

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

Beatriz Braga da Silva¹

Orientador: Rafael Simioni²

Resumo: Esta pesquisa procura refletir sobre a interpretação jurídica na teoria pura do direito de Hans Kelsen, explicitando suas principais distinções e refletindo também sobre os avanços das teorias da argumentação jurídica que a ela se sucederam. Apesar da sua concepção rigorosamente neopositivista, as contribuições de Kelsen para a interpretação jurídica foram tão importantes que até hoje, no pós-positivismo jurídico, pode-se observar o reflexo do conceito de moldura interpretativa do direito, especialmente enquanto o principal problema para a determinação dos critérios das respostas corretas do direito.

Palavras-chave: Interpretação jurídica; Neopositivismo lógico; Argumentação jurídica. Teoria pura do Direito; Hans Kelsen.

Abstract: This research tries to reflect the legal interpretation of the pure theory of law that's Hans Kelsen talk about. He explains its main distinctions and also the reflection in the progress of the theories of legal argumentation that succeeded. Despite their strict neo-positivist conception, his contributions in the legal interpretation were so important, that after the legal positivism, everyone can observe the reflection of the conception of interpretive framework of law. Especially as the main problem for the determination the criterion of the correct answers of the law.

Keywords: Legal Interpretation; Neo-positivism logical; legal argument. Pure theory of Law; Hans Kelsen.

1 Introdução

Hans Kelsen foi um teórico do direito com um pensamento bastante sofisticado. O seu trânsito em outras áreas do conhecimento e a sua participação no Círculo de Viena – formado por físicos, matemáticos, psicólogos, filósofos, lingüistas e sociólogos – colocaram o pensamento de Kelsen em um nível muito mais abrangente do que, em sua época, poderia se conhecer sob o nome de ciência do direito.

¹ Acadêmica do 4º ano e integrante do programa de iniciação científica da Faculdade de Direito do Sul de Minas

² Pós-Doutor em Teoria do Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, Professor do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Se até Kelsen a questão do direito estava sempre oscilando entre mais razão prática ou mais razão teórica – ou na linguagem dos juristas da época: mais segurança formal ou mais justiça material –, depois da teoria pura do direito essa questão ficou endereçada para fora do direito, como uma questão de filosofia prática – e que hoje volta a ser introduzida pelas concepções jurídicas reunidas sob o nome de pós-positivismo.

Diante da disputa entre razão prática (mais justiça material) e razão teórica (mais segurança formal), Kelsen introduz uma distinção importante entre direito como normas jurídicas (questões de dever-ser, questões de correção normativa) e ciência do direito (questões de ser, questões de verdade), tecendo assim um cordão de isolamento cognitivo entre as questões de justiça material e as questões de verdade científica a respeito das proposições jurídicas.

E desse modo, Kelsen vai colocar-se à margem também da disputa entre as recomendações interpretativas do direito, por um lado, com base nas concepções psicológicas (querer e reconhecimento) da vontade do legislador ou da lei e, por outro, com base nas concepções sociológicas dos fatores sociais causais (interesses) dessa vontade do legislador ou da lei.

Esse cenário da situação da ciência do direito da época também tinha um ambiente societal favorável à teoria pura do direito. Isso porque, entre as duas guerras mundiais, muitas coisas mudaram na forma de organização da sociedade. Conflitos trabalhistas, problemas tecnológicos e, especialmente, a concepção do Estado de Bem-Estar Social, exigiram do direito uma capacidade de transformação e adaptação muito rápida às sempre novas políticas públicas do Estado.

Tornou-se necessário um direito ao mesmo tempo seguro, previsível e modificável. Um direito capaz de dar conta da complexidade daquela sociedade que já não se organizava mais segundo estratos ou classes sociais. Um direito ligado à idéia de Estado. Um direito capaz de continuar a desempenhar a sua função de ordenação das condutas sociais e, ao mesmo tempo, de servir como instrumento das políticas públicas do Estado de Bem-Estar Social. Para isso, foi imprescindível separar o direito da moral, da ética e da justiça. A validade do direito passa a repousar no próprio direito – no fundamento limite: a norma fundamental. E assim o direito ganha, de Kelsen, uma estrutura formal e uma organização normativa bastante funcional para as exigências sociais da época.

Por trás de toda essa série de motivações políticas, econômicas, históricas e sociais, está uma concepção de ciência rigorosamente metódica. Trata-se do neopositivismo lógico da segunda fase do Círculo de Viena. Uma concepção de ciência como forma de conhecimento verdadeiro, oposta a qualquer tipo de metafísica, como era, no caso do direito, a concepção jusnaturalista do Direito Natural. Com base nessa concepção neopositivista de ciência, Kelsen vai procurar fundar uma ciência genuinamente jurídica, isto é, uma ciência do direito diferenciada da sociologia, da filosofia e da política jurídica. Para tanto, o objeto dessa ciência não vai ser os fatos sociais (como na sociologia positivista da época), nem os fatos psíquicos (como na psicologia positivista da época), tampouco as finalidades (como na política da época), mas sim as normas – mais especificamente: a linguagem das normas. Uma ciência, portanto, lingüístico-normativa, que procura explicar o sentido das proposições jurídicas e as relações lógico-sintáticas que elas estabelecem umas com as outras.

Diante desse cenário – que é extremamente complexo e que aqui nós o apresentamos de modo simplificado, para fins didáticos – torna-se importante entender as motivações da concepção de interpretação jurídica na teoria pura do direito de Hans Kelsen.

No que segue, essa investigação objetiva explicitar a concepção de interpretação jurídica na teoria pura do direito de Kelsen, demonstrando a sofisticação do seu pensamento para sinalizar não só o fato de que a sua estratégia teórica é muito mais avançada do que a do positivismo clássico da Escola da Exegese do Século XIX, mas principalmente para refletir sobre os avanços que as atuais teorias da argumentação jurídica, denominadas pós-positivistas, realizaram em relação aos problemas da interpretação jurídica de Kelsen.

Para serem atingidos esses resultados, essa pesquisa segue um método analítico de descrição das distinções kelsenianas entre interpretação autêntica e inautêntica, texto de lei e norma jurídica, proposição normativa e proposição científica, dentre outras. E em um segundo momento, a pesquisa procurará refletir também sobre a importância prática dessa concepção nos dias atuais, demonstrando a medida dos avanços realizados pelas teorias contemporâneas da argumentação jurídica, que ainda são, de certo modo, tributárias das reflexões da teoria pura do direito, especialmente do conceito do moldura e do problema da justificação da escolha de uma, dentre as várias, possibilidades de interpretação da norma jurídica.

1 A interpretação como explicitação do sentido da norma jurídica

Apesar do que muitos pensam, Kelsen não é um positivista clássico, visto que não adota nem as concepções positivistas psicológicas, tampouco as sociológicas da sua época acerca do direito. Seguindo os aportes do neopositivismo lógico da primeira fase analítico-sintática do Círculo de Viena, Kelsen procura conceber o direito como norma.

Para se alcançar a pureza dentro da teoria, foi necessário excluir do direito tudo que não se referia à norma jurídica positivada. Então Kelsen separou o direito da ciência do direito através da relação entre linguagem (norma jurídica) e metalinguagem (ciência do direito). Como se sabe o direito é a norma jurídica, e a ciência do direito procura estudar justamente essa norma jurídica.

Encontramos então a relação do ser e do dever-ser; a norma é um dever-ser por se referir a deveres, determinando o que deve ser realizado ou não, já a ciência do direito é um ser, pois se baseia na verdade ou falsidade do sentido das normas, ou seja, verdade ou falsidade acerca desses deveres.

Analisando o nível normativo, em que há necessidade de diferenciar as normas jurídicas das demais (sociais e naturais), percebe-se que há um dever objetivo e outro subjetivo. O dever objetivo é o único que é norma jurídica, visto independe de reconhecimento subjetivo de alguém, pois seu fundamento é hierarquicamente superior, logo válido para todos. O dever subjetivamente válido, que pode mudar de pessoa a pessoa, não é expresso por normas jurídicas e sim por normas da moral, ética, justiça entre outros.

Assim, proposições jurídicas descrevem o sentido das normas jurídicas presentes nos textos legais ou outras fontes admitidas pelo Direito; já as proposições das ciências sociais buscam observar quais as causas que determinam as condutas sociais.

Importante ressaltar que norma e proposição jurídica não tem o mesmo significado, visto que a primeira só pode ser válida ou inválida e a proposição jurídica falsa ou verdadeira, dentro do sentido normativo.

Com isso Kelsen consegue distinguir as normas jurídicas de outras normas, constituindo uma fundamentação lógica e formal do fenômeno jurídico.

Apesar dessas considerações, a questão da validade da norma jurídica deve ser discutida. Anteriormente as normas eram fundamentadas ou em Deus, ou na natureza ou qualquer outro tipo de fundamento transcendente. Mas para conseguir um teoria pura, Kelsen precisou limitar a validade do direito dentro do próprio direito, afirmando que existem normas hierarquicamente superiores e pré-existentes. A essa norma hierarquicamente superior foi dado o nome de norma fundamental, que é puramente ideal e hipotética, sendo criada para por fim ao paradoxo de validade da norma jurídica.

Por ocorrer uma margem de indeterminação entre os elementos da lei e o sentido da norma jurídica, Hans Kelsen vai afirmar que a interpretação é uma operação discricionária, em que o intérprete escolhe o sentido desejado da norma jurídica dentro do ordenamento jurídico. Dessa forma, Kelsen introduz o conceito de moldura em sua teoria. Tornando a interpretação nada mais do que uma operação lógico-sintática que parte das normas hierarquicamente superiores para as inferiores, sendo então um ato de conhecimento e aplicação do Direito.

Essa moldura é previamente traçada dentro do ordenamento jurídico e o intérprete deve escolher um dos sentidos possíveis, apresentado pela moldura, para aplicar a norma jurídica.

Mas a interpretação de uma norma jurídica sempre deve estar de acordo com a interpretação de uma norma hierarquicamente superior. Apenas dessa forma estará correta sua interpretação, pois apesar da sempre presente margem de discricionariedade nos diversos sentidos possíveis da norma jurídica, respeitando a norma hierarquicamente superior e mantendo-se dentro da moldura de sentidos do direito, a interpretação estará correta do ponto de vista jurídico (Kelsen, 2006, p. 387).

Importante ressaltar o problema de como saber o que está dentro ou não da moldura, se aquilo que foi escolhido é válido ou não. Kelsen soluciona o problema afirmando que apenas através da argumentação será possível justificar entre as várias possibilidades, a escolha de uma. Daí a importância da argumentação também na concepção normativista de Kelsen.

Com isso, é possível afirmar que não existe uma única resposta correta no direito, pois a decisão jurídica admite várias possibilidades, porém todas restritas à moldura do direito. E o que for escolhido dentro da moldura, será dito como correto. Há portanto uma

discrecionabilidade, uma margem de escolha sempre possível na interpretação. E a escolha por um ou outro sentido igualmente possível do direito já não se trata mais de uma questão jurídica, e sim de uma questão moral, ética, política.

Kelsen leva em conta também as possíveis indeterminações dentro da lei, podendo ser intencionais ou não. Aquelas ditas intencionais resultam da intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar (Kelsen, 2006, p. 389), disponibilizando varias possibilidades de aplicação da norma, por não ser possível prever com exatidão todas as relações sociais que ela pretende atingir. Já as não intencionais ocorrem devido a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante varias significações possíveis.

Essas indeterminações possibilitam varias interpretações, possibilitam uma margem de discrecionabilidade aos intérpretes do direito. Por isso a idéia de moldura do direito mostra-se tão importante e necessária nessa teoria. Já que a linguagem sempre admite diversas interpretações, sempre disponibiliza área aberta de determinação de sentido, a interpretação jurídica também sempre está diante da necessidade de se decidir por uma interpretação entre as varias possibilidades apresentadas.

2 Interpretação autêntica e inautêntica

Para Kelsen (2006, p. 388), “existem duas espécies de interpretação que devem ser distintas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”. A primeira forma de interpretação é a autêntica. A segunda, a inautêntica.

Entre essas duas formas de interpretação não ocorre um juízo de valor pela teoria pura do direito, já que uma não é mais importante que a outra. A questão é que a autêntica vincula, porque é a interpretação realizada pelos órgãos que detêm a competência ou a atribuição para aplicar o direito. Enquanto que a interpretação inautêntica não tem poder de vinculação, pois são as interpretações propostas pelos advogados, pela doutrina ou pela ciência jurídica em geral.

Para Kelsen (2006, p. 394), interpretação autêntica é aquela realizada na decisão jurídica, ou seja, normativa. É aquela que escolhe, entre as possibilidades da moldura do direito, apenas uma, produzindo, dessa forma, direito, criando normas individuais a partir de normas abstratas e gerais. Por esse motivo, apenas órgãos competentes podem tomar decisões jurídicas validas.

Por outro lado, a interpretação inautêntica é aquela realizada pela ciência do direito e pelos destinatários do direito, sendo simplesmente descritiva. A inautêntica não possui poder de vinculação. Quando um advogado propõem uma interpretação do direito para o caso do seu cliente, essa interpretação não vincula a decisão jurídica. Apenas se apresenta como uma descrição que pode ou não ser adotada pelo juiz que prolatará a sentença. Assim também com as interpretações científicas. A doutrina jurídica propõem interpretações que podem ou não ser adotadas pelas decisões jurídicas. Mas em qualquer caso, a interpretação inautêntica não vincula.

Pode-se afirmar que o critério utilizado para distinguir a interpretação autêntica da inautêntica é a competência, já que a interpretação autêntica é aquela realizada apenas pelos órgãos jurídicos, vinculando seus destinatários. Enquanto que a inautêntica é realizada pelos destinatários do direito, não produzindo nenhuma forma de vinculação.

E como observado acima, não há uma relação de importância maior entre uma e outra. Pois a interpretação inautêntica mostra-se tão importante quanto a autêntica, na medida em que somente ela pode apontar as diversas possibilidades de sentido da norma jurídica, indicando até mesmo aqueles sentidos politicamente indesejáveis. Com isso, não se limita apenas aos sentidos convenientes, apontando também os considerados indesejáveis, auxiliando tanto o órgão legislador, quanto o aplicador do direito. A interpretação inautêntica demonstra que há uma pluralidade inevitável de significações, fazendo com que os operadores do direito reduzam as possibilidades de interpretação em vista da chamada segurança jurídica, ou pelo menos a priorize.

Kelsen justifica essa distinção entre interpretações partindo do principio que dentro da norma jurídica sempre há possibilidades de determinação do sentido. De um lado encontra-se a interpretação inautêntica que não tem força vinculante, porém aponta as diversas possibilidades de interpretação. Do outro lado, temos a interpretação autêntica, que entre os

diversos sentidos existentes escolhe um, decide. Assim, Kelsen tenta racionalizar o exercício autocrático dos tribunais.

3 O problema da resposta correta no direito

Como já foi observado anteriormente, a moldura do direito trás varias possibilidades de sentido para a norma jurídica, cabendo ao órgão jurídico escolher a que acredita ser correta, sendo que apenas por meio da argumentação se poderá provar que a interpretação escolhida é a certa.

Para Kelsen, a decisão jurídica admite varias possibilidades de interpretação, mas todas elas restritas à moldura do direito. A apenas o que foi escolhido dentro daquele caso será dito como correto. Logo, existe a chamada discricionariiedade, não existindo uma única resposta correta dentro do direito.

Nessa perspectiva, o decisor não escolhe apenas a interpretação mais adequada ao caso, não apenas declara o direito, ele constitui direito. Visto que o juiz não é a boca da lei, sua decisão não é meramente de aplicação mecânica da lei, já que ao escolher entre os vários sentidos possíveis dentro da moldura do direito, ele cria direito.

Essa decisão só pode ocorrer mediante a narrativa dos fatos, e esses fatos admitem diversas interpretações, das quais o decisor precisará escolher apenas uma. E ao escolher, essa decisão já está a se igualar a uma decisão constitutiva do sentido jurídico dos fatos. Já que sua escolha afirma também a realidade dos fatos.

Apesar das descrições acima apresentadas, se a decisão escolher um dos sentidos possíveis, mas que esta fora da moldura do direito, então não poderá ser considerada como juridicamente correta. Pois para ser juridicamente correta, a interpretação correta deve ser realizada tanto pelo órgão que detém a competência para tanto, como também a escolha do sentido deve estar dentro da moldura, isto é, deve ser uma escolha entre os múltiplos sentidos ofertados pelo ordenamento jurídico. A interpretação de uma norma conduz a vários sentidos possíveis, logo a decisão jurídica depara-se com varias soluções igualmente validas e possíveis juridicamente, impedindo o ideal de apenas uma resposta correta dentro do direito.

Uma decisão é juridicamente correta quando estiver fundada dentro da serie escalonada que vai das normas superiores até as inferiores, ou seja, só estará correta quando esta contida dentro da moldura do ordenamento jurídico. Então o decisor deverá escolher,

entre as diversas possibilidades, apenas uma, para poder constituir a norma individual de determinado caso concreto.

Mas a questão está no fato de qual o critério utilizado para escolher, entre as interpretações possíveis, apenas uma. Segundo Kelsen, esses critérios não são jurídicos, são políticos, econômicos ou meramente subjetivos e até mesmo arbitrários, visto que não há nenhum critério jurídico capaz de definir qual das soluções disponibilizadas pela moldura do direito deverá prevalecer para o caso concreto específico (Kelsen, 2006, p. 393):

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 a 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.

Então essa escolha é subjetiva, derivada de um ato mais ou menos arbitrário. Mas desde que o sentido normativo escolhido esteja dentro da moldura do direito, a interpretação pode ser avaliada como juridicamente correta.

4 A interpretação depois de kelsen: o pós-positivismo jurídico

Como já discutido, Kelsen desenvolve a sua teoria em um nível puramente analítico-formal, não levando em conta valores éticos, princípios morais, nem mesmo ideais de justiça, já que para ele essas questões materiais não podem ser verificados nem tão pouco confirmadas cientificamente. E é esse cenário que motiva o surgimento do pós-positivismo jurídico, que procura resgatar, por meio da argumentação jurídica, todas essas questões materiais afastadas como questões não-jurídicas por Kelsen.

O pós-positivismo procura responder a pergunta pelo como decidir com justiça, correção moral ou em consonância com os valores éticos e políticos de uma determinada comunidade. O pós-positivismo procura a superação do conhecimento convencional, reintroduzindo em sua teoria a idéia de justiça, bem como a de legitimidade material. Procura resgatar para dentro do direito os valores e os princípios morais, tentando reaproximar a ética e Direito.

Somente depois de Kelsen nós podemos falar de uma genuína ciência do direito. Os impactos da Teoria Pura do Direito foram enormes sobre o modo de se conceber o acontecimento jurídico. As suas influências se estenderam por todo o direito do mundo ocidental até nossos dias. Isso porque a Teoria Pura, além de constituir uma rigorosa linguagem descritiva e uma funcional sistematização do fenômeno jurídico, prestou uma importante – e sem precedentes – contribuição ao direito da sociedade do Século XX, qual seja, a explicitação dos critérios de validade de um direito dinâmico, capaz de se adaptar às constantes e cada vez mais velozes transformações sociais.

Antes de Kelsen, o paradigma jurídico dominante era a metafísica jusnaturalista. Tanto a Escola da Exegese quanto a Escola Histórica, a Jurisprudência dos Conceitos, a Jurisprudência dos Interesses e também o movimento do Direito Livre, apresentavam recomendações normativas que oscilavam entre mais razão prática ou mais razão teórica – segundo o esquema de Kant – mas dentro de uma única concepção de direito: um direito que partia da distinção entre direito positivo e direito natural, cujo fundamento da própria distinção era metafísico, transcendente ao direito mesmo, imputado a um nível ideal, denotado por meio da idéia de uma justiça imutável, categórica. Tratava-se, portanto, de uma idéia de direito imutável temporal e espacialmente. A idéia de um direito estático, que enxergava o direito no texto das leis (Exegese), na consuetude do espírito do povo (Histórica), nos interesses juridicamente protegidos (Jurisprudência dos Interesses) ou na consciência subjetiva do justo pelo julgador (Direito Livre).

Kelsen introduz a dinâmica no direito. Explicitou e fundamentou o processo de criação, modificação e derrogação jurídica do direito válido. Ele desbancou a Escola da Exegese ao traçar uma distinção importante entre o texto da lei e o sentido da norma jurídica. Também distinguiu o direito da ciência do direito, superando a Jurisprudência dos Conceitos. Elegeu como unidade analítica a norma jurídica, colocando a Jurisprudência dos Interesses no lugar da sociologia do direito. E por meio da idéia de ordenamento jurídico e da sua fundamentação lógico-formal, estruturou um sistema simbólico de referência para as operações de interpretação e decisão jurídica que destronou a idéia, até então em voga não só no movimento do Direito Livre, de que a consciência do juiz era a própria materialização do ideal de justiça.

Antes de Kelsen, a decisão jurídica era nada mais que um resultado da aplicação do direito legislado. Eventuais injustiças materiais cometidas pelas decisões jurídicas poderiam

ser atribuídas àquela fantástica idéia da vontade do legislador. A decisão poderia ser péssima, mas a culpa pelos resultados desastrosos da decisão jurídica já estava desculpada pela própria concepção mecânica de aplicação do direito: culpa da lei, não do decisor. A idéia era a de que o juiz nada mais fazia do que aplicar a lei. O juiz era como um super-herói da liga da justiça, que só fazia o mal quando não tinha outra alternativa senão aplicar a lei feita não por ele, mas pelo legislador.

Contradizendo toda essa concepção romântica da decisão, Kelsen afirma que a decisão jurídica – o ato de criação da norma individual – é um ato de vontade do decisor, um ato de poder. A decisão jurídica é uma criação de direito e não uma mera aplicação. A decisão decide criando a norma individual a partir daquela moldura abstrata e dinamicamente ampla de possibilidades diferentes de decisão. E mais do que isso, a decisão não apenas cria o direito, ela cria também os fatos. A faticidade que é apresentada no âmbito de um processo judicial não passa de uma narrativa para preencher o suporte fático da incidência da norma jurídica. E do mesmo modo que a decisão precisa escolher um dentre os vários sentidos possíveis disponibilizados pela moldura do direito, ela também precisa escolher um dentre os vários sentidos possíveis disponibilizados pelas diversas narrativas dos fatos apresentados pelos participantes de um processo judicial.

Se a decisão é um ato de vontade, um ato de poder, então o juiz se torna responsável pelas decisões que toma. A culpa pelos erros já não pode mais ser atribuída à vontade do legislador. O decisor do direito se torna responsável pela continuidade do processo de criação do direito. De um super-herói, o juiz passa a ser um ser humano mortal, comum, suscetível, como todos, às influências ideológicas da política, da moral, da religião, da história, da cultura etc. E principalmente: passa a ser submetido à crítica. A decisão já não é mais a vontade de Deus, nem é denotação da idéia grega de perfeição da natureza, tampouco é expressão da aplicação mecânica da lei, da vontade do legislador ou do espírito comunitário do povo. A decisão é decisão. É uma escolha entre alternativas que, sem a decisão, seriam igualmente possíveis. É uma escolha voluntária – e por isso responsável – de um único sentido normativo para criar uma norma individual ao caso concreto a partir dos vários sentidos normativos possíveis disponibilizados pelo ordenamento jurídico como um todo.

As contribuições de Kelsen para uma teoria da decisão jurídica também podem ser observadas no aspecto da lógica de dedução normativa. Antes de Kelsen – e até hoje se vê isso nos manuais de sentença –, a aplicação do direito era entendida como um mero processo

lógico de dedução da conclusão a partir da conjunção de uma premissa maior com uma premissa menor. Trata-se do velho silogismo aristotélico, muito caro ao Iluminismo e presente em todas as operações de justificação normativa do direito positivo clássico. Só que desde Hume, e com mais razão depois de Kant, se sabe que de um juízo de realidade (verdade epistêmica) não se pode deduzir um juízo normativo (validade deontológica). E o silogismo aristotélico não é um silogismo normativo, é um silogismo puramente teórico. Kelsen observa isso em sua obra póstuma, a Teoria Geral das Normas. E desse modo ele pode afirmar, contra toda tradição silogística da decisão jurídica, que de uma norma geral não se pode deduzir, logicamente, uma norma individual, já que é impossível o silogismo formal sobre juízos normativos, que são juízos de valor, que são atos de vontade, os quais determinam o sentido normativo da norma individual somente por analogia – não por lógica – aos diversos sentidos disponibilizados pela moldura do ordenamento jurídico.

O decisor se torna agora responsável por sua decisão. Kelsen demonstra a existência de uma margem possivelmente ampla de discricionariedade na operação de decisão jurídica. E sustenta também que é uma ilusão continuar a acreditar, como até então se acreditava, que somente existe uma única resposta correta no direito e que o juiz nada mais faz que aplicá-la. Kelsen deixa claro que se deve procurar sempre reduzir essas margens de indeterminação do sentido da lei para garantir a segurança jurídica. Mas não há uma segurança absoluta, matemática, pois entre o sentido da norma jurídica geral e abstrata e o sentido do fato nela previsto sempre há uma operação de subsunção analógica que exige decisão, exige escolha, exige um ato de vontade, e como tal pode agora ser criticado.

Outra contribuição importante da Teoria Pura para uma teoria da decisão jurídica está na identificação entre Estado, direito e sociedades (Rocha, 2001, p. 69). Isso porque tanto o Estado quanto as pessoas físicas e jurídicas passam a ser entendidas, na metalinguagem da norma, como esquema de interpretação do mundo, como âmbitos de validade normativa. Essa concepção supera a discussão jusnaturalista que acreditava que o Estado era antecedido pelo direito ou que o direito era antecedido pelo Estado. Estado, direito e sociedade passam a ser reciprocamente constitutivos.

Poder-se-iam apontar também outras inúmeras contribuições da Teoria Pura para a Teoria do Estado (Kelsen, 1938), para a Teoria Política, para a Teoria da Democracia e da jurisdição constitucional (Kelsen, 2000), para a Epistemologia Jurídica, para o Direito Internacional (Kelsen, 1965), além de soluções específicas para problemas históricos da

operacionalidade prática do direito, como a questão das lacunas, das contradições etc. Mas queremos também destacar os principais problemas e deficiências da Teoria Pura no tocante à questão da interpretação, argumentação e decisão jurídica.

Considerações finais

Existem muitas críticas ao pensamento de Kelsen. Podemos até afirmar que existem críticas demais, muitas delas carentes de fundamento. Claro que os textos de Kelsen são de difícil compreensão, especialmente porque seu pensamento percorre vários referenciais teóricos, de matrizes filosóficas diferentes, como é o caso mais evidente do neopositivismo lógico do Círculo de Viena e do neokantismo de Marburgo. Sem uma compreensão prévia desses pressupostos teóricos fica quase impossível acompanhar o sentido das distinções fundamentais da teoria, como por exemplo, as distinções básicas entre texto legal e norma jurídica, direito e ciência do direito, validade objetiva e subjetiva, além de outras. Tratam-se de planos lingüísticos diferentes, carregados de pressupostos teóricos, sem os quais essas distinções fundamentais podem passar despercebidas (Raz, 2009, p. 293).

Um olhar mais atento, contudo, permite reduzir bastante o rol de críticas realizadas contra a Teoria Pura e permite que nos concentremos nos problemas mais importantes da teoria no que tange à decisão jurídica. E nós podemos especificar essa crítica em um problema teórico, muito comum à idéia de ciência da época, que é o problema da autoimplicação (recursividade) da teoria.

A teoria pura pretendeu descrever o direito. Mas exatamente ao descrever o direito, ela também o constituiu. Prova disso é que o direito não é mais o mesmo depois de Kelsen. E isso prova também como a linguagem descritiva da ciência é constitutiva do seu objeto. Ao especificar um conceito jurídico, a teoria pura já estava ao mesmo tempo edificando uma realidade simbólica que é tão real quanto o sentido – igualmente simbólico – do mundo que vemos com os nossos olhos. Ao traçar as distinções que traçou, a teoria pura já estava construindo um novo tipo de direito e não meramente revelando ou representando algo que já existia. Com o seu rigor lógico e perfeição formal, a Teoria Pura não percebeu que estava fundamentando-se a si mesma ao fundamentar a realidade genuinamente normativa do direito, como também não percebeu que suas decisões conceituais também foram discricionárias, contingentes, tal como são discricionárias as decisões jurídicas explicitadas por meio do conceito de interpretação autêntica ou de ato voluntário de criação do sentido da norma individual.

A pretensão descritiva da teoria é inevitavelmente normativa. E isso é um paradoxo, que foi observado por Norberto Bobbio – mas também não resolvido por ele –, segundo o qual a teoria prescreve normativamente a descrição de normas (Bobbio,1995). Quer dizer, a teoria pura recomenda, normativamente, que ela mesma seja descritiva (Bobbio, 1999, p. 22). Mas se ela prescreve isso, ela já não é mais pura descrição. Uma explicação mais sofisticada e clara disso foi apresentada por Rocha, segundo o qual a metalinguagem da ciência sobre a linguagem das normas é um ideal que não pode ser atingido (Rocha, 2001, p. 73). A metalinguagem “pura” da ciência sobre a linguagem “contaminada” das normas só pode ser uma operação seletiva, estritamente formal, que não dá conta de toda a realidade do direito e mais: a própria metalinguagem já cria uma imagem, um imaginário simbólico, que influencia a própria dinâmica lingüística do nível das normas. A linguagem científica também é, paradoxalmente, uma forma de contaminação do sentido das normas jurídicas.

Em outras palavras, a linguagem descritiva da ciência influencia a constituição do sentido da linguagem normativa do direito, ao mesmo tempo em que é por ela influenciada. Há uma relação circular entre os dois níveis lingüísticos. As proposições jurídicas da ciência do direito influenciam e são influenciadas pelo sentido das normas jurídicas. Hoje nós sabemos que não tem mais cabimento a distinção entre sujeito e objeto do conhecimento. A linguagem da ciência (sujeito) fica tão assujeitada ao seu objeto (normas jurídicas) quanto o objeto fica objetificado pelo seu sujeito. A relação é circular, uma relação de autoimplicação, uma auto-referência que demonstra o quão constitutiva da realidade do seu objeto é uma pretensão, como a de Kelsen, de uma ciência rigorosamente pura e estritamente descritiva da realidade do direito (Kelsen, 1997 e 1969).

E isso, por si só, desmonta a pretensão de pureza da teoria. Pois se ela é inevitavelmente e simultaneamente constituída e constitutiva do seu objeto, a Teoria Pura nada mais é que uma descrição que se descreve a si mesma, quer dizer, uma autologia. Uma autodescrição que pressupõe uma auto-referência ao direito e, ao mesmo tempo, uma hetero-referência à sociedade como um todo. E isso significa o paradoxo de que a unidade pura da teoria só é possível em razão da sua referência comunicativa a uma multiplicidade contaminada de sentidos políticos, morais, econômicos, científicos, religiosos etc. Simplesmente ao distinguir o direito da política, por exemplo, a teoria já está realizando uma pretensão de poder. Ao distinguir o direito da moral, a teoria já está praticando uma decisão que pode ser julgada como moralmente boa ou má. E ao distinguir o direito, como normas de dever-ser, das leis da natureza, como regras de causalidade sobre o ser, a teoria já está praticando uma decisão

científica que pode ser julgada como verdadeira ou falsa. Ou seja, a teoria pura é tão contaminada pelas diversas formas de comunicação da sociedade quanto o seu objeto: as normas jurídicas. A própria teoria pura precisaria de uma meta-teoria pura se não fosse a função puramente teórico-gnoseológica da norma fundamental.

Mas que conseqüências essa falta de consciência da própria recursividade da teoria produz sobre a idéia de decisão jurídica? Uma teoria incapaz de lidar com sua própria recursividade não tem condições de controlar as relações entre as decisões jurídicas, referidas às normas do direito, e as demais referências comunicativas possíveis. A teoria pura do direito realizou distinções entre direito e moral, direito e natureza, direito e política. Mas posto que as decisões jurídicas encontram-se, inevitavelmente, assujeitadas a todas essas possíveis influências exteriores ao direito (ideologias), Kelsen só pôde concluir que a decisão é o resultado de um ato de vontade e que a escolha da decisão que vai prevalecer em um caso concreto é uma escolha que segue critérios estranhos ao direito, normalmente critérios morais ou políticos.

A teoria pura então não tem outra alternativa senão afastar do seu campo de organização conceitual toda essa complexa realidade que transborda na decisão jurídica. Veja-se que ela não fecha os olhos para a complicada relação que existe entre direito e sociedade, mas ela não tem como organizar/controlar essa relação. Porque se ela estabelecesse referências à sociedade, já não seria mais uma teoria pura. O seu objeto puramente ideal – a norma jurídica – já estaria contaminado pelos demais sentidos político, moral, econômico etc. que caracterizam a policontextualidade da sociedade moderna.

A teoria pura tem como isolar-se em seu âmbito cognitivo de todas essas influências estranhas ao seu objeto puramente ideal, ela tem como isolar-se de todas essas contaminações que pululam nas diversas formas de comunicação da sociedade. Mas ela não tem como blindar a decisão jurídica de toda essa ideologia, que ela prefere ver como questões estranhas ao direito, mas que são muito importantes, especialmente hoje, no contexto dos ideais de um Estado Democrático de Direito.

Existe aqui uma dificuldade enorme. É muito difícil manter o ideal de pureza científico-metodológica do direito estabelecendo relações com a sociedade (Rocha,1998, p. 89-100). Isso porque há um paradoxo nessa relação, que bloqueia qualquer possibilidade de desenvolvimento científico nos padrões metodológicos da época. O paradoxo está no fato de

que, ao se construir um script teórico apto para observar as complexas relações entre direito e sociedade, uma teoria do direito já não se distinguira mais de uma sociologia do direito. E exatamente a necessidade de se renunciar à sociologia do direito para fundar uma ciência pura do direito foi um dos motivos que impulsionaram o trabalho de Kelsen.

Esse paradoxo, contudo, foi resolvido de modo criativo. Diante da alternativa paradoxal entre, de um lado, sociologizar a teoria do direito comprometendo a sua pureza ou, de outro, teorizar de modo puramente jurídico a sociologia comprometendo as relações do direito com a sociedade, a solução veio mesmo através de um salto para fora do paradoxo, através da convocação de uma nova referência comunicativa, através da introdução de um valor até então estranho à teoria do direito: a teoria da argumentação jurídica, cujo terreno já estava preparado pela própria teoria da interpretação jurídica de Kelsen, como acima observado.

Através do estabelecimento de uma teoria da argumentação jurídica, a teoria do direito conseguiu conciliar os ideais de pureza metodológica da ciência do direito com o estabelecimento de relações com a sociedade – naturalmente, de modo bastante seletivo. Desse modo, as teorias da argumentação jurídica permitiram continuar a trabalhar o direito como um conjunto de normas jurídicas, mantendo intacta a estrutura interna da estática e da dinâmica do sistema jurídico. Isso porque as teorias da argumentação concentraram em seu âmbito disciplinar todas as questões que dizem respeito aos contatos do direito com a realidade da sociedade. Em outros termos, o sistema jurídico manteve-se intacto em sua operacionalidade lógica interna, porque agora, todas as questões que dizem respeito às influências externas podem ser endereçadas à argumentação jurídica. Aqueles critérios políticos ou morais, que Kelsen afastou cientificamente do direito, agora podem ser trabalhados no âmbito das teorias da argumentação jurídica, sem comprometer – sem “contaminar” – a identidade da ciência do direito com o objeto da sociologia jurídica. Precisamente porque sobre a argumentação jurídica não há normas jurídicas, senão apenas razões práticas.

Ainda presa à distinção kantiana entre razão teórica e razão prática, a teoria do direito conquistou a possibilidade de avançar sobre – mas não superar – o formalismo da teoria pura (que era pura razão teórica) mediante a convocação de questões de razão prática. De modo geral, nós vemos na segunda metade do século XX a tentativa de se estabelecer um equilíbrio entre o normativismo analítico-formal da Teoria Pura e a necessidade de justificação política, moral, ética etc. das decisões jurídicas, no pano de fundo das exigências de justificação das

próprias políticas públicas do Estado de Bem-Estar Social e das emergentes concepções de democracia. Por meio do controle seletivo dos temas políticos, morais, sociais etc. pelas teorias da argumentação jurídica, aquele espaço não marcado pela forma teórico-analítica da Teoria Pura foi preenchido com uma razão prática. Exatamente o espaço não marcado, quer dizer, o espaço da discricionariedade da vontade subjetiva do decisor, foi preenchido pelas recomendações práticas das teorias da argumentação jurídica.

Mas essas teorias da argumentação jurídica não superaram o normativismo analítico de Kelsen. Tanto que a concepção generalizada era a de que somente nos casos difíceis, isto é, nos casos que não encontravam uma solução unívoca da lei, é que seria necessário à decisão jurídica recorrer aos métodos recomendados pelas teorias da argumentação, como são os famosos juízos de ponderação de bens, de valores e de princípios, como também a construção ideal de uma lógica de razoabilidade ou de equidade para justificar decisões. Todos esses recursos metodológicos, contudo, nada mais eram que próteses teóricas que deveriam ser utilizadas apenas nos casos de ocorrência, do ponto de vista dos mesmos pressupostos analíticos do normativismo de Kelsen, de mais que uma única resposta jurídica possível.

Queremos com isso deixar claro que essas teorias da argumentação jurídica que surgiram na segunda metade do século XX não superaram o normativismo analítico de Kelsen. Pelo contrário, essas teorias da argumentação constituíram apenas uma complementação ou uma extensão do problema fundamental da justificação da decisão jurídica correta no direito. Entretanto, precisamente essa abertura da decisão jurídica para as questões de razão prática inaugurou a possibilidade de se estabelecer novas problematizações sobre a relação entre direito e sociedade. Inicialmente restrita aos assim chamados casos difíceis, essas questões logo puderam ser estendidas para a própria concepção da validade do direito. A teoria do direito assume, assim, seu verdadeiro papel de fundamentação e articulação da unidade do direito em face do seu ambiente societal.

Depois da Teoria Pura do Direito, as teorias da argumentação jurídica conquistaram uma importância central para a prática das decisões jurídicas. Não só a tópica retórica foi resgatada e atualizada na década de 50 (Viehweg, Perelman), como também logo surgiram concepções substancialistas (Hart, Raz, Dworkin, Castanheira Neves, Müller) e procedimentalistas (Alexy, Günther, Habermas), todas elas procurando justificar modos de lidar com essas complicadas relações entre direito e sociedade na prática das decisões

jurídicas e inaugurando, desse modo, aquilo que hoje se convencionou chamar de pós-positivismo jurídico.

REFERENCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995;

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Unb, 1999, p. 22;

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1938;

_____. **Teoria comunista del derecho y del Estado**. Buenos Aires: Emece, 1957;

_____. **Principios de derecho internacional público**. Buenos Aires: El Ateneo, 1965;

_____. **Contribuciones a la teoria pura del derecho**. Buenos Aires, AG: Centro Editor de America Latina, 1969;

_____. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. Mexico: Nacional, 1974;

_____. **Esencia y valor de la democracia**. Mexico: Nacional, 1974;

_____. **Socialismo e Stato**. Bari: Donato, 1978.

_____. **Ques es la teoria pura del derecho?** 5. ed. Mexico: Fontamara, 1997;

_____. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

_____. **O Estado como integração: um confronto de princípios**. São Paulo: 2003;

_____. **Qui doit être le Gardien de la constitution?** Paris: Michel Houdiard, 2006;

_____. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

_____. **La teoría del Estado de Dante Alighieri**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés. Oviedo: KRK, 2007;

RAZ, Joseph. The purity of the Pure Theory. In: _____ **The authority of Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009, p. 293-312.

ROCHA, Leonel Severo. Comentários sobre a Teoria Pura do Direito. In: _____. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 63-77.

_____. Comentários sobre a Teoria Pura do Direito. In: _____. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 63-77.

_____. Três matrizes da teoria jurídica. In: _____. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998, p. 89-100; e _____. **O direito na forma de sociedade globalizada**. In: _____; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 117-138.