

A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS SEGUNDO HANS KELSEN – UM GUIA CRÍTICO

Guilherme M. Martins¹

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de investigar o tema da interpretação das normas jurídicas na ótica de Hans Kelsen, apresentando também seus pontos positivos e negativos.

Palavras-chave: Hans Kelsen; interpretação jurídica; teoria pura do direito.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente o tema da interpretação é um dos principais paradigmas intelectuais dos estudos jurídicos. Grandes teóricos do direito, como Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin, possuem influência nos debates jusfilosóficos atuais graças as suas observações sobre a interpretação do direito. Mas e Hans Kelsen? Ele possui influência no debate atual sobre o tema?

Hans Kelsen dedicou ao tema da interpretação das normas jurídicas o último capítulo do livro *O Conceito de Direito*. Em um primeiro momento, chama a atenção o número de páginas que Kelsen reservou ao tema: somente 10 páginas.² Obviamente, até mesmo por uma questão de espaço, as conclusões apresentadas nessas páginas estão longe do atual estado da questão – hoje, não discutimos somente a interpretação das normas jurídicas (objetivo de Kelsen), mas também o papel dos princípios e dos precedentes na interpretação, as teorias da argumentação jurídica, interpretação constitucional... Portanto, a pergunta acima deve ser respondida com um *não* – Kelsen não influenciou o debate atual sobre o tema.

¹ Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio). Professor nos cursos de pós-graduação lato sensu em Direito Público Avançado da PUC-Minas (polo Juiz de Fora/MG) e da EBRADI – Escola Brasileira de Direito. Professor nos cursos de graduação em Direito da Rede de Ensino Doctum e do Centro Universitário Estácio. E-mail para contato: guilherme.madeira@gmail.com.

² Conforme a última edição brasileira (2006, p. 387-397).

Mas o objetivo deste artigo é responder outra pergunta: Kelsen *deve* influenciar o debate atual sobre o tema?

Para responder essa pergunta é necessário, antes, apresentar qual é a concepção de interpretação jurídica para Hans Kelsen; só assim poderemos entender seus pontos positivos e negativos e responder a pergunta de forma minimamente satisfatória.

2. A INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA E A NÃO-AUTÊNTICA

O primeiro ponto a ser observado quando se busca compreender a interpretação das normas jurídicas segundo Hans Kelsen é a distinção entre duas formas de interpretação – a interpretação autêntica e a interpretação não-autêntica. É de fundamental importância ter sempre em mente essa distinção ao ler o capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, pois nem sempre Kelsen deixa claro sobre qual forma de interpretação ele está tratando.

A distinção entre ambas é simples. A interpretação autêntica é aquela realizada pelo órgão jurídico que deve aplicar o direito, como, por exemplo, o juiz que interpreta uma norma jurídica para elaborar uma sentença ou o legislador que interpreta a Constituição para editar uma lei ordinária. Já a interpretação não-autêntica é aquela realizada por quem não tem que aplicar o direito, como, por exemplo, um indivíduo que interpreta uma norma jurídica para descobrir qual é a conduta exigida pelo direito ou – especialmente, diz Kelsen – a interpretação realizada pela ciência do direito³ (Kelsen, 2006, p. 387-388).

Da simples distinção acima já é possível apontar algumas questões: (1) para Kelsen, interpretar o direito e aplicar o direito são dois atos distintos; tanto aqueles que realizam interpretação autêntica quanto os que realizam interpretação não-autêntica precisam interpretar as normas jurídicas, mas o que diferencia as duas é o fato de que somente a primeira aplica (ou cria) o direito. (2) E, além disso, quando Kelsen utiliza o juiz e o legislador como exemplos de quem realiza a interpretação autêntica, parece que ele está equiparando o ato jurisdicional com o ato legislativo.⁴

³ A interpretação jurídica realizada pela ciência do direito será analisada no decorrer do artigo.

⁴ Há um motivo para Kelsen realizar essa equiparação, que será apresentada e criticada no decorrer do artigo.

Quando, portanto, Kelsen apresenta um (esboço) de conceito de interpretação logo nas primeiras linhas do capítulo VIII, deve-se atentar para o dato que o que é apresentado é referente somente à 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; grifo nosso).

Como é demonstrado pelas palavras grifadas na citação acima, essas observações são válidas somente para a atividade da interpretação autêntica, pois são observações válidas somente em um contexto bem específico: quando o direito é aplicado; e a interpretação não-autêntica não aplica o direito. Tal ressalva é necessária para se evitar o erro de acreditar que a citação é um conceito de interpretação jurídica para Kelsen. A citação acima apresenta, sim, algumas observações preliminares sobre o que é o ato de interpretar – uma operação mental que busca fixar o sentido da norma –, válido tanto para a interpretação autêntica quanto pela interpretação não-autêntica⁵, mas que está longe do conceito de interpretação das normas jurídicas para Kelsen, como será demonstrado ao final deste artigo.

A citação acima é utilizada por Kelsen como uma forma de introduzir a exposição da interpretação autêntica. Mas, antes de entrarmos nesse ponto, é necessário entendermos o que Kelsen quis dizer ao escrever que a aplicação de direito acontece no *progredir de um escalão superior para um inferior*, pois facilitará o entendimento da própria interpretação autêntica. E o que Kelsen quis dizer com isso é uma referência direta a sua doutrina da construção escalonada e hierarquizada do ordenamento jurídico. Segundo essa doutrina, as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano; ao contrário, existem normas superiores e normas inferiores, dependendo as normas inferiores das superiores, pois retiram delas seu fundamento de validade. O ordenamento jurídico é composto, portanto, de degraus hierárquicos (ou uma pirâmide, para utilizar uma imagem kelseniana) no qual é possível subir das normas inferiores

⁵ Hans Kelsen utiliza a ideia de interpretação como operação mental que busca fixar o sentido das normas ao discorrer sobre a interpretação não-autêntica realizada por um indivíduo, como se pode perceber na seguinte passagem: “Mas também os indivíduos, que têm – *não de aplicar*, mas – de observar o direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam de compreender e, portanto, de determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas” (Kelsen, 2006, p. 387-388; grifo nosso).

para as normas superiores, até chegar na última norma que dará fundamento de validade à todo ordenamento jurídico: a norma fundamental.⁶

Feitas as observações acima, podemos voltar aos exemplos utilizados por Kelsen ao explicar o que é a interpretação autêntica e averiguar até que ponto a interpretação das normas jurídicas realizada por um legislador ou por um juiz se aproxima da ideia de um *processo de aplicação de direito, no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior*.

Começemos pelo legislador: 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 então um deputado federal recém-eleito, que não tem muito conhecimento sobre como criar uma lei. Ele pode criá-la da forma como bem entender? Obviamente que não; nosso sistema jurídico é complexo ao ponto de adotar procedimentos rigorosos para a criação de leis. Então esse deputado pergunta a um colega do congresso como ele deve proceder para criar uma lei, recebendo como resposta: “Você deve analisar os procedimentos previstos no nossa Constituição, especificamente dispostas a partir do artigo 59, sobre o processo legislativo”. Logo, para criar uma lei, o deputado precisa interpretar o sentido das normas constitucionais atinentes ao processo legislativo, descobrindo quais são os materiais jurídicos que podem ser criados (art. 59), quem possui iniciativa para proposição de leis (art. 61) etc. É nesse sentido que Kelsen afirma que a interpretação das normas jurídicas acompanha o processo de aplicação do direito: pois, para o legislador criar uma norma infraconstitucional, ele precisa antes interpretar e aplicar a Constituição. Como estamos tratando de normas que estão em níveis hierárquicos diferentes (a Constituição é hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais,

⁶ Exposta por Kelsen no capítulo V da *Teoria Pura do Direito* (2006, p. 215-246). Para uma excelente explicação da norma fundamental, recomenda-se o artigo “Teoria da Norma Fundamental”, de Lourival Vilanova (2003, p. 301-340). Sobre a relação entre a norma fundamental e a construção escalonada do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio escreve que: “A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas (...) constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais menos tortuosas, todas as fontes do direito podem remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica” (1995, p. 49).

pois as confere validade), o ato de criação presenciado é um progredir de um escalão superior para um inferior.

Vejam agora o segundo exemplo utilizado por Kelsen, o do juiz ao criar uma sentença judicial: nas suas próprias palavras, “na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial, (...) norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto” (Kelsen, 2006, p. 387). Imaginemos então um juiz que precisa prolatar uma sentença para um caso de homicídio. Ele pode criá-la da forma como bem entender, aplicando a sanção utilizando somente seu discernimento pessoal? Obviamente que não; ele precisa fazer referência à norma jurídica que prescreve a proibição do homicídio – o art. 121 do Código Penal, que prescreve uma pena de reclusão de 6 a 20 anos. Logo, para prolatar a sentença do caso particular, o juiz precisa interpretar o sentido do art. 121 do Código Penal. Aqui, da mesma forma como no exemplo do legislador, a interpretação também está acompanhando um ato de criação no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior – a interpretação do art. 121 acompanha a progressão de um decreto-lei para uma sentença.

Os dois exemplos trabalhados acima tratam especificamente da interpretação autêntica porque em ambos há um ato de aplicação/criação do direito – ora uma lei, ora uma sentença. E esse ato de aplicação/criação do direito possui uma conclusão prática fundamental – sem dúvida um dos pontos altos das observações kelsenianas sobre o tema da interpretação das normas jurídicas: ela é uma relação tanto de determinação quanto de indeterminação. Como pontua Frederick Schauer:

Hans Kelsen observou, acertadamente, que nenhum ato jurídico é completamente determinado pela lei. (...) Como um quadro sem uma imagem – para empregar uma outra observação kelseniana – as normas jurídicas podem determinar os limites da decisão judicial plausível sem determinar precisamente o que deve ser feito dentro desses limites (2002, p. 267).

Segundo 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” (Kelsen, 2006, p. 388). Ou seja, a própria norma jurídica interpretada acaba por determinar o processo em que a norma inferior será posta ou o conteúdo da norma a estabelecer. O legislador, ao criar uma norma jurídica, precisa interpretar as normas atinentes ao processo legislativo dispostos na Constituição; por sua vez, essas normas constitucionais determinam o procedimento

que deverá ser observado pelo legislador para que uma norma infraconstitucional seja considerada válida. A sentença prolatada pelo juiz já possui parte do seu conteúdo determinada pelo art. 121 do Código Penal; como esta dispõe que a pena deve ser de reclusão de 6 a 20 anos, não pode o juiz, por exemplo, considerar o réu inocente, aplicar uma pena menor do que 6 anos ou maior do que 20 anos.

Ocorre, porém, que essa determinação nunca é completa – também existe uma relação de indeterminação, pois “a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada”. As normas constitucionais atinentes ao processo legislativo podem determinar o processo que deverá ser observado para a criação de uma norma infraconstitucional, mas não determina qual deve ser o conteúdo. O art. 121 do Código Penal pode determinar que a pena para os casos de homicídio é entre 6 e 20, mas não determinada qual deve ser exatamente a pena (se 6, 7, 8, (...) 19 ou 20 anos...). Por mais detalhada que seja uma norma jurídica, sempre há que se deixar uma margem de indeterminação.

Segundo Kelsen, essa indeterminação pode ser tanto intencional quanto não-intencional (2006, p. 388-390). Ela será intencional quando for da intenção do órgão que estabeleceu a norma deixar uma pluralidade de determinações a fazer. Tal indeterminação acontece, por exemplo, quando uma norma penal estipula como sanção para uma determinada conduta a prisão ou a multa; foi intenção do legislativo deixar ao juiz a determinação da pena em um caso concreto – caberá ao juiz escolher a pena de prisão ou a pena de multa. Mas a indeterminação também pode ser não-intencional, graças a uma pluralidade de significações nas palavras que a norma exprime (quando o sentido verbal da norma comporta várias interpretações possíveis, como os termos “boa-fé” ou “razoável”)⁷, as antinomias ou na hipótese de discrepância entre o que acreditamos ser a vontade do legislador e aquilo que a norma verbalmente expressa.

Como o ato de aplicação/criação do direito envolve uma relação tanto de determinação quanto de indeterminação, Kelsen afirma que

sempre [tem] 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 (2006, p. 388).

⁷ As formas como a pluralidade de significações de uma palavra ou uma seqüência de palavras acabam influenciando a interpretação do direito são expostas por H. L. A. Hart – com a teoria da textura aberta da linguagem – na obra *O Conceito de Direito* (2009, p. 161-200); para uma exposição detalhada e crítica, recomenda-se a obra *Direito e Linguagem*, de Noel Struchiner (2002).

A teoria da moldura é outro ponto importante das observações kelsenianas, e deve ser tratado em um apartado próprio.

3. A MOLDURA INTERPRETATIVA – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO ATO DE CONHECIMENTO OU COMO ATO DE VONTADE?

Não faz diferença se a indeterminação for intencional ou não-intencional – sempre se oferecem várias possibilidades à aplicação jurídica. Nas palavras de Kelsen, “o direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação” (Kelsen, 2006, p. 390). Existe no ato de aplicação/criação do direito uma relação tanto de determinação quanto de indeterminação – ou seja, a norma jurídica determina uma moldura, mas o que existe dentro desta moldura é indeterminado – é um quadro sem uma pintura.

A metáfora que Kelsen utiliza é perfeita. Imaginemos uma sentença judicial que determina que o carro de José deva ser apreendido. Tal sentença será executada por um oficial de justiça. Portanto, para saber qual ato ele deverá executar, o oficial de justiça terá que interpretar a sentença. Ao interpretá-la, ela vai determinar esse ato de execução – o oficial de justiça deve apreender o carro do José, não a moto do Francisco; portanto, a sentença vai delimitar uma moldura, a qual o oficial de justiça não pode esquivar. Ocorre que a determinação nunca é completa; sempre há indeterminação: se o oficial de justiça vai proceder à apreensão no período da manhã ou da tarde, não é especificado pela sentença. Dentro da moldura o oficial de justiça encontra várias possibilidades de execução, e caberá somente a ele próprio acabar com tal indeterminação.

Se, até este momento, Kelsen não expõe o que ele entende por interpretação jurídica, afirmando somente que é um processo mental, agora temos condições de afirmar – interpretação jurídica somente 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).

É um conceito simples, sem dúvida; mas que ilumina vários pontos da interpretação jurídica, como: se existem várias possibilidades dentro da moldura, então não é possível afirmar que a interpretação de uma lei leva necessariamente a uma única

solução correta; ao contrário, existem várias soluções. Todas as soluções que estiverem *dentro* da moldura são soluções juridicamente *válidas*; enquanto soluções que estiverem *fora* da moldura são juridicamente *inválidas*. Quando afirmamos que algo está fundado na lei, isso significa que ele está contido dentro da moldura ou quadro que a norma interpretada representa.

De acordo com tal concepção, a interpretação das normas jurídicas se traduz em um ato de conhecimento, pois somente fixar a moldura para conhecer as várias possibilidades de aplicação é um ato puramente cognitivo. Mas a interpretação autêntica não pode realizar somente um ato de conhecimento, pois os órgãos que realizam tal interpretação precisam aplicar o direito, não somente interpretar as normas jurídicas; a interpretação autêntica visa a criação do direito (uma lei ou uma sentença judicial, por exemplo), ou seja, é necessário escolher, entre as várias possibilidades existentes dentro da moldura, uma para ser aplicada. Não basta, portanto, para a interpretação autêntica, somente interpretar as normas jurídicas (ato de conhecimento), sendo necessário também realizar um ato de vontade.⁸ Essa é uma característica da interpretação realizada pelos órgãos aplicados do direito: o ato de conhecimento do direito a aplicar combina-se com o ato de vontade.⁹

Como se dá esse ato de vontade? Quais são os critérios que o órgão aplicador do direito deve observar para efetuar uma escolha entre as possibilidades de aplicação existentes dentro da moldura? 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; grifo nosso). É livre porque não se

⁸ 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).

⁹ “Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicados do direito, devemos dizer: 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 reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuída na norma jurídica aplicanda” (Kelsen, 2006, p. 394).

trata de algo amparado pelo 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 qualquer outra interpretação, como a interpretação não-autêntica realizada pela ciência jurídica (Kelsen, 2006, p. 394).

6. A INTERPRETAÇÃO REALIZADA PELA CIÊNCIA JURÍDICA

É característica da interpretação não-autêntica realizada pela ciência jurídica não criar o direito, não sendo necessário realizar o ato de vontade. Portanto, afirma Kelsen, “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas” (2006, p. 395), ou seja, só é realizado o ato de conhecimento – só há, efetivamente, interpretação jurídica: fixação da moldura e o conhecimento das várias possibilidades de aplicação. Cabe à ciência do direito apenas expor o direito sem excluir qualquer possibilidade semântica (Sgarbi, 2007, p. 448).

5. A ATUALIDADE DO PENSAMENTO KELSENIANO

Todas as observações expostas acima foram apresentadas por Kelsen no capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito* em somente 10 páginas. Ficam, portanto, as perguntas: por que somente 10 páginas? Por que adotar uma concepção tão limitada de interpretação jurídica, entendida *somente* como a fixação da moldura e o conseqüente conhecimento das várias possibilidades de aplicação? A resposta para tais perguntas é, de certa forma, simples: Kelsen quer fazer ciência do direito. Não podemos esquecer que a *Teoria Pura do Direito* é o nome de um projeto, não somente de um livro. A intenção de Kelsen é construir uma teoria puramente descritiva do direito; uma teoria livre de ideologias, que não é influenciada por questões morais, políticas, econômicas, religiosas etc.¹⁰ Nas 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).

¹⁰ Kelsen não é ingênuo de acreditar que o direito possa existir de forma autônoma à política; ele próprio afirma que o direito é parte da política (2006, p. XI). Isso não é uma contradição ao seu projeto, pois ele quer realizar uma teoria pura do direito, e não uma teoria do direito puro (Sgarbi, 2006). O que é puro é a teoria, não o direito; o direito nunca será puro.

É daí que vem a justificativa para a adoção de uma concepção tão limitada para a interpretação jurídica: Kelsen quer fazer ciência do direito; quer somente descrever o direito, e, no tocante à interpretação das normas jurídicas, o máximo que tal metodologia descritiva permite é fixar a moldura para o conhecimento das várias possibilidades de aplicação. Ir além disso, ou seja, estabelecer critérios sobre como deve ser a escolha entre as várias possibilidades é ultrapassar a barreira do ato de conhecimento e realizar um ato de vontade; é deixar de realizar ciência do direito para adentrar no terreno da política do direito. Por isso Kelsen só escreveu 10 páginas, pois escrever a décima primeira significaria o abandono do seu projeto metodológico. Sua teoria tem a intenção de ser descritiva, e não normativa. Como aponta Adrian Sgarbi:

Nosso autor [Kelsen] reconhece a interpretação que explícita ou apresenta uma “moldura interpretativa”, um espectro de possibilidades de sentido, e não a defesa de um sentido normativo em particular. Exatamente porque no fornecerem-se as possibilidades interpretativas há descrição, uma interpretação dessa extirpe não é prescritiva. Atuar como “cientista”, para Kelsen, é assumir uma postura enunciativa de “relatório” (função “descritiva” da linguagem), não de comando (função “prescritiva”) (2007, p. 446-447).

Claro que tal concepção limitada possui fraquezas, e Kelsen tem conhecimento disso, como fica claro na seguinte passagem, na qual é admitido pelo próprio o fato de que um órgão aplicador do direito também pode produzir uma norma que não se encontra dentro da moldura:

A propósito importa notar que, pela vi da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades relevadas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (Kelsen, 2006, p. 394).

Tal fraqueza é um dos motivos que levam ao descrédito das observações kelsenianas sobre a interpretação das normas jurídicas¹¹; e foi muito aproveitada pelas teorias da argumentação jurídica, como a de Robert Alexy. Afinal de contas, os juristas não querem somente fixar a moldura e descobrir as possibilidades de aplicação existentes; eles querem saber qual possibilidade adotar, e como fazer isso de forma racionalmente (e juridicamente) válida. Em outras palavras: querem uma teoria normativa, e não somente descritiva. Para preencher essa vazia surgiram as teoria da

¹¹ Uma compilação das críticas realizadas à Kelsen e suas observações sobre a interpretação do direito podem ser encontrados na obra *Jurisdicción y Normas*, de Juan Ruiz Manero (1990, p. 30-37).

argumentação jurídica, que criticam aqueles que, como Kelsen, “acreditam que as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade” (Atienza, 2003, p. 22).

Apesar dessas críticas e fraquezas, as observações de Kelsen quanto à interpretação jurídica não podem ser esquecidas; ao contrário, nos dias de hoje a teoria do direito parece precisar de Kelsen. Entre a importância de Kelsen para a teoria do direito hoje, é importante ressaltar como ele desmistificou a tese clássica de que o ato de interpretação é um ato de puro conhecimento e não de criação do direito. Nem mesmo uma teoria da argumentação jurídica como a de Robert Alexy conseguir esconder que a interpretação do direito possui uma inegável dimensão política, sendo, mesmo que não arbitrária, um ato puro de vontade. Tal ponto fica evidente em sede de jurisdição constitucional; conforme aponta Elival da Silva Ramos:

A criatividade inerente à interpretação normativa permite que nele se vislumbre algo de político, como, superlativamente, já fizera Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*. Essa dimensão política avulta consideravelmente, pelas razões já vistas, no âmbito da jurisdição constitucional, não apenas pela natureza intrinsecamente política das normas da Lei maior, mas, principalmente, pela amplitude do espaço de interpretação em que se move o exegeta, no que pertence às normas paramétricas (2010, p. 452).

Tendo em vista tais questões, que tornam necessário pensar em limites para a interpretação concretizadora, a teoria de Kelsen e a noção de “moldura interpretativa” se mostra fundamental. Atualmente começa a ganhar força, principalmente em sede constitucional, uma teoria que poder beneficiada pelas teorias kelsenianas: a distinção interpretação-construção da norma jurídica.

Tal distinção foi inicialmente desenvolvida por Keith E. Whittington (1999; 2001) e atualmente recebe atenção de alguns estudiosos¹². Em linhas gerais, a distinção se dá da seguinte forma: o papel da interpretação é reconhecer ou descobrir o sentido lingüístico de um texto normativo. Interpretar um contrato é, portanto, uma atividade simples: é somente reconhecer o conteúdo lingüístico ou semântico das palavras presentes no texto. No contexto da interpretação da Constituição o enfoque é o mesmo: reconhecer o conteúdo lingüístico ou semântico das palavras e frases presente no texto constitucional. Já a construção é dar efeito jurídico ao conteúdo semântico de um texto normativo. Quando um tribunal atua no sentido de construir uma norma, o que ele faz é traduzir o conteúdo semântico do texto constitucional em conteúdo jurídico de uma doutrina constitucional (é retirar uma norma de um texto constitucional). O importante

¹² Cita-se, como exemplos, Lawrence B. Solum (2010) e McGinnis & Rappaport (2009).

dessa distinção é perceber que o conteúdo da interpretação pode não coincidir com o conteúdo da construção. Quando um tribunal faz jurisdição constitucional, e muitas vezes o faz de termos vagos ou princípios jurídicos (igualmente vagos), a construção da norma na maior parte dos casos vai além do que está presente no texto constitucional. Não há como esconder que a construção da norma, principalmente no caso das normas constitucionais, há ato de vontade; há política do direito, como demonstra Keith E. Whittington (2001, p. 1-19). Nesses casos, há de se pensar em limites para essa construção – e aqui a “moldura interpretativa” de Kelsen pode desempenhar um papel interessante.

6. CONCLUSÃO

Após as considerações apresentadas, a pergunta feita na introdução – Kelsen *deve* influenciar o debate atual sobre o tema? – deve receber como resposta um *sim*. As observações de Kelsen sobre a interpretação jurídica são importantes e não podem ser esquecidas. Pela amplitude do espaço de interpretação que há, torna-se cada vez mais necessário alguma teoria que busque limitar tal interpretação. E nesse ponto, a teoria de Kelsen sobre a moldura interpretativa pode representar um bom começo. É claro que ainda há muito a ser feito para uma retomada de Kelsen na teoria do direito, mas ao menos novas leituras críticas de sua teoria são necessárias. Cabe à teoria do direito desenvolver tais pontos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

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.

MANERO, Juan Ruiz. *Jurisdicción y Normas*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

MCGINNIS, John O; RAPPAPORT, Michael B. “Original Methods Originalism: a new theory of interpretation and the case against construction”. In: NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW, vol. 103, n° 02, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil – Perspectivas de Evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHAUER, Frederick. “The Dilemma of Ignorance: PGA Tour, Inc. v. Casey Martin”. In: SUPREME COURT REVIEW, vol. 2001 (2002). p. 267- 297.

SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen – Ensaio introdutório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito – Primeiras Lições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOLUM, Lawrence B. “The Interpretation-Construction Distinction”. In: CONSTITUTIONAL COMMENTARY, vol. 95, 2010.

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem – uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation*. Kansas: University press of Kansas, 1999.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Construction*. Oxford: Oxford University press, 2001.