

criação jurídica, mas a explicitação das possíveis significações dos textos legais; antes, fortaleceu a necessidade desta distinção. Com isso, tendo por um lado a “interpretação autêntica” e, por outro lado, uma das faces do que designou de “interpretação não-autêntica”, a ciência jurídica apenas poderia estar consentânea com a atividade de fornecer uma “moldura interpretativa” e, não, com a eleição de um sentido em particular. No presente estudo são expostos estes e outros pontos sobre a interpretação jurídica circunstanciados no quadro geral da teoria pura do direito.

Palavras-Chave

Hans Kelsen; Interpretação do Direito; Teoria Pura do Direito.

Abstract

One of the most powerful statements in Kelsen's writings is that the act of applying law and the act of creating law are inseparable in the so-called interpretation of legal authority or authentic interpretation. However, this position did not prevent the author from conceptualizing a "legal knowledge" interpretation, the purpose of which is not only to create law, but also to explain the different possible meanings of legal texts; rather, he strengthened the need for this distinction. With "authentic interpretation" on the one hand and one of the facets of what he calls "non-authentic interpretation" on the other, legal science can only be consentaneous when it is supplying an "interpretative framework" rather than designating a specific meaning. In the present study, these and other issues relating to legal interpretation are set out within the overall framework of the pure theory of law.

Key Words

Hans Kelsen; Interpretation of Law; Pure Theory of Law.

1. Introdução

O propósito deste ensaio é a exposição temática da interpretação jurídica em Kelsen. Sabe-se que, no capítulo VIII do livro *Teoria Pura do Direito*, versão de 1960, Hans Kelsen dedica à interpretação jurídica um número reduzido de páginas.

Contudo, não foi apenas em 1960 que Kelsen se ocupou da interpretação no direito. Na realidade, embora a questão não seja

Dessa forma, sem estar interessado em dizer como as normas de um ordenamento jurídico devem ser interpretadas, Kelsen procura o lugar que a atividade interpretativa ocupa no âmbito do direito. Com essa finalidade, afirma que a atividade interpretativa é desenvolvida por dois grupos de sujeitos “interpretantes”: os órgãos de aplicação normativa; e os “particulares”, sejam eles os destinatários em sentido amplo das normas ou os juristas.

Assim, enquanto os “órgãos de aplicação” normativa realizam a interpretação que Kelsen designa de “autêntica”, os particulares realizam a interpretação que denomina de “não-autêntica”. Como interpretação não-autêntica, figura a interpretação “científica” (isto é, “acadêmica”). Três são os pontos iniciais de compreensão: a) os “sujeitos” da atividade interpretativa; b) a “função” interpretativa desempenhada; e c) o “objeto” da interpretação.

3.1 Os “sujeitos” da atividade interpretativa ●●●●●●●●●●

Como consta do quadro anterior, Kelsen distingue os processos interpretativos em “autênticos” e “não-autênticos”. A essa classificação, relaciona os sujeitos da atividade interpretativa. Portanto:

(1) Os sujeitos da interpretação jurídica que realizam a interpretação “autêntica” são os “órgãos” encarregados “burocraticamente” da tarefa de “aplicar” o direito;

(2) Por outro lado, os sujeitos da interpretação “não-autêntica” são tanto os destinatários não especializados afetados pelas normas jurídicas, quanto os juristas.

Como órgão de aplicação jurídica, Kelsen reconhece o órgão legislativo (órgão que aplica a constituição e as normas superiores), o órgão judicial (porquanto estes aplicam as normas gerais com o objetivo de ditarem as normas individuais, isto é, as sentenças); e as instâncias administrativas (que ditam as resoluções administrativas, fazendo cumprir as sentenças).

No que diz respeito aos particulares, pontua a presença dos destinatários, por estes terem de interpretar os materiais jurídicos para observarem as normas, sempre, com vistas a evitarem a sanção; já os juristas são retratados como atores “técnicos” que, como tais, podem exercer funções distintas: ou bem praticam ciência ou política jurídica, a depender da postura assumida diante do conjunto normativo.

3.2 “Função” interpretativa

A “função” que podem desempenhar os sujeitos da interpretação são duas: função “política” ou função “científica”. Como o propósito maior da teoria pura é «...garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto [...]”(KELSEN, 1960, p.1), o que interessa a Kelsen é a interpretação “científica”.

Por interpretação “científica” Kelsen denomina a interpretação que evidencia, descritivamente, o campo de possibilidades semânticas da norma. Como o papel da ciência é “descrever”, isso o induz a excluir dessa etiqueta toda interpretação que implique em algum processo de escolha dentre os sentidos pensáveis de um material jurídico. Kelsen, desse modo, relaciona o ato de “escolha” de um dos “sentidos” da norma à valoração, e, por conseguinte, à política jurídica. Conseqüência disso é que a distinção entre a interpretação realizada pela “autoridade jurídica” e a realizada pela “ciência jurídica” deve-se ao fato da primeira ser sempre técnica e obrigatória juridicamente, ao passo que a segunda não tem efetividade jurídica, não vincula, é conhecimento puro (KELSEN, 1953a, p25).

Sendo assim, por “interpretação científica”, nosso autor reconhece a interpretação que explicita ou apresenta uma “moldura interpretativa”, um leque de possibilidades de sentido, e, não, a defesa de um sentido normativo em particular. Exatamente porque ao fornecerem as possibilidades interpretativas há descrição, uma interpretação dessa estirpe não é prescritiva. Atuar como “cientista”, para Kelsen, é assumir postura enunciativa de “relatório” (função “descritiva” da linguagem), não de “comando” (função “prescritiva”). Portanto, quando um advogado aconselha seu cliente, ele atua no campo da política jurídica, mas, quando age como “jurista”, ele pratica a ciência jurídica, isto é, não se compromete com qualquer sentido potencial.

3.3 “Objeto” da atividade interpretativa

O “objeto” da interpretação, segundo Kelsen, são as “normas”. Sem embargo, o vocábulo “norma” tem sido utilizado de modo instável tanto na linguagem comum quanto na técnica. Por vezes, por “norma” tem-se denotado os “textos legais”, outras vezes, por

“norma”, os autores referem-se ao “texto interpretado”. Isso é perceptível nas seguintes frases: “A Constituição da República é uma norma”; “O legislador produz normas”; “Leia a norma **X** do Código civil”.

O problema desse uso despreocupado, ou mesmo ingênuo, é que ele corresponde à indisfarçável baralhamento de idéias; baralhamento que, desgraçadamente, é muito difundido e que consiste na identificação dos enunciados legislativos com os significados desses enunciados, o que tem reforçado a impropriedade de construções frasais como estas: “O juiz interpretou a norma”, “Você não aplicou adequadamente o artigo **Y**”, e assim sucessivamente. Por outras palavras, o que ocorre é uma confusão entre os suportes materiais, os signos gráficos de uma língua natural, com o que tais signos exprimem ou significam. As “normas” não são os textos, mas os resultados da interpretação de textos; enfim, da “legislação”. Daí que não se interpretam normas, mas se as aplicam, demais de que não se aplicam os textos, mas se os interpretam.

Todavia, Kelsen em nenhum momento se ocupa, propriamente, dessa distinção. Na realidade, de suas considerações, apenas se encontram, ocasionalmente, passagens que indicam a possibilidade das normas terem muitos sentidos. Não obstante, passagens como a seguinte autorizam afirmar a noção implícita de Kelsen sobre o fato de a interpretação ser uma atribuição de sentido a “textos” (KELSEN, 1960, p.390).

Portanto, quando Kelsen faz menção à ciência jurídica (“interpretação científica”), ele está se referindo, na maior parte das vezes, aos textos legais, às formulações sobre as quais se processa a atividade interpretativa com vistas à exposição de seus possíveis sentidos. Ademais, está em sua construção que os textos normativos são passíveis de apresentarem várias possibilidades de interpretação, pois a linguagem é um campo “aberto”.

4. A interpretação “não-autêntica” vista mais de perto

“Científica” é a interpretação não-autêntica realizada por um sujeito “de fora” da atividade de órgão de aplicação cuja realização prática consiste em fornecer uma “moldura interpretativa” correspondente às possibilidades semânticas da norma.

À vista disso, segundo Kelsen, devem-se distinguir as “normas” das “construções” que os teóricos “formulam acerca delas”. Ou

seja, devem-se separar as formulações “sobre” ou a “respeito” das normas, das enunciações “normativas”: as enunciações que expressam comandos, deveres, ordens. Àquelas, Kelsen designa de “proposições” (discurso dos juristas); estas, ele chama de “normas” (discurso dos “legisladores”).

Exatamente por isso a expressão “linguagem jurídica” é muitas vezes ambígua: pode-se tanto estar se referindo à linguagem dos legisladores (a linguagem prescritiva), quanto à linguagem dos cientistas do direito (a linguagem descritiva).

Se por ‘interpretação’ se entende a verificação do sentido da norma a aplicar-se, o resultado desta atividade somente pode ser a verificação do marco que representa a norma a qual se interpreta e, portanto, o conhecimento das inúmeras possibilidades que estão compreendidas dentro deste marco (KELSEN, TP1, p.131).

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, TP2, p. 390).

Sendo atividade de “conhecimento”, a “ciência do direito” interpreta as normas sem excluir qualquer possibilidade semântica (KELSEN, 1953a, p.29). Dessa forma, o jurista, como cientista do direito, pode, apenas, expor o direito, analisá-lo, definir os conceitos necessários para sua compreensão. Portanto, é imprescindível que ele seja metucioso na exposição dessas possibilidades, perscrutando, inclusive, o que não estava na visão do órgão editor (ou das partes contratantes), ainda que isso possa ser indesejável aos olhos da política. Pois este é um dos postulados da “teoria pura”: a despolitização do empreendimento que se almeja de conhecimento². A teoria pura não pretende e nem pode ser uma teoria do direito “reto”, “justo”, “ideal”, pois com ela não se objetiva responder o que é o justo. Como ciência do direito, suas proposições (discurso sobre as normas) atém-se, apenas, ao direito “real”, ao direito tal como é criado pelo costumes, pela legislação, pelas decisões judiciais, e tal como se apresenta efetivamente na realidade social.

Todavia, não se deve inferir das afirmações de Kelsen que este não tenha vislumbrado a situação de alguns juristas, quando da análise dos preceitos legais, de, ao invés de exporem suas

potencialidades, preferirem afirmar uma “melhor” interpretação. Conquanto essa prática seja comum, conclui não passar de atividade político-subjetiva disfarçada (KELSEN, 1934, p.131-132; Id., 1960, p. 396). Nesse sentido, a atividade do doutrinador é científica apenas até o momento em que expõe as potencialidades do quadro interpretativo; a partir do momento em que sustenta haver um sentido normativo a que se deve preferir em relação aos demais sentidos possíveis, deixa o teórico o campo da descrição e passa para o campo da ideologia, assemelhando-se, assim, o seu produto, ao resultado da interpretação autêntica, embora sem seu efeito de solver o conflito, porquanto, não é esta medida competência dos professores de direito e intérpretes em geral.

Sabe Kelsen, contudo, que o exercício da política jurídica de apresentar apenas uma interpretação quando outras são pensáveis pode ter grandes vantagens. Uma delas, e talvez a principal, é a de fornecer a sensação de “univocidade” nas construções legislativas; outra é a sensação de o campo jurídico ser seguro, de não haver discrepâncias nos materiais jurídicos produzidos pelas autoridades. Como não passam de impressões pessoais, têm-se, assim, apenas manifestações do que “deveria” ser, não do que “é”. Trata-se, mais uma vez, de “política jurídica”, de posicionamentos ideológicos, de “desejos” ou “utopias”, não de descrições.

5. A interpretação “autêntica” vista mais de perto . .

Vimos que, na literatura kelseniana, “interpretar” é uma atividade imprescindível para o direito. Vimos, também, que isso não implica, todavia, que todas as atividades interpretativas desempenham a mesma função, porque tanto se pode interpretar com vistas a “expor os sentidos pensáveis” a respeito de um documento legal, como se pode, por seu turno, ofertar uma “única interpretação”, fornecendo razões para sua adoção, com exclusão das outras. Para diferenciá-las, acentuamos, Kelsen designa a primeira de “interpretação científica”; e a segunda, de “política jurídica”. Três pontos estão a completar essa abordagem: a) a idéia de “criação jurídica” como processo de “determinação” do direito; b) as “indeterminações” do direito; e c) o significado técnico dos “métodos de interpretação” no plano da construção em apreço.

5.1 “criação jurídica” como processo de “determinação” do direito

Por “dinâmica jurídica” deve-se entender a atividade de produzir normas no exercício de um poder jurídico, isto é, de uma competência deferida pelo próprio ordenamento.

De fato, Kelsen utiliza essa expressão para, depois, afirmar ser esta a característica dos conjuntos normativos “jurídicos” em oposição aos conjuntos normativos “morais”. É nesse sentido que consigna que os conjuntos normativos morais são caracterizados por serem estáticos, ou seja, as normas são “inferidas” de outras normas, pelo quê não se pode dizer que há modificações, mas, sim, “explicitações” de algo já implicitamente presente nas normas mais gerais. Normas tais como “não debes mentir”, “não debes enganar”, “debes ser fiel à tua promessa” são deduzíveis de uma norma geral que prescreve a honestidade. Da norma “amarás o teu semelhante” podem-se deduzir normas tais como “não debes ferir teu semelhante” “debes ajudá-lo quando ele estiver necessitado”, e assim por diante (KELSEN, 1945, p.164).

A relação normativa presente nos ordenamentos jurídicos, diz Kelsen, é dinâmica. “Dinâmica” porque as derivações normativas são procedidas a partir de autorizações iniciadas por uma norma base autorizadora. Não obstante, é possível que o poder instituído de um ordenamento institua outras autoridades; neste caso, terá ocorrido o fenômeno da “delegação”. Com isso, inclui em suas considerações a idéia segundo a qual o direito não apenas corresponde a um conjunto normativo de “índole dinâmica”, mas também dotado de “cadeias de autorização (KELSEN, 1960, p. 217-221).

Nesses termos, é exatamente pelo fato de cada norma encontrar sua validade na norma hierarquicamente superior que se forma a estrutura de pirâmide tão conhecida em sua obra. A essa relação entre o grau superior e o grau inferior Kelsen intitula de “concretização”, “determinação” ou “ligação” (KELSEN, 1934, p.127; 1953b, p. 135-136; 1960, p. 392).

Seja como for, Kelsen entende que os sucessivos atos de “determinação” nunca são completos, pois em todos os casos nos deparamos com uma “indeterminação” do direito aplicável. Essa indeterminação encontra-se, assim, em todos os níveis da

determinar a medida das mesmas — podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo (KELSEN, TP2, p.389).

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: ambigüidade; discrepância de vontade; e as contradições normativas (KELSEN, 1934, p.130; Id., 1960, p. 389-390; Id., 1973, p. 376-377).

(1) “Ambigüidade”: ocorre quando há o defeito de falta de univocidade no sentido lingüístico, que tanto pode afetar uma palavra isolada como uma seqüência 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.

Note-se que o defeito n° 1 amplia, sobremaneira, os significados possíveis da norma; o defeito n° 2 consiste na dissociação entre o pretendido e o efetivamente logrado (questão que se encontra no setor do que John L. Austin designou de “perlocutivo”); o defeito n° 3 gera instabilidade no conjunto normativo e dificuldades de inteligência da parte do destinatário, o que pode comprometer sua visão do que “é devido” e do que “não é”.

Enfatize-se, por último, que a criação da constituição e os atos de execução constituem exceção à regra de especificação ou determinação ínsita à atividade dos órgãos estatais. Isso porque, se a criação referida por Kelsen decorre de uma norma superior que deixa algum campo de indeterminação, no caso da constituição, ela apenas é precedida pelo ato do poder político de formulá-la (e pela correspondente norma fundamental); quanto à execução, ela é mero ato aplicação, sem qualquer espaço criativo.

7. Conclusão

a) Kelsen, em sua “teoria da interpretação jurídica”, parte de uma definição restrita, logo no início do Capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, segunda versão. Segundo entende, “interpretar” é uma atividade atinente aos órgãos aplicadores do Direito;

b) Deve-se, para bem entender sua teoria, partir da idéia de “sujeitos” da interpretação, “função” interpretativa e “objeto” da interpretação, pois essa divisão permite fornecer um quadro geral de sua construção teórica. Os sujeitos da interpretação são os órgãos de aplicação e os particulares (sejam eles destinatários gerais ou os juristas). As funções que exercem basicamente são de “interpretação-aplicação” (política jurídica), “interpretação para evitar a sanção” (política jurídica) e “descrição” (interpretação científica). O objeto da atividade interpretativa são os “textos legais”;

c) Para Kelsen, a interpretação jurídica ou bem é “autêntica” ou bem é “não-autêntica”. Diz-se ser “autêntica” quando decorre da interpretação dos órgãos de aplicação jurídica; por exclusão, todas as demais são “não-autênticas”. Nesta última categoria está incluída a interpretação científica. A interpretação científica diferencia-se da política jurídica, pois, na primeira, para Kelsen, há apenas “descrição”, ao passo que, para a última, há a eleição de um sentido, sua natureza é ideológica;

d) O direito é essencialmente dinâmico. A produção de suas normas deve-se a sucessivos atos de criação jurídica correspondentes às competências que a própria ordem jurídica atribui. Todo ato de interpretação-aplicação realizado pelos órgãos de produção (como pelos particulares no exercício da autonomia que a ordem jurídica lhes confere) é ato de criação jurídica. Isso se deve ao caráter não exaustivo das previsões normativas, de tal modo que, de escalão para escalão, tem-se o que Kelsen chama de “determinação” do direito, ou seja, sua contínua especificação. Contudo, há duas exceções: a produção da constituição (que é só criação) e os atos de execução (pois eles são apenas atos de aplicação);

e) Está no plano explicativo da criação do direito por parte dos intérpretes-aplicadores o fato de haver, em todos os escalões normativos, indeterminações. Essas indeterminações podem ser tanto “intencionais” quanto “não intencionais”. “Intencionais” são as indeterminações deixadas como tal de propósito pelos “legisladores”, com o objetivo de melhor possibilitarem as resoluções dos casos concretos; “não intencionais” são as indeterminações decorrentes dos defeitos de técnica legislativa;

f) Os métodos de interpretação não são conclusivos a respeito de qual sentido normativo (havendo mais de um) deve ser escolhido pelo intérprete. Desse modo, toda afirmação de um sentido em prejuízo de outras possibilidades decorre da postura ideológica que o intérprete assume em seu manejo político do ordenamento jurídico.

Notas

- 1 A teoria da interpretação jurídica de Kelsen também é por ele exposta, poucos anos antes, na obra-síntese “O que é a Teoria Pura do Direito?”, de 1953. H. KELSEN (1953a), pp. 24-30.
- 2 “Despolitização” da “ciência” e, não, do “direito”, como as vezes se afirma. Isso significa que Kelsen está preocupado com uma descrição que não seja informada por “juízos políticos”, o que é completamente diferente de afirmar que pretende um “direito puro”. O “direito”, sabe muito bem Kelsen, não pode ser puro, porquanto o direito é instrumento da política. Sua construção teórica apenas defende que o direito, todo direito, deve ser descrito sem que o teórico se exima dizendo: “já que eu não concordo com os valores desse ordenamento jurídico eu não o considerarei”.

Referências

KELSEN, Hans [1934]. *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Trad.: s/i, *La teoría pura del derecho, introducción a la problemática científica del derecho*. México: Editora Nacional, 1981.

___ [1945]. *TGDE-General Theory of Law and State*. Trad.: L. Carlos Borges, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Martins Fontes, São Paulo, 1998.

___ [1953a]. *Was ist die reine Rechtslehre?* Trad.: Ernesto Garzón Valdés. *¿Qué es la Teoría Pura del derecho?*, México: BÉFDP (2002).

___ [1953b]. *Théorie pure du droit, introduction a la science du droit*. Trad.: Henri Thévenaz, Neuchatel: Baconnière.

___ [1960]. *TP2-Reine Rechtslehre*. Trad.: J. Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1998.

___ [1979]. *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung. Trad.: Mirella Torre, *Teoria generale delle norme*. Torino: Einaudi, 1985.

Recebido em: 08/05

Avaliado em: 08/05

Aprovado para publicação em: 09/05