

Teoria pura do direito: Resenha crítica ao capítulo VIII da obra do Hans Kelsen

Pure theory of law: Critical review of chapter VIII of Hans Kelsen's

Alessandro Batista Braga¹

Instituto Brasileiro de Ensino Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – Brasil

O autor do livro nasceu em Praga em 1881 e faleceu em Berkeley em 1973. É considerado o principal nome da Escola Normativista do Direito, um dos ramos da Escola Positivista. Formou-se em direito na Faculdade de Direito de Viena. Foi professor, doutor e livre-docente. É considerado, até hoje, um dos maiores teóricos da ciência do direito.

Hans Kelsen, ao desenvolver sua Teoria Pura do Direito tratou de fazer uma clara distinção entre o Direito e a Ciência do Direito, a fim de evidenciar a pureza que propalava. Desenvolve uma ciência pura do direito, sem a interferência de elementos metajurídicos em sua estrutura.

No capítulo VIII do livro que descreve a sua teoria, trata de explicar como se daria o mecanismo de interpretação no sistema jurídico por ele criado. Afirma que “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”².

Defende logo de início que existem duas espécies de interpretação, absolutamente distintas entre si: a realizada pelo órgão aplicador do direito e a que é efetuada pelo cientista do direito. E começa a estabelecer como se dá a interpretação realizada pelo órgão aplicador do direito.

Constata que o que se deve buscar é o conteúdo de cada norma individualmente na aplicação do direito, seja por meio de uma sentença judicial, seja por uma resolução administrativa. O escalonamento das normas, que defende em sua teoria, é fator relevante para entender como se dá a aplicação do direito. A isso deu o nome de relação de determinação ou vinculação, afirmando que a determinação não pode se dar de maneira completa, devendo haver espaço para o preenchimento da moldura pela norma de escalonamento menor em relação à norma de escalão superior.

A atividade a ser desenvolvida pelo aplicador do direito, segundo o autor, deve ser prescritiva, ou seja, ao analisar a conduta humana no caso concreto deverá o aplicador do direito, deduzindo de uma estrutura jurídica positivada a norma a ser aplicada ao caso. Por outro lado, o cientista do direito deverá desenvolver uma atividade de natureza descritiva, isto é, de conhecimento do objeto da ciência jurídica, descrevendo-o utilizando de um discurso internamente lógico.

A interpretação é, portanto, um ato de fixação de sentido às normas, com o objetivo específico de sua aplicação, seja pelo intérprete autêntico, seja pelo intérprete inautêntico.

Essa é uma distinção fundamental na estrutura interpretativa proposta pelo autor. Pois na interpretação autêntica há criação do Direito, ao contrário do que ocorre

¹ Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Especialista em Direito Processual pela Fundação Getúlio Vargas – ISAE/AM, Professor de Direito Constitucional de Universidade Nilton Lins. Chefe de gabinete da presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 8º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 387.

na que não se pode considerar autêntica, justamente em razão da ausência de criação de Direito, senão de estudo da própria ciência do direito.

É reconhecida pelo autor a possibilidade de indeterminação do ato de aplicação do Direito, que pode ser intencional ou não-intencional. No primeiro caso, a própria norma admite que a norma inferior dê continuidade ao processo de determinação incapaz de ser alcançado inequivocamente pela norma superior. Já a não-intencionalidade decorre da "pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime (p. 389)". Neste caso, é preciso que se reconheça que o sentido das palavras utilizadas na redação da norma não será necessariamente unívoco, admitindo vários significados possíveis.

Como consequência deste raciocínio, é admitido pelo autor que a chamada vontade do legislador não necessariamente será unívoca, reconhecendo-se a possibilidade de pluralidade de sentidos no texto escrito, sendo aceito que o que está escrito traduza somente em parte a vontade do legislador.

A partir daí, surge a ideia de moldura para a aplicação do Direito, já que se constata a existência de várias possibilidades de aplicação, estando conforme o Direito a interpretação que se mantenha dentro desta moldura, delimitada pelas várias interpretações possíveis da norma. A individualização da norma, por meio da sentença, permite afirmar que ela será fundada na lei caso se mantenha dentro da moldura fixada, não sendo a única interpretação possível, mas que esta é apenas uma das normas individuais alcançáveis dentro da moldura geral.

De tal maneira que tece uma crítica à jurisprudência dominante à época, que cria somente ser possível uma única interpretação aceitável para a norma escrita, não sendo papel do aplicador do direito qualquer manifestação de vontade no ato interpretativo, senão ato de mero conhecimento da norma que está sendo aplicada. Tratar-se-ia de ato de inteligência, de conhecimento, em descobrir qual a única interpretação possível da norma que trouxesse justiça ao caso concreto.

A seguir, afirma que, sob a ótica do direito positivo, não existe uma maneira que seja preferível à outra, no que se refere aos métodos interpretativos. O que se busca, em verdade, é achar a solução correta para o caso concreto, sendo que esta não seria a única possível, resposta que a jurisprudência tradicional não era capaz de achar.

Continuando, o autor conclui que a interpretação pode se dar tanto sob o signo do conhecimento quanto da vontade. Naquele caso, busca-se compreender o que a norma dispõe, identificando-se diversas soluções – todas corretas – contidas no dispositivo a ser aplicado. Neste, escolhe-se a melhor solução possível para aplicar ao caso concreto, dentro dos limites estabelecidos pela moldura normativa.

Arremata afirmando que "a questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito"³.

Com isso, Kelsen admite que a interpretação autêntica possa ser contaminada por elementos não necessariamente jurídicos, tais como a normas de moral e justiça e juízos valorativos. A razão poderia se mostrar como elemento relevante para a estrutura da ciência do direito, mas não necessariamente para os mecanismos de interpretação, pois estes seriam um problema da política do direito.

Portanto, a interpretação que tem como objetivo a aplicação do direito se mostra ao arbítrio da subjetividade do aplicador, influenciada por elementos metajurídicos, estranhos à pureza da ciência do direito, que não admite, em sua interpretação, tal influência, pois todo elemento metajurídico que é positivado, vira Direito.

Afasta, tanto da interpretação de conhecimento – que pode ser realizada tanto pelo aplicador do direito quanto pelo cientista do direito – quanto da teoria do direito, a interpretação voltada a achar a solução para o caso concreto, situando-a no campo da vontade, igualando-a, por exemplo, ao ato do legislador de procurar a justiça na

³KELSEN, Hans. *Ob. Cit.* p. 393.

elaboração de uma norma geral. Assim, o aplicador do direito, ao interpretar a norma, criando uma norma concreta, atua de maneira volitiva, em um campo fora do Direito positivo.

Com isso, o intérprete como cientista do Direito, analisa-o sob um ponto de vista externo, enquanto o aplicador do direito o faz a partir de uma ótica de dentro do sistema jurídico.

Para Kelsen, a distinção entre a interpretação autêntica – a que cria o Direito – e todas as outras, inclusive a do cientista do direito, reside justamente no ato volitivo, ou seja, “através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica”⁴.

Diz o autor que todos podem interpretar as normas, qualquer indivíduo que analisa a norma que regula sua conduta para cumprir regularmente seu dever jurídico, fá-lo por meio de interpretação. Assim como o cientista do Direito, que por meio da interpretação de conhecimento busca estudar as normas. Entretanto, nenhum destes estará interpretando para criar Direito, isto é, não será autêntica sua interpretação, pois “da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito”⁵.

Quando fala da interpretação a ser realizada pelo cientista do Direito, Kelsen dispõe que é imperativa a distinção rigorosa entre a realizada pela ciência jurídica da realizada pelo aplicador do Direito, sendo esta uma interpretação autêntica, proveniente de um ato de vontade e que cria Direito, enquanto aquela se situa no campo do conhecimento, sendo pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas.

O papel do intérprete como cientista do Direito seria, portanto, meramente de conhecer e entender a norma jurídica, sem qualquer função criativa no Direito, estabelecendo possíveis significações de uma determinada norma jurídica.

Estabelece, ainda, uma distinção entre a interpretação jurídico-científica – que não cria Direito – e a interpretação jurídico-política – criadora de Direito. Aquela, justamente por não criar Direito não deve se restringir à busca de uma única resposta, ou seja, qual seria a interpretação correta, justamente em decorrência da plurissignificância da norma. Assim, enquanto o intérprete que cria o Direito tem como função buscar a única resposta, para a solução do caso concreto, o cientista não se encontra limitado por tais amarras, cabendo-lhe, inclusive, apontar eventuais falhas na elaboração da norma, de modo a tentar evitar ao máximo a pluralidade de significações, trazendo maior segurança jurídica.

Conclui-se que Hans Kelsen ao criar sua Teoria Pura fez uma clara distinção, também no que se refere aos mecanismos de interpretação, entre o Direito e a Ciência do Direito. Estabeleceu que a interpretação autêntica é a realizada pelo aplicador do Direito, como ato volitivo, de criação do Direito. O ato de interpretação realizado pelo cientista do Direito não cria Direito, ficando restrita ao campo do conhecimento.

Entretanto, quanto ao que foi chamada pelo autor de interpretação autêntica, não houve grande aprofundamento teórico, admitindo-se que, por se tratar de matéria de política do Direito – e não da ciência do direito – não seria de interesse do cientista a forma pela qual o aplicador do Direito efetivamente concretiza seu ato de vontade. Kelsen chega a admitir que “não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”⁶.

Informação Adicional:

Título: Teoria Pura do Direito

⁴KELSEN, Hans. *Idem*.

⁵KELSEN, Hans. *Ob. Cit.* p. 395.

⁶KELSEN, Hans. *Ob. Cit.* p. 394.

Autor: Hans Kelsen

Editorial: Martins Fontes

Año de edición: 2009

Páginas: 448

ISBN Papel: 8578272056

Referência bibliográfica

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.