

INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO

Isaac Reis ¹

Sumário: Introdução; 1. A Hermenêutica Jurídica Tradicional; 2. Interpretação na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen; 3. O poder de impor um sentido; 4. Possibilidades de construção de uma hermenêutica crítica; Conclusão; Referências consultadas.

Resumo: O presente artigo realiza uma análise teórica da contribuição de Hans Kelsen no campo da Hermenêutica Jurídica, ressaltando as rupturas e continuidades com a doutrina tradicional da interpretação. Busca ainda perquirir acerca da coerência lógica interna entre a Teoria da Interpretação kelseniana e os pressupostos epistemológicos de sua Teoria Pura do Direito, intentando, por fim, identificar as condições teóricas de uma hermenêutica crítica.

Palavras-chave: Interpretação – Teoria Pura – Kelsen – Epistemologia – Crítica

Abstract: The present article develops a theoretical analysis of the contribution of Hans Kelsen in the field of Juridical Hermeneutics, emphasizing rupture and continuity with the traditional doctrine of interpretation. It also seeks to inquire about the internal logical coherence between the Kelsenian Theory of Interpretation and the epistemological suppositions of his Pure Theory of Law. Finally, it intends to identify theoretical conditions for a critical hermeneutic.

Key words: Interpretation – Pure Theory – Kelsen – Epistemology – Critic

1 Mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC, bolsista da CAPES. E-mail: ireis@hotmail.com.

Introdução

O presente artigo analisará a Teoria da Interpretação Jurídica constante da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen. Se, para alguns, o tema pode parecer ultrapassado e desde muito lançado à “crítica corrosiva das ratazanas”, sua atualidade se comprova na medida em que vige, entre os operadores do direito, uma visão equivocada do positivismo kelseniano, própria de uma realidade jurídica na qual os princípios do direito liberal só agora começam a assentar-se.

Com efeito, se nas academias e nos programas de pós-graduação discute-se, de um lado, os critérios de argumentação racional em torno de uma fundamentação discursiva regida por valores e, de outro, as influências das modernas filosofias hermenêuticas sobre o direito, a praxe forense ainda reproduz o senso comum teórico, segundo o qual Direito e Lei se subsumem mutuamente e o juiz é visto como um “escravo” [sic] da lei, intérprete cego e aplicador robotizado de um conteúdo geral aos casos concretos.

Pior: tais práticas, desde muito ultrapassadas pela teoria jurídica, são fundamentadas a partir de uma interpretação errônea dos elementos do positivismo kelseniano, vinculando-se à Teoria da Interpretação do jusfilósofo austríaco (ora por *deficit* reflexivo, ora por uso ideológico consciente) pressupostos que, surpreendentemente, eram por ela combatidos.

Hodiernamente, a interpretação jurídica como ramo autônomo de estudos reveste-se de fulcral importância, na medida em que pode funcionar como ponto de partida, do qual brote uma interface possível entre criação e aplicação do direito, entre validade e eficácia. Nesse sentido, e já em parceria com Kelsen, em matéria de hermenêutica jurídica, pode-se dizer que toda interpretação do direito tem por escopo, direta ou indiretamente, a concretização de conteúdos normativos para a solução de conflitos.

Não se pode negar a existência de um *deficit* de legitimidade do direito burguês, ocasionado – dentre outros fatores – pela discrepância entre os processos de elaboração e aplicação do direito – de resto causada por fatores que vão desde o sistema político de escolha dos membros do legislativo, passando pela formação do imaginário dos aplicadores do Direito e pela natureza profundamente desigual da própria constituição societária dos países periféricos e semiperiféricos² – o estudo da interpretação jurídica aflora como capaz de clarear os sentidos escusos e criar condições de oposição aos mitos criados por uma dogmática jurídica em descompasso com o real. Busca-se, dessarte, inserir o trabalho do intérprete na função de legitimação do direito em sua faceta (parca, impalpável e obtusa) de transformação do *status quo*.

O presente artigo intenta proporcionar um primeiro olhar em direção ao problema hermenêutico, buscando partir do imaginário jurídico em torno de mitos e representações. Nesse sentido, e supondo que o conhecimento não se movimenta em torno de superações lineares, mas de conflitos e rupturas, cumpre identificar a atualidade da contribuição kelseniana para o sepultamento de uma interpretação legal dogmática que vislumbra omitir, no centro da produção de enunciados jurídicos, um espaço indomável de poder, ínsito a toda a qualquer prática jurídica, por meio de certos hábitos de significação.

Em primeiro lugar, busca-se descrever a hermenêutica jurídica tradicional (pré-kelseniana) outrora hegemônica, situando-a na contribuição da Escola Histórica do Direito e, mais precisamente, na obra de Savigny. A seguir, insere-se a tentativa de uma análise interna da proposta hermenêutica compilada pelo autor vienense, ressaltando-se, em tópico subseqüente, a sua importância para o debate contemporâneo no Direito e a possibilidade de se pensar uma hermenêutica crítica.

2 Sobre o sentido dos termos, cf. SOUSA SANTOS, B. de. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 5. ed., São Paulo: Cortez, 2000, p. 96-97. Nesta obra, ao tratar das condições de implementação do paradigma da modernidade na periferia global, o autor português identifica como características principais da organização político-institucional dessas sociedades: a) a primazia do Estado sobre a Sociedade Civil; b) a presença mitigada de processos de democratização; e c) o Estado como principal foco de modernização.

1 A Hermenêutica Jurídica Tradicional

Embora a interpretação dos textos jurídicos seja questão das mais antigas, tendo suas raízes na jurisprudência romana e na retórica grega, a Hermenêutica Jurídica, como objeto teórico, é uma construção relativamente recente, surgindo quando, a partir da influência de Descartes (1596-1650) (*Discours de la Méthode*), as correntes jusnaturalistas criam para o Direito a noção de sistema lógico-dedutivo.³

A partir de então, supondo o direito como um conjunto de preceitos amalgamados de forma unitária e coerente, a interpretação consistia em identificar um sentido da ordem normativa, para o qual convergiriam todas as normas objeto de interpretação: “Interpretar significava, então, inserir a norma em discussão na totalidade do sistema”.⁴

A contribuição da Escola Histórica do Direito, capitaneada por Savigny, marca a decadência da hegemonia do Direito Natural, submetendo a ordem jurídica a um tratamento histórico e inserindo o direito na cultura como um todo socialmente construído. Primeira a usar a expressão “ciência do direito” (*Rechtswissenschaft*), a Escola Histórica instaura a oposição entre concepção sistemática e concepção histórico-social do direito, posicionando-se claramente em favor desta última quando, em sua obra *Da vocação do nosso tempo para a legislação e a jurisprudência* (1814), Savigny defende um critério de reconhecimento do direito baseado na experiência jurídica, consubstanciada no *Volksggeist* e não na legislação escrita.

A obra citada funciona como marco de uma mudança no pensamento desse autor. Karl Larenz chama a fase que a antecede de “positivista-legalista”: Savigny aponta como objeto da interpretação jurídica a lei, rejeitando qualquer possibilidade de interpretação extensiva ou restritiva. Interpretar é dizer aquilo que a lei diz (*voluntas legis*), não sendo lícito ao hermeneuta interferir nas “razões” da lei. Confirma-o Larenz:

3 Cf. GUERRA FILHO, W.S. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31: “ ‘Sistema’, conforme se entendia à época, coincidia com a idéia geral que se tem de um todo funcional composto por partes relacionadas entre si e articuladas de acordo com um princípio comum.”.

4 FERRAZ JR., T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 265.

(...) o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou; ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico, gramatical e a extrair da conexão sistemática, verdadeiramente encontrou uma expressão como conteúdo da sua determinação. O juiz não tem que aperfeiçoar a lei, de modo criador – tem apenas que executá-la: “um aperfeiçoamento da lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, e nunca do juiz” (...) ⁵

Nesse primeiro momento, Savigny está preocupado com a apreensão do conteúdo textual da lei, devido ao que a problemática da interpretação se restringe à busca de um método cuja aplicação faça emergir tal significado. Aqui, aflora patente a noção da atividade hermenêutica como raciocínio metódico, isto é, como movimento processual do pensamento, buscando atingir a verdade do texto, utilizando-se de meios lógico-dedutivos.

Essa concepção acerca da atividade interpretativa toma outro rumo na segunda fase do pensamento do autor, quando aquela passa a ter por objetivo não alcançar a vontade da lei, mas a “comum convicção jurídica do povo”, o *Volksgeist*. Interpretar deixa de ser um procedimento puramente lógico, metódico, para constituir-se na utilização de um sentimento e de uma intuição imediatos, dirigidos ao preceito normativo. Explica-se: A corporificação desse espírito do povo, Savigny a identificará não nas normas escritas (como abstrações racionais autônomas), mas nas práticas cotidianas observadas pelo conjunto dos cidadãos. Tais práticas, vistas como relações jurídicas concretas, uma vez organizadas juridicamente, tomam a forma de diversos institutos nos quais se encontram a origem e o fundamento do direito (casamento, pátrio poder, compra e venda etc.). Agora, interpretar a regra jurídica é buscar nela esse substrato orgânico, por meio da intuição do instituto jurídico que a ela subjaz e que orientou o legislador quando da sua elaboração. A perquirição acerca dessa “intuição originária” do legislador passa a ser o escopo da atividade hermenêutica. Tal procedimento é descrito por Savigny em sua obra de maturidade, *System des heutigen Römischen Rechts* (Sistema do Direito Romano Atual) (1840), ao tratar dos princípios fundamentais da interpretação:

5 LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamego 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 12.

Toda ley tiene la función de comprobar la naturaleza de una relación jurídica, de enunciar cualquier pensamiento (simple o compuesto) que asegure la existencia de aquellas relaciones jurídicas contra error y arbitrariedad. Para lograr este fin, hace falta que los que tomen contacto con la relación jurídica, conciben pura y completamente aquel pensamiento. A este efecto se colocan mentalmente en el punto de vista del legislador y repiten artificialmente su actividad, engendran, por consiguiente, la ley de nuevo en su pensamiento. He aquí la actividad de la interpretación, la cual, por consiguiente, puede ser determinada como la reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley. Sólo de esta manera podemos obtener una inteligencia segura y completa del contenido de la ley; y sólo así podemos lograr el fin de la misma.⁶

Segundo Tércio Sampaio, essa oscilação entre um fator subjetivo – a intenção do legislador e um fator objetivo – o espírito do povo – constitui ponto fulcral na compreensão do desenvolvimento da interpretação do direito como atividade científica (respectivamente, subjetivismo e objetivismo).⁷

Se se quer contrapor a posição de Savigny à teoria kelseniana, deve-se buscar uma síntese que, a um só tempo, resuma o pensamento do primeiro e funcione como critério de oposição à obra do mestre de Viena.

Parece ser constante em Savigny a idéia de que a interpretação consiste em buscar, por um conjunto de métodos racionais ou por meio da intuição, um sentido autóctone ao preceito normativo, objeto de exegese. Na primeira fase do seu pensamento, esse sentido pode ser encontrado na lei mesma; num segundo momento, a lei é apenas uma forma portadora de fins, de um complexo de significações que, não obstante, jazem fora dela.

Ao contrário do que pode parecer, a posição da Escola Histórica não rompe com os pressupostos da modernidade jurídica acima delineados de sistematicidade, unidade e coerência lógica. Envoltos pela aparência de irracionalidade do *Volksgeist*, a teoria hermenêutica de Savigny deixa de conferir à historicidade uma fundamentação material. O “espírito do povo”, como abstração, funciona como elemento unificador, como princípio geral do qual podem ser deduzidos os demais princípios. A partir daí, pode-se supor uma coerência no sistema, que impede o opera-

6 SAVIGNY, F.C. von. Los fundamentos de la ciencia jurídica. In: **La ciencia del derecho**. Trad. de Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 82-83.

7 FERRAZ JR., T.S., op. cit., p.266.

dor de criar direito, limitando-se a descrever o preceito jurídico de maneira supostamente neutra. Esse pensamento é a base da qual irá se desprender a Jurisprudência dos Conceitos, de Puchta.

De posse de tais considerações, pode-se adentrar a proposta hermenêutica kelseniana.

2 Interpretação na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen

Embora reconhecendo que tais considerações ultrapassariam os limites do presente estudo, qualquer análise da contribuição de H. Kelsen para a discussão hermenêutica contemporânea não pode descurar de situar os seus horizontes: é mister compreender o seu projeto epistemológico, na tentativa de purificação kelseniana. Assim, evita-se o já renitente costume de acusar o jurista austríaco de não ter respondido o que de resto nunca se perguntou.⁸ Convém, ademais, salientar que o florescimento da hermenêutica em Kelsen é posterior aos anos 60, quando a Teoria Pura, lançada inicialmente em 1934, adquire versão definitiva.

Dessarte, fundamental para compreender a hermenêutica kelseniana é compreender a base epistemológica que estabelece o **princípio da pureza metodológica** e a conseqüente **duplicação** do saber jurídico.

A exposição de motivos de Hans Kelsen vem declarada logo no início de sua Teoria Pura: “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”.⁹ É mister desde logo ressaltar que Kelsen não buscava purificar o Direito, uma vez que tinha plena consciência da multiplicidade de perspectivas teóricas a partir das quais o fenômeno jurídico poderia ser abordado.

8 A abordagem adotada fia-se na afirmação de Rocha: “O discurso kelseniano não tem, como nenhum discurso, uma denotação pura. Isto força-nos a admitir a existência de vários ‘kelsens’ simultâneos: um Kelsen kantiano, um Kelsen neopositivista, um Kelsen fenomenológico, um Kelsen fascista e um Kelsen democrático. Qual deles é o verdadeiro? Isto não nos importa. A discussão das essências é o prazer dos deuses e o delírio dos mortais. Importa-nos neste momento, é recuperar nas ambigüidades do discurso kelseniano seus potenciais democráticos”. Cf. ROCHA, L.S. O sentido político da Teoria Pura do Direito. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 9, p.60.

9 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.

Preocupava-se mais em conhecer e definir o objeto da ciência jurídica, ou, noutras palavras, com a resposta à pergunta sobre como é possível fazer uma abordagem estritamente jurídica (científica) do Direito. Rocha, um dos principais estudiosos de Kelsen no Brasil, assim leciona:

Kelsen, ao contrário do que pensam seus leitores desavisados (...), assume como inevitável a complexidade do mundo em si. Para Kelsen, o social (e o Direito) [sic] são devidos às suas heteróclitas manifestações, constituídos por aspectos políticos, éticos, religiosos, psicológicos, históricos, etc... A partir dessa constatação é que Kelsen vai procurar, assim como Kant, depurar essa complexidade e elaborar um “topos” científico de inteligibilidade do Direito, ou seja, uma coisa é o Direito, outra bem distinta, a ciência do Direito. O Direito é a linguagem-objeto, a ciência do Direito a meta-linguagem: dois planos distintos e incomunicáveis.¹⁰

Aclarar essa aparentemente insignificante diversidade de enfoque heurístico é fundamental para evitar afirmações imprecisas sobre o projeto de purificação kelseniano, afirmações que funcionam como óbice à instalação de uma modernidade jurídica, afastada definitivamente de qualquer apelo jusnaturalista.¹¹ É nesse sentido que se colocam Edmundo L. de Arruda e Marcus Fabiano Gonçalves, em recente ensaio:

Kelsen, todavia, jamais pretendeu sequer purificar o próprio fenômeno jurídico, inextricavelmente complexo em sua essência. Tratou antes de purificar a ciência jurídica, ao definir com clareza seu objeto prioritário como sendo o direito positivo. Mas quantos vieram a público agradecer a Kelsen por essa purificação metodológica da ciência jurídica? Quantos, dos ditos críticos, chegaram a perceber que Kelsen foi o responsável pelo fim da intromissão das ciências naturais, o que, dentre outras coisas, livrou-nos de vexames tão aterradoros como o lombrosianismo?¹²

10 ROCHA, L.S., op. cit., p. 63.

11 É uma imprecisão desse tipo que levou Marques Neto a afirmar, embalado por uma ortodoxia marxista: “Apesar de sua imensa repercussão em todo o mundo e de sua inegável lógica intrínseca, não vemos nessa doutrina maiores contribuições seja para a ciência, seja para a filosofia jurídica”. Cf. MARQUES NETO, A.R. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 130.

12 ARRUDA JR., E.L. de; GONÇALVES, M.F. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o direito. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002, p. 60.

Assim, além de estabelecer, a partir do princípio da pureza metodológica, um campo específico para o saber jurídico sobre o Direito (sic), Kelsen ainda divide-o em dois, conforme utilizem um discurso descritivo ou prescritivo acerca das normas como enunciados de dever-ser: de um lado, a atividade do aplicador do direito, de conteúdo prescritivo, que intenta direcionar condutas humanas, deduzindo, da estrutura lógica do ordenamento jurídico, uma norma aplicável ao caso concreto sob exame; do outro, a postura do cientista do direito, cujo atuar consiste em conhecer o objeto da ciência jurídica e descrevê-lo segundo um discurso dotado de coerência lógica interna (proposicional). É quanto a esta última que Kelsen exige a neutralidade de um puro ato de conhecimento, purificado de toda vontade, de toda preferência pessoal, de toda ideologia e de todo valor.

Essa divisão tem por base a coerência mantida por Kelsen com o princípio da pureza metodológica. Com base nele, o cientista do direito, ao conhecer o objeto da ciência jurídica, purifica-o tanto contra o ineditismo do mundo real (o ser eficaz) contra o risco de contaminações valorativas (o dever-ser subjetivo). Nesse aspecto, salienta Muricy que, apesar da convicção quanto à impossibilidade de se fixar critérios racionais capazes de estabelecer uma hierarquia de opções axiológicas, Kelsen não nega lugar aos valores como integrantes da experiência jurídica. Apenas nega a possibilidade de serem levados em conta pelo cientista do direito, em seu cotidiano mister descritivo.¹³

Colocados assim, ainda que brevemente, dois importantes pressupostos do positivismo de Kelsen, cumpre adentrar a proposta hermenêutica que deles decorre.

Para Kelsen, a interpretação é o **ato de fixar o sentido às normas**, visando a sua **aplicação**, isto é, todas as normas precisam ser interpretadas, na medida exata em que hajam de ser aplicadas.¹⁴ Para o jusfilósofo austríaco – e aqui encontra-se o principal corolário da duplicação metodológica do saber jurídico –, há duas espécies de atividade hermenêutica: a interpre-

13 MURICY, M. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmaniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, C.E.A.; RODRIGUEZ, J.R. **Hermenêutica Plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 103-125.

14 KELSEN, H., op. cit., p.387.

tação do direito pelo órgão que o aplica (a que chamou autêntica) e a interpretação realizada por pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica (inautêntica). Kelsen impõe a primeira limitação: o estudo tão-somente do que chamou de interpretação autêntica, a interpretação destinada à aplicação do direito positivo a um caso concreto.

Na interpretação da norma realizada pelo aplicador do direito, a determinação que ocorre (de forma e conteúdo) de uma norma inferior por uma norma superior nunca é completa. Por sua vez, a indeterminação do conteúdo de uma norma pode ser intencional ou não intencional. É 1) intencional quando opera sob o pressuposto de que a norma inferior continua o processo de determinação iniciado pela norma superior e incapaz de, por ela, ser levado a termo; é 2) não intencional em virtude da “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 várias significações possíveis”.¹⁵

Ou seja: o modelo proposto por Kelsen parte de dois pressupostos fundantes: (1) a interpretação com vistas à aplicação encontra-se, até certo ponto, ao sabor do arbítrio e da subjetividade do aplicador, contaminada por valores meta-jurídicos, conforme se demonstrará adiante. Mas, além disso, assume (2) a polissemia das palavras que compõem um comando normativo, levando-o à pluralidade de sentidos. Assim, pode ser que a norma não contenha, em suas palavras, a vontade do legislador. E mais, pode ser que tal vontade só corresponda parcialmente àquilo que vem prescrito literalmente na norma, ou seja, a suposta “vontade do legislador” – se é que ela existe – corresponderia apenas a um dos sentidos possíveis. A partir daí, Kelsen irá elaborar a idéia da moldura: “O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.¹⁶

É preciso verificar que Kelsen não atribui um sentido intrínseco ao texto normativo mas, pelo contrário, que a atividade hermenêutica consiste na

¹⁵ Ibidem., p. 389.

¹⁶ Ibidem., p. 390.

atribuição de um sentido pelo intérprete. Interpretar, dessarte, consiste em um duplo ato (híbrido):

- 1) a identificação das várias soluções (possuindo todas valor idêntico) contidas no dispositivo a aplicar (interpretação como ato de conhecimento);
- 2) a escolha de uma das soluções contidas no dispositivo a aplicar na criação de uma nova norma individualizada (interpretação como ato de vontade).

Tal atividade cognitiva, para escapar à aporia do círculo lógico, deve pressupor um ponto de partida, na fixação dos limites hermenêuticos (moldura) em que ao intérprete não seja dada a função de iniciar com um ato de vontade, mas tão-somente com um ato de entendimento.

O jurista vienense critica a tese segundo a qual a lei, aplicada ao caso concreto, pode fornecer, em todas as hipóteses, **uma** única solução correta. Segundo este entendimento, o critério de verificabilidade residiria então na máxima fidelidade com que a norma individual fosse “depreendida” da norma geral imediatamente superior, entendida como fixadora de competências e procedimentos.

O cientista do direito não questiona a validade da norma da qual extrai a proposição; funciona, portanto de um ponto de vista externo (no dizer de Hart), enquanto que o aplicador do direito, partindo de um ponto de vista interno (e, portanto justificador da ordem jurídica), tem o dever de verificar a validade da sua matéria-prima, mesmo porque são diversas as conseqüências de haverem trabalhado – cientista e aplicador do direito – sobre normas destituídas de validade: para o primeiro, decorre a falsidade da assertiva formulada; para o segundo, estar-se-á diante da inexistência da norma criada e, portanto, da anulação de todo o trabalho hermenêutico. Noutras palavras:

Diferentemente do que acontece com a interpretação doutrinária, de responsabilidade do teórico do direito, a interpretação autêntica se produz como ato de vontade vinculante, produtor de normas e apto ao preenchimento de lacu-

nas. Enquanto aquela se desenvolve no plano das proposições jurídicas, como atividade cognitiva sem poder vinculante (...), a interpretação autêntica não é ato de conhecimento, mas de vontade, segundo o qual o órgão intérprete e aplicador do direito realiza a escolha valorativa, refletindo critérios discricionários que escapam ao domínio da ciência do direito.¹⁷

Com base nessa duplicação do saber jurídico, Kelsen contesta a utilização de métodos de interpretação, na medida em que a utilização desses métodos pressupõe a possibilidade de se chegar a uma resposta correta: “Todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”.¹⁸

O que busca a interpretação jurídica, vista como *techne* hermenêutica? Noutras palavras, o que a diferencia da interpretação que qualquer pessoa faz acerca de algo, como por exemplo, uma obra de arte ou um texto bíblico? O que dá a nota específica da interpretação jurídica, diz Kelsen, é a necessidade de um critério objetivo de solução dos interesses contrapostos. Noutros termos, o específico da hermenêutica jurídica é, numa linguagem coloquial, a necessidade que tem o intérprete de chegar a uma conclusão, com limitações de tempo e exigência de fundamentação. Tais exigências – a proibição do *non liquet*, a garantia de acesso a uma decisão judicial adequada, tempestiva e eficaz, bem como a necessidade de fundamentação – são limitações externas ao fenômeno estritamente jurídico, mas que, de todo modo, impõem restrições à atividade interpretativa do criador de direito.

Cumpra deixar claro que, em Kelsen, o critério utilizado para se chegar a uma “resposta correta” não é sequer um problema da Teoria do Direito. A Teoria do Direito tem por objeto a busca de uma resposta; “A Resposta” é uma busca situada no campo da Política Jurídica.

Na medida em que o limite de vinculação do intérprete autêntico é constituído pela moldura fixada pela ciência jurídica, apresentam-se-lhes duas zonas distintas de liberdade nas quais o ato de aplicação não é ato de conhecimento, mas de pura criação volitiva: **1.ª zona:** formada por todo o espaço de incidência normativa, situado para além das fronteiras da mol-

17 MURICY, M., op. cit., p.117.

18 KELSEN, H., op. cit., p. 392.

dura: normas de moral, de justiça e juízos de valor sociais que, se não têm negada a influência que exercem sobre o espírito do julgador, do mesmo modo encontram-se alijadas do objeto da Ciência Jurídica. Quanto a estes a moldura funciona como filtro de juridicidade (validade). **2.^a zona:** composta pelos inúmeros significados normativos situados dentro da moldura, cuja importância e validade são idênticas e indiferentes, do ponto de vista de uma ciência do direito (relativismo axiológico).

Em ambos os casos, interpretar é ato de vontade, de opção, mais ou menos consciente, entre dispositivos normativos de igual hierarquia científica. Qualquer apreciação, no entanto, quanto às razões meta-jurídicas extrapola o âmbito de labor do jurista, ficando a cargo da sociologia jurídica, da psicologia ou política do direito. Kelsen ainda vai mais longe: para ele, é exatamente esse ato de vontade que distingue a interpretação jurídica de todas as demais, mas, sobretudo, daquela levada a cabo pelo cientista do direito. A interpretação autêntica é a única capaz de criar algo do mesmo estatuto gnosiológico do entre interpretado, de um dever-ser, outro dever-ser: “Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito”.¹⁹

Já a interpretação feita pelo cientista do direito, essa sim é puro ato de conhecimento, pura determinação cognoscitiva de sentido das normas; descrição, nunca prescrição. Kelsen critica a “jurisprudência tradicional” (leia-se: a hermenêutica histórica de Savigny) pela busca de consolidação de um ideal de segurança jurídica por meio da atribuição, ao cientista do direito, do papel de fixar, para todos os casos, **uma** única interpretação correta: para Kelsen, pelo contrário, cabe ao cientista exatamente a função de mostrar à autoridade legislativa a impossibilidade de se formular normas jurídicas que, com um significado único, pudessem tornar a aplicação do direito uma atividade segura. Supremo paradoxo: embora todo o projeto kelseniano se dirija à busca de um segurança jurídica, é o próprio Kelsen quem se depara com os limites dessa empreitada.

¹⁹ Ibidem., p. 395.

3 O poder de impor um sentido

Curiosamente, e embora não haja um reconhecimento explícito por parte de Kelsen no capítulo sobre a interpretação, as consequências de sua teoria hermenêutica serão exploradas por pensadores vinculados a uma tradição oposta. Refutando a idéia de um sistema fechado, coerente e lógico-dedutivo, alguns juristas buscarão situar a problemática jurídica não na ciência do direito, mas na dogmática, ressaltando o seu papel social de resolução de conflitos. É com base em um desses juristas – Tércio Sampaio Ferraz Jr., cuja matriz teórica encontra-se na tópica de Theodor Viehweg, que se busca, no presente estudo, identificar os elementos de ruptura trazidos pela proposta kelseniana.

Uma análise realmente crítica da hermenêutica jurídica, que busque ao menos elucidar os seus paradoxos e complexidades, deve escapar ao que Ferraz Jr. chama de “princípios da hermenêutica jurídica”, de observância obrigatória para o jurista prático do direito: a) o princípio da inegabilidade dos pontos de partida, segundo o qual **é preciso** que haja **um sentido básico** e b) o princípio da proibição do *non liquet*, que impõe ao julgador o dever de decidir.²⁰

Uma recusa metodológica (a *epoché* – suspensão do juízo – diria Descartes) de tais dogmas, sobretudo do primeiro deles, poderá levar à procura de saídas para a busca interpretativa de uma resposta correta no direito e à compreensão acerca do que tal busca esconde em termos ideológicos, sem ter de apelar para construções abstratas, como *a vontade da lei* ou um *legislador racional*.

Se o objeto da hermenêutica jurídica são os conteúdos normativos por sua própria essência plurívocos, e se não há uma necessária relação linguística entre significante e significado, resta a questão, que Ferraz Jr. denomina “o desafio kelseniano”. No seu expressar(-se): “Não teria, pois, realmente, nenhum valor racional procurar um fundamento teórico para a atividade metódica da doutrina quando esta busca e atinge o sentido unívoco das palavras da lei? Seria um contra-senso falar em verdade hermenêutica?”²¹

20 FERRAZ JR. T.S., op. cit., p. 256.

21 Ibidem., p. 263.

Respondendo à sua própria pergunta, o autor irá concluir que a interpretação do direito fundamenta-se na idéia de “uso competente da língua”: na atribuição, consciente ou não, de um crédito de confiança ao hermeneuta, que pode se manifestar na simples aceitação passiva de um enfoque dele emanado como poder de violência simbólica. Tal atitude consiste em impor uma única significação como legítima, como decorrente de um mascaramento das relações de força que se encontram subjacentes aos processos de atribuição de sentido. Nesses termos, o jurista brasileiro assume o que Kelsen não conseguir esconder: interpretar é sempre um ato de poder. Visto o poder não simplesmente como opressão, mas sim como poder criador: por meio dele, o intérprete autorizado delinea, dentre a plêiade de significações possíveis, aquelas que admite como mais adequadas à solução do caso concreto.²² Visto por outro ângulo, interpretar, como ato de poder e violência simbólica, é fazer (o intérprete) com que o receptor acredite estar agindo por sua própria conta.²³

Utilizando-se de métodos, a atividade hermenêutica identifica um sentido na norma. Mas não cria um sinônimo para o símbolo normativo; realiza uma paráfrase, isto é, uma reformulação do texto, adaptando-o a uma situação de maior conveniência. Não elimina o texto, mas o mantém, adequando-o, reformando-o, em suma, acrescentando-lhe um sentido normativo, por meio de um ato de violência simbólica. Ou, no dizer dos já citados Arruda e Gonçalves:

Qualquer intérprete já se aproxima de uma norma a partir de uma pré-compreensão de seu contexto problemático, tratando sempre de sucessivamente reformular essa sua apreensão preliminar a fim de se decidir por um dado sentido. Esse processo de sucessivas reformulações da pré-compreensão envolve a comensuração entre caso e norma, desde a qual fica inviabilizada qualquer efeito de *tabula rasa* sobre o intérprete.²⁴

A partir de então, pode-se vislumbrar como Kelsen contribuiu para desnudar um discurso que, baseado no mito da segurança jurídica, julga-

22 Adota-se aqui uma concepção de poder próxima à desenvolvida por FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Trad. de Roberto Machado. 15.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 1-38.

23 FERRAZ JR. T.S., op. cit., p. 278-285.

24 ARRUDA JR., E.L. de; GONÇALVES, M.F., op. cit., p. 238.

va (e ainda julga) poder extrair da norma um significado único, fruto de uma vontade metafísica ali cristalizada, e fundamento epistemológico de outro mito, o da neutralidade axiológica do aplicador do direito.

4 Possibilidades de construção de uma hermenêutica crítica

Simplificadamente, pode-se dizer que interpretar consiste no ato de realizar sentido, compreensão, na qual o objeto ou a coisa a serem interpretados funciona como provocação existencial. Assim, a interpretação encontra-se presente em toda e qualquer atividade humana, uma vez submetida à manifestação da linguagem. E, sendo a linguagem aberta a diferentes significações, o entendimento é sempre parcial, lacunoso e passível de desentendimento. Com efeito, se a relação do *humano* com o *mundo* (ele próprio criação humana) dá-se por meio de uma simbolização do real imediato, a linguagem funciona como ponte entre ser e mundo, sendo impossível verificar a presença de uma relação necessária e universal entre os signos e os seus significados respectivos. O discurso, como mediatização intersubjetiva do falar lingüístico, é sempre carente de um significado autóctone, não podendo escapar à atividade hermenêutica.

A relação com a interpretação é ínsita à condição humana. Humanizado a partir da simples condição de ser falante pelo aspecto simbólico da linguagem, o homem interpreta sempre e a todo instante. “Para que um símbolo se torne tal ele tem de aparecer num ato humano, o ato de falar. Falar é atribuir símbolos a algo, falar é predicar: ‘Isto é uma mesa’. Uma língua, assim, é um repertório de símbolos interrelacionados numa estrutura (as regras de uso).”²⁵

Todo dizer é aberto. Não há a palavra final e nem mesmo a palavra inicial: estar-aí no mundo dos símbolos é estar sempre em câmbio. Sendo aberta, a linguagem tem que conviver com a falta, com a inexatidão, com o tempo e o equívoco. Apesar disso, é o discurso – poder-se-ia dizer: esse mal imprescindível – que mediatiza e torna compreensíveis as relações entre linguagem, pensamento e mundo. Exatamente diante do caos significativo é que o discurso requer “administração”.

25 FERRAZ JR. T.S., op. cit., p. 257-258.

A possibilidade de buscar o *sentido* do ato de fala do *emissor*, supondo uma *vontade* por trás desse ato e que se manifesta por ele, apresenta limitações óbvias e que por vezes lançaram juristas e filósofos em estado de completa perplexidade: é que, não raro (e será o caso das normas jurídicas), não se pode mais fazer voltar o emissor, que por uma série de motivos não mais está ligado ao seu ato de fala; nalguns casos mesmo, é até impossível afirmar se um ato de fala contém, de fato, algum sentido... Nesses casos, interpretar é, sem sombra de dúvida, dialogar com uma ausência.

Conscientes dessa falta, é possível atuar reunindo denúncia e comprometimento. Denúncia do idealismo que, sob o dogma da neutralidade, legitimou “cientificamente” as relações de dominação impostas por uma ordem jurídica hegemônica. E, a partir de tal constatação, comprometimento em superação as mistificações científicas que impedem de se vislumbrar o ato hermenêutico como questionador da tradição.

Assim concebida, a atividade hermenêutica toma o intérprete como ser atuante, que não parte da constatação de uma vontade fora de si, cumprindo-lhe servir de instrumento reificado da fala de um *alter* ausente, mas sim compreendendo o direito a partir de suas experiências concretas e das circunstâncias do momento em que a decisão se impõe. Como escrevia Antonio Carlos Wolkmer, ainda nos anos 80’s: “O processo hermenêutico favorece a dissolução das ilusões da própria consciência, tornando possível que a ‘decodificação interpretativa da totalidade dos signos’ corresponda à histórica tomada de posição em face ‘dos discursos ideológicos que se infiltram e se dissimulam em torno do conhecimento’”.²⁶

Por fim, superado o monopólio de enunciação das verdades jurídicas, abre-se o espaço para a pluralidade e a lúdica experiência do sujeito com a tradição, estabelecendo-se um novo horizonte que permita a desfetichização do discurso de verdade que caracterizou a hermenêutica jurídica moderna

26 WOLKMER, A.C. Para uma hermenêutica jurídica crítico-emancipatória. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 15, p. 21.

Conclusão

Supondo-se, com a tradição que culmina em Kelsen, que o direito é passível de tratamento científico, seria razoável esperar, tendo por base o padrão de ciência vigente à época, que essa mesma ciência promovesse, por meio de recursos construídos pela dogmática, as possibilidades de interpretação do sistema, a busca de seu ‘sentido último e único’. No entanto, e paradoxalmente, foi maior defensor da constituição de uma cientificidade para o direito quem deitou por terra a possibilidade de se fixar, de um ponto de vista interno, uma dogmática da interpretação. Kelsen – e talvez aí reside sua maior contribuição no campo da hermenêutica jurídica – terminou por deslocar a busca de um sentido de verdade na norma jurídica para o impuro *locus* da política, das disputas poder de dar nome às coisas.

Ensinou que qualquer possibilidade de atribuição de sentido estaria distante de uma verdade absoluta, mas talvez, tão-somente, de um ato de arbítrio, fruto do poder de violência simbólica do intérprete como sujeito social. Pode-se dizer mesmo que Kelsen, ao enunciar que o juiz não encarna o *Geist* do povo, nem representa a soberania popular, historicizou o sujeito da interpretação, denunciou-lhe a humanidade e cravou um petardo de difícil cicatrização no que L.A. Warat chamou de o “senso comum teórico dos juristas”.²⁷

Ao levar até as últimas conseqüências o seu padrão de uma cientificidade jurídica, o mestre de Viena terminou por trazer para o mundo real do direito – o mundo das prescrições – um conjunto de entes fáticos (de poder) e axiológicos (valores) que constituíam o calcanhar-de-aquiles de toda a fundamentação pseudo-epistemológica do direito burguês, o que o mesmo Warat apontaria mais de trinta anos depois.²⁸

Nesse sentido, pode-se afirmar que todos vemos o mundo por meio do que, intersubjetivamente, dizemos dele. A linguagem compartilhada pelo discurso simboliza um real como matéria em estado bruto e funciona como elemento intertextual para a sua compreensão. Do mesmo modo, tomando cons-

27 Cf. WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 13 et seq.

28 Idem.

ciência de que simbolizar o mundo é lutar contra o tempo que lhe impede a completude de um ser *in esse*, tornando-o inteligível e mesmo possível, não há como olvidar que o próprio aparato de significação – a linguagem – é também ela produto do tempo, do fazer histórico. Inserindo-se no devir, pode-se vislumbrar a linguagem como é: parcial, obtusa, incompleta, faltosa, uma intertextualidade da intertextualidade, entrelinhas das entrelinhas...

Diante de tal constatação, passa a se afigurar possível uma crítica à hermenêutica jurídica tradicional como monopólio de enunciação das verdades jurídicas: se os conteúdos normativos não possuem uma vontade, o desejo que interfere e oprime passa então a poder ser questionado. Pode-se vislumbrar, a partir daí, o papel de uma epistemologia crítica na denúncia da impossibilidade de se fixar um marco teórico que sirva como critério de diferenciação entre o uso comum e um suposto “uso técnico” da linguagem jurídica. Ademais, pode-se dizer que a hermenêutica tradicional no direito não passa disso: uma “doxa” politicamente privilegiada, com uma ilusão epistêmica, com um desvario de verdade.

Referências consultadas

ARRUDA JR., E.L. de; GONÇALVES, M.F. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o direito. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002.

FERRAZ JR., T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Trad. de Roberto Machado. 15.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GUERRA FILHO, W.S. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Título Original: *Reine Rechtslehre*)

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamego 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997. (Título Original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*).

MARQUES NETO, A.R. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MURICY, M. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmaniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, C.E.A.; RODRIGUEZ, J.R. **Hermenêutica Plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ORLANDI, E. P. **Interpretação**: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico. Petrópolis: Vozes, 1996.

ROCHA, L.S. O sentido político da Teoria Pura do Direito. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 9, p. 57-75, jun. 1984.

SOUSA SANTOS, B. de. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 5. ed., São Paulo: Cortez, 2000.

SAVIGNY, F.C. von. Los fundamentos de la ciencia jurídica. In: **La ciencia del derecho**. Trad. de Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Losada, 1949. (Título Original: *System des heutigen Römischen Rechts*).

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WOLKMER, A. C. Para uma hermenêutica jurídica crítico-emancipatória. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 15, p. 14-24, dez. 1987.