

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ – CESUPA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ICJ

Heryelton Rêgo Paula

A INTERPRETAÇÃO EM HANS KELSEN

“*Paper*” referente ao tópico 2.1.1. O Círculo hermenêutico da compreensão a um princípio hermenêutico e 2.1.2. Os preconceitos como condição da compreensão, do livro *Verdade e Método*, de Hans-Georg Gadamer. Turma: DI2NB. Disciplina: Introdução ao Estudo do Direito II Prof. Me. Ricardo Evandro S. Martins.

Belém-PA
2016

INTRODUÇÃO

O propósito deste *paper* é a exposição do tema da interpretação jurídica em Kelsen. A interpretação do direito é tema de grande importância entre os intelectuais do direito. Filósofos como Herbert Hart e Ronald Dworkin fomentam debates acerca da interpretação kelseniana.

Kelsen dedicou-se ao tema proposto – a interpretação – no capítulo VIII de sua obra *Teoria Pura do Direito*, onde o mesmo trouxe a “vontade” como elemento necessário à aplicação do direito no caso concreto, colocando, até mesmo em xeque a coerência interna de sua obra.

Hans Kelsen, filho de uma família judia, nasceu em 11 de outubro de 1881, na cidade de Praga, região da Tchecoslováquia, atual República Checa e faleceu no dia 19 de abril de 1973. Kelsen, foi um dos produtores literários mais profícuos de seu tempo, tendo publicado cerca de quatrocentos livros e artigos, destacando-se a *Teoria Pura do Direito*.

Sua principal obra é, certamente, a *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934, cuja relevância foi propor ao estudo do Direito de maneira “pura” ou “científica”, nos moldes do cientificismo da época. Kelsen, percebe que o direito não se baseia em nenhum valor substancial.

A *Teoria Pura do Direito*, pode ser considerada uma teoria niilista, pois ela está purificada de qualquer valor moral. O que Hans Kelsen buscou, enfim, através da *Teoria Pura*, foi estabelecer um conceito universalmente válido do Direito, que independesse da conjuntura onde fosse aplicado. E esse escopo foi, em grande parte, alcançado. Kelsen oferece em sua teoria, uma teoria interpretativa de grande valor para a hermenêutica.

A expressão interpretação não é algo exclusivo da ciência do direito, é usada em outros domínios, por exemplo, na religião usa-se a interpretação das escrituras sagradas, na música fala-se em interpretação literária musical. Segundo BOBBIO (1995), interpretar significa “remontar do signo (*signum*) a coisa significada (*designatum*), isto é compreender o significado do signo, individualizando a coisa por esta indicada.

BREVE EXPLICAÇÃO SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO

Kelsen define e descreve o direito, como uma ciência social e isenta de quaisquer vínculos ideológicos. Daí o adjetivo "pura", que refere-se à teoria, e não ao direito. Não há um "direito puro", e Kelsen sabia bem disso. É a teoria – isto é, a descrição, o conhecimento - que deve se submeter a purificação metódica proposta por Kelsen.

Durante o começo do século XX, o Direito ainda preocupava-se em dividir as suas aflições teóricas com várias outras disciplinas, tais como a Política, a Ética, a Economia, a Psicologia etc.

No entanto, a partir da Teoria Pura do Direito pôde-se dizer em uma ciência intrinsecamente jurídica, ou seja, um conhecimento estritamente jurídico acerca do direito, que nada deve às outras ciências e desenvolve-se de forma autônoma (não-sincrética) e livre das influências políticas.

Para isto, Kelsen designou as características únicas do Direito: objeto formal próprio - as normas jurídicas - e metodologia de estudo específico, chamado de normológico e sólido na descrição das normas jurídicas válidas por meio de exigentes proposições jurídicas.

Kelsen chama atenção logo na primeira página da Teoria Pura do Direito que tem por finalidade, desenvolver uma teoria do direito positivo, isto é, das normas jurídicas existentes. Distintivamente do direito natural, o direito positivo não se integra como ordem ideal e sublime, desenvolvida por poderes divinos ou de qualquer maneira transcendental.

O direito positivo não é suficiente para exprimir pretensos ideais plenos de justiça. Refere-se a um direito humano, desenvolvido por homens e feito para os homens. É o nosso direito. O direito que regula a vida de todos.

O direito contido nas leis, nos códigos e no dia-a-dia. Com essa advertência introdutória, Kelsen desmembra as ideias acerca de direito e de justiça. Vejamos umas de suas mais importantes lições: para que uma norma seja jurídica, não é necessário que ela seja justa; basta-lhe reunir certas características formais.

De outro modo, se juntarmos os conceitos de justiça e de direito, corremos o risco fatal de estarmos subjugados por políticos que, uma vez fixados no poder, nos

forçarão a acatar como jurídicas - ou seja, obrigatórias - suas próprias crenças e valores "justos".

A norma jurídica compõe a realidade que compete ao jurista estudar, assim como o químico pesquisa fenômenos químicos e o sociólogo debruça-se sobre fatos sociais. O termo "norma" pode ser compreendido como "ordem voltada à conduta de outros". Normas são, por conseguinte, mandamentos, ou como diz Kelsen, "sentidos de dever-ser".

As normas apontam o que deve ser - aquilo que deve ser realizado pelas pessoas e, indiretamente, o que deve ser evitado (por ser proibido) - e não o que efetivamente é. Se tudo fosse como deveria ser, não existiria a necessidade de ordenamentos jurídicos coercitivos.

Existem diversos tipos de normas: estéticas, sociais, religiosas etc. Mas, as normas jurídicas são as que nos interessam. Se normas são instruções, aqueles postos pelas fontes criadoras de direito de tal Estado são ditos de normas jurídicas. As normas jurídicas não são requerimentos ou sugestões, senão ordens de observância obrigatória.

E para que sejam acatadas, são munidas com um atributo especial chamado de sanção. Define-se sanção como o resultado do cumprimento ou do descumprimento da norma. No primeiro caso, temos as sanções premiaias, ou seja, vantagens prometidas àqueles que cumprem os mandamentos normativos.

É importante ressaltar, que as normas jurídicas se mostram relacionadas umas às outras de forma hierárquica e piramidal, havendo normas superiores e normas inferiores. Estas últimas são as mais numerosas e encontram-se na base da pirâmide jurídico-normativa, apresentando caráter particular, como a sentença judicial e o contrato, válidas apenas para pessoas específicas.

A generalidade normativa aumenta à medida que nos dirigimos ao ápice da pirâmide jurídico-normativa. Acima de todas as normas do ordenamento encontra-se a Constituição, norma de caráter generalíssimo e que constitui o fundamento de validade positivo das demais normas do sistema.

As normas inferiores apenas são válidas quando não contrapõem-se às que lhe são superiores. A norma jurídica é então um sentido objetivo de dever-ser, já que, para ser válida, se fundamenta em algo objetivamente posto (outra norma) e não na vontade psíquico-subjetiva de quem as editou. Neste último caso tratar-se-ia de um sentido subjetivo de dever-ser, ou seja, um comando baseado unicamente na vontade do indivíduo.

INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA E NÃO-AUTÊNTICA

Segundo KELSEN (2006), “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. Devemos entender essa progressão quando se cria uma norma inferior, limitada por uma norma de grau superior.

A distinção entre a interpretação autêntica e não autêntica é compreensível, ao entendermos que a interpretação autêntica ocorre quando o órgão jurídico aplica o direito, ou seja, é uma norma vinculativa que coage e obriga a pessoa a fazer algo, como por exemplo, o juiz interpreta uma norma jurídica para elaborar uma sentença e aplica-la ao sentenciado.

Enquanto que a interpretação não-autêntica, não é vinculativa e não vem de um agente estatal, ou seja, é aquela realizada por quem não tem que aplicar o direito, como por exemplo, um cientista do direito, um filósofo, um historiador, um indivíduo qualquer que interpreta uma norma jurídica para constatar qual é a conduta exigida pelo direito.

É visto que a distinção entre interpretação autêntica e não-autêntica apresentada no parágrafo acima, representa para Kelsen duas ações diferentes, porém, ambas necessitam interpretar as normas jurídicas. Entretanto, o que realmente diferencia uma da outra é o fato de que apenas a interpretação autêntica aplica ou cria o direito.

Hans Kelsen apresenta um conceito de interpretação em suas primeiras linhas do capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, enfatizando somente a interpretação autêntica, o que nos revela a validade apenas da interpretação autêntica:

Quando o direito é *aplicado* por um órgão jurídico, este necessita fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. 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 (Kelsen, 2006, p. 387).

Percebemos na citação acima, que somente a atividade de interpretação autêntica é válida em um contexto específico, quando o direito é aplicado e a interpretação não-autêntica não aplica o direito. Percebemos também, que o ato de interpretar é uma operação mental que busca fixar o sentido da norma, que é válido tanto para a interpretação autêntica quanto para a interpretação não-autêntica.

Nesse sentido, é necessário entendermos o que Kelsen quis dizer ao citar que a aplicação do direito acontece no *progredir de um escalão superior para um inferior*. Kelsen faz a referência direta a sua doutrina da construção escalonada e hierarquizada do ordenamento jurídico, em que as normas de um ordenamento não estão no mesmo plano, muito pelo contrário, existem normas superiores e inferiores, que dependem das normas inferiores das superiores, pois absorvem delas seu fundamento de validade.

Para Kelsen, o ordenamento jurídico é constituído de degraus hierárquicos, uma espécie de pirâmide, no qual existe uma possibilidade de ascender das normas inferiores para as normas superiores, até que por fim, chegue a última norma, que fornecerá fundamentos válidos a todo o ordenamento jurídico.

Segundo o próprio Kelsen, “há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta – no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos – a um escalão inferior” (Kelsen, 2006, p. 387).

Imaginemos que um deputado federal recém eleito decide criar uma lei, obviamente, ele não pode criar essa lei do jeito que ele bem entender, pois o nosso sistema jurídico é complexo e necessita que se analise procedimentos previstos na Constituição, dispostos no artigo 59, sobre o processo legislativo. É necessário, também, que se interprete o sentido das normas constitucionais alusivo ao processo legislativo.

Nesse sentido, Kelsen afirma em seu texto que a interpretação das normas jurídicas acompanha o processo de aplicação do direito, pois para o legislador criar uma norma infraconstitucional, ele precisa primeiramente interpretar e aplicar a Constituição, pois a Constituição é hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais, pois lhe confere validade, o ato de criar uma lei, citado como exemplo, é um progredir de um escalão superior para um escalão inferior.

O exemplo citado acima diz respeito a interpretação autêntica, pois há uma aplicação e criação do direito, em uma lei. O ato de aplicar/criar o direito tem uma conclusão prática fundamental: é uma relação tanto de determinação quanto de indeterminação.

Segundo Hans Kelsen, “a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre a Constituição e a lei, ou a lei e a sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação” (2006, p. 388).

Ou seja, a própria norma jurídica interpretada, determina o processo em que a norma inferior será posta ou o conteúdo da norma a estabelecer. O legislador, ao criar uma norma, precisa interpretar normas concernentes ao processo legislativo disposto na Constituição.

TEORIA DA MOLDURA

A teoria da moldura é outro ponto importante a ser observado por Hans Kelsen, pois a moldura da norma é o ato livre da criação do direito. Segundo Kelsen, “o direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma *moldura* dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação” (Kelsen, 2006, p. 390).

É importante entendermos que existe no ato de aplicar e criar o direito, uma relação tanto de determinação quanto de indeterminação, ou seja, a norma jurídica determina uma moldura, porém o que existe dentro dessa moldura é indeterminado, em outras palavras, é um quadro sem pintura.

A metáfora que Kelsen utiliza em sua obra é perfeita para entendermos esse assunto. Por exemplo, se um juiz determina um mandato de busca e apreensão do veículo de José, tal mandato será feita por um oficial de justiça, porém, cabe ao oficial interpretar a sentença expedida pelo juiz.

Nesse sentido, o oficial de justiça ao interpretar a norma, irá apreender o carro de José, não a moto de Francisco. Portanto, a sentença irá delimitar uma moldura, cuja sentença o oficial não poderá se desdobrar. Ocorre que a determinação nunca é plena, pois sempre há uma indeterminação, ou seja, se o oficial de justiça fizer a apreensão do veículo, não há uma especificação exata da ocorrência da apreensão, se pelo período da manhã ou da tarde.

Cabe ao oficial de justiça, dentro da moldura, encontrar várias possibilidades para executar esse mandato, e caberá somente a ele mesmo sanar tal indeterminação. Nem mesmo Kelsen expõe o que ele entende por interpretação jurídica, ele apenas afirma em seu texto que é um processo mental, então concluo que, a interpretação jurídica só pode ser a fixação dessa moldura:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar

e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem (Kelsen, 2006, p. 390).

Fica bem claro, que se existem várias possibilidades dentro da moldura, então não é possível dizer que a interpretação de uma lei leva necessariamente apenas uma solução correta, muito pelo contrário, existem soluções, sendo todas corretas. Pois, toda solução estando dentro da moldura, pode-se considerar juridicamente como solução válida. Enquanto que se essa solução estiver fora da moldura, falando juridicamente, podemos, então, considera-la como inválida. Quando dizemos que algo está fundado dentro da lei, significa que está lei está contida dentro da moldura.

Logo, a interpretação das normas jurídicas se revela como um ato de conhecimento, pois, apenas fixar a moldura para desvelar as várias possibilidades de aplicação é uma atitude estritamente cognitiva. A interpretação autêntica, não pode realizar apenas um ato de conhecimento, posto que os órgãos que realizam tal interpretação precisa aplicar o direito e não apenas interpretar as normas jurídicas.

A interpretação autêntica tem por finalidade a criação do direito (uma lei ou uma sentença judicial, por exemplo), ou seja, é necessário optar, entre as várias possibilidades existentes dentro da moldura, uma para ser aplicada. Não é suficiente para a interpretação autêntica, apenas interpretar as normas jurídicas (ato de conhecimento), é necessário realizar um ato de vontade. Este é um aspecto da interpretação realizada pelos órgãos aplicadores do direito: o ato de conhecimento do direito a aplicar combina-se com o ato de vontade¹.

Segundo Kelsen, “a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é *livre*, isto é, realiza-se segundo a livre aplicação do órgão chamado a produzir o ato” (2006, p. 393). Dizemos livre porque não se trata de algo apoiado pelo

¹ Segundo Kelsen: “Norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. (...) Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser” (2006, p. 6); “O ato, cujo sentido é que alguma coisa está ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade. Aquilo que ser torna ordenado, prescrito, representa, *prima facie*, uma conduta humana definida. Quem ordena algo, prescreve, quer que algo deva acontecer. O dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo” (1986, p. 2-3)

direito positivo, e envolve o conhecimento de outras normas, como da moral, justiça e juízos de valor social como o bem comum.

E é justamente a existência do ato de vontade que vai diferenciar a interpretação realizada pelo órgão aplicador do direito de toda e qualquer outra interpretação, como a interpretação não-autêntica realizada pela ciência jurídica.

É atributo da interpretação não-autêntica efetuada pela ciência jurídica, não criar o direito, não fazendo-se importante a realização do de vontade. Por conseguinte, Kelsen cita que, “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas” (2006, p. 395), ou seja, só é efetuado o ato de conhecimento.

Kelsen quer tornar o direito em ciência. Não devemos olvidar que a *Teoria Pura do Direito* é o nome de um projeto, não apenas de um livro. A intenção de Kelsen é construir uma teoria puramente descritiva, uma teoria livre de ideologias. Como é citado em seu livro, com suas próprias palavras:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou deve ele ser feito. *É ciência do direito e não política do direito* (Kelsen, 2006, p. 1, grifo nosso).

Kelsen quer fazer ciência do direito, ele quer apenas descrever o direito, e, o máximo que tal metodologia descritiva permite, é fixar a moldura para o conhecimento das várias possibilidades de aplicação. Sua teoria tem a intenção de ser descritiva, e não normativa. Os juristas dos dias de hoje, não querem apenas fixar a moldura e desvelar as várias possibilidades de aplicação, eles querem entender qual a possibilidade de adotar de forma racional, jurídica e válida, ou seja, os juristas desejam uma teoria normativa, e não somente descritiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As interpretações jurídicas observadas por Hans Kelsen, são de grande importância para a nossa sociedade. Torna-se cada vez mais necessária uma teoria que busque limitar tal interpretação, em virtude de sua abrangência do espaço de interpretação que existe. E nesse sentido, a teoria Pura do Direito de Kelsen, sobre a moldura interpretativa, representa um bom início.

Porém ainda há muito o que ser feito para a retomada de Kelsen em sua teoria. Todavia, é necessário fazermos releituras críticas de sua teoria. Hans Kelsen, apresenta uma visão de interpretação, aportada num sistema hierárquico ou escalonado de normas, cuja norma superior retrata uma moldura a ser preenchida pelo aplicador do direito, por meio de uma operação lógica no progredir daquela para a norma inferior.

Neste procedimento de aplicação concorrem na doutrina kelseniana o elemento cognoscitivo e o volitivo, de modo que, por meio de conhecimento obtém-se as possibilidades dadas pela moldura da norma superior e por meio de um ato de vontade o órgão aplicador opta por uma dentre as várias possibilidades ou até pode escolher outra fora da moldura.

No processo da constante determinação ou especificação, subjaz da doutrina Kelsiana alguns elementos que servem de limite à atividade interpretativa, sendo num primeiro momento a norma a aplicar que fornece a moldura ou quadro, do qual o ato aplicador do direito pode corresponder a uma das possibilidades contidas dentro da moldura.

Para Kelsen o interprete ou aplicador do direito, quando preenche tal moldura deve-se ater a expressão textual da norma ou na vontade presumida do legislador, ou seja, ele atribui igual valor a estes elementos que orientam a atividade hermenêutica.

Em síntese, o Direito evolui através das interpretações, a exemplo temos a Jurisprudência dos Tribunais e a doutrina, onde há divergências de posições, que exprime em diversas ideologias na sociedade, porém, contribui significativamente para o avanço do Direito e para a busca da justiça. O Direito recebe influências das mais variadas raízes ideológicas para que a sua evolução ocorra, podendo almejar a busca pela equidade, em um caso concreto interpretação mais adequada.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1995.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: SafE, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.