professor, a pureza não é do Direito, e sim um atributo da ciência que se pretende constituir sobre o objeto jurídico.

3 CONCLUSÃO

O professor Tércio Sampaio Ferraz Jr, comentando a afirmação kelseniana de que é impossível se chegar a uma interpretação verdadeira, aponta o seguinte:

Kelsen responde que essa hipótese é irrealizável porque, se admitida, estaria criando uma ilusão, a ficção da univocidade das palavras da norma. Entendemos: para o autor, cumpre à ciência jurídica conhecer o direito, descrevendo-o com rigor. Exige-se, pois, método, obediência a cânones formais e materiais. A ciência, assim, é um saber rigoroso e que, por isso, caminha numa bitola bem determinada e impõe-se limites. Ora, se o objeto de hermenêutica são conteúdos normativos essencialmente plurívocos, se o legislador, porque age por vontade e não por razão, sempre abre múltiplas possibilidades de sentido para os conteúdos que estabelece, então à ciência jurídica cabe descrever esse fenômeno em seus devidos limites. Isto é, apenas mostrar a plurivocidade. Querer, por artificios ditos metódicos, ir além dessa demonstração, tentar descobrir uma univocidade que não existe, é falsear o resultado e ultrapassar as fronteiras da ciência.⁴⁵

As palavras do professor Tércio são profundamente reveladoras do verdadeiro status da compreensão de Kelsen. Montado o seu estruturado edifício teórico, talvez fosse natural que se esperasse do autor uma resposta mais contundente sobre a interpretação, que pudesse, a seu modo, fixar padrões mais claros e seguros sobre o exercício hermenêutico. Fazer isso, entretanto, seria justamente negar a objetividade científica que sua doutrina se propunha a apresentar, na medida em que faria uma descrição idealista, irreal, e absolutamente desfeita das problemáticas típicas da atividade jurídica.

Parece verdadeira, por outro lado, as posições que acusam Kelsen de não ter desenvolvido o tema com mais rigor, buscando definir melhor as fronteiras entre o processo de conhecimento e o de vontade, e compreendendo com mais agudeza as imposições lógicas e linguísticas das barreiras interpretativas. Se é adequado pensar assim – que o autor acabou por

⁴⁴BITTAR, E. C. B., A Justiça kelseniana. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo, v. 96. p. 549. 2001.

⁴⁵SAMPAIO FERRAZ, T. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas. p. 276. 2018.





não explorar com mais cuidado o tema – não pode ser relevado, de qualquer forma, que a *Teoria Pura*, ainda muito antes do desenvolvimento que a hermenêutica jurídica sofreu ao longo da segunda metade do século XX, pareceu dar importantes direcionamentos ao tema da interpretação.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, J. *A norma como esquema de interpretação, Hans Kelsen*. S/d. Disponível em:

https://www.academia.edu/13244704/A_NORMA_COMO_ESQUEMA_DE_INTERPRETACAO_HANS_KELSEN. Acesso em 10/07/19.

BENJAMIN, C. C., SOUZA, E. G., *O Problema da Interpretação em Kelsen*. R. Fac. Dir. UFG, Goiás, V. 34., N 01, jan/jun. 2010.

BEZEMEK, C. *Pure Formalism? Kelsenian Interpretative Theory between textualism and realism in Hans Kelsen in America- Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*. Suíça: Law and Philosophy Library, 116. 2016.

BITTAR, E. C. B., *A Justiça kelseniana*. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo, v. 96. p. 549. 2001.

BULYGIN, E. in Org. GIANFORMAGGIO, L., PAULSON, S. L. *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: G. Giappichelli Ed. 1995. p 12.

CADERMARTORI, S. U., GOMES, N. C., *A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller*. *Revista Seqüência*, Florianópolis, nº57. dez. p. 104. 2008

CHIASSONI, P. *Cognition and Interpretation of Law* Org. GIANFORMAGGIO, L., PAULSON, S. L. *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: G. Giappichelli Ed. 1995. p. 39.

CUNHA, R. *Hermenêutica jurídica em Kelsen*. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 45 n. 180 out/dez. 2008.

GADAMER, H. G. *Verdade e Método vol I*. Petrópolis: Vozes. 2015.

GIANFORMAGGIO, L. *Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: a Paradox?* Org. GIANFORMAGGIO, L., PAULSON, S. L. *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: G. Giappichelli Ed. 1995.

GREEN, M., *Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems*. *Alabama Law Review*. Vol 54. Winter, Number 2. p. 380. 2003.





- GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. São Paulo: Ed. Parábola, 2012.
- HART, H. L. A. *O conceito do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- LOSANO, M. O parecer de Hans Kelsen de 1933 sobre a Assembleia Nacional Constituinte do Brasil. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 14, 2016.
- MAIA, A. C. A. *Kelsen e a filosofia da linguagem de Wittgenstein: um estudo comparado do Tractatus Logico-Philosophicus e das Investigações Filosóficas sobre a teoria pura do Direito*. Dissertação de Mestrado, PUC-MG, Belo Horizonte. 2006. MARTINS. G. A interpretação das normas jurídicas segundo Hans Kelsen. *Revista eletrônica da F.M.G.* nº 11 Jul/dez. 2011.
- MARTINS DA SILVA, A. Hermenêutica e interpretação em Kelsen. *Direito em debate*, Ijuí, ano XI, nº 18-19, jul/ 2002 jun 2003. pp. 209-222. 2002-2003.
- MASSAÚ, G. *A interpretação voluntarista na teoria pura do direito: esboço*. São Paulo: Revista de Direito Vol XI, nº11, 2008.
- PAULSON, S. L. *Fundamentación Crítica de la doctrina de Hans Kelsen*. Trad. L. V. Borda. Bogotá: Uni. Externado de Colombia. 2000.
- RAZ, J. *Between authority and interpretation*. Oxford: Oxford Press. 2009.
- REIS, I. Interpretação na Teoria pura do Direito. *Revista Sequência*, Florianópolis, nº 45, Dez, p. 12. 2002.
- RICOEUR, P. *Do texto à ação*. Lisboa: Rés, 1986.
- OLIVEIRA, T. B. O processo hermenêutico da interpretação: uma análise crítica das concepções de Karl Larenz e Hans Kelsen sobre a busca do sentido da Norma Jurídica. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte. V. 18. n. 36. 2015.
- SAMPAIO FERRAZ, T. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas. 2018.
- SCHAUER, Frederick. The Dilemma of Ignorance: PGA Tour, Inc. v. Casey Martin. *Supreme Court Review*, Washington, vol. 2001. p. 267. 2002.
- VAQUERO, A. N. Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho. *Revista Ius et Praxis*, Talca: Uni. de Talca, Año 20, nº 2, p. 416. 2014.
- VIDAL, I. L. *La interpretación de la teoría del derecho contemporanea*. Tese de doutorado, Universidade de Alicante, Alicante, 1997. p 88.
- VIDAL, M. F. Ideologia e interpretação na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. *Rev. Trib. Reg. Trab 3ª Reg*, Belo Horizonte, v. 32, n. 62, Jul/dez, p. 136. 2000.





DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 04/08/2019.

Aceito em: 18/07/2020.



