



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE Kelsen

FABIO BULHÕES LELIS

Rio de Janeiro – RJ

2023.2

FABIO BULHÕES LELIS

A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE KELSEN

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação e coordenação do **Professor Dr. André Coelho.**

Rio de Janeiro

2023.2

CIP - Catalogação na Publicação

L541t Lelis, Fabio Bulhões
A Teoria da Interpretação de Kelsen / Fabio
Bulhões Lelis. -- Rio de Janeiro, 2024.
52 f.

Orientador: André Coelho.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2024.

1. INTRODUÇÃO. 2. POSITIVISMO JURÍDICO. 3.
TEORIA PURA DO DIREITO. 4. TEORIA DA INTERPRETAÇÃO
EM KELSEN. 5. CONCLUSÃO. I. Coelho, André , orient.
II. Título.

FABIO BULHÕES LELIS
A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE KELSEN

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação e coordenação do **Professor Dr. André Coelho**.

Data da Aprovação: 04/01/2024

Banca Examinadora:

André Luiz Souza Coelho

Orientador

João Vitor Penna

Membro da Banca

Filipe Rodrigues

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2023

“A linguagem é diálogo por essência, e todas as outras formas do falar diminuem o poder de sua eficácia”.

José Ortega y Gasset

AGRADECIMENTOS

A Deus, obrigado por tudo. À minha esposa, filhas, mãe e família: não falo sozinho, nas minhas palavras ecoam as suas forças. Ao meu querido amigo Bena, obrigado por me fazer sonhar. Você é um irmão! Ao Mestre André, com carinho, que fique registrado a minha eterna gratidão e admiração. Ao meu eterno Pai, Amilton, espero de coração que nos encontremos novamente para mostrar que teu filhão chegou. Materializando um devaneio, aqui chegamos a mais um passo. Sei que ficaria orgulhoso.

RESUMO

A forma como a teoria da interpretação é tratada na teoria pura de Hans Kelsen é um tema sempre pertinente ao mundo jurídico, onde se pode encontrar defensores e opositores. Bem, contudo, uns e outros tantos nem sempre compreendem a dinâmica da temática e a sua contribuição à ciência jurídica. Conhecê-la bem requer, principalmente, a disposição em se investigar a real pretensão da pureza metodológica e onde a aplicação do direito aí surge. Este é o objetivo deste trabalho acadêmico. Iniciaremos por uma abordagem geral do positivismo jurídico e seus contrastes. Em seguida, realizaremos uma excursão na teoria pura do direito de Hans Kelsen, como forma a introduzir alguns aspectos elementares para a compreensão holística da sua visão quanto a interpretação da norma. Passando a esta, faz-se um emaranhado de suas compreensões sobre concepções elementares do duplo processo da criação normativa, assim como a análise de como Kelsen é feliz em manobrar sabiamente a inserção de elementos volitivos em sua teoria, sem que sua teoria perca a pureza a que se pretende proteger. Ao cabo, em juízo crítico, finda-se de uma abordagem sobre a reconsideração no olhar da abrangência da moldura normativa quanto a percepção de um novo sentido, exclusivamente capitaneado por agentes da política jurídica, e de como isso não afeta a pureza de sua teoria.

Palavra-chave: Teoria da Interpretação. Ato de conhecimento. Ato de Vontade. Ciência do Direito. Política do Direito. Separação Axiológica. Separação Epistemológica.

ABSTRACT

The way interpretation theory is addressed in Hans Kelsen's pure theory is an ever-relevant topic in the legal world, where proponents and opponents can be found. However, not everyone fully grasps the dynamics of the subject and its contribution to legal science. Understanding it well primarily requires a willingness to investigate the true aim of methodological purity and where the application of the law emerges. This is the objective of this academic work. We will begin with a general overview of legal positivism and its contrasts. Then, we will embark on a journey into Hans Kelsen's pure theory of law to introduce some fundamental aspects for a holistic understanding of his view on norm interpretation. Within this framework, we will delve into his understandings of elementary conceptions of the dual process of norm creation, as well as an analysis of how Kelsen adeptly incorporates volitional elements into his theory without compromising its intended purity. In the end, through critical judgment, we will conclude with an examination of the reconsideration of the scope of the normative framework regarding the perception of a new sense, exclusively led by agents of legal policy, and how this does not affect the purity of his theory.

Keywords: Interpretation Theory. Act of Knowledge. Act of Will. Legal Science. Legal Policy. Axiological Separation. Epistemological Separation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 POSITIVISMO JURÍDICO	12
2.1 O contexto histórico e os pressupostos teóricos do positivismo jurídico.....	13
2.2 Breves considerações sobre Hans Kelsen.....	14
3 TEORIA PURA DO DIREITO.....	15
3.1 A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.....	15
3.2 Concepções sobre a Norma Jurídica.....	18
3.3 Direito e Moral	19
3.4 Direito e Ciência do Direito	21
3.5 Pureza metodológica e apontamentos introdutórios ao sistema dinâmico e a norma fundamental	23
3.6 Sistema Normativo estático e dinâmico	25
3.7 Normas escalonadas e Pirâmide Normativa	28
3.8 Norma fundamental	30
4 A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO EM KELSEN TAL COMO APRESENTADA NA TEORIA PURA DO DIREITO	33
4.1 Interpretação como parte da Dinâmica Jurídica	33
4.2 A influência de Kantorowicz na visão cética de Kelsen sobre a indeterminação.....	34
4.3 A interpretação autêntica e não autêntica	35
4.4 Considerações sobre a relativa indeterminação da norma.....	37
4.5 Indeterminação não intencional do ato de aplicação do direito.....	38
4.6 Métodos de interpretação como sugestão para solucionar o problema da indeterminação não intencional	39
4.7 Moldura de sentidos.....	41
4.8 Dupla determinação	42
4.9 Ato de vontade e ato de conhecimento	43
4.10 discricionariedade e ampliação da moldura dos sentidos.....	45
5. CONCLUSÃO.....	46
6 REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

A Teoria Pura tornou-se um marco no campo jurídico, e sua leitura permanece relevante ao longo do tempo. É importante compreender que ao tratar do exercício interpretativo, Kelsen promoveu uma grande evolução nas noções hermenêuticas então vigentes no campo do Direito.

Ao reconhecer que a dinâmica interpretativa envolvia não apenas a compreensão da regra, mas também a inserção de elementos volitivos, Kelsen desafiou uma ótica simplória do direito que predominava nas pesquisas da época. A isso, ele introduziu uma perspectiva suntuosa e complexa da atuação jurídica, trazendo elementos que, até então, pareciam marginais na prática do direito.

A partir disso, o projeto do presente trabalho é demonstrar como a pureza metodológica científica do Direito se propôs a apresentar um feliz estudo atinente ao campo da interpretação, ressaltando seu corte axiológico e epistemológico, distinguindo seu campo científico de outros ao que então estava associado, além de demonstrar como a noção de aplicação e seu duplo estágio, quando bem analisadas, sobrepõe-se a determinados questionamentos problemáticos que julgam que, ao permitir a entrada de certos conteúdos em seu estudo, sua Teoria Pura teria enfraquecido os edifícios centrais do normativismo jurídico.

No primeiro capítulo, é realizada uma introdução a noções gerais do positivismo jurídico e sobre Hans Kelsen. No segundo, visando introduzir a narrativa ao elemento central da interpretação, faz-se necessário a apresentação de relevantes tópicos abordados na Teoria Pura do Direito que auxiliarão na compreensão do todo.

No terceiro capítulo esmiuçamos sobre a teoria da interpretação de Kelsen contida em sua obra, desde a inevitabilidade da indeterminação até a brilhante maneira de como consegue juntar dois polos antagônicos, ciência e política do direito, sem comprometer o aspecto puro de sua teoria, ressaltando, na conclusão, de como devemos olhar para este fator de forma a não comprometer a objetividade a qual se é necessário defender.

1.1 O contexto histórico e os pressupostos teóricos do positivismo jurídico

Em linhas gerais, o positivismo jurídico emerge como doutrina com abordagens diametralmente opostas ao direito natural no campo da teoria jurídica, residindo a sua diferença fundamental na maneira como concebem a validade do direito e a relação entre Direito e Justiça, devendo a diferença entre proposições jurídicas e direito natural ser acentuada com firme decisão¹. Mas antes, é válida a compreensão de que estamos abordando sobre *positivismo jurídico*, e somente. Sem filiação ao *positivismo filosófico*. Sobre o assunto, bem define BOBBIO²:

A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural

No positivismo jurídico, a validade das leis é vista como independente da norma de justiça. Isso significa que uma norma legal é considerada válida, desde que tenha sido criada de acordo com os procedimentos legais estabelecidos, independentemente de sua conformidade com princípios morais ou ideais de justiça. Além disso, o positivismo possui como foco a objetividade, se atendo na observação de fatos jurídicos concretos, e mantém uma rigorosa separação entre direito e moral. A justiça, sob essa perspectiva, é considerada subjetiva, variando de acordo com as crenças individuais e convicções morais. Neste contexto, GALVES³ leciona:

O estudo analítico do Direito Positivo é, pois, uma tarefa estritamente racional, despreocupada do conteúdo dele, não se preocupando jamais se é bom ou mal, justo ou injusto, natural ou artificial. O jurista só se preocupa com saber se os comandos ou

¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 55.

² BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Compilação: Nello Morra. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15.

³ GALVES, Carlos. Manual da Filosofia do Direito. 1995, p. 220.

regras de conduta social foram postos por um soberano, capaz de sancioná-lo. Se foi, é o basta para ser direito de verdade.

Por outro lado, a doutrina do direito natural argumenta que a validade das leis está intrinsecamente ligada à norma de justiça. Assim, o direito natural estabelece uma estreita relação entre Direito e moral, considerando o Direito como um sistema moral que deve refletir princípios éticos objetivos. Diante disso, resumindo, é possível dizer que o positivismo jurídico, em específico mediante a ótica de Kelsen, pretende libertar a ciência jurídica da pobreza metodológica, propondo uma ciência jurídica autônoma, coesa e contundente, e terá como base alguns pressupostos teóricos.

O primeiro desses pressupostos teóricos está associado a disposição de que o Direito é somente o Direito Positivo, e o objeto de estudo científico é delimitado à norma. A definição do objeto de estudo científico jurídico, realizada através desse corte epistemológico, se revela como elementar para a caracterização científica da teoria do direito.⁴

O segundo ponto é o relativismo moral e a sua objeção quanto a concepção de uma moral absoluta, dado que não há como ser reconhecida cientificamente. Sobre isso, KELSEN⁵ bem disciplina:

pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade - e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade da validade de qualquer outra; se se nega que o que é bom e justo de conformidade com uma ordem moral é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias

O terceiro pressuposto ideológico a ser destacado é a aceção do aspecto descritivo das ciências naturais (ser) frente às proposições normativas (*Soll-sätze*)⁶, assim como suas finalidades. Neste último, a ciência jurídica utilizará das proposições para descrever o seu objeto; enquanto a ciência da natureza descreve o seu objeto através do princípio da causalidade.⁷

⁴ KELSEN, op. cit., 1999, p. 50.

⁵ KELSEN, op. cit., 1999, p. 45.

⁶ KELSEN, op. cit., 1999, p. 56.

⁷ KELSEN, op. cit., 1999, p. 54.

O quarto ponto que destaco é o da pureza com enfoque na análise metodológica jurídica, que empreende considerável esforço para “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.” Este é o seu princípio metodológico fundamental.⁸

1.2 Breves considerações sobre Hans Kelsen

Hans Kelsen nasceu em 11 de outubro de 1881 em Praga (hoje República Tcheca), que naquela época fazia parte do Império Austro-Húngaro. Praga era uma cidade com uma rica herança cultural e intelectual, e esse ambiente desempenhou um papel significativo em sua formação. Sua família era de ascendência judaica e, embora Kelsen tenha nascido judeu, ele mais tarde se converteu ao protestantismo, embora, segundo informa Alexandre Botelho⁹, tenha se dado por questões de conveniência para sua aceitação como docente:

“Tornou-se cristão, enfrentando, entre outras dificuldades, a hostilidade explícita de Schmitt, início de uma relação tempestuosa, com desdobramentos nos campos pessoal e político”.

Seu interesse pelo estudo do Direito começou cedo, e depois de concluir sua educação secundária no ginásio, ele se matriculou na Universidade de Viena¹⁰ (após cumprir o serviço militar obrigatório) - uma das principais instituições acadêmicas da Europa. Em Viena, estudou Direito e se destacou como aluno excepcional, concluindo o curso em 1906, e, dois anos depois, obteve seu doutorado com uma tese sobre a teoria do direito internacional.

A carreira acadêmica de Kelsen começou a decolar quando ele começou a lecionar na Universidade de Viena. Sua habilidade intelectual e seu rigor na análise jurídica chamaram a

⁸ KELSEN, op. cit., 1999, p. 1.

⁹ BOTELHO, Alexandre. Curso de ciência política. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005, p. 99

¹⁰ Sobre o ponto, Mannheimer comenta que “ Era intenção de KELSEN, ao terminar o ginásio, estudar Filosofia, Matemática e Física, mas ele não chega a concretizar o seu plano de matricular-se no curso de Filosofia, e acaba se inscrevendo na Faculdade de Direito da Universidade de Viena, o que ocorreu, segundo METALL, por dois motivos: a) a grande atividade física do serviço militar que KELSEN prestou, logo após a saída do ginásio, tê-lo colocar um pouco de lado as questões de ciência natural e filosofia; b) havia poucas perspectivas de emprego.” MANNHEIMER, Marcia L. e Letácio Jansen. Notas Sobre o Livro "Hans Kelsen - Vida e Obra", de Rudolf Aladár Metall. In R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (49), 1996, p. 146.

atenção, e ele se tornou um nome respeitado no campo do direito constitucional e da teoria do Estado, ao ponto até de ser delegado pelo Chanceler austríaco do governo provisório para elaborar a minuta da nova Constituição austríaca, que previa em seu texto a criação da emblemática figura da Corte Constitucional, órgão judicial único e competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do executivo e legislativo, influenciando diversos outros ordenamentos.¹¹

Uma de suas obras mais influentes foi sua "Teoria Pura do Direito" (em alemão, "Reine Rechtslehre"), publicada em 1934. Nessa obra, Kelsen desenvolveu uma teoria do direito que buscava separar a análise pura do direito da moral, política e outros fatores externos, buscando uma abordagem objetiva e científica do direito.

Kelsen também teve uma carreira internacional notável, ensinando em várias universidades europeias e americanas. Ele deixou a Áustria em 1930, devido à ascensão do nazismo, e posteriormente emigrou para os Estados Unidos, onde ensinou em diversas Universidades, incluindo a Universidade da Califórnia, em Berkeley.

Cap II – Teoria Pura do Direito

2.1 A teoria pura do direito de Hans Kelsen

No final do século XIX e início do século XX, a ciência jurídica estava em meio a uma disputa sobre sua autonomia. Hans Kelsen, com o seu *Neokantismo*¹² procurou preservar essa

¹¹ Nesse sentido, Motta Filho: O modelo de controle de jurisdição concentrada de constitucionalidade, concebido a partir da Teoria Pura do Direito de Kelsen e consagrado pela Constituição austríaca de 1920, que veio a ser adotado posteriormente, na Itália e na Alemanha. Com a reforma constitucional de 1929, a par do controle abstrato das leis, passou o modelo austríaco a admitir, igualmente, o controle concreto, abrindo caminho para que essa orientação também influenciasse as Constituições alemã e italiana. MOTTA FILHO e SANTOS, MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 36.

¹² Nas palavras de Castanheira Neves, catedrático de Coimbra: “[...] o seu neokantismo de origem lhe determinou um dualismo metodológico em que o postulado de não sociologização da ciência do direito foi evidente corolário e se exprimiria numa delimitativa ou específica intencionalidade objetivante, o seu positivismo científico (o positivismo do herdado científicismo do século XIX e epistemologicamente depurado na radicalização empírico-analítica deste século) impôs-lhe, por sua vez, e para o cumprimento estrito dessa

autonomia ao focar exclusivamente no estudo das normas legais. Kelsen argumentou que a ciência do direito deveria se concentrar em "o que deve ser" (normas) em vez de se envolver em questões sobre "o que é" na realidade, ajudando a estabelecer a independência da ciência jurídica:¹³

A distinção entre *ser* e *dever-ser* não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é - ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático - se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser - com o qual descrevemos uma norma - e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja.

Através da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen desenha um novo cenário epistemológico para o campo do estudo jurídico. Esta teoria transcende a mera análise do direito positivo, expandindo-se para se tornar uma teoria geral do direito¹⁴, focando não na concepção ideal do direito, mas sim na sua realidade concreta e funcional.

Justamente por seu cunho Teórico, ela se concentra apenas no Direito como ele é, na forma como se apresenta, sem se preocupar com questões filosóficas ou essenciais sobre como deveria ser ou como é criado. Isso ocorre porque estamos tratando de uma ciência com seus próprios objetos de estudo e métodos, e não discutindo questões de política jurídica. O autor expressa claramente esse objetivo no prefácio da primeira edição de sua obra:¹⁵

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar não as suas tendências

intenção tão-só teórica, um postulado de não politização da mesma ciência do direito, que dela excluiria todos os momentos axiológico-normativamente constitutivos e os remeteria para os domínios não científicos do ideológico-político e da opção subjetiva.” CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Método jurídico. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. vol. II. p. 101

¹³ KELSEN, op. cit., p. 4-5.

¹⁴ KELSEN, 1999, p. 1.

¹⁵ KELSEN, 1999, p. 11.

endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.

Essa busca pela pureza metodológica teve início em sua primeira obra, Teoria do Estado de Dante Alighieri, identificando a necessidade de realizar a separação do direito positivo com outros objetos de estudo¹⁶

A separação nítida entre uma teoria do direito positivo e a ética, de um lado, e sociologia, do outro, me parecia urgentemente necessária. Mais tarde quando tomei conhecimento dos escritos de Hermann Cohen, ficou claro para mim que a "pureza do método" era o objetivo ao qual eu tendia, mais instintivamente que por meio de reflexão sistemática.

Observa-se que a preocupação de KELSEN não estava focada no Direito, mas sim na Ciência do Direito. O Direito, entendido como um sistema normativo, somente interessava a KELSEN na medida em que se apresentava como objeto da ciência jurídica. Neste contexto, Kelsen observa o Direito como uma estrutura simples de coerção, disposto de forma sistemática e hierarquicamente organizada de normas (não morais) e que dispõem acerca das condições necessárias para que os agentes do Estado possam impor sanções. Por isso é que a teoria trata apenas do aspecto da estrutura formal, não importando questões atinentes ao propósito ou conteúdo. Assim pontifica o mestre vienense¹⁷:

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação.

Em suma, a pureza de sua teoria se refere à Ciência do Direito e consiste basicamente em excluir do seu campo de estudos tudo aquilo que não se refira ao seu objeto, tudo aquilo

¹⁶ KELSEN, Hans, Autobiografia de Hans Kelsen. tradução de Gabriel Nogueira Dias e João Inácio Coelho Mendes Neto. Estudo introdutório de José Antonio Dias Toffoli e Otavio Luiz Rodrigues Junior. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 42.

¹⁷ KELSEN, op. cit., p. 23.

que não seja possível de determinar-se como Direito e, em última análise, tudo aquilo que não se possa identificar com a norma jurídica

2.2 Concepções sobre Norma Jurídica

A norma jurídica é o começo e o fim de todo o sistema hermenêutico. Kelsen enfatiza que o objeto da Ciência Jurídica são as "normas"¹⁸. No entanto, em que pese o termo "norma" ser usado de maneira confusa, às vezes referindo-se aos textos legais e em outras ocasiões aos textos interpretados, não é o intuito de KELSEN, tão pouco deste trabalho, de realizar de forma explícita esta distinção. Em suas obras, encontram-se apenas passagens ocasionais que sugerem a possibilidade de as normas terem múltiplos significados¹⁹

Em relação à questão da normatividade jurídica, Kelsen faz um estudo fenomenológico da norma, descrevendo-a como aquela que tem o poder de qualificar um ato como jurídico, estabelecendo o princípio da normatividade como pedra angular de seu pensamento. E, por esta razão, é que a fonte da obrigação jurídica somente poderá residir no ordenamento jurídico, afastado de qualquer viés de moralidade, como bem situa PALOMBELLA “[...] ser juridicamente obrigado a certo comportamento decorre simplesmente do fato de que o seu oposto é qualificado como condição de uma sanção.”²⁰

A norma como estipuladora de sanção é um quadro elementar dos estudos de Kelsen. Isso porque Kelsen define o Direito como uma ordem coerciva, ou seja, uma ordem que prescreve atos coercivos na forma de sanção²¹. Resumidamente, ela surge como um produto da autoridade do legislador, prescrevendo um comando, uma delegação ou até mesmo uma permissão, resultando sempre num “dever-ser” prescritivo. A essas determinações cabem a política do direito determinar.

¹⁸ “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica”. KELSEN, op. cit., p. 79.

¹⁹ KELSEN, op. cit., idem.

²⁰ PALOMBELLA, Gianluigi. Filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 169.

²¹ KELSEN, op. cit., p. 8.

Já a proposição jurídica revela-se como um ato de conhecimento produzido pela ciência jurídica. Perceba que a prescrição do legislador é posta, mas a proposição do cientista, não, apenas descreve aquela norma produzida através da vontade do legislador.²²

2.3 Direito e Moral

Iniciemos este ponto trazendo uma abordagem de KELSEN (1999) sobre Direito e Moral:²³

Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética.

Para KELSEN, existem dois tipos de normas morais: a que estatuem condutas entre os homens, e as que estatuem condutas de um homem consigo mesmo (por meio da coragem, castidade e suicídio)²⁴, explicando a estrutura deontológica do Direito a partir da expressão lógica “ser” e então “dever-ser” (tomando por base as considerações já abordadas).

Portanto, existindo algum antecedente, deverá ser aplicado o consequente jurídico. Vide exemplo, “se” alguém deve matar, então “deve ser” aplicado uma pena. Continuando com este exemplo, ainda que o “dever-ser” não ocorra, isso não retirará a validade da prescrição normativa. Daí surgindo o seu cunho contra fático.

Dado isso, temos que o Direito não se diferenciará da moral pelo que ele prescreve ou proíbe, mas sim pela maneira como ele prescreve e proíbe. Ao cabo, não é o conteúdo, mas a forma da prescrição que importará. É aqui que entrará uma grande característica da ordem jurídica que a diferencia da ordem moral para fazer valer de seus imperativos: coação²⁵. Ora, o Direito prevê a figura de órgãos centrais para a sua aplicação, já a moral, não.

²² KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 63.

²³ KELSEN, op. cit., p. 42.

²⁴ Idem.

²⁵ KELSEN, op. cit., p. 44.

Além disso, KELSEN defende que a moral é relativa, posto que não existe uma ordem única que possa servir de base para o direito positivo. E o direito positivo pode, aceitando uma moral particular, contrariar outros tipos de morais e mesmo assim continuar sendo válida.²⁶

A ciência jurídica não aprova ou desaprova o seu objeto, ele apenas o conhece e o descreve.²⁷ Assim, a validade de existência de uma ordem jurídica é independente de sua concordância com qualquer sistema moral. Sobre a separação de Direito e Moral, KELSEN assim nos ensina:²⁸

A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis

Seguindo seu posicionamento:²⁹

Se o Direito é identificado com a Justiça, o ser com o dever-ser, o conceito de Justiça, assim como o de bom, perdem o seu sentido. Se nada há que seja mau (injusto), nada pode haver que seja bom (justo). A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética³⁰ significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*).³¹ O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito

²⁶ KELSEN, op. cit., 45.

²⁷ KELSEN, op. cit. 48.

²⁸ KELSEN, op. cit. 47.

²⁹ KELSEN, op. cit. 48.

³⁰ Destacamos que aqui, quando ele pontua “direito e moral” ele diz sobre o objeto, mas quando ele diz sobre “ciência jurídica e ética” ele direciona à ciência que estuda esse objeto. No caso, quem estuda o Direito é a ciência jurídica; já a moral, a ética.

³¹ Aqui, portanto, se vê o caráter avalorativo da teoria pura de Hans Kelsen.

2.4 Direito e Ciência do Direito

Kelsen discorre no capítulo III de sua obra (1999) questões sobre como ser possível realizar uma abordagem científica do Direito. O Autor da Teoria Pura do Direito sofreu influência do positivismo, que se desenvolveu através do século XIX em diversas áreas, especificamente as áreas jurídicas como a escola histórica do Direito na Alemanha, a escola da exegese na França, além da escola da jurisprudência analítica na Inglaterra.

Contudo, observa-se sua influência, também no positivismo lógico³². Para o positivismo lógico e para KELSEN, as proposições científicas partem de uma opção que é semântica/verificacionista. A conduta, portanto, que interessa ao direito para KELSEN são aquelas apreendidas pelas relações jurídicas; e as relações jurídicas são constituídas por normas jurídicas.³³

O Autor destaca que Proposições jurídicas são afirmações feitas pela ciência jurídica, que operam de forma hipotética e desprovida de julgamentos de valor. Elas indicam que, sob certas condições específicas definidas por um sistema legal, devem ser aplicadas determinadas consequências previamente estabelecidas dentro desse mesmo sistema.³⁴ Neste contexto, podemos observar que, por um lado, as normas jurídicas se manifestam como diretrizes, ordens ou mandamentos. Por outro lado, a função da ciência jurídica é adquirir um entendimento do direito e descrevê-lo, ao passo que as instituições jurídicas têm a incumbência de estabelecer o direito, de modo que ele possa ser compreendido e delineado pela Ciência do Direito. Portanto, normas jurídicas e proposições jurídicas têm naturezas lógicas diferentes³⁵

A diferenciação entre esses dois conceitos se torna evidente ao considerar que as proposições jurídicas criadas pela ciência do direito podem ser julgadas como verdadeiras ou falsas, dependendo de sua conformidade com normas jurídicas válidas. Em contrapartida, as normas jurídicas podem ser classificadas como válidas ou inválidas, com base na sua origem a

³² O positivismo lógico, que encontrou em Kelsen sua máxima expressão, é assim descrito por CHAUI: “positivismo lógico nasce a partir da distinção entre linguagem natural e linguagem lógica, entendida a segunda como uma linguagem purificada, formal, inspirada tanto na matemática quanto na física, que deveria obedecer a princípios e regras lógicas precisas” CHAUI, Marilena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 1999, p. 143.

³³ KELSEN, op. cit., p. 51.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

partir de outra norma jurídica válida. Essa distinção fundamental reflete a natureza lógica e hierárquica do sistema jurídico.³⁶

Assim, para Kelsen, a ciência Jurídica é descritiva, já a norma prescritiva. A ciência jurídica descreve o direito e jamais prescreverá algo, ainda que descreva um *dever-ser*.³⁷

Hans Kelsen sustentou que as normas jurídicas possuem uma estrutura contrária à dos fatos, o que significa que os eventos reais que ocorrem na sociedade não invalidam as normas estabelecidas no ordenamento jurídico.

Portanto, uma norma que proíbe o homicídio, conforme estipulado no Código Penal, não se tornará inválida ou ineficaz simplesmente porque ocorreu um homicídio na sociedade. Isso nos leva a uma conclusão lógica: as normas jurídicas estabelecem um ideal, ou seja, o que deve acontecer na sociedade, em vez de descrever a conduta humana e suas consequências de maneira causalista. Com isso, Kelsen (1999) estava enfatizando que o direito é uma ordem normativa que busca regular a sociedade, independentemente dos eventos que ocorrem na realidade.³⁸

A consequência da norma jurídica não é factual, como ocorrem nas leis naturais. Mas ela é lógica e intelectiva, de modo que o dever ser é o ideal a ser seguido. Esse “dever-ser” não se modifica com a não ocorrência dele em sociedade. Já as leis naturais só subsistem se elas ocorrerem em sociedade.³⁹ A função da ciência jurídica é conhecer o direito como se o cientista fosse um observador eterno. A ciência jurídica, portanto, não cria o direito, apenas o descreve, imputando-lhe o caráter de “verdadeiras ou falsas”.⁴⁰

Kelsen segue com a diferenciação de princípios da ocorrência dos fatos da ciência natural e da jurídica: o **da causalidade e da imputação**, respectivamente. O princípio da causalidade está inserido nas ciências naturais. Já o princípio da imputação⁴¹ está associado

³⁶ KELSEN, op. cit., p. 53.

³⁷ Idem.

³⁸ KELSEN, op. cit., p. 56.

³⁹ Idem

⁴⁰ KELSEN, op. cit., p. 53.

⁴¹ A esse respeito, importante artigo de Jacqueline Azambuja da Silva. Vide AZAMBUJA, J. A norma como esquema de interpretação, Hans Kelsen. Disponível em: https://www.academia.edu/13244704/A_NORMA_COMO_ESQUEMA_DE_INTERPRETA. Acesso em 10 de outubro de 2023.

ao campo da ciência jurídica. Quando abordamos o tópico da causalidade, estamos tratando de leis naturais que descrevem a relação de causa e efeito na natureza. Por outro lado, quando discutimos a imputação, estamos nos referindo à ciência jurídica e aos enunciados que descrevem como o direito funciona.

No contexto da causalidade, se afirmamos que "A" ocorre, então "B" é uma consequência natural desse evento. No entanto, na imputação, quando afirmamos que "A" aconteceu, isso implica que "B" deve ser a resposta legal adequada.⁴² Com isso, observamos que a causalidade implica que, com base em condições ambientais específicas, ocorrerão efeitos previsíveis, independentemente das ações humanas. Por outro lado, a imputação está relacionada a pressupostos determinados por normas jurídicas, que exigem a aplicação de medidas corretivas estabelecidas pelo próprio sistema jurídico. Isso reflete um ponto destacado por Kelsen em sua teoria.⁴³

Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si, é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como imputação.

Portanto, quando falamos de direito, nos referimos à imputação; e quando tratamos sobre ciências naturais, como física, química e biologia, estamos falando de causalidade.

2.5 Pureza metodológica e apontamentos introdutórios ao sistema dinâmico e da norma fundamental

Antes de entrar no assunto do tópico propriamente dito, é importante abordar sobre algumas considerações. Evidente que a busca pela pureza, um dos objetivos da Teoria do Direito de Kelsen, está relacionada à pureza metodológica. Essa pureza metodológica é alcançada ao evitar a mistura de elementos em seus estudos. A Teoria Pura se concentra exclusivamente nos fenômenos jurídicos que podem ser explicados à luz de outros fenômenos jurídicos, mantendo-se estritamente dentro dos limites dos elementos jurídicos em seu objeto de estudo, que é a norma.

Em termos mais simples, essa busca pela pureza refere-se à restrição rigorosa da teoria aos aspectos inerentemente jurídicos do direito, evitando influências ou considerações de

⁴² KELSEN, op. cit., 55.

⁴³ KELSEN, op. cit., 54.

outras disciplinas, o que é fundamental para preservar a pureza metodológica e desenvolver uma teoria jurídica coerente e autônoma.⁴⁴

Ademais, resta elementar o destaque a uma outra compreensão da caracterização do sistema dinâmico e da norma fundamental. Um deles diz respeito à autorrestrição da teoria aos aspectos jurídicos do direito, o que, na perspectiva de KELSEN (1999), também implica uma autorrestrição aos aspectos formais do direito. Em seus trabalhos fundamentais na Teoria Jurídica, Kelsen faz uma distinção entre dois tipos de questões que surgem no contexto do direito: as questões de "como" e as questões de "por quê". Nesse sentido, KELSEN pontua⁴⁵:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta

Questões de "como" estão relacionadas aos aspectos formais do direito, isto é, como as regras são estruturadas, como os procedimentos legais funcionam etc. Por outro lado, questões de "por quê" buscam entender os fundamentos e justificações do direito, indo além dos aspectos puramente formais, aprofundando-se no conteúdo.

A Teoria Pura do Direito se concentra principalmente nas questões de "como", mantendo um enfoque formal e estrutural, enquanto deixa de lado as questões de "por quê", que dizem respeito a justificações morais, políticas e sociais. Kelsen argumenta que a teoria jurídica deve ser puramente formal e não entrar em debates sobre valores e justificações. De outra maneira, a chave para manter a teoria jurídica estritamente focada nos elementos do direito é manter essa concentração nos aspectos formais do direito, com apenas uma exceção notável: a abordagem da norma fundamental. A norma fundamental é a única pergunta do tipo "por quê" que será tratada dentro do campo da ciência do direito, mas será respondida no estilo "como". Portanto, temos que a norma fundamental é uma norma de raciocínio transcendental que tem sua justificação de natureza formal, e que o sistema dinâmico caracteriza-se por ser um sistema normativo que não sofre influência de outras disciplinas

⁴⁴ KELSEN, op. cit., 135.

⁴⁵ KELSEN, op. cit., p. 139.

(corte epistemológico), e as suas ligações baseia-se através de uma dependência formal, que independe de fatos empíricos e valores (corte axiológico).⁴⁶

2.6 Sistema normativo estático e dinâmico

Há dois tipos ideais extremos, como definidos por Kelsen, que servem como referência para analisar as características dos sistemas jurídicos reais: sistemas estáticos e dinâmicos. O sistema estático é regido pelo princípio da unidade de conteúdo, caracterizando-se como tal devido à interconexão das normas com base em seu conteúdo. O mestre exemplifica:⁴⁷

Assim, por exemplo, as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos – podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade. Da norma segundo a qual devemos amar o nosso próximo podemos deduzir as normas: não devemos fazer mal ao próximo, não devemos, especialmente, causar-lhe a morte, não devemos prejudicar-lhe fisicamente, devemos ajudá-lo quando precise de ajuda.

Ainda sobre o princípio do sistema estático, ou princípio da unidade de conteúdo, tem-se assim considerado porque, ainda que exista o acréscimo de outras normas, não será acrescentado conteúdo no seu progredir de aplicação porque as normas possuem concordância de conteúdo com as normas anteriores. Ou seja, ainda que cresça o número de normas, seu conteúdo permanecerá o mesmo, tendo por esse critério de entrada apenas a reafirmação do conteúdo anterior.

Em contraste, e como dito no tópico anterior, no sistema dinâmico, as normas não estão interligadas com base em relações de conteúdo, mas sim por meio de uma cadeia de autorização (vínculo onde as normas anteriores e superiores autorizam as normas posteriores e inferiores). Nesse caso, a primeira norma superior e subsequente confere validade à segunda norma subsequente e inferior. Portanto, é imperativo recorrer a uma norma fundamental que

⁴⁶ . Nessa posição, KELSEN retira a relevância conteudista, não importando “se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se a ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo” (KELSEN, op. cit., p. 141).

⁴⁷ KELSEN, op. cit., 137.

sirva como alicerce do sistema, para evitar ficarmos presos em um ciclo infinito de validação. “Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas”⁴⁸.

Com base nisso, temos aqui uma permissão ao direito daquilo que não é permitido na moral: a variação conteudista. A partir disso temos que, *e.g.*, a lei, para ter validade com base na constituição, não é necessário que ela possua o mesmo conteúdo que a constituição. Pelo contrário, o conteúdo poderá ser totalmente diferente e mesmo assim a lei continua sendo válida por conta da constituição. Justamente porque a validade se dá pela autorização da criação, e não pelo conteúdo.

Com isso, é possível afirmar que o direito é predominantemente um sistema dinâmico pela sua proximidade muito mais ao dinâmico que ao estático. A "dinâmica" surge da forma como as normas derivadas são criadas a partir de autorizações fornecidas por uma norma fundamental autorizadora.

Todavia, quando é dito sobre a predominância do sistema dinâmico não afirmo aqui que a ordem jurídica se queda inerte às questões de conteúdo (que impera em sistemas predominantemente estáticos). A exemplo disso, temos alguns tratamentos especiais para cuidar justamente de embaraços com questões de conteúdo. A antinomia é uma dessas, pois joga luz a uma questão de conflito conteudista, impedindo que duas normas do mesmo sistema normativo que sejam contrárias permaneçam válidas ao mesmo tempo. Outro ponto é o da discordância de conteúdo entre uma norma constitucional e outra inconstitucional, no qual será aplicado o controle de constitucionalidade.

A partir disso, temos que não existem sistemas puramente dinâmicos, de tal sorte que não existem sistemas puramente estáticos, coexistindo no mesmo sistema jurídico ambos os seguimentos⁴⁹. Vou além, essa coexistência poderá ser inferida até mesmo num único

⁴⁸ KELSEN, op. cit., 143.

⁴⁹ KELSEN, op. cit., 138 e 155.

dispositivo. Tomemos por base um exemplo abordado por KELSEN, ao enfrentar a questão da antinomia:⁵⁰

Com efeito, a norma fundamental não empresta a todo e qualquer ato o sentido objetivo de uma norma válida, mas apenas ao ato que tem um sentido, a saber, o sentido subjetivo de que os indivíduos se devem conduzir de determinada maneira. O ato tem de - neste sentido normativo - ser um ato com sentido. Quando ele tem um outro sentido, por exemplo, o sentido de um enunciado (v. g. de uma teoria consagrada na lei) ou não tem qualquer sentido - quando a lei contém palavras sem sentido ou disposições inconciliáveis umas com as outras -, não há qualquer sentido subjetivo a ter em conta que possa ser pensado como sentido objetivo, não existe qualquer ato cujo sentido subjetivo seja capaz de uma legitimação pela norma fundamental.

Assim, *e.g.*, uma norma que simultaneamente proíbe o aborto em determinada situação e o autoriza, sob o mesmo pressuposto, não faz sentido e não pode ser tida como válida somente porque derivada da autoridade competente.⁵¹

No entanto, é fundamental destacar que, para uma compreensão precisa do sistema jurídico, sobretudo no que tange à sua predominância como sistema de dinâmica intrínseca, não se pode, de modo algum, considerar que a simples compatibilidade de conteúdo com as normas hierarquicamente superiores seja critério isolado para a validação de uma norma no seio do ordenamento jurídico. O critério preponderante recai sobre a cadeia de autorização⁵², podendo coexistir, não obstante, um critério adicional concernente à harmonização de conteúdo.

Apesar desta observação, os desafios relacionados ao conteúdo normativo não transformam o direito em um sistema puramente dinâmico. No entanto, isso não exclui a possibilidade de que, em uma perspectiva mais ampla, o direito possua uma identidade muito mais voltada para o dinamismo do que para a estática.

⁵⁰ KELSEN, op. cit., p. 145.

⁵¹ *Idem.*

⁵² KELSEN, op. cit., p. 139.

2.7 Normas escalonadas e pirâmide normativa

Considerando que no sistema dinâmico, as normas são geradas a partir de uma cadeia de autorizações, é possível inferir que o sistema normativo dinâmico se caracteriza pela presença de múltiplos níveis hierárquicos de autorização, que vão desde os níveis superiores até os inferiores. KELSEN pontifica:⁵³

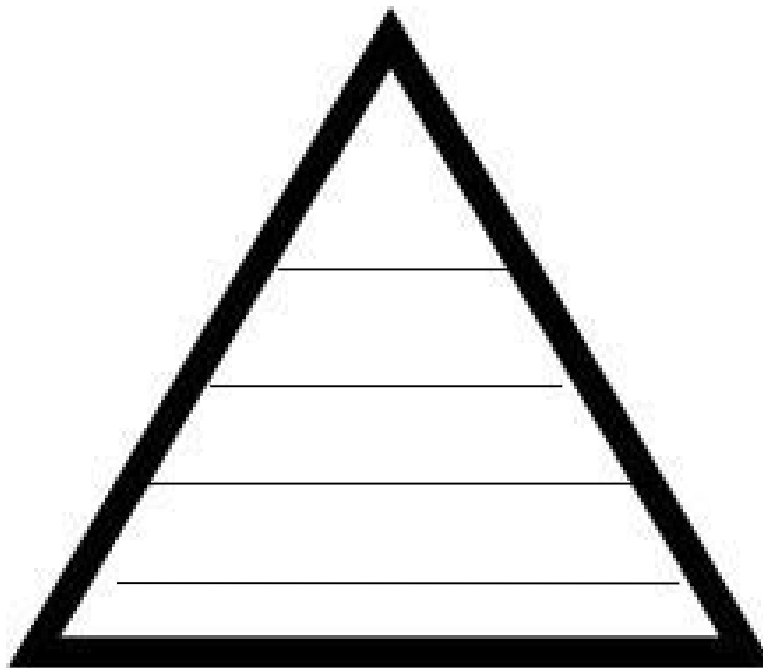
Assim, o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre - em correspondência com a natureza desta norma geral - sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, **o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas.**'' Grifei.

Nesse contexto, cada uma dessas normas estará situada em um nível normativo distinto das demais. No entanto, isso não aborda completamente a ideia da pirâmide. Para isso, a base precisa ser maior do que o topo, e à medida que descemos os escalões, o número de normas aumenta. Portanto, os níveis superiores, compostos por um número reduzido de normas gerais e abstratas, precedem os níveis inferiores, constituídos por um maior número de normas específicas e detalhadas. Esse arranjo resulta, assim, na representação de uma estrutura piramidal.

A pirâmide escalonada de KELSEN pode ser representada pela figura a seguir:

⁵³ KESSEN, op. cit., 246.

FIGURA 1 – PIRÂMIDE NORMATIVA



FONTE: ILUSTRAÇÃO PESSOAL.

No topo dessa estrutura, encontramos a Constituição (sem considerar ainda a norma fundamental), seguida pelas normas mais abrangentes e abstratas, que se aplicam a todos os cidadãos, incluindo as leis e costumes.^{54,55}

Avançando na estrutura, na próxima camada encontramos o Poder Executivo, responsável por decretos e regulamentos. No quarto nível, engloba todos os atos de negócio jurídico, como testamentos e contratos privados, por exemplo. Por fim, na base da pirâmide, encontram-se os atos administrativos e as decisões judiciais, os mais específicos e concretos, relacionados a casos individuais e resultando em decisões particulares. No que se refere ao processo, KELSEN bem disciplina:⁵⁶

⁵⁴ Quanto às leis, destacamos a *Civil Law* no que diz respeito à legislação escrita, e a *Common Law* no contexto dos precedentes judiciais (costumes). No que tange a este, é possível dividi-los em dois subgrupos: o costume consuetudinário, relacionado às práticas sociais não codificadas, e o costume judiciário, que é particularmente relevante em sistemas jurídicos baseados em precedentes judiciais.

⁵⁵ Em um ordenamento jurídico caracterizado pela unidade e hierarquia, a metáfora da "pirâmide" ganha destaque. Nesse sentido, ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico Acquaviva. 6ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 640.

⁵⁶ KELSEN, op. cit., 155.

A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta.

2.8 Norma Fundamental

Em um sistema dinâmico, como já discutido, cada regulamentação obtém sua legitimidade a partir de uma regulamentação previamente estabelecida e de maior hierarquia. A Constituição, como a regulamentação mais alta e preexistente em relação a todas as outras, serve como fonte de legitimidade para as regulamentações que estão subordinadas a ela. No entanto, nesse contexto, a Constituição não possui uma regulamentação positiva superior e anterior que a legitime. Isso levanta a questão de se a Constituição, em um sistema dinâmico, poderia carecer de sua própria legitimidade. Mas vejamos, se admitirmos esse pensamento, o sistema como um todo também perderia sua legitimidade intrínseca. Mesmo que considerássemos a existência de uma norma superior à Constituição, com esta última sendo validada por aquela norma superior, a norma superior e anterior acabaria sendo a própria Constituição. E, por sua vez, a Constituição não teria outra norma positiva superior e anterior que estabelecesse um critério de validade para ela.⁵⁷

Essa reflexão destaca a complexidade inerente à questão da legitimidade no contexto de um sistema dinâmico, onde as regulamentações são autorizadas por outras, e levanta questões sobre a fundamentação última da validade de todo o sistema jurídico. A questão apresentada surge como algum dos motivos dos quais a única solução de validade para Constituição seria a ficção⁵⁸ da Norma Fundamental.

⁵⁷ KELSEN, op. cit., 139-142.

⁵⁸ Em sua obra póstuma “Teoria Geral das Normas”, Kelsen introduz ligeira alteração no conceito de norma fundamental antecipado em sua Teoria Pura, afirmando que “a norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas (...) não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado (...) Por conseguinte, é de se observar que a

Nesse sentido, para manutenção da pureza da teoria de Kelsen, a validade da Constituição não poderia estar fundada em valor, tão pouco em critérios de justiça, mas sim de uma norma, não positivada e válida por si mesmo, ou seja, criada cientificamente e pressuposta de forma fictícia (uma ficção teórica de validade objetiva). Essa norma não positivada e válida em si mesmo será a norma fundamental, fundada em um raciocínio transcendental.

O raciocínio transcendental⁵⁹ é um raciocínio regressivo que parte da existência de certo fato para concluir pela existência de algumas de suas condições de possibilidade, explicadas abaixo:⁶⁰

- Premissa 01: Fato X é (premissa de Fato)

- Premissa 02: Se certa condição Y não fosse, então X não poderia ser (premissa transcendental).

- Conclusão: Logo, Y é (Conclusão transcendental).

Um exemplo a esta situação é a de que fulano é piloto da competição fórmula 01. Nessa situação, temos que:

- Premissa de fato: piloto de fórmula 01

- Premissa transcendental: Se certa condição não fosse (habilitado para dirigir), então premissa de fato não poderia existir.

- Conclusão transcendental: Logo, habilitado é.

norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei –, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque ela não corresponde à realidade.” KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre: S. Fabris, 1986, p. 329.

⁵⁹ Segundo Cohen, esse método filosófico transcendente tem sua base no Faktum da ciência matemática da natureza. COHEN, H. (1887). Kants Begründung der Ethik. Berlin. Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung, especialmente as páginas 24-25, a passagem canônica do “Faktum da ciência”

⁶⁰ Essa situação requer uma análise que busque identificar as condições que permitem a ocorrência desse fenômeno, o que, por sua vez, implica na revelação dos princípios e fundamentos epistemológicos subjacentes à própria ciência matemática. Portanto, “parte-se da ciência enquanto algo ‘dado’, e, por uma reflexão explicitadora, eleva-se ao estabelecimento de suas condições lógicas de possibilidade” PORTA, M. A. G. (2011). “A teoria do número em Natorp e Cassirer (1898-1910). Uma contribuição histórica ao estruturalismo matemático e às origens do ‘semantic turn’”. pp. 103-144. In. Idem. ESTUDOS NEOKANTIANOS. São Paulo: Loyola, p. 48.

Então, no raciocínio regressivo transcendental você parte do fato e conclui pela existência da pré-condição sem a qual o fato não poderia existir. E é este raciocínio utilizado para se chegar a norma transcendental:

- Premissa do fato: Constituição material é válida

- Premissa transcendental: Se não houvesse uma norma válida mandando obedecer à constituição, a constituição não seria válida.

- Conclusão transcendental: Logo, há uma norma válida mandando obedecer à constituição.

A norma fundamental, nesse sentido e quanto as suas características, nos aparece como uma norma pressuposta, e não posta. É uma criação da ciência do direito, e não parte integrante do direito positivo como ele o encontra. Além disso, é a única norma do sistema jurídico válida em si mesma, retirando sua necessidade não de outra norma, mas da sua necessidade transcendental.

Em relação à sua principal determinação, a norma fundamental impõe a obrigação de respeitar a Constituição que esteja em vigor no território em questão, e esse é o seu conteúdo universal e imutável, válido em todos os tempos e lugares. As normas jurídicas derivadas da norma fundamental, portanto, são essencialmente desprovidas de conteúdo substancial. A discussão sobre o que exatamente essas normas contêm ou sua materialidade não é considerada relevante pela Teoria Pura do Direito, uma vez que não tem importância do ponto de vista da ciência jurídica. Efetivamente, para Kelsen, “todo e qualquer conteúdo pode ser direito”⁶¹

No que diz respeito à sua função, uma das principais funções da norma fundamental é fornecer ao sistema jurídico um fundamento de validade que o estabeleça como objeto de estudo da ciência jurídica. Para ser considerado um objeto legítimo dessa ciência, o sistema jurídico deve ser válido, e, em um sistema dinâmico, essa validade depende da norma fundamental. Nesse contexto, a norma fundamental desempenha o papel crucial de estabelecer o Direito como um objeto normativo, assegurando que as considerações relacionadas ao

⁶¹ KELSEN, op. cit., 139.

direito sejam exclusivamente jurídicas, o que se alinha com um dos aspectos de pureza na teoria jurídica..⁶²

Cap III – A teoria da interpretação em Kelsen tal como apresentada na Teoria Pura do Direito.

3.1 Interpretação como parte da dinâmica jurídica

Como pontifica o Ilustre Docente de Viena, ao aplicar o direito, um órgão jurídico deve proceder à interpretação das normas. Nesse processo interpretativo, o órgão jurídico se esforça para compreender o significado e a extensão das normas legais, com o objetivo de aplicá-las de forma adequada a uma situação específica. Esse procedimento implica a análise minuciosa das normas em questão e das circunstâncias em que serão aplicadas, tudo com o propósito de determinar a decisão apropriada. “[...] 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”.⁶³

Nesse sentido, a teoria da Interpretação possui as mesmas características da Teoria Pura do Direito, pois surge como:

1. **Geral:** pois trata do que há de comum e inevitável em todos os hábitos de interpretação, tanto as interpretações corretas e bem-feitas como as incorretas e malfeitas;

2. **Descritiva:** pois se limita a descrever como a interpretação acontece sem corrigir a interpretação e nem orientar como ele deveria acontecer;

3. **Pura:** pois se limita a dizer quais são os aspectos da teoria da interpretação que tem que ocorrer por força das normas, e não por força de qualquer outra coisa (critérios morais, de bom senso, consequenciais etc.), justamente porque esses critérios não são determinados pelas normas e fugiriam do âmbito da teoria pura; e, por fim,

⁶² Sobre a validade das normas jurídicas, prossegue Kelsen: “Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.” Kelsen, op. cit., p. 139.

⁶³ KELSEN, op. cit., 245.

4. **Autônomas:** pois evita recorrer a questões não jurídicas.

Quando tratamos da aplicação de normas em um sistema dinâmico, podemos afirmar que cada ato de criação de uma norma inferior também é, simultaneamente, um ato de aplicação de uma norma superior. Nesse contexto, quando eu promulgo uma lei que esteja em conformidade com a Constituição, estou, de forma inversa e concomitante, aplicando a autorização fornecida pela própria Constituição. Portanto, podemos concluir que ao produzir uma norma inferior, estamos, ao mesmo tempo, aplicando uma norma superior.

Kelsen considera a interpretação como um elemento fundamental na dinâmica jurídica, sendo um processo inevitável. Isso ocorre porque cada vez que uma norma inferior é criada, ela requer a interpretação da norma superior para garantir sua compatibilidade e conformidade com a norma que a fundamenta. A interpretação desempenha, assim, um papel crucial, sendo a operação que permite explicar a conexão de compatibilidade entre uma norma superior e uma norma inferior.

3.2 A influência de *Kantorowicz* na visão cética de Kelsen sobre a indeterminação

Neste papel interpretativo, ao aplicar a lei ao caso concreto, o juiz, por exemplo, não necessariamente poderá recorrer ao sentido usual que reveste a lei, posto que impossível inferir-se delimitação rígida e aplicável a todos os casos. Outros autores e movimentos também já abordavam sobre esta toada, problematizando o fato da aplicação do direito ir muito mais além ao método puro formalista subsuntivo, dando ênfase a visão cética sobre a inevitável indeterminação dos sentidos da norma.

Nesse sentido, surge Hermann Kantorowicz, talvez fosse o mais enérgico expoente do Movimento do Direito Livre (MDL). Este movimento busca aprofundar a compreensão do direito para além das normas e regras estabelecidas, enfatizando a importância dos interesses e das relações sociais na construção e aplicação do direito.

O MDL, tomando por base de seus estudos a própria realidade, ou seja, o próprio conteúdo das decisões judiciais, notou que existia uma criação legal para além do controle Estatal, seja em casos de lacuna, seja em casos *contra legem*. Esse Direito era livre à medida que não se limitava ao prescrito no ordenamento jurídico.

A teoria, tida por alguns como “livre da lei” (KAUFMANN, 2015, p. 175), que ressalta a liberdade da criação normativa por parte dos Juízes, ainda que contrárias a lei, não tinha o condão da subversividade dos juízes com relação a lei, mas sim de denunciar algo já existente e comum (um Direito Livre), dado ao ceticismo da completude ao formalismo com relação a aplicabilidade das normas.

Portanto, jogava-se luz ao fracasso do pensamento que afirmava ser possível a dedução lógica das decisões, num silogismo perfeito entre norma e decisão, ignorando totalmente as influências externas na aplicação da norma.

Para Kantorowicz, o juiz deve se basear na lei. Contudo, em alguns casos, ele poderá se desprender do disposto nela. Nesse sentido, afirma o autor “En ambos los casos dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual Poder del Estado habría decretado, si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formase tamaña convicción, se inspirará en el Derecho libre.” (KANTOROWICZ, 2019, p. 65). Kantorowicz, assim, ressalta o papel da vontade em detrimento da razão no fenômeno jurídico.

Esta mesma vontade é encarada por Kelsen como a segunda parte da aplicação da norma, aquela que compõe à política do Direito e que não precisa carregar o status de pura. O ato que carrega subjetividade, valores culturais, morais, históricos e sociais é inerente a sua utilização para aquele que aplica a norma jurídica, constatado por ambos a dependência do Direito e do fenômeno jurídico a essas outras contingências, inevitavelmente.⁶⁴

A escolha dentre os diversos sentidos possíveis inferidos pela Ciência do Direito, ou até mesmo aqueles não inferidos, que fugiriam da moldura normativa, evidenciam, bem como evidenciaram os estudos da jurisprudência da existência de um Direito Livre por Kantorowicz, a falibilidade do método puro subsuntivo e da sua dedução lógica, ressaltando uma função mais dinâmica ao aplicador da norma, do que aquela aferida puramente como declaratória.⁶⁵

3.3 Interpretação autêntica e não autêntica

⁶⁴ Ao contrário da teoria idealista, que sustentava que a aplicação do direito era estritamente uma atividade cognitiva, havia uma abordagem vinculada à escola da Exegese. Segundo essa abordagem, o legislador criava o direito positivo, e o jurista o compreendia em termos de sua estrutura lógico-formal e o aplicava de maneira igualmente lógico-formal. No entanto, Kelsen trouxe uma perspectiva voluntarista, argumentando que a função judicial desempenhava um papel criativo na formação do direito.

⁶⁵ KELSEN, op. cit., p. 250.

Ainda sobre a interpretação, Kelsen introduz uma diferenciação crucial entre o que ele denomina de interpretação autêntica e interpretação não autêntica. No contexto da interpretação autêntica, ele se refere àqueles indivíduos dotados de autoridade para determinar o significado de uma norma legal vinculante. É digno de nota que a mesma norma que concede poder para estabelecer uma norma inferior também concede a autoridade para tornar obrigatória a interpretação dessa norma superior. Em outras palavras, quando uma norma confere ao legislador o poder de interpretar a Constituição e promulgar leis subsequentes, ela, ao mesmo tempo, lhe atribui a autoridade para tornar a sua interpretação da Constituição vinculativa.^{66,67}

Por outro lado, a interpretação não autêntica é conduzida por alguém que não possui a autoridade para determinar o sentido de uma norma vinculante, e isso pode se referir a um indivíduo em particular, interpretando a norma para esquivar-se de uma sanção ou aplicá-las em seu interesse; bem como um cientista do direito, que interpreta a norma a fim de descrevê-la. Para ilustrar, em um processo judicial, o juiz é a autoridade competente para realizar a interpretação, enquanto a interpretação não autêntica é realizada pelo advogado, pois, embora ele a interprete, essa interpretação não detém caráter obrigatório.⁶⁸

Portanto, o jurista, no papel de estudioso do direito, tem a responsabilidade fundamental de apresentar, analisar e definir os conceitos essenciais para a compreensão do direito. Isso implica na necessidade de uma abordagem minuciosa, incluindo a exploração de aspectos que podem não ter sido inicialmente considerados pelo órgão responsável pela criação da norma (ou pelas partes envolvidas em um contrato). Mesmo que essa abordagem minuciosa possa parecer contraproducente em termos de política, é crucial, uma vez que

⁶⁶ KELSEN, op. cit., 245.

⁶⁷ Não estamos revisitando a distinção outrora convencional entre interpretação autêntica e não autêntica, na qual a interpretação autêntica é normalmente definida como aquela realizada pelo próprio órgão que emitiu a norma. De acordo com a abordagem de Kelsen (1999), a interpretação é considerada autêntica quando realizada por um órgão encarregado da aplicação do Direito, como já mencionado. Portanto, quando um juiz interpreta a lei durante o processo que leva a uma sentença, estamos tratando de um exemplo de interpretação autêntica. Ver, neste sentido: TROPER, Michel, 2001, p. 63. TROPER, Michel. Por una teoría del Estado. Trad. Maria Venegas Grau. Madrid: Dykinson, 2001.

⁶⁸ KELSEN, op. cit., p. 245.

representa um dos princípios fundamentais da "teoria pura do direito": a separação do empreendimento de conhecimento de influências políticas ou ideológicas. Nesse sentido:⁶⁹

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única "acertada", não realizam uma função jurídico-científica, mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem.

Na sua teoria do Direito, Kelsen se concentra no estudo da interpretação autêntica, que é de natureza político-jurídica, e fornece argumentos que justificam a sua preferência em relação a outras formas de interpretação.

3.4 Considerações sobre a relativa indeterminação das normas

Como um complemento da abordagem acima, KELSEN (1999) nos insere ao campo do ato de determinação ou vinculação das normas jurídicas. O sistema jurídico como um todo é ligado por esse elo vinculatorio, da norma superior para a norma inferior no momento de sua produção. Seja por questões da sua produção, execução ou até mesmo o conteúdo, isso ocorre tanto da constituição vinculando a lei, assim como da lei vinculando a sentença. Contudo, essa vinculação nunca é completa⁷⁰, podendo, quanto a sua pretensão de incompletude, serem determinadas ou indeterminadas. Elas são determinadas se elas admitirem um sentido possível, e indeterminadas se atingirem mais de um sentido possível.⁷¹

Para KELSEN, todas as normas são potencialmente indeterminadas. Isso acontece porque, em primeiro lugar, elas não se servem de uma linguagem que seja livre de

⁶⁹ KELSEN, op. cit., p. 251-252.

⁷⁰ Kelsen chama essa impossibilidade de determinar o sentido de uma norma em sua completude, no seu ato de aplicação, de relativa indeterminação de fato. KELSEN, op. cit., 246.

⁷¹ KELSEN, op. cit., idem.

ambiguidade, ou seja, não são unívocas⁷². Se o direito possuísse uma linguagem técnica, puramente artificial, onde todos os termos e conexões fossem definidos a partir de certos axiomas e postulados artificiais, ela poderia ser uma linguagem livre de ambiguidade totalmente exata e gerariam, assim, normas determináveis.

Originária do mesmo problema que o defeito anterior, a ‘discrepância normativa’ ocorre quando a intenção do legislador se afasta das possibilidades semânticas da norma. Essa discrepância pode ser tanto "parcial", afetando apenas alguns dos potenciais significados da norma, quanto "total", quando afeta todos os possíveis significados da norma⁷³

Já as ‘contradições normativas’ surgem quando duas normas que pretendem ser aplicadas ao mesmo tempo entram em conflito total ou parcial. Isso é o que caracteriza a clássica situação de antinomia jurídica.

Percebe-se, com um pouco de esforço, que o primeiro defeito amplia consideravelmente os possíveis entendimentos da norma; o segundo defeito se refere à desconexão entre o que se pretendia e o que foi efetivamente alcançado (um aspecto abordado na perspectiva do que John L. Austin chamou de "perlocutivo")⁷⁴, e o terceiro defeito cria instabilidade no conjunto normativo e gera dificuldades na interpretação por parte do destinatário, o que pode afetar sua compreensão do que é "devido" e do que "não é".

3.5 Indeterminação não intencional do ato de aplicação do direito

KELSEN não está preocupado com a interpretação intencional porque ela não é problemática, posto que o legislador já delegou ao aplicador o poder de decidir. Ele está preocupado com o que ele vai chamar de indeterminação não intencional. Aqui temos o caso

⁷² KELSEN, op. cit., p. 246.

⁷³ KELSEN abordará sobre este caso um ponto interessante: a aceitação de que o aplicador, neste caso, terá que investigar o seu sentido a partir de outro ponto, que não a expressão verbal da norma. (1999:247)

⁷⁴ Os atos perlocutivos referem-se às ações ou efeitos que as palavras de um discurso têm sobre o interlocutor ou ouvinte, ou seja, como as palavras afetam o comportamento, os pensamentos ou as emoções da pessoa que as recebe. Isso contrasta com os atos ilocutórios, que se referem ao significado literal das palavras (por exemplo, fazer uma afirmação, fazer uma pergunta) e os atos locutivos, que são os sons e palavras reais que compõem a frase. AUSTIN, J. L. How to do things with words. London: Oxford University Press, 1962.

de quando, por exemplo, o criador da norma superior, ao contrário, quis fazê-la determinada, mas caiu vítima da indeterminação da linguagem. Sobre a impossibilidade da norma superior vincular todos os seus aspectos de aplicação, KELSEN disserta:⁷⁵

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato

Para ilustrar um caso de indeterminação não intencional, imaginemos a seguinte situação de como a invasão de domicílio é tratado pelo ordenamento pátrio. O art. 150 do Código Penal Brasileiro dispõe sobre a entrada no domicílio de alguém sem o seu consentimento. No seu parágrafo primeiro, qualifica a conduta na hipótese do cometimento durante ‘‘a noite’’.

Quando analisamos os termos utilizados no tipo penal, por exemplo ‘‘durante a noite’’, podemos dar os seguintes sentidos:

1. É considerado noite entre 18h e 06h.
2. É considerado noite quando o céu está escuro;
3. É considerado noite quando do horário de descanso de seus residentes.

Nesse contexto podemos inferir que o legislador achou que estava produzindo uma norma simples e que não despertaria dúvidas, porque ele não previu o caso que problematizaria essa questão, ignorando o fato de que toda norma inevitavelmente é indeterminada pelas circunstâncias já abordadas em cap. Anterior.

3.6 – Métodos de interpretação como sugestão para solucionar o problema da indeterminação não intencional.

Uma das maneiras pelas quais os juristas poderiam abordar a indeterminação não intencional é por meio do uso dos métodos de interpretação. Na hermenêutica jurídica

⁷⁵ KELSEN, op. cit., p. 146.

tradicional, acredita-se que esses métodos são capazes de resolver qualquer problema de indeterminação, transformando uma norma que tenha mais de um possível sentido em uma norma unívoca. Isso significa que, ao ser interpretada com um dos métodos apropriados, a norma deixa de ser indeterminada e passa a ser determinada, tendo apenas um significado.

KELSEN discorda da ideia de que esses métodos, por si só, são capazes de resolver o problema da indeterminação das normas, mas não os descarta por sua utilidade. Ele afirma que a interpretação é uma atividade política, e qualquer abordagem adotada pode ser objeto de apoio ou contestação. Isso se deve ao fato de que os métodos interpretativos em si contêm elementos ideológicos, e no Direito Positivo não há preferência por um método em detrimento de outro. “Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”⁷⁶. Quer dizer: existem diferentes métodos válidos.

Cada método que interpreta uma norma levará para um resultado diferente, nisso, então, todos os meios são válidos, não existindo um apenas que seja correto. Além disso, todos esses métodos possuem um peso absolutamente igual, pois são destituídos de valor “é um esforço inútil querer fundamentar “juridicamente” uma, com exclusão da outra.”⁷⁷

Um ponto importante sobre o assunto é que, ainda que existisse um único método válido, este não poderia ser retirado do Direito Positivo, pois o método como norma seria interpretado por ele mesmo, caindo na questão da circularidade. É necessário a compreensão de que os métodos de interpretação não fazem parte do direito, mas sim da sua ciência jurídica.

Em segundo plano, os métodos de interpretação podem colidir uns com os outros, sem que exista uma ordem de prioridade estritamente definida. Cada intérprete pode ter sua própria classificação de preferência para esses métodos, mas essa classificação não é objetiva, sendo, ao invés disso, uma questão subjetiva..⁷⁸

Em terceiro lugar, os métodos de interpretação são inerentemente indeterminados, pois baseiam-se em termos gerais da linguagem. Por exemplo, a interpretação histórica requer que os intérpretes examinem o contexto em que a lei foi promulgada, incluindo a pesquisa de registros legislativos, debates parlamentares, documentos históricos e costumes da época. No

⁷⁶ KELSEN, op. cit., p. 248.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Idem.

entanto, cada intérprete pode ter uma avaliação diferente do contexto de promulgação e chegar a conclusões diversas.

Portanto, os métodos não estão apenas ausentes de previsão no direito, mas também são potencialmente conflitantes e, por sua natureza, carecem de precisão. Isso não significa que não devam ser utilizados, mas sim que, mesmo quando aplicados, não podem, por si só, resolver completamente o problema da indeterminação não intencional.

3.7 Moldura de sentidos

Levando em consideração que o ato de aplicação da norma superior não é simplesmente deduzir um único sentido possível, como se o seu intérprete estivesse realizando uma simples compreensão e clarificação do texto interpretado⁷⁹, extraindo dali a única solução possível a que se pretendeu o criador da norma a ser interpretada, como se todos pudessem chegar a uma única solução correta; e levando em consideração que não há nenhum método que se possa utilizar para se chegar a essa epifania de se conseguir aplicar a norma sempre em seu total sentido (e, ainda que tivesse, a sua observação não seria obrigatória ou poderia ser problematizada, seja pela sua não previsão normativa; não preferência um ao outro e pelo uso de termos gerais em suas definições)⁸⁰, podemos considerar de que a norma a ser interpretada “ oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica.” (KELSEN, op. cit., 247), e que a escolha de uma dessas possibilidades não é a vinculação absoluta da norma, mas sim o sentido mais adequado e apropriada para aquele caso em específico e para aquele momento, não invalidando os outros sentidos existentes dentro da norma.⁸¹

⁷⁹ KELSEN, op. cit., p. 248.

⁸⁰ Idem, p. 247.

⁸¹ KELSEN assim ilustra: “ Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é A norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”. Op. cit., idem.

Essa pluralidade de sentidos, campo em que atuará com liberdade o aplicador do direito, para KELSEN (1999), poderá ser visualizado como uma moldura:⁸²

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

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.

Introduzido ao conceito de moldura, é importante que realizemos a distinção de dois agentes que participam do processo de sua criação e efetivação (qual seja o seu conhecimento que ensejará numa produção de norma inferior ou numa coerção a que estatuiu a norma superior).

Quando KELSEN diz, do exposto na citação da página anterior, que “se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar” e que o resultado disso ensejará numa moldura que representará o objeto de interpretação do aplicador do direito⁸³, há dois momentos ressaltados:

1. uma operação de conhecimento, que definirá os sentidos da moldura;
2. e, expostos os sentidos, caberá ao segundo agente (pertencente ao órgão que aplica o direito) dessa dinâmica escolher um deles, a depender das especificidades do caso concreto. Nisso, entramos no processo da dupla determinação dos sentidos.

3.8 Dupla determinação

A interpretação da norma é, então, um ato duplo de determinação de sentidos. Conforme sintetiza KELSEN: ⁸⁴

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades daquela mesma interpretação cognoscitiva.

⁸² Idem.

⁸³ Idem

⁸⁴ KELSEN, op. cit., p. 249

A primeira etapa envolve um processo de compreensão para delimitar os alcances da norma, enquanto a segunda fase implica em uma ação que necessita de um ato de vontade. Esse ato de vontade consiste em selecionar a interpretação mais apropriada dentre as diversas interpretações possíveis, aquela que melhor se adequa à situação específica em questão.

No entanto, isso não é suficiente, pois o aplicador da norma deverá tornar uma das possibilidades existentes vinculantes.⁸⁵ Aqui temos a segunda fase da interpretação, que é a fase da determinação vinculante. Aqui, não estamos mais falando de descoberta, mas sim de seleção de um dos sentidos da moldura para se tornar o sentido vinculante ao caso concreto, ou seja, uma escolha. Nesse sentido, KELSEN:⁸⁶

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. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

3.9 Ato de vontade e Ato de conhecimento

Essas duas determinações têm naturezas diferentes. A determinação da estrutura de significados é um ato cognitivo, ou seja, uma descoberta, enquanto a determinação do significado vinculante é um ato de vontade.⁸⁷

A determinação da estrutura de significados, um ato cognitivo, é uma operação da ciência do direito, uma vez que pode ser realizada de forma objetiva e imparcial, produzindo os mesmos resultados para diferentes sujeitos. Essa primeira parte, que consiste em

⁸⁵KELSEN, op. cit., p. 248.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

determinar os possíveis significados da norma, é de natureza científica e estabelece o limite das análises da epistemologia pura do Direito.

Por outro lado, a determinação dos significados vinculantes é um ato de vontade e se configura como uma operação da política do direito, diferenciando-se assim da ciência do direito.⁸⁸

É relevante a compreensão de que, ao desenvolver um modelo que consiste em duas etapas, Kelsen desafia duas concepções fundamentais:

1. **A etapa de conhecimento e o desafio ao realismo absoluto:** ao reconhecer a existência de uma etapa de conhecimento destinada a compreender o conteúdo da lei, mesmo que de maneira limitada devido às restrições desse processo, o autor se opõe ao entendimento de que a decisão das autoridades seja completamente desvinculada de qualquer tipo de limitação ou constrangimento. Se assim fosse, Kelsen não teria considerado a etapa de conhecimento em relação à norma, uma vez que a interpretação seria inteiramente uma prerrogativa do intérprete.⁸⁹
2. **Ato de vontade e oposição a tese idealista clássica:** ao admitir que, de certa forma, a etapa de conhecimento é preenchida por um ato de vontade, embora de maneira precária e incompleta, o autor também refuta a tese idealista clássica que sugere a completude do sentido do aparato normativo. Se o processo de conhecimento fosse completo, o aplicador não precisaria tomar decisões efetivas sobre como aplicar a norma, já que a simples análise mental do conteúdo da norma e de seu sentido específico resolveria o problema da aplicação, eliminando a necessidade de uma tomada de posição, o que Kelsen chamou de "política de Direito".^{90,91}

⁸⁸ Por isso que a teoria pura do direito não pode dizer qual sentido da norma deve ser o escolhido, mas, e somente isso, deverá considerar quais os sentidos possíveis da norma

⁸⁹ No contexto do realismo absoluto jurídico, muitas vezes se argumenta que as decisões jurídicas não estão restritas por princípios jurídicos rígidos e que os juízes têm ampla liberdade para tomar decisões com base em considerações políticas, pessoais e sociais. Portanto, em certa medida, parece que as decisões não são limitadas por constrangimentos de natureza estritamente jurídica. No entanto, Hans Kelsen se opôs ao realismo absoluto ao argumentar que o direito deve ser interpretado e aplicado de forma objetiva, separado de influências políticas e pessoais, enfatizando a importância da "pureza" e "neutralidade" do direito, defendendo a ideia de que o direito é um sistema de normas que pode ser analisado independentemente de considerações políticas ou ideológicas.

⁹⁰ Essa visão diferia significativamente da abordagem tradicional que considerava o juiz como um mero intérprete mecânico das leis. De acordo com Kelsen, a interpretação do direito envolvia um ato de vontade, indo

Neste complexo da interação entre conhecimento e vontade, é esta que geralmente tem a palavra final. Para usar felizes compreensões de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, é como dizer "eu quero" em oposição a "eu sei"; ou simplesmente "eu desejo" ao "eu compreendo".⁹²

É de suma importância a fixação do entendimento de que o autor da Teoria Pura do Direito nunca desconsiderou elementos volitivos no processo de criação das normas. Contudo, com o destaque de momentos de conhecimento e escolha, ele delimita o papel da ciência ao lado da ponte cognitiva. Os elementos de valores entram na segunda parte, nos atos de decisão. Assim, como a pureza é da Teoria, e a teoria acampa nas delimitações do ato de conhecimento, não há uma deturpação epistemológica da ciência jurídica.

Não confundamos. A pureza é da teoria, e não do direito, quer dizer: é teoria pura do direito, e não teoria do direito puro.⁹³

3.10 Discricionariedade e ampliação da Moldura dos Sentidos

Posto que não podemos evitar a indeterminação, e considerando a dicotomia entre ato de cognição e ato de vontade, o intérprete tem, então, uma autorização para escolher entre qualquer um dos sentidos possíveis dentro da moldura e torná-lo vinculante. Portanto, essa autorização que o intérprete aplicador tem de escolher entre um dos sentidos possíveis da norma é denominada de discricionariedade. Perceba que qualquer que seja o sentido de

além de uma simples atividade cognitiva. Essa diferença representou uma transformação fundamental na compreensão da aplicação do direito. TROPER, Michel, Op. cit., p. 63/64. TROPER, Michel. Por una teoría del Estado. Trad. Maria Venegas Grau. Madrid: Dykinson, 2001.

⁹¹ Kelsen (1999:249) utiliza o termo "política do direito" para se referir à atividade de aplicar o direito em situações concretas e à tomada de decisões sobre como as normas legais devem ser interpretadas e aplicadas. Ele argumenta que, enquanto a "teoria pura do direito" lida com a estrutura formal e hierárquica do sistema legal, a política do direito envolve a interpretação e a aplicação prática das normas jurídicas.

⁹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 261.

⁹³ BITTAR assim entende: "Quando se trata de estudar o tema da ciência e do método kelsenianos, não se trata de dizer que sua teoria é uma teoria do direito puro (Direito como um fenômeno puro), mas sim que sua teoria é um a teoria pura do Direito (teoria metodologicamente pura)." BITTAR, E. C. B., A Justiça kelseniana. Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, v. 96. p. 549. 2001.

escolha, esse sentido será válido e não poderá ser considerado arbitrário, posto que ele possui um limite delimitado pela ciência jurídica.

Kelsen destaca com razão o risco inerente à interpretação autêntica, que poderia levar à criação de uma norma que não está alinhada com o contexto da norma original que está sendo aplicada. Por exemplo, quando uma norma utiliza um termo genérico e admite cinco interpretações distintas, o juiz poderia optar por uma sexta interpretação que se encontra inteiramente fora do âmbito da norma original.⁹⁴

Sabemos que de plano não há possibilidades de definir um ato de vontade como natimorto, posto que há mecanismos dentro da própria legislação para atacar a interpretação manifestadamente ilegal. Portanto, o entendimento de que a aplicação ultrapassou a moldura pré-estabelecida é, ainda, um consenso, mas, até que o ato seja revogado ou anulado, tem-se como legal.

Neste caso, no consenso de que as bordas foram transpostas, embora uma decisão desse tipo possa parecer estar em desacordo com alguma regra material ou processual contida em uma norma geral, ela pode encontrar apoio legal em outra disposição da própria lei geral, como, por exemplo, o princípio do trânsito em julgado.

Esse princípio do trânsito em julgado, ao estar presente na norma superior, torna essa decisão individual compatível com o direito. Portanto, é possível criar um direito que vai além do que está estritamente estabelecido na estrutura normativa existente. KELSEN assim colaciona:⁹⁵

Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo apresentar aspectos da Teoria da Interpretação de Hans Kelsen, situada dentro de sua Teoria Pura do Direito. Passando, de início, por aspectos gerais da vida do autor e o contexto a que estava situado quando ousou em realizar a sua *Teoria Pura*, trazendo uma abordagem mais depurada do tema concreto ao direito, além dos avanços

⁹⁴ KELSEN, op. cit., p. 250.

⁹⁵ Idem.

epistemológicos trazidos pela sua teoria da interpretação, através do fortalecimento do deslocamento do eixo causal no processo hermenêutico, e da criação de um bom balanço nas relações entre conhecimento e vontade, ensejando o limite da noção de pureza e o papel dos valores em sua teoria.

Por fim, foi traçado como o Autor observa a ideia da discricionariedade e expansão da moldura de sentidos. Nesta conclusão farei alguns apontamentos a respeito de como o assunto da discricionariedade foi tratado por outros autores (comparando com as ideias de Kelsen), além de esmiuçar brevemente considerações pessoais referente às concepções de Hans Kelsen quanto ao alargamento de sua moldura.

Kelsen e o seu sucesso, dentro das limitações humanas, na empreitada científica jurídica

Apesar de dedicar apenas uma dezena de páginas ao tema em sua Teoria Pura, Kelsen abriu caminhos desafiadores que questionaram os paradigmas da ciência jurídica da época em relação à interpretação do direito.

A jornada de construção da Teoria Pura do Direito é verdadeiramente cativante. Hans Kelsen, com sua meticulosa gramática da produção e aplicação do direito, proporcionou uma base sólida para um conhecimento jurídico autônomo, com suas próprias características distintas, conferindo-lhe, finalmente, o status de um campo de estudo com uma metodologia apropriada. Todavia, o efeito comedido que Kelsen deu ao tópico de interpretação resultou debates, dúvidas e mal-entendidos inversamente proporcionais quanto às suas considerações sobre interpretação e hermenêutica.

O Autor da Teoria Pura do Direito navegou habilmente entre um normativismo ortodoxo, ao inserir conceitos volitivos na aplicação das normas (conseguindo distinguir essas águas do método científico, de modo que, apesar desses elementos, a pureza epistemológica manteve-se inalterada) ainda que fosse tomado como algo paradoxal por alguns por ter introduzido aspectos extrajurídicos no campo do direito.

Kelsen, propositalmente, sabia que tentar definir com clareza o campo material seria uma questão difícil, e que ao menos naquele momento não traria a seriedade a que propunha a Ciência do Direito.

Quis o Jurista que apenas nos ativésemos à autoridade competente e aos aspectos formais, e não ao conteúdo. Mas isso não quer dizer que a norma materialmente contrária não seja contida e que o sistema proposto seja um catalisador da tirania. Pelo contrário! Como

bem já explicado, há mecanismos no próprio ordenamento jurídico capazes de reverter a interpretação que destoa em proporções desarrazoadas da moldura de sentidos, seja pelo instituto dos recursos à essa aplicação, não fazendo com que a mesma transite em julgado; seja pela promulgação de outra norma que torne essa inválida.

Nesse contexto, lanço ponto a um olhar racional e sincero à sua pretensão em fugir de qualquer utopia: o processo de conhecimento é contínuo, e a cada momento pode ser conhecido algo novo. Quando o intérprete da política do Direito aplica uma norma que foge dos sentidos pré-estabelecidos pela Ciência Jurídica, devemos entender que aquele aplicador não a contrapõe, mas sim a auxilia na atividade científica que mira um olhar para um sentido antes não iluminado.

O juízo político decisório não se manifesta ao seu bel prazer, como muitos erroneamente compreenderam. Além da moldura ao qual ele consciente e inconscientemente há de observar, existem também os mecanismos de freio às decisões distópicas.

Porém se a interpretação passa por toda essa rede de contenção, transita em julgado ou não é reformada, vejo que, com uma pequena ressalva ao que o Mestre de Viena pontifica, não há uma extensão da moldura, mas sim a descoberta de um novo sentido com o auxílio de operadores políticos que, oferecendo um novo ponto não observado, passaram pelos critérios de validação das ferramentas dispostas no ordenamento jurídico, oferecidas pelo sentido científico.

Ocorrido o supradito, na adição de um novo sentido à norma, postulo que não há o que se falar em ‘alargamento da moldura’, pois, se o sentido foi admitido, devemos considerar que o mesmo sempre esteve lá.

A moldura não se alargou, nossa pesquisa é que foi além. De igual modo, *e.g.*, no campo da Astronomia, quando da descoberta de um novo astro, não se advoga pela extensão do universo, mas sim pelo aprimoramento dos seus mecanismos de pesquisa, e o inverso também é verdadeiro. Veja, a desconsideração de um astro não reduz o Universo, tal qual não se propõe a redução da moldura pela revogação de uma norma.

Poderíamos ser levados a ideia da infinitude dos sentidos e a derrocada da ausência de objetividade científica, posto que não há um limite de descobertas. A rigor, seríamos coerentes nesta concepção. Entretanto, não é porque não podemos conhecer algo por completo que o mesmo careça de objetividade, mas é verdade que o que deve ser considerado como objetivo são os métodos de depuração que darão validade ao novo sentido ora descoberto.

Um cientista pode, observando o espaço com as ferramentas devidas, inferir a existência de um novo fenômeno espacial. Um estudante, em visita ao Polo Astronômico de Amparo, também. Um cidadão, sentado à beira de sua cama com os olhos fechados, de igual modo. Inferir a existência de algo novo na moldura dos astros e fenômenos espaciais existentes não é restrito aos cientistas, contudo, para passar pelo critério de credibilidade e aceitação, terá de comprovar com métodos científicos a existência do postulado.

A Ciência Jurídica é mais democrática ainda neste ponto. Temos diversas ferramentas para que observadores, fora da Ciência, possam contribuir para a descoberta de novos sentidos. E isso não tira a legitimidade da Pureza a que Kelsen pretendeu dar a Teoria Pura. Respeitado os métodos, validado estará.

É importante observar que, apesar das ressalvas, poderíamos esperar que a construção sólida da Teoria Pura do Direito naturalmente gerasse expectativas de uma abordagem mais definida e assertiva por parte de Hans Kelsen em relação à interpretação jurídica. Seria razoável antecipar que ele estabelecesse padrões claros e seguros para guiar o processo hermenêutico. No entanto, essa abordagem entraria em conflito com o princípio de objetividade científica defendido por sua doutrina, o que resultaria em uma descrição idealista que não levaria em consideração as complexidades inerentes à atividade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.

Compilação: Nello Morra. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

GALVES, Carlos. Manual da Filosofia do Direito. 1995.

BOTELHO, Alexandre. Curso de ciência política. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005.

MOTTA FILHO e SANTOS, MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004

KELSEN, Hans, Autobiografia de Hans Kelsen. tradução de Gabriel Nogueira Dias e João Inácio Coelho Mendes Neto. Estudo introdutório de José Antonio Dias Toffoli e Otavio Luiz Rodrigues Junior. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

PALOMBELLA, Gianluigi. Filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 1999.

Jacqueline Azambuja da Silva. Vide AZAMBUJA, J. A norma como esquema

de interpretação, Hans Kelsen. Disponível em:

https://www.academia.edu/13244704/A_NORMA_COMO_ESQUEMA_DE_INT

ERPRETA. Acesso em 10 de outubro de 2023.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico Acquaviva. 6ª ed. São Paulo: Rideel, 2013.

KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre: S. Fabris, 1986.

TROPER, Michel. Por una teoría del Estado. Trad. Maria Venegas Grau. Madrid: Dykinson, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HART, H.L.A. VII, O formalismo e o ceticismo em relação às normas. In: HART, H.L.A, O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2018.