

O PROBLEMA DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: DA JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS A HANS KELSEN

THE PROBLEM OF JUDICIAL CREATION OF LAW: THE CASE LAW OF THE CONCEPTS THE HANS KELSEN

Pablo Castro Miozzo¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Jurisprudência dos Conceitos; 2 A Jurisprudência dos Interesses; 3 O Movimento para O Direito Livre; 4 A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen; Considerações finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente estudo se ocupa do tema da criação judicial do Direito. A abordagem procura demonstrar que o tema não é novo, tendo sido objeto de uma importante discussão ocorrida já no século XIX, início do século XX. Serão estudadas as correntes denominadas Jurisprudência dos Conceitos, Jurisprudência dos interesses, Movimento para o Direito Livre e a Teoria Pura do Direito, no intuito de desmistificar a idéia de que tal fenômeno é próprio do constitucionalismo surgido após a 2ª Guerra Mundial na Europa e, quem sabe, contribuir para o aprofundamento da reflexão no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Criação Judicial do Direito; Positivismo Jurídico; Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This study deals with the issue of judicial creation of Law. The approach seeks to demonstrate that the issue is not new, having been the subject of an important discussion took place in nineteenth century, early twentieth century. Will study the so called Jurisprudence of Concepts, Jurisprudence of Interests, The Free Law Doctrine and the Pure Theory of Law, in order to desmystify the Idea that this phenomenon in Europe emerged from the constitutionalism developed after the World War 2 and, perhaps, contribute with the reflection over this problem in Brazil.

KEY-WORDS: Judicial creation of Law; Legal Positivism; Neoconstitucionalism.

¹ Procurador Federal em Canoas/RS, Brasil, Especialista em Direitos Humanos pela ESMPU/UFRGS, Mestrando em Direito Público pela UFRGS. Email: pcmiozzo@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como escopo investigar um tema de extrema importância contemporaneamente, qual seja, o papel do Poder Judiciário na criação do Direito. Trata-se de tema espinhoso, que envolve idéias fundamentais de Teoria do Estado, Direito Constitucional, Teoria do Direito e Hermenêutica Jurídica, mas que, não obstante, carece de maiores debates acadêmicos no Brasil e de propostas doutrinárias sérias.

Não raras vezes, o papel criativo do Juiz na construção do Direito é colocado como uma novidade doutrinária, supostamente resultado do constitucionalismo surgido após a Segunda Grande Guerra e do rompimento com uma espécie de positivismo jurídico, frequentemente caricaturado. De fato este tema ganhou e continua ganhando muita notoriedade, sobretudo a partir da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais europeus e da doutrina jurídica de países como a Alemanha, Itália, Espanha e Portugal.

Sem embargo, esta discussão remonta a um contexto muito anterior. Ao longo do século XIX, início no século XX, na Alemanha, França e Inglaterra, houve uma intensa discussão acerca do papel do Juiz e da ciência jurídica. Na Inglaterra desde muito antes. Nos Estados Unidos, é sabido que o que se conhece hoje como controle difuso de constitucionalidade surge justamente de um embate acerca do poder de dizer o Direito.

Escolheu-se abordar tão somente o pensamento alemão inicialmente em virtude da questão espacial. Outrossim, pela conhecida influência exercida no Direito pátrio e, ademais, por pertencerem os sistemas tedesco e brasileiro ao que se conhece como família "civil law", o que lhes confere uma aproximação em termos de estruturação e aplicação. Evitar-se-á, de outra sorte, conceituar termos que geram polêmica, muitas vezes por carecerem de maiores esclarecimentos doutrinários no Brasil, como positivismo, neoconstitucionalismo, ativismo, etc.

Diante disso, pretende-se nas linhas seguintes, trazer à luz, algumas idéias expostas por importantes correntes do Direito alemão do período referido, tendo como assunto o papel do Juiz na criação do Direito. Analisar-se-á a construção feita pela chamada "Jurisprudência dos Conceitos", passando pela "Jurisprudência dos Interesses", pelo "Movimento do Direito Livre" até chegar à "Teoria Pura do Direito". Pretende-se averiguar se e em que medida o tratamento dado por essas diferentes formas de encarar o problema se aproxima ou se repele.

Ademais, quem sabe, desmistificar algumas pré-compreensões e por ventura colaborar para o aprofundamento deste assunto no Brasil, até mesmo para compreender melhor fenômenos que são próprios da nossa realidade.

1 A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS²

A Jurisprudência dos conceitos, cujo principal expoente foi Georg Friedrich Puchta, deita raízes em uma discussão anterior existente na Alemanha. Trata-se do embate entre os defensores da codificação e os que apregoavam a recepção do Direito Romano. O movimento codificador foi influenciado pelo contexto em que se situava a França, com a recente criação do Código de Napoleão. A chamada Escola da Exegese se ocupou da questão da hermenêutica do Código napoleônico. Na Alemanha a tendência para codificação teve em Thibaut seu principal defensor. Opunha-se a teoricamente Thibaut, Savigny, expoente da Escola Histórica do Direito.³

² Esta corrente e seu desenvolvimento na doutrina é denominada por Wieacker de "positivismo científico". WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. Ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967. P. 493.

³ Sobre esta discussão teórica ver BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. P. 54 e ss. A matriz filosófica subjacente ao movimento codificador era o Iluminismo racionalista. Já a Escola Histórica do Direito era influenciada pelo Historicismo e pelo Romantismo, movimento opositor ao Iluminismo. Não se adentrará, no entanto, por uma questão espacial, no embate filosófico que subjaz à oposição entre Iluminismo e Romantismo. Para tal, na seara do Direito, consultar Bobbio na obra supra, bem como a bibliografia citada *in fine*. No âmbito da filosofia, ver GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. p. 241 e ss.

Sem embargo, apesar da crítica da Escola Histórica, ambas as escolas compartilhavam a exigência de um Direito unitário e sistemático. Neste sentido, há uma convergência tanto no que diz respeito ao ideal de cientificidade⁴, quanto no que toca ao papel passivo do Juiz. A diferença se fazia notar especialmente quanto ao objeto de interpretação. Numa o Código Civil e noutra o Direito Romano recepcionado.

Em linhas gerais, na esteira do apregoado pela Escola Histórica, ao menos na fase inicial de Savigny em que a interpretação teleológica não era admitida⁵, a Jurisprudência dos Conceitos defendia a necessidade de um intérprete mais neutro, cujo processo compreensivo deveria ser praticamente mecânico.

Tem-se, por conseguinte, um intérprete (Juiz) passivo e irresponsável por suas decisões, haja vista que a função interpretativa é declarativa e reprodutiva do sentido já atribuído previamente aos textos considerados normativos. Nesta atribuição, dava-se ênfase ao papel da ciência na construção do Direito.

Com relação ao aspecto da cientificidade do Direito, Georg Puchta, seu mais conhecido representante, desenvolveu um sistema lógico-dedutivo, no estilo de uma "pirâmide de conceitos", que se caracterizava pela relação lógica entre proposições jurídicas⁶, capazes de criar epistemologicamente conhecimento jurídico – e, portanto – Direito novo. A missão da ciência era descobrir estas conexões conceituais e desenvolver o que o autor chamou de "genealogia dos conceitos".⁷ No magistério de Wieacker,

[...] Uma vez que Puchta renunciou de facto às relações jurídicas orgânicas e às 'instituições' de Savigny, a pirâmide conceitual, i. e., a hierarquia dos conceitos a partir de axiomas, é construída de forma contínua e *sem lacunas* e a dedução se torna possível

⁴ Insta referir, por outro lado, com Larenz, que Savigny contrariava a tendência da filosofia alemã de sua época para o idealismo especulativo de Schelling, Fichte e Hegel. Savigny via nos institutos legados pelo Direito Romano as bases para construir a ciência do Direito. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 21-23.

⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. P. 17.

⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. p. 23.

⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. P. 24. Trata-se do chamado *método da inversão*, que se caracterizava por utilizar como fonte para criação normativa noções gerais que a ciência desenvolvia a partir de normas legais particulares. HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. Trad. Manuel Entenza. Granada: Editorial Comares, 1999. P. 36.

observando o estrito rigor lógico[...] A legitimidade da norma jurídica baseia-se agora exclusivamente na sua correção sistemática, na sua verdade lógica e na sua racionalidade; a própria criação do Direito torna-se um 'desenvolvimento' a partir do 'conceito'.⁸ (grifei)

Essa pirâmide conceitual partia de um *conceito supremo*, de cujo conteúdo derivam os demais. Para não cair em um círculo vicioso, esse conceito supremo era buscado fora do ordenamento jurídico, mais especificamente na filosofia. Segundo Larenz, "[...] se analisarmos mais em concreto, o *a priori* jusfilosófico do sistema de Puchta não é senão o conceito kantiano de liberdade."⁹ Ademais, outro ponto fulcral da teoria, como visto com Wieacker, é o pressuposto da completude do ordenamento jurídico, ou seja, da inexistência de lacunas. Ainda que eventualmente se admitisse sua ocorrência, estas eram preenchidas com construções conceituais.¹⁰

Nas palavras de Wieacker, a partir da concepção de Puchta, "[...] tornou-se inevitável o alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito."¹¹

Outro importante representante da Jurisprudência dos conceitos foi Rudolf Von Ihering, em sua primeira fase¹², mais especificamente na obra "*Geist des römischen Rechtes*". Ihering distinguia duas formas de ciência do Direito, uma superior e outra inferior. A inferior deveria se ocupar das normas jurídicas, da aclaração de seu conteúdo, explicação de princípios, etc. Já a superior, a "característica do pensamento jurídico verdadeiro", começa com o estudo

⁸ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. P. 456/457.

⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. p. 25. Percebe-se aí outra diferença no pressuposto filosófico de Puchta em relação a Savigny, ou seja, a influência do idealismo, ainda que se limite ao topo da cadeia conceitual, já que dedutivamente, o procedimento utilizado é o lógico abstrato. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. P. 27. Sobre o conteúdo ético-jurídico do conceito supremo, ver também KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. (In) KAUFMANN, Arthur. HASSAMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 169.

¹⁰ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 35/36.

¹¹ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. P. 458.

¹² Segundo Larenz, Ihering teve duas fases: uma ainda ligada ao formalismo da Jurisprudência dos Conceitos e outra na qual rompe com esta. "A viragem de Ihering para uma jurisprudência pragmática foi o ponto de partida da jurisprudência dos interesses [...]", como se verá a seguir. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. p. 63.

independente dos conceitos jurídicos, com seu tratamento como “corpos jurídicos”.¹³ Phillip Heck ensina que,

[...] Por esta independización los institutos jurídicos pasan de ser sumas de proposiciones jurídicas o elementos de tales proposiciones a ser entidades existentes, individualidade lógicas a satisfacer mediante la idea del ser y de la vida individuales. Las ulteriores tareas de la jurisprudencia superior consisten en la investigación precisa de la estructura, las propiedades y las relaciones de y entre los cuerpos jurídicos cristalizados a partir de proposiciones jurídicas.¹⁴

A tarefa final era fixar definitivamente a fórmula conseguida a partir da construção conceitual, e colocá-la na base da aplicação.¹⁵ Consoante já referido, o papel do Juiz era considerado uma tarefa puramente gnosiológica, na qual deveria subsumir o caso ao conceito jurídico, ou seja, lhe era negado qualquer espaço para criação do Direito.¹⁶

Assim, se é possível afirmar que para a Escola da Exegese francesa tendo, como objeto o Código Civil napoleônico, o Juiz era pensado literalmente como “boca da lei”, para a Jurisprudência dos Conceitos, na interpretação do Direito Romano recepcionado na Alemanha e reconstruído pela doutrina, os juízes poderiam ser vistos – analogicamente - como a “boca dos conceitos”.

2 A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES¹⁷

¹³ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 39.

¹⁴ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 39.

¹⁵ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 39.

¹⁶ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 21.

¹⁷ Antes da Jurisprudência dos Interesses surgem os objetivistas, como Windscheid, que ainda se baseavam na Jurisprudência dos Conceitos, mas pensavam possível a apreensão de fins objetivos no ordenamento. “Historicismo e racionalismo são as componentes dominantes do pensamento, não apenas em WINDSCHEID, mas, em geral, da ciência do Direito do Século XIX. Isto significa que, embora se considerasse todo o Direito como produto da evolução histórica e, portanto, como positivo, via-se, porém, no próprio direito positivo uma ordem racional que, por isso mesmo, seria susceptível de ser compreendida e sistematizada conceptualmente. A *Lex*, sobretudo o Direito privado romano, vale menos como *voluntas* do que *ratio scripta* [...]” LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 39-40. A diferença entre os objetivistas citados e o “segundo Ihering” é que aqueles encontravam os fins objetivamente no próprio ordenamento (lógico-dedutivamente), por isso poderiam se utilizar do método da jurisprudência dos conceitos. Já Ihering e os teóricos da Jurisprudência dos Interesses buscavam estes fins no plano empírico, fins empíricos do legislador ou das forças que estão por trás dele. *Idem*. P. 42. Kauffmann, nesta mesma direção, afirma que os objetivistas concebiam uma

A Jurisprudência dos Interesses se voltou contra o formalismo e o dogma da completude do Direito defendido pela Jurisprudência dos Conceitos e, partindo do pressuposto de que havia lacunas no ordenamento, o que era de certa forma negado por esta última corrente, apregou a necessidade de um Juiz/intérprete mais ativo, menos preso ao conceitualismo lógico-formal e mais atento à realidade. Mais especificamente aos “interesses da vida”¹⁸ envolvidos nas discussões jurídicas. Tem como precursor Ihering em sua segunda fase.¹⁹

A exigência decorria da constatação de que os ideais da *determinação plena do Direito* e da *plena adequação*, não eram atingíveis ou esgotáveis na atividade do legislador. Para Philipp Heck, considerado o principal representante da escola, o legislador não era capaz de dar cumprimento a ambos os ideais apenas a partir de seus preceitos. Primeiramente porque sua atividade, em regra, tem efeitos prospectivos, ou seja, pretende regular o futuro, que se sabe, é imprevisível. Por outro lado, ainda que conseguisse prever as contingências das mudanças resultantes da complexidade da vida moderna, não seria capaz de se expressar de modo inequívoco. A consequência é a inexorabilidade da presença de inumeráveis lacunas, é dizer, o Juiz se depara com silêncios legislativos para situações que deveriam ter sido reguladas pelo Direito.²⁰

Diante de tal constatação, para Heck, três saídas teóricas se apresentavam na disputa metodológica do século XIX: a livre indagação do Direito, da qual se falará adiante, a limitação à subsunção, tratada acima, ou a complementação coerente e dependente do preceito.²¹

“teleologia imanente”. KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. P. 170. Importa aduzir, com Wieacker, que esta corrente pode ser denominada de “positivismo legalista”. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. P. 493.

¹⁸ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 21.

¹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. P. 59. Larenz cita a obra “Der Zweck im Recht” (O fim do Direito) de 1877 como principal referência desta viagem. Franz Wieacker designa esta segunda fase de Ihering como “positivismo naturalista”, em virtude da influência exercida pela metodologia das ciências da natureza. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. P. 514. Já Kaufmann fala em um “positivismo jurídico empírico”. KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. P. 170.

²⁰ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 30/31.

²¹ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 30/31. Esta terceira via defendia, entretanto, que esta complementação não deveria ser feita a partir das avaliações pessoais do julgador, mas estava vinculada às intenções do legislador, no sentido de que a avaliação dos ideais e interesses da vida deveria ser buscada na norma legal. Tratava-se de uma tentativa de solucionar o problema das lacunas, sem colocar

A existência de lacunas e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de colmatá-las apenas a partir da analogia ou mesmo da construção conceitual²², desencadeou uma mudança na perspectiva metodológica, no sentido de se questionar como estas lacunas deveriam ser preenchidas. Altera-se, como dito, a forma de compreender o papel da ciência do Direito, bem como a função do Juiz. A decisão judicial passa a ocupar um lugar de destaque. Segundo Heck,

“[...] La consecuencia fundamental de esta tendencia es que el juez completa según criterios teleológicos las lagunas del derecho, esto es, que sua misión no consiste exclusivamente en subsumir bajo normas jurídicas, sino también en crear subsidiariamente estas últimas.”²³

Ou seja, e isto é pouco discutido pela doutrina brasileira, já no século XIX, início do século XX, houve um importante movimento intelectual em oposição ao formalismo lógico-dedutivo que limitava o Juiz a um autômato.

Em termos hermenêuticos tem-se uma transformação parcial no que diz respeito ao papel do Juiz.²⁴ Já a ciência deveria preparar o julgador para aplicar o Direito.²⁵ O intérprete deveria respeitar a legislação e realizar valorações pessoais somente em caso de lacunas. Ou seja, esta compreensão parte do pressuposto de que o Direito estava pré-dito pelo legislador e que o Juiz seria chamado a dizê-lo a partir de suas impressões pessoais somente em caso de

em risco a segurança jurídica. *Ibidem*. P. 32. Esta alternativa parece estar presente tanto na concepção que se conhece hoje como interpretação subjetivista, que privilegiava a “vontade do legislador” como método de investigação, quanto na proposta de Windscheid e sua interpretação “objetivista” (teleologia imanente) acima citada, na qual se destacava a busca pela “vontade da lei”. Sobre isso ver HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. P. 56 e ss. Philipp Heck procura desenvolver uma proposta própria dentro deste terceiro movimento, ou seja, a complementação coerente e dependente do preceito.

²² Philipp Heck aduz que, apesar da Jurisprudência dos Conceitos negar a atribuição ao Juiz para complementar a lei, na prática isto ocorria através do recurso à analogia e mediante a construção de conceitos jurídicos. HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 35/36. Para o autor, “[...] La complementación conceptual es en el fondo política de consignas sublimada em método científico.” HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho** p. 37. E segue asseverando que “[...] La única excelencia que presenta este método es la ilusión que anima al creyente – crédulo- juez.” HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. p. 42. Ou seja, intencionalmente ou não, e isto não vem ao caso, estava configurada uma disputa política no sentido de quem estava autorizado a dizer o Direito.

²³ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 22.

²⁴ “[...] El derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza em la sentencia judicial. El derecho legal no consigue el poder autoritário que da al derecho su valor sino por médio de la sentencia del juez.” HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. p. 26.

²⁵ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 72.

silêncio legislativo. Havia uma tentativa de equacionar o problema da criação judicial com o dever do Juiz respeitar a lei, já que estava a ela vinculado.²⁶

A pretensão da Jurisprudência dos Interesses como ciência era oferecer um instrumental teórico que permitisse ao Juiz chegar a uma decisão objetivamente adequada, que satisfizesse as necessidades da vida presentes na comunidade jurídica.²⁷ Para Heck,

[...] La objetiva especificidad de la jurisprudencia de intereses consiste en el esfuerzo de principio por reducir las nociones normativas que constituyen el derecho a la imbricación de esas disposiciones reivindicativas, y por colmar las lacunas de la ley teniendo en consideración todas las disposiciones reivindicativas afectadas en cada caso.²⁸

Heck é avesso à idéia de uma ciência do direito meramente teórica, como ele considerava a Jurisprudência dos Conceitos. Pensa o Direito como tutela de interesses. Portanto, a própria legislação já é resultado da proteção de interesses. Segundo o autor,

[...] La ciencia jurídica, por su desarrollo histórico y por su conformación actual, es una ciencia normativa y práctica, como la medicina. La finalidad común a esas ciencias no es la satisfacción del deseo de saber; lo que queremos es hallar caminos para satisfacer la biológica necesidad de derecho y para hallar el derecho exigido por la vida.²⁹

O legislador como pessoa é substituído pelas forças sociais (interesses). Daí não se falar mais em *voluntas legislatoris*. No entanto, não é possível identificar Heck totalmente com as correntes objetivistas da interpretação já que não se limitava a analisar o que objetivamente o texto normativo poderia dizer, mas exortava a necessidade de se buscar os “interesses históricos” que embasavam a lei.

²⁶ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho** P. 65.

²⁷ LARENZ, Karl. **Metodología da Ciência do Direito**. P. 64.

²⁸ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 62. Estas disposições reivindicatórias são “[...] deseos o inclinaciones latentes, que no están constantemente presentes a nuestra conciencia pero que, despiertas por cualquier estímulo, dan como resultado um deseo o acto.” *Idem*. P. 61.

²⁹ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 26. “La actividad cognitiva necesaria para la obtención del fin normativo tiene por de pronto um objeto dúplice. Por uma parte hay que precisar el derecho aplicable, pero solo desde el punto de vista del contenido de las nociones normativas decisivas. Más también hay que pedir com especial énfasis que la ciencia estudie y destaque las valoraciones de la ley, el fundamento de intereses de las determinaciones legales [...] Em segundo lugar, hay que exigir también que la ciencia jurídica estudie la vida, las situaciones y las necesidades vitales, la acción del derecho em la vida [...]” HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 73.

Também não há como dissociá-lo completamente de tal corrente já que, em última análise, a lei e não a vontade que a criou, continuava sendo o parâmetro de análise. O que o julgador deveria fazer, com arrimo na ciência do Direito, era comparar os interesses de fato em conflito à espera de decisão, com aqueles interesses previstos na norma.³⁰

3 O MOVIMENTO PARA O DIREITO LIVRE

Como resposta ao racionalismo do século XIX e radicalizando a crítica à Jurisprudência dos Conceitos feita pela Jurisprudência dos Interesses, inclusive contra esta³¹, surge no final do século e no início do vindouro, influenciada pelo irracionalismo³² filosófico de Schopenhauer, Nietzsche e Bergson, o chamado "Movimento do Direito Livre", "[...] de que pode considerar-se precursor o escrito de Oskar Bülow, aparecido em 1885, intitulado *Gesetz und Richteramt* (lei e função judicial)."³³

Mais uma vez, na esteira de Larenz,

A idéia básica deste escrito, a que tanta atenção se prestou, é a de que a decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma actividade *criadora de Direito*. A lei não

³⁰ HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 65. Heck também trabalha com a idéia de subsunção. Entretanto esta não se dá a partir das notas conceituais atribuídas às idéias normativas do legislador, senão com vistas aos interesses contrapostos. HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 66.

³¹ Kauffmann refere que em exposição realizada em 1910, com o nome de "ciência do direito e sociologia", Kantorowicz criticou a Jurisprudência dos Interesses, nos seguintes termos: "[...] O tratamento correcto das várias 'posições de interesses' pressupõe o conhecimento da finalidade da lei, uma vez que, se é certo ser possível decidir quais os interesses realmente em causa sem a ter em consideração, já o mesmo não sucede com a questão de saber quais interesses devem ser favorecidos na perspectiva do direito." KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. P. 174. Kantorowicz entende que a Jurisprudência dos Interesses não consegue dar conta da separação entre o papel da ciência na investigação dos interesses e o aspecto prático que eles desempenham na atividade judicial. Heck responde à crítica aduzindo que em nenhum dos trabalhos realizados pela Jurisprudência dos interesses tal confusão ocorre. HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 66.

³² Kauffmann aduz inclusive que o Movimento para o Direito Livre pode ser interpretado como afilosófico, citando como exemplo o trabalho de Ernst Fuchs. KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. P. 174

³³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. P. 77-78. Francesco Ferrara faz referência a um escrito de Franz Adickes de 1872 (*Zum Lehre von den rechtsquellen*), portanto anterior ao de Bülow, em que o jusfilósofo apregoava que "[...] o juiz se deve remeter à sua consciência para descobrir livremente o direito. O direito positivo é limite à convicção do juiz, mas para além desta barreira ele pode formar direito livremente." FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Tradução de Joaquim Campos Miranda. Belo Horizonte: Lider, 2002. P. 57.

logra criar logo o Direito; é somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica [...] Não diz Bülow segundo que critério deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo um critério objetivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a natureza das coisas ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjetivo, porventura o do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma doutrina da interpretação teleológica da lei como no sentido da teoria do Direito livre – e foram-no realmente, tanto num como noutro sentido.³⁴

A expressão “Teoria do Direito livre” foi cunhada por Eugen Ehrlich e apresentada em uma conferência em 1903 e foi levada a diante por Hermann Kantorowicz que, em escrito de 1906, encaminha o movimento para o abandono do racionalismo e uma aposta no voluntarismo, marcado pelo subjetivismo do intérprete.

Referia Kantorowicz que

Ao lado do Direito estadual, e com a mesma importância, existe o Direito livre, criado pela decisão jurídica dos cidadãos, pela jurisprudência e pela ciência do Direito. Como todo o Direito, também aquele é um produto da vontade[...]³⁵

Substituiu-se a busca pela vontade do legislador ou da lei pela vontade do intérprete. Kauffmann assevera que o Movimento para o Direito Livre reconhecia a ideia de que o sujeito intérprete participava ativamente na construção do sentido jurídico, mas esta participação era ligada a uma “sensibilidade jurídica irracional”.³⁶

Há um claro deslocamento em direção a uma valorização do papel da estimativa judicial acerca do Direito, no sentido de se libertar das “amarras da lei” ou dos conceitos, de um modo geral e ou sob certas condições.³⁷ No interior do “Movimento” há, em linhas gerais, duas tendências, uma menos radical que outra, com relação à medida de vinculação do Juiz ao Direito posto e, portanto,

³⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. P. 77-78.

³⁵ *Apud* LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. P. 80.

³⁶ KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. P. 175.

³⁷ HECK, Phillip. **El problema de la creación del Derecho**. P. 56.

ao alcance da criação judicial do Direito. Justamente no que tange a estes limites se discute a possibilidade de criação *contra legem*.

Carlos Maximiliano ensina que Eugen Ehrlich não admite a criação pura e simples contra a lei, mas apenas um papel mais ativo do Juiz quando o direito posto não trouxer uma solução inequívoca para o caso decidendo, ou seja, um agir *praeter legem*.³⁸

Já em Kantorowicz se atribui a faculdade do Juiz modificar a lei, ou seja, decidir não só *praeter legem*, mas *contra legem*.³⁹ Nas palavras do próprio Kantorowicz,

O Juiz deve prescindir desta (da lei), em primeiro lugar quando a lei não pareça lhe oferecer uma decisão inequívoca; em segundo lugar, quando, segundo sua convicção livre e conscientemente elaborada, fosse improvável que o poder estatal existente no momento da decisão tomasse esta de acordo com a lei. Em ambos os casos deve o Juiz tomar a decisão que, segundo sua convicção, tomaria o poder estatal no caso em que se apresentasse o problema. Em terceiro e último lugar, o Juiz deve prescindir da lei em casos de confusão desesperada ou de problematidade somente quantitativa, como na indenização por danos morais [...]⁴⁰

Há no Movimento para o Direito Livre a assunção de que na aplicação do Direito influi de modo importante a subjetividade do intérprete. Ou seja, sua vontade trabalha na construção da solução jurídica. Entretanto, o aspecto voluntarístico é hipostasiado, em detrimento da previsão "normativa objetiva".

³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. P. 100. Heck afirma que Ehrlich não está polemizando com a Jurisprudência dos Conceitos, diferentemente de Kantorowicz. HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 56.

³⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. P. 100. Heck entende da mesma forma. Kantorowicz, ao seu turno, qualifica tal interpretação de sua obra como equivocada, tendo inclusive escrito um texto chamado "A fábula *contra legem*", para rebater a crítica. HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 58.

⁴⁰ *Apud.* HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. P. 58.

4 A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

O século XX experimenta uma radicalização ainda maior em termos jurídicos do debate travado no século XIX, com a teoria de Hans Kelsen⁴¹, que se volta, por um lado, contra a idéia em voga de que a verdadeira ciência do direito é a Sociologia do Direito, bem como contra as influências dos ideais jusnaturalistas, e se esforça em construir uma ciência do Direito autônoma. Esta autonomia diz respeito tanto à metodologia das demais ciências do espírito, que não são jurídicas, quanto das ciências naturais.

O ideal era construir uma ciência descritiva, dirigida ao Direito como objeto, depurada dos elementos que lhe eram estranhos, de toda ideologia política e de todo elemento científico-natural. A tentativa de Kelsen era alcançar o que entendia como a meta de toda a ciência: objetividade e exatidão.⁴²

A ciência do Direito para Kelsen não é uma ciência de fatos, como para Sociologia,⁴³ mas uma ciência de normas⁴⁴. O que torna jurídico um ato é a

⁴¹ A presente exposição trabalha com a versão castelhana da primeira edição da "Teoria pura" surgida em 1934. A tradução é de 1946. KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho**. 2. ed. Trad. Jorge G. Tejerina. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946. A primeira edição argentina traduzida é de 1941. Na medida do possível, dado o conhecimento limitado do idioma alemão, procurou-se parametrizar trechos fundamentais das traduções com a obra original. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik**. 1. Studienausgabe der 1. Auflage, 1934. O capítulo relativo à interpretação, originariamente capítulo VI, que interessa aqui sobremaneira, também foi publicado no idioma original em apartado em 1934, sob o título "**Zur Theorie der Interpretation**". Aqui se utiliza a versão traduzida para o inglês: KELSEN, Hans. **On the theory of interpretation**. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Legal Studies, Oxford, v. 10, n 2, July, 1990. 127-135. Ademais, utilizar-se-á também a tradução para o português da segunda edição, esta surgida em 1960. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. Destaca-se a abordagem a partir da primeira edição da obra, primeiramente por ser muito pouco difundida no Brasil. Geralmente os autores que tratam da teoria kelseneana a partir de traduções, utilizam a segunda edição. Por outro lado, é possível contextualizar melhor o pensamento de Kelsen situando-o temporalmente, em especial tendo em conta as teorias então em voga, com as quais ele inclusive dialogava, como se tentará demonstrar.

⁴² KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 17 (prefácio à 1ª edição) e P. 25. O objetivo da "Teoria pura" é desligar a norma jurídica da norma moral. A norma jurídica não é compreendida como imperativo, como o é a moral, mas como juízo hipotético, que liga de modo específico o fato a uma consequência condicionada. KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. p. 47.

⁴³ "[...] La Sociología del Derecho no pone en relación las situaciones fácticas del ser que há de capturar com normas válidas, sino com otras situaciones fácticas del ser, como causas y efectos. Pregunta quizás por qué motivos determinados um legislador há promulgado precisamente estas normas y no otras, y qué efectos han tenidos sua disposiciones[...] Para este modo de consideración el Derecho sólo entra em cuenta como hecho del ser, como *factum*[...] Por tanto, no es propriamente el Derecho mismo lo que constituye el objecto de este conocimiento, sino ciertos fenómenos paralelos de la Naturaleza." KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 36. Vê-se aqui um confronto direto com o pensamento de Eugen Ehrlich. Esta oposição já havia sido expressada em um ensaio de Kelsen publicado na "Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik" em 1915. Tratava-se de uma crítica ao livro Ehrlich "Fundamentação da sociologia do Direito." (München und

descrição de atividades (estados de coisas) e sua eventual significação jurídica. E o que determina a juridicidade do estado de coisas não é sua percepção sensorial, como dado da natureza, como “ser” natural, causalmente determinado, mas a significação que ela tem.⁴⁵ Esta significação é dada pela norma, pelo que ela é considerada por Kelsen como esquema de interpretação.⁴⁶

Importa para a presente investigação, sobretudo, a concepção de Kelsen acerca da norma jurídica e suas reflexões a respeito da interpretação. São problemas diretamente relacionados na Teoria pura, que ecoam até hoje consciente ou inconscientemente na teoria e na prática jurídica.

Na segunda edição da “Teoria pura” a norma e o dever são equiparados.⁴⁷ Dever ser em sentido amplo é um ato intencional dirigido à conduta alheia, proibindo, autorizando ou conferindo poder.⁴⁸ O dever ser, entretanto, já assumia na primeira edição a função de fazer a conexão entre fatos e conseqüências jurídicas. Isto não foi alterado na segunda. Neste sentido, era e continuou sendo pensado como “categoria relativamente apriorística para apreensão do material jurídico empírico”.⁴⁹

Leipzig, Dunker U. Humboldt, 1913). Utiliza-se aqui a versão espanhola do texto de Kelsen. KELSEN, Hans. **Una fundamentación de la Sociología del derecho**. Doxa, 12, Año 1992. pp 213-256.

⁴⁴ “El conocimiento jurídico dirige pues a estas normas que confieren a ciertos hechos el carácter de actos jurídicos (o antijurídicos), y que a su vez son producidas por actos jurídicos semejantes.” KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 31.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 27. Não se pode confundir tal significação com a percepção de propriedades e funções naturais como a cor, a dureza ou peso. O que distingue um ato com significação social, como o jurídico, é a possibilidade do próprio ato enunciar algo sobre sua significação, o que não ocorre com objetos presentes na natureza. Entretanto, esta auto-explicação do material que é objeto da Ciência jurídica para o autor possui duas facetas: uma subjetiva e outra objetiva. Aquela diz respeito à intencionalidade do agente. Esta com a repercussão jurídica (objetiva, que não precisa coincidir com a intenção) do ato. Apesar da possibilidade de se determinar socialmente a significação subjetiva do ato, para Kelsen interessa tão somente a sua significação objetiva. *Idem*. P. 28/29.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 30. A distinção entre causalidade e imputação na relação entre causa (no Direito condição jurídica) e efeito, bem denota a concepção kelseneana da separação entre o que é natural (ser) e o que é jurídico (dever ser). Concebe o autor a causalidade como qualidade do que é natural e a imputação como qualidade própria do Direito. *Idem*. p. 48.

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. P. 129.

⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. P. 6.

⁴⁹ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 49.

Como tal, possui um caráter puramente formal, ou seja, não pressupõe um conteúdo determinado, pelo que se diferencia da idéia de um Direito transcendente.⁵⁰ Nas palavras do mestre de Viena,

[...] Es categoría gnosiológico-transcendente en el sentido de la filosofía kantiana, no metafísico-transcendente. Justamente por esto conserva su tendencia radicalmente antiideológica [...]"⁵¹

A validade para Kelsen não está atrelada a uma ordem extrajurídica. Neste aspecto há uma ruptura com as teorias desenvolvidas no século XIX e início do XX acima referidas, já que para o autor, estas não haviam conseguido se livrar por completo do caráter metafísico fundamental próprio da teoria do Direito Natural.⁵²

A marca da influência jusnaturalista era representada, entre outros aspectos, pelo dualismo a partir do qual era pensado Direito: a existência de um Direito superior, divino, natural ou racional e de um inferior, o Direito positivo.⁵³ A própria concepção do direito subjetivo e sua relação com o direito objetivo é uma consequência deste dualismo. A idéia em voga na ciência do Direito do século XIX era de que o direito subjetivo precedia ao objetivo, tanto lógica como temporalmente,⁵⁴ sendo este uma posituação daquele.

Kelsen atribui esta noção à Escola Histórica do Direito, segundo ele fundadora do positivismo jurídico no século XIX. Faz referência expressa às idéias de direito subjetivo como "vontade" reconhecida e garantida na lei, no que parece se reportar a Windscheid, e de "interesse" juridicamente protegido, provavelmente

⁵⁰ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 50.

⁵¹ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 51. "[...] No es ninguna cualidad inmanente ni tampoco ninguna referencia a una norma metajurídica, a un valor moral, es decir, transcendente al derecho positivo, lo que hace que una determinada conducta humana haya de valer como antijurídica, como delito em el más lato sentido del vocablo; sino única e exclusivamente, el que esté puesta en la proposición jurídica como consecuencia específica, el hecho de que el orden jurídico positivo reaccione contra esta conducta com un acto coactivo." KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 52

⁵² KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 45. Assevera Kelsen nesta linha que "[...] Es cierto que ya no se supõe más que el Derecho sea una categoría eterna y absoluta; se reconoce que su contenido está sometido a mutación histórica y que, como Derecho positivo, es um fenómeno condicionado por circunstancias de tiempo e lugar. Pero el pensamiento de um valor absoluto del Derecho no se há perdido del todo, sobrevive em la idea ética de Justicia, consevado aún por la Jurisprudencia positivista." KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 45

⁵³ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 68.

⁵⁴ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 70.

fazendo menção a Ihering.⁵⁵ Em seguida cita expressamente, ainda como corolário deste dualismo, o pensamento de Puchta, que partia, como acima referido, da idéia de liberdade como conceito fundamental ou supremo do Direito.⁵⁶

A Teoria pura do Direito desenvolve uma construção a partir da idéia de dever ser que inverte radicalmente a lógica até então adotada. Ou seja, o direito subjetivo – e mesmo o ilícito ou antijurídico - passa em Kelsen a ser visto como reflexo ou consequência do direito objetivo e não o contrário.⁵⁷ A norma jurídica objetivamente considerada passa a ser o referencial para análise e aplicação do Direito. Por outro lado, a validade da norma jurídica deixa de ser pensada a partir de um conteúdo que lhe é externo. Nas palavras do autor, as normas

[...] no valen en virtud de su contenido. Cuelquier contenido puede ser Derecho; no hay conducta humana que como tal esté excluída, em virtud de su sustancia, de convertirse en contenido de una norma jurídica. La validez de esta norma no puede ser cuestionada porque su contenido no corresponda a un valor material de algún modo supuesto, tal a vez la Moral. Una norma vale como norma jurídica, solo porque fué dictada en una forma bien determinada, porque fué producida de acuerdo com una regla bien determinada, porque fué establecida según um método específico.⁵⁸

Isso não significa, como muitas vezes se afirma nas críticas a Kelsen, que as normas não tenham conteúdo ou não devam tê-lo. Tanto o autor admite a existência deste conteúdo, que afirma expressamente que a Constituição, considerada por ele o ápice do ordenamento, pode determinar, além da forma, o conteúdo das normas de hierarquia inferior, com relação ao catálogo de direitos fundamentais, por exemplo.⁵⁹ Por conseguinte, na interpretação, tanto científica

⁵⁵ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 70.

⁵⁶ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 72. A precedência do direito subjetivo em relação ao objetivo para Kelsen possui uma significação ideológica na medida em que está ligada ao direito de propriedade como “[...] una categoría transcendente frente al Derecho objetivo, una institución ante la que encontra una barrera infranqueable la estructuración del contenido del orden jurídico.” KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. p. 73. E segue o mestre alegando que “[...] No es difícil comprender por qué la ideología del Derecho subjetivo enlaza com el valor ético de la libertad individual, si en esta libertad está siempre incluida la propiedad.” KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 74.

⁵⁷ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 79.

⁵⁸ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 96.

⁵⁹ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 109.

quanto dos órgãos aplicadores este conteúdo entra em jogo. Sem embargo, é um conteúdo da norma superior e não exterior ou superior a ela e ao ordenamento. Ou seja, não pode ser tomado como ponto de partida externo para interpretar o Direito.

A partir deste raciocínio é que Kelsen pode afirmar que a validade da norma depende tão somente de sua concordância com outra norma superior. Trata-se de uma das contribuições fundamentais de Kelsen para o pensamento jurídico: a idéia de que o ordenamento jurídico é uma construção escalonada de normas jurídicas⁶⁰, ou uma série de atos criadores de Direito.

O escalonamento normativo parte no que o autor chamou de “norma fundamental” que não é posta, ou seja, não é direito positivo. Trata-se de um fundamento hipotético⁶¹, que possui a função lógica - e não ontológica - de oferecer um critério de validade e de unidade, permitindo a visão do ordenamento jurídico como sistema de normas.⁶² “[...] Es el punto de partida de un procedimiento; tiene un carácter absolutamente dinámico-formal. De esta norma fundamental no se pueden deducir las normas singulares del sistema [...]”⁶³ A norma fundamental não é a Constituição, mas a condição lógico-transcendental⁶⁴ de validade dessa, conferindo-lhe caráter de dever ser.

⁶⁰ Optou-se por falar em “construção escalonada” por várias razões. Inicialmente, porque o título original do capítulo V da primeira edição da “Teoria pura” não era “Dinâmica Jurídica” como aparece na segunda, mas “Die Rechtsordnung und ihr Stufenbau”. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. P. 73. Na versão para o espanhol o capítulo se chama “El Orden Jurídico e su gradación”. KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 94. A expressão composta alemã Stufenbau funde “Stufe”, que pode ser traduzido por degrau, nível e “Bau”, que pode ser pensado como construção, obra em construção, estrutura. A expressão construção escalonada parece denotar bem a idéia de Kelsen acerca do ordenamento como série de atos criadores do Direito. Ou seja, o seu caráter dinâmico. *Idem*. p. 96. Ademais, a palavra “pirâmide” não foi encontrada no texto da “Teoria pura”, sendo talvez uma metáfora atribuída a Kelsen e não por ele faticamente utilizada. Como é uma expressão conhecida e aceita, a construção em forma de pirâmide será aqui utilizada, sobretudo, a título de comparação com a pirâmide conceitual de Puchta.

⁶¹ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 99.

⁶² KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 99.

⁶³ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 98. Este caráter dinâmico-formal da norma fundamental kelseneana se opõe ao caráter estático-material do fundamento de validade das teorias do Direito Natural. KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 95.

⁶⁴ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 100. Em vista disso é que para o autor não se pode dela deduzir normas singulares do sistema jurídico. KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 96. Também por essa razão é que Kelsen se opõe frontalmente à Jurisprudência dos Conceitos de Puchta, que partia lógico-dedutivamente do conceito filosófico de liberdade para descobrir os conceitos jurídicos, que por sua vez, permitem a construção de proposições jurídicas que criavam Direito novo. Ou seja, o fundamento da pirâmide conceitual de Puchta, além de possuir um conteúdo, era extrajurídico. Aqui reside uma diferença fundamental entre a “pirâmide conceitual” de Puchta e a “pirâmide normativa” de Kelsen.

Ou seja, o fundamento de validade da Constituição, que inaugura o direito positivo, não possui conteúdo, é lógico-formal, o que não significa, como já afirmado, que a Constituição não determine a observância de determinados conteúdos pelas normas que lhe são hierarquicamente inferiores. As leis, regulamentos, atos administrativos e sentenças judiciais devem concordância formal e contedística em relação à Constituição, e a eventual contradição deve ser passível de controle por parte de uma instância destinada para isso, como, por exemplo, um Tribunal Constitucional.⁶⁵ São normas que criam Direito a partir da norma superior. Há aqui um misto de execução e produção jurídica.⁶⁶

Kelsen entende, e isto é de extrema importância, que tanto o ato administrativo quanto a decisão judicial são normas. São normas individuais, que dão concreção – esta é a palavra usada – ao escalão superior. Aduz o mestre de Viena,

[...] a sentença judicial es una norma jurídica individual, la individualización o *concreción* de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica desde lo general a lo individual. Solamente pudo oscurecer esta manera de ver el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, *la errônea identificación del Derecho con la ley*.⁶⁷ (grifei)

A possibilidade fática de contradições entre os escalões torna necessária a interpretação, ou seja, é seu motivo. Ademais, a necessidade de se saber como se extrai da norma geral uma norma individual, é o objeto da interpretação. Esta se ocupa de todas as normas do ordenamento.⁶⁸ A relação entre os degraus é de determinação. O ato inferior *preenche* o superior. Entretanto, sempre há uma margem livre de apreciação (indeterminação) mais ou menos ampla, intencional ou não, deixada pela norma de grau superior à inferior.⁶⁹

⁶⁵ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 121.

KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 118.

⁶⁷ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 114. Veja-se o peso dessa afirmação. Diante dela é impossível, como muito se faz em doutrina, identificar o positivismo kelseneano com o legalismo ou o exegetismo do século XIX.

⁶⁸ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 126.

⁶⁹ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 128.

A norma é compreendida como uma moldura dentro da qual várias interpretações são possíveis. Ou seja, na estrutura escalonada do ordenamento, a norma de escalão superior oferece – na verdade – uma moldura para a de inferior, de modo que esta deve atuar dentro das fronteiras delimitadas por aquela, preenchendo-a com algum sentido possível.⁷⁰ Dentro desta moldura, não há como determinar uma interpretação adequada, dadas as várias possibilidades que exsurtem.

A interpretação em Kelsen é justamente o resultado da verificação do sentido da norma, ou seja, a verificação desta moldura que representa a norma e o conhecimento das várias possibilidades de execução que estão dadas dentro desta moldura.⁷¹ Para o autor, qualquer decisão que se ajuste à moldura possui o mesmo valor e o ato de sentença judicial a torna direito positivo. Esta não será “a” norma, mas uma das tantas possíveis dentro da moldura.⁷²

Por outro lado, não há um método seguro, que permita objetivamente preencher a moldura.⁷³ Na seguinte passagem da “Teoria pura” é possível apreender a crítica feita às interpretações subjetivistas, que buscavam a “voluntas legislatoris” e às interpretações objetivistas, que se ocupavam da “voluntas legis”:

[...] A pesar de todos los esfuerzos de la Jurisprudencia tradicional, no se ha logrado hasta ahora decidir de modo objetivamente válido el conflicto entre voluntad y expresión, en favor de una o de la otra. Todos los métodos interpretativos hasta ahora desenvueltos solo conducen a un resultado posible, pero nunca al único resultado justo. Desde el punto de vista jurídico-positivo, tanto vale atenerse a la voluntad conjeturable del legislador desatendiendo al texto, como observar estrictamente el texto desatendiéndose de la voluntad casi siempre problemática del legislador.⁷⁴

Interessante, de outra sorte, é a oposição direta ao princípio da “ponderação de interesses”, utilizado pela Jurisprudência dos Interesses, nos seguintes termos:

⁷⁰ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 131

⁷¹ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 131.

⁷² KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 132.

⁷³ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 133.

⁷⁴ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 133.

[...] Aun el principio de la llamada 'ponderación de intereses' es solo una fórmula, no es una solución del problema que aquí se presenta; no proporciona la medida objetiva con arreglo a la cual puedan ser comparados entre sí intereses contrapuestos, y según la cual pueden decidirse conflictos de intereses [...] Pues la necesidad de una 'interpretación' se sigue precisamente del hecho de que la norma a aplicarse o el sistema de normas deja abiertas muchas posibilidades, es decir, que no contiene una decisión acerca de cuál de los intereses en juego el más alto en valor; más bien deja librada la determinación de la jerarquía de los intereses a un acto de producción normativa a realizarse en la sentencia judicial, por ejemplo.⁷⁵

Kelsen concebe duas formas de interpretação do Direito. Uma autêntica e outra inautêntica.⁷⁶ Aquela ocorre quando feita por um órgão do Estado. Seja a Administração no exercício do Poder Executivo, seja o Legislativo ou mesmo o Poder Judiciário. Já a inautêntica, é toda a forma de interpretação não realizada por um órgão aplicador do Direito, por exemplo, por um indivíduo que procura se pautar pelos comandos normativos. Ainda nessa segunda forma de entender a interpretação, Kelsen enquadra o papel da ciência jurídica.⁷⁷

Para o autor, existe uma diferença fundamental entre a interpretação autêntica, realizada pelos tribunais, v. g., e a interpretação que deve ser feita no âmbito da ciência. Em última instância, trata-se de uma distinção que pressupõe o exercício ou não do Poder. A interpretação autêntica feita pelo Juiz, v. g., para o autor é criativa, ou seja, não reproduz um sentido previamente dado pela norma, mas cria Direito. E mais, este ato criativo é entendido como um ato de vontade⁷⁸, não um ato puramente cognoscitivo. A vontade preenche a moldura.⁷⁹

Extremamente interessante se afigura uma idéia presente somente na segunda edição, de que a interpretação autêntica pode criar Direito inclusive completamente fora da moldura, ou seja, desobedecendo-a.⁸⁰ A afirmação do autor parece ter um cunho descritivo, ou seja, de algo que acontece, não de que

⁷⁵ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 134.

⁷⁶ Esta distinção não está presente na primeira edição da Teoria pura do Direito, aparecendo tão somente na segunda edição, de 1960. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. P. 387.

⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. P. 393-397.

⁷⁸ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 135.

⁷⁹ KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 136.

⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 1994. p. 394.

possa ou deva acontecer. É dizer, Kelsen não se posiciona com respeito a esta ocorrência, quanto à sua correção ou não.

Este aspecto descritivo fica mais claro na passagem seguinte em que o autor exemplifica uma hipótese em que isso ocorre. Uma decisão judicial proferida em contrariedade com o Direito, uma vez estabilizada pelo trânsito em julgado, passa a ser Direito novo.⁸¹ Sem embargo, o autor se omite em tecer maiores comentários acerca da controlabilidade e dos limites desta construção da moldura por parte do julgador. Não há uma preocupação com este aspecto da interpretação.

Por outro lado, a interpretação realizada pela ciência do Direito – inautêntica - deve possuir uma função apenas cognoscitiva, ou seja, não cria Direito, mas se limita a descrevê-lo. Kelsen refuta a possibilidade de a ciência descobrir direito novo a partir da análise conceitual, conforme defendido pela Jurisprudência dos Conceitos, por exemplo. De outra banda, “[...] O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo; e esta função não é realizada pela via da interpretação do direito vigente.” A Teoria pura do Direito, como dito, se preocupa com a ciência do Direito e não com a sua aplicação. O ideal de purificação reside justamente - e tão somente - neste âmbito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo-se um cotejo da Teoria Pura com a Jurisprudência dos Conceitos, a Jurisprudência dos Interesses e com o Movimento para o Direito livre tem-se, em termos de interpretação o seguinte: Kelsen advoga uma função descritiva do Direito para a ciência jurídica, contrariando o papel criativo admitido pela a Jurisprudência dos Conceitos. Nesta o Juiz aplicava (reproduzindo) a pirâmide conceitual lógico-dedutivamente concebida e cientificamente “criada”.

⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 1994. p. 395.

Quanto à Jurisprudência dos Interesses, que defendia a existência de lacunas no ordenamento e o papel supletivo do julgador apenas neste caso, Kelsen aduz ser uma falácia tipicamente ideológica, já que o órgão aplicador sempre cria Direito e não é função da ciência jurídica buscar ou se pautar por uma suposta finalidade.⁸²

Com o “Direito livre” o Juiz se desvincula das amarras científicas e cria Direito sem uma racionalidade que lhe sirva de parâmetro e permita o controle intersubjetivo. Pois, paradoxalmente, em Kelsen, apesar de não haver uma defesa desta forma de compreender o papel do Juiz, há uma conclusão fatalista acerca da interpretação, na medida em que esta é vista como incontrolável do ponto de vista da racionalidade científica. A criação do Direito pelos órgãos aplicadores além de inexorável decorre de um ato de vontade que não permite uma avaliação metodológica em termos de correção.

Numa síntese apertada, poder-se-ia dizer que a hermenêutica do século XIX e início do XX, transitou de uma compreensão que concebia o intérprete como autômato, para uma menos ingênua que lhe atribuía um papel mais ativo, mas de certa forma subordinado aos postulados da ciência, sem no entanto, oferecer um instrumental teórico que permitisse avaliar a correção da construção interpretativa. E, por fim, a outra que abandona qualquer pretensão de racionalidade e delega a atribuição de sentido e, portanto, a criação do Direito, para o Juiz/intérprete. Em Kelsen isto é embasado no dualismo interpretativo quanto ao papel da ciência e dos órgãos estatais.

Ou seja, muito antes de se falar em “neoconstitucionalismo” e do aumento do poder de criação por parte do Juiz, as correntes que se deslocaram no interior do chamado “positivismo jurídico” já se ocupavam desta temática. Uma melhor compreensão do fenômeno hoje designado de “ativismo judicial” no Brasil, no que tange a seus pressupostos e limites, deve passar por um estudo mais aprofundado de outros contextos em que o problema já foi objeto de preocupação. Espera-se com o presente estudo ter contribuído para tal intento.

⁸² KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho**. P. 61.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compilada por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

FERRARA, Francesco. **Como Aplicar e Interpretar as Leis**. Tradução de Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2004.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. Tradução de Manuel Entenza. Granada: Editorial Comares, 1999.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. (In) KAUFMANN, Arthur. HASSAMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **La Teoría pura Del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho**. 2. ed. Tradução de Jorge G. Tejerina. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.

KELSEN, Hans. **On the theory of interpretation**. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Legal Studies, Oxford, v. 10, n 2, July, 1990. 127-135.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik**. 1. Studienausgabe der 1. Auflage, 1934.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KELSEN, Hans. **Una fundamentación de la Sociología del derecho**. Doxa, 12, Año 1992. pp 213-256.

MIOZZO, Pablo Castro. O problema da criação judicial do direito: da jurisprudência dos conceitos a hans kelsen. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.