

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO

Frederico Augusto Leopoldino Koehler

Juiz Federal / 2ª Vara - PE

Sumário: 1. Introdução; 2. A interpretação na Teoria Pura do Direito; 2.1. Interpretação autêntica e não autêntica; 2.2. Indeterminação relativa do ato de aplicação do Direito; 2.3. A moldura interpretativa kelseniana; 2.4. O papel da doutrina na interpretação e a natureza do ato interpretativo do cientista do Direito; 3. críticas pontuais à visão kelseniana de interpretação; 3.1. O processo de cognição como ato ideológico do intérprete; 3.1.1. A impossibilidade de uma neutralidade pura do cientista do Direito; 3.1.2. A interação necessária entre a norma superior e o intérprete autêntico na formação de uma moldura maleável; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Um estudo sobre Kelsen, após décadas de debates e discussões em todos os centros jurídicos acerca de sua obra, pode parecer extemporâneo, haja vista a superação da teoria pura do direito por outras teorias mais modernas. Porém, essa primeira impressão é derrubada pelo fato de o assunto de que trataremos nesse trabalho, a hermenêutica na Teoria Pura do Direito¹, ser praticamente inexplorado pelos doutrinadores. Embora só esse fato já bastasse como justificativa para o presente estudo, acrescente-se a isso a grande importância e atualidade do capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, onde Kelsen discorre sobre a interpretação das normas jurídicas.

¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387-397.

Contrariando o perfil legalista e conservador atribuído a ele pela maior parte dos juristas, Kelsen criou uma teoria da interpretação que estava, de certo modo, à frente do seu tempo. É isso que demonstraremos na primeira parte desse artigo, onde a teoria da interpretação jurídica kelseniana será apresentada em seus pontos principais.

Após, faremos nossa crítica, baseada nos modernos avanços da Hermenêutica Jurídica e combateremos alguns aspectos da interpretação kelseniana, visando a remodelar algumas das valiosas criações do gênio de Kelsen, como, por exemplo, a “moldura interpretativa”. No final, será explicitado o benefício dessa releitura das figuras criadas pelo mestre vienês para a evolução jurídica e para a própria vida do direito.

Com isso objetivamos demonstrar a mudança ocorrida no modo como se portam os aplicadores-intérpretes do direito e contribuir com novas idéias para esse campo importantíssimo da área jurídica, que é a interpretação normativa.

2. A INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO

Nessa primeira parte deste estudo, será elaborada uma descrição sintética do pensamento de Kelsen acerca do assunto em pauta, a fim de que se possa esboçar um quadro ilustrativo do significado da interpretação na Teoria Pura do Direito.

2.1. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA E NÃO-AUTÊNTICA

Hans Kelsen define: “*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*”.² Essa progressão se dá sempre que ocorre a aplicação do Direito, ou seja, no momento em que se cria norma inferior, limitada formalmente e materialmente por uma norma de grau superior (a criação de uma norma especial-inferior é sempre aplicação de uma norma geral-superior). Esse instante de criação-aplicação do Direito protagonizado pelo legislador ou juiz, vem sempre acompanhado da interpretação, quer ele ocorra no ápice da pirâmide normativa (como por exemplo, na interpretação de norma constitucional) ou numa escala inferior (por exemplo, no momento de prolação da sentença).

² Idem, p. 387.

Também os indivíduos, que devem portar-se de acordo com a lei, precisam compreender e, portanto determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas. Do mesmo modo os doutrinadores que descrevem um direito positivo, têm de interpretar normas jurídicas.

Daí infere-se a distinção entre duas espécies de interpretação do Direito: aquela que é realizada pelo órgão que o aplica e a outra que é realizada não por um órgão jurídico, mas sim, por um cidadão, e, especialmente, pela ciência jurídica. A primeira denomina-se interpretação autêntica, é dotada de obrigatoriedade e é criadora de direito, sendo, portanto, fonte formal do Direito; a segunda denomina-se não-autêntica, não é obrigatória e não cria direito, sendo fonte material do Direito.

2.2. INDETERMINAÇÃO RELATIVA DO ATO DE APLICAÇÃO DO DIREITO

A norma superior determina ou vincula a norma inferior de duas maneiras: a) formalmente, pois diz qual o processo que deve ser seguido para a produção da norma inferior; b) materialmente, quando determina o conteúdo sobre o que pode tratar a norma inferior, ou proíbe-lhe que regule uma determinada matéria. Essa determinação, porém, não é completa. A norma superior, não podendo regular totalmente o ato inferior, funciona como um quadro ou moldura, dentro do qual está a esfera de ação da norma inferior.

A indeterminação da norma superior pode ser intencional, ou seja, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar. Exemplo: quando, na norma penal, deixa-se a opção ao juiz de aplicar pena de reclusão ou multa.

A indeterminação do ato jurídico pode também ser consequência não-intencional da própria constituição da norma jurídica a ser aplicada pelo ato em questão. Isso corre quando há uma discrepância entre a *mens legislatoris* e a linguagem por ele utilizada. Exemplo: duas normas contradizentes contidas na mesma lei.

Em qualquer dos dois casos de indeterminação, é o aplicador do direito, através de um ato voluntarístico, que escolhe, por meio do livre convencimento motivado, qual será a alternativa que será aplicada e tornar-se-á direito positivo.

2.3. A MOLDURA INTERPRETATIVA KELSENIANA

A moldura interpretativa é a maior criação do pensamento kelseniano nessa matéria e foi elaborada para solucionar os casos de indeterminação das leis.

Segundo Kelsen, “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 desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.³

Kelsen considera que a norma superior forma uma moldura determinante de um campo de ação para a norma inferior, onde há várias possibilidades legais de aplicação do direito. Pode-se visualizar a moldura como uma figura geométrica, dentro da qual cabe ao órgão aplicador do direito escolher dentro das possibilidades oferecidas previamente pela norma superior.

E como é estabelecida claramente a moldura? Ela é determinada através de um ato objetivo do órgão aplicador, com a finalidade de conhecer a moldura e as alternativas que lhe são oferecidas. Só posteriormente, no momento de escolher qual dos caminhos a seguir e transformar a escolha em direito positivo, é que o intérprete realizaria um ato voluntarístico de caráter subjetivo.

Em suma: num primeiro momento, o intérprete manter-se-ia neutro, realizando um ato meramente cognoscitivo (desprovido de vontade) para conhecer a moldura e as possibilidades de sua ação. Posteriormente, através de uma volição, o intérprete escolheria qual o caminho a seguir e aplicaria o direito. Nas palavras do mestre vienês: “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 aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através da mesma interpretação cognoscitiva”.⁴

Esse é o duro golpe que Kelsen desfere na teoria tradicional da interpretação. Esta afirma que o aplicador do direito, através de um ato puramente intelectual, esclarece o significado correto da norma, que é unívoco. Kelsen, como já vimos, defende a idéia de pluralidade de opções, dentre as quais o jurista escolhe uma, de acordo com a sua vontade objetivada através de um processo de motivação racional. Não há um critério de direito positivo a disciplinar qual seja a escolha certa a fazer. Isso porque “todos os métodos de interpretação até o presente elaborado, conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”.⁵ Daí se

³ Idem, p. 390.

⁴ Idem, 394.

⁵ Idem, 392.

extraí que a escolha entre as alternativas é feita de acordo com um critério político-subjetivo, sem caber à ciência do direito analisar qual dentre as soluções intramolduradas escolher, já que todas são logicamente possíveis.

2.4. O PAPEL DA DOCTRINA NA INTERPRETAÇÃO E A NATUREZA DO ATO INTERPRETATIVO DO CIENTISTA DO DIREITO

A posição de Hans Kelsen a respeito do papel do cientista do Direito é baseada na sua distinção entre interpretação autêntica e não-autêntica, pois qualifica o estudioso do Direito como um intérprete não-criador de direitos. Por outro ângulo de visão, o mestre austríaco atribui à doutrina o dever de absoluta neutralidade, devendo o pesquisador ser totalmente imparcial, limitando-se a interpretar objetivamente a norma através de um ato de inteligência racional.

A concepção kelseniana de neutralidade do cientista do Direito é expressa na passagem transcrita a seguir: “*A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas*”.⁶ Em outro trecho, Kelsen explica que o estudioso do Direito é intérprete não-criador do Direito, por realizar interpretação não-autêntica: “*A interpretação jurídico-positiva 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*”.⁷

Portanto, pode-se esboçar um modelo kelseniano para o cientista do Direito: é o indivíduo que realiza interpretação não-autêntica ou não-criadora de direito, através de atos meramente cognoscitivos de caráter objetivo e imparcial; aliás, esse arquétipo ideal de cientista neutro se encaixa com perfeição na “busca de pureza” objetivada pela Teoria Pura do Direito.

3. CRÍTICAS PONTUAIS À VISÃO KELSENIANA DE INTERPRETAÇÃO

Nessa parte do artigo, exporemos críticas acerca de pontos determinados da interpretação na Teoria Pura do Direito, com fito de contribuir para o seu aperfeiçoamento.

⁶ Idem, 395.

⁷ Idem, p. 395-396.

3.1. O PROCESSO DE COGNIÇÃO COMO ATO IDEOLÓGICO DO INTÉRPRETE

Todas as nossas críticas à teoria da interpretação baseiam-se na nossa concepção do ato intelectual (ato através do qual conhecemos as coisas), que é diferente da concepção kelseniana. Segundo Kelsen, o ato cognoscitivo tem um caráter de objetividade e sua função é “determinar” as coisas, sem interferência do agente. Equivale a uma apreensão objetiva da coisa examinada.

Em nossa opinião, não só o ato voluntarístico, mas também o ato intelectual, está impregnado de ideologia (significando aqui um conjunto de idéias, crenças, valores, etc. que forma a cultura de cada indivíduo), pois ela acompanha o homem desde o instante em que nasce até o momento de sua morte.

Quando o sujeito realiza um ato de cognição, imprime, nos espaços axiológicos indeterminados ou lacunosos do objeto a conhecer, a sua ideologia. Isso ocorre principalmente nos objetos *construídos* pelo homem, em contraposição aos objetos *dados* pela natureza, pois o *construído* possui uma finalidade de ser, que é um valor, e por isso suscetível de invasão da ideologia do ser cognoscente. Tobias Barreto já dizia que o Direito não é produto do céu, mas sim da criação da cultura humana; ele *é enquanto deve-ser*, isto é, o Direito é uma realidade ontológica, mas com uma finalidade deontológica.

Porém, o que mais contribui para transformar as normas jurídicas em terreno propício ao ataque ideológico é o seu meio de expressão: a linguagem. A linguagem é formada de *signos*, que são realidades bifásicas formadas por um *indicador ou significante* (situado no plano da expressão; como um som, grafia ou gesto) e por um *indicado ou significado* (constituído pela situação significativa)⁸. Quando o significante não tem um significado bem definido, ocorre a chamada *vaguidade*; quando o significante possui vários significados, ocorre o caso de *ambigüidade*.

A linguagem jurídica está repleta de termos vagos e ambíguos, o que causa debates acerca do significado correto de cada palavra. Todos os conceitos têm uma certa fluidez, não havendo conceitos prontos, acabados e imutáveis. Esse é o postulado primacial da Hermenêutica moderna. Veja-se, por exemplo, o artigo 121 do Código Penal Brasileiro⁹, considerado como um dos tipos mais fechados do nosso ordenamento. Esse é considerado um tipo hermético, onde é

⁸ Ver: CARNAP, Rudolf. *Introducción a la semática*. Cuadernos de Epistemología, Buenos Aires: Facultad de Filosofía e Letras, 1965.

⁹ Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

necessária a interpretação e onde o significado dos conceitos é pacífico. Mas o que significa o indicador *matar*? Significa apenas morte cerebral, ou também morte cardíaca e respiratória? E o significado de *alguém*? Compreende apenas o ser humano nascido ou também o nascituro? É claro que a Jurisprudência e a doutrina adotam um entendimento dominante, pois se não fosse assim reinaria o caos; mas isso só ocorreu após discussões e é sempre possível haver mudança desses significados. A interpretação contribui para a atualização do direito vigente com os mais diversos matizes ideológicos.

Pode-se concluir essa parte com as palavras de Warat: “*A pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais*”.¹⁰

3.1.1. A IMPOSSIBILIDADE DE UMA NEUTRALIDADE PURA DO CIENTISTA DO DIREITO

Da argumentação exposta, segue que a concepção de Kelsen sobre o caráter e o papel do estudioso do Direito não pode ser aceita. Como já foi visto anteriormente, Kelsen defende que o cientista deve ter o caráter de absoluta neutralidade perante o Direito, e que seu papel é o de determinar cognoscitivamente as possíveis interpretações da norma superior.

De fato, seria muito bom se a realidade fosse simples e modelada conforme o ideal de imparcialidade kelseniano. Porém, o ser humano não é uma máquina; a sua mente é um feixe axiológico onde se integram os valores que formam a ideologia do indivíduo.

O papel do cientista do Direito não é apenas interpretar o direito positivo para “conhecer” a moldura da norma, como se fosse um mero comentador de Códigos e legislação; ele deve também contribuir para a formação de novos significados dos termos indeterminados das normas. A norma não deve ser estudada como uma estrutura mumificada; o signo normativo não é imutável, pois, apesar do significante permanecer o mesmo, o significado muda continuamente, num *élan* evolutivo incessante. Como exemplo disso, pode-se citar o Código Comercial Brasileiro de 1850, que continuava a se exteriorizar da mesma forma, mas cujo sentido vinha evoluindo ininterruptamente até o momento de sua revogação. Em terminologia semiótica, o significante (a norma legal) permaneceu

¹⁰ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 47.

enquanto o significado foi alterado com o passar do tempo, seja através da evolução da doutrina, seja através da Jurisprudência.

Raimundo Falcão afirma a imprescindibilidade da interpretação para a evolução do Direito: *“O Direito, ou qualquer outro objeto cultural, sem a abordagem do intérprete, isto é, sem o sendo da interpretação, é paralisia, é estagnação. (...) A própria interpretação já feita também é paralisia e estagnação. Outra interpretação que se faça, do mesmo objeto cultural – inclusive a interpretação de interpretação anteriormente feita –, é sempre nova apreensão de sentido, é sempre uma nova interpretação, que pode até coincidir com o sentido antes captado, mas não necessariamente, pois o processo espiritual é novo”*.¹¹

3.1.2. A INTERAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE A NORMA SUPERIOR E O INTÉRPRETE AUTÊNTICO NA FORMAÇÃO DE UMA MOLDURA MALLEÁVEL

Nesse ponto será analisada a relação que ocorre entre o aplicador-criador do Direito, isto é, o intérprete autêntico, e a norma superior. Conforme já foi visto, Kelsen separa a interpretação autêntica em dois momentos: a) determinação objetiva, por meio de um ato cognoscitivo, da moldura prevista na norma superior; b) escolha subjetiva, por meio de um ato de vontade, de um das possíveis opções apresentadas pela norma superior para transformação em direito positivo.

Haveria, segundo Kelsen, portanto, envolvimento subjetivo aplicador-criador do Direito no ato de interpretação normativo, mas esse liame intimista entre intérprete e norma superior ocorreria apenas no segundo momento, ou seja, no instante de opção volitiva do intérprete. O primeiro momento seria apenas de caráter objetivo, onde não caberia falar de vontade do intérprete, mantendo-se ele neutro perante a norma superior.

Em nossa concepção, em todo o percurso do processo de interpretação está sempre presente a ideologia do indivíduo, pois todo ato interpretativo é oriundo de um ser humano (um órgão, como um Tribunal, por exemplo, interpreta, mas somente através dos atos dos indivíduos que o constituem), e *“onde está o homem, está a interpretação”*.¹² Isso acontece sempre, mas é mais

¹¹ FALCÃO, Raimundo. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 147.

¹² Idem, *ibidem*.

visível naquelas normas com conceitos vagos, ou onde haja termos imprecisos, ou expressões ambíguas. Veja-se, por exemplo, quantas interpretações há para uma expressão como a *função social da propriedade*? As interpretações das variam à medida em que diferem as ideologias de cada indivíduo, podendo, no caso da função social da propriedade, a expressão ser tanto objeto de interpretações de cunho social, como interpretações liberais.

A enorme diversidade da Jurisprudência sobre a interpretação do significado de uma lei, ou de um artigo, ou mesmo de uma simples palavra demonstra a grande variedade de interpretações que podem ocorrer sobre um mesmo objeto, a depender da ideologia e do conjunto de crenças de cada intérprete.

Entendemos, portanto, que o juiz, quando interpreta e julga, não é neutro perante a norma superior; ele interpreta a norma de acordo com sua ideologia e suas crenças. É importante perceber que mesmo que não faça isso intencionalmente, o intérprete sempre usa suas idéias quando julga. Até no caso do intérprete ser partidário da imparcialidade do aplicador do Direito, ele já estará aí usando de sua própria ideologia para julgar.

Cada intérprete dá à moldura um significado especial. Isso nos leva à conclusão de que a moldura (que é, na verdade, o *significado* ou *indicado* da norma superior) não está rigidamente determinada pela norma superior. A moldura interpretativa (ou o significado da norma) é mutável e é dotada de um certo grau de flexibilidade. É claro que essa elasticidade da moldura não é infinita, pois há limites ao ato interpretativo do aplicador. Se o juiz não tivesse seu arbítrio limitado (como querem os adeptos das Escolas Realistas), então não haveria a segurança jurídica necessária ao convívio social. Deve-se ter cuidado para não se cometer nenhum dos dois erros: a) defender a rigidez absoluta da moldura; b) acreditar que não há limites à influência da vontade do intérprete na formação da moldura.

Em suma: a moldura interpretativa tem um grau médio de fluidez que permite ao Direito uma evolução permanente no *significado* (real sentido da lei) das normas sem precisar ocorrer a modificação a todo o instante do *significante* (por exemplo: a letra da lei), observando-se sempre os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

4. CONCLUSÃO

A interpretação na Teoria Pura do Direito foi analisada e ficou patente a engenhosidade com que foi elaborada pelo mestre Hans Kelsen, que criticou as doutrinas tradicionais e fez sua teoria para substituí-las, obtendo grande êxito. Ele criou uma bela teoria, que se for devidamente atualizada e remodelada de

acordo com os modernos avanços da hermenêutica, pode ser aplicada com ótimos resultados no cotidiano jurídico da interpretação.

Das críticas que fizemos extraímos algumas conclusões:

- a) Não só os atos de vontade, mas também os atos intelectivos, estão impregnados do subjetivismo e da ideologia do intérprete;
- b) Todo ato de interpretação, seja do intérprete autêntico ou não-autêntico, é um ato de caráter ideológico. Daí deduz-se que o ato de interpretação do cientista do Direito também está preenchido de ideologia, restando prejudicada a concepção kelseniana da neutralidade pura ou pureza científica do cientista do Direito;
- c) A moldura interpretativa não é determinada objetivamente pela norma superior. É imprescindível a interação da ideologia do intérprete com a norma superior para a formação da moldura. Daí deduz-se que a moldura não pode ser rígida e hermética, sendo maleável e aberta;
- d) O Direito evolui permanentemente através dos atos contínuos de interpretação e como prova disto temos a Jurisprudência dos Tribunais e a doutrina, onde há sempre várias posições contrapostas, que refletem diferentes ideologias vigentes na sociedade, e contribuem enormemente para o avanço do Direito e para a busca da justiça.

Finalmente, queremos enfatizar a importância de uma moldura maleável e flexível para a evolução do Direito e para a concretização da justiça. Devido à maleabilidade da moldura interpretativa, o Direito pode receber contribuições dos mais diferentes matizes ideológicos para o seu processo de permanente evolução e pode aspirar a uma verdadeira busca da equidade, aplicando-se ao caso concreto a interpretação possível mais apropriada.

5. BIBLIOGRAFIA

LIVROS

CARCOVA, Carlos M. *La idea de ideología en la Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Coop. De Derecho y C. Sociales, 1973.

- CARNAP, Rudolf. *Introducción a la semântica*. Cuadernos de Epistemologia. Buenos Aires: Faculdade de Filosofia e Letras da Universidade de Buenos Aires, 1965.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FALCÃO, Raimundo. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MIRANDA FREIRE, Carlos C. *Influência da Doutrina Jurídica nas Decisões Judiciais*. João Pessoa: União, 1977.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed. Aumentada. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1995.

REVISTAS

- SILVEIRA, José Néri da. *A função do juiz*. AJURIS. Porto Alegre a.19, n.54, mar.1992, p. 40-52.

