

O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO EM KELSEN

The problem of interpretation in Kelsen

Cássio Corrêa Benjamin¹

Eron Geraldo Souza²

RESUMO	ABSTRACT
O presente artigo realiza uma análise teórica da contribuição de Hans Kelsen ao campo da Hermenêutica Jurídica, ressaltando as rupturas e continuidades com a doutrina tradicional da interpretação (especificamente Ronald Dworkin e Carl Schmitt). Parte-se das considerações de Wittgenstein sobre o que significa seguir uma regra. É analisada, então, a visão de Kelsen sobre o problema da interpretação e as questões que surgem a partir da abordagem que ele realiza desse tema. Por fim, segue-se uma tentativa de oferecer uma nova descrição do problema da interpretação e da busca de um critério para a demarcação do espaço da decisão correta, levando-se em conta os questionamentos dos autores analisados.	This current article makes a theoretical analysis of Hans Kelsen's contribution to legal hermeneutic field, by emphasizing the ruptures and continuities with the traditional doctrine of interpretation (specifically Ronald Dworkin and Carl Schmitt). The starting point is Wittgenstein's consideration about what following rules means. And then, it analyses Kelsen's vision over the problem of interpretation and the questions which come out from his approach to this matter. Finally, it tries to settle a new description of the problem of interpretation and of the search for a criterion to the demarcation of space of the right decision, by taking into consideration questionings of analysed authors.
PALAVRAS-CHAVE: Interpretação, regra, critério, comunidade jurídica	KEY-WORDS: interpretation, rule, criterion, legal community

INTRODUÇÃO

O propósito deste ensaio é a exposição do tema da interpretação jurídica em Kelsen. No capítulo VIII do livro *Teoria Pura do Direito*, edição de 1960, Hans Kelsen dedica-se ao problema da interpretação jurídica. Apesar de ser um número reduzido de páginas, para muitos, o capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, ao trazer a “vontade” como elemento necessário à aplicação do direito no caso concreto, poria em xeque a própria coerência interna da obra. Aqueles que sustentam a tese da incoerência não encontram dificuldades em perceber, no próprio capítulo VIII, evidências de que a significação jurídica

1 Professor da UFMG. ccb@direito.ufmg.br

2 Professor da ESDHC. eronsouza@ig.com.br

(sentido) da norma individual de uma sentença judicial não está totalmente determinada ou, melhor dizendo, que a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções o ato através do qual é aplicada. À primeira vista, se o significado jurídico não está previamente dado àquele que esteja autorizado a aplicar a norma, e o processo cognitivo da interpretação é insuficiente, só lhe restaria decidir, conforme sua vontade, qual o significado teria o dispositivo normativo no caso. Essa tensão entre vontade e cognição parece levar a visão kelseniana a um impasse, para alguns, ou a um decisionismo mitigado, para outros³. Entretanto, antes de tratarmos especificamente da teoria de Kelsen, vamos comentar brevemente as investigações feitas por Wittgenstein em torno da questão de “seguir uma regra”. Elas ajudarão na análise do ponto central em jogo no texto sobre a interpretação de Kelsen.

O QUE SIGNIFICA “SEGUIR UMA REGRA”

A questão sobre qual é a regra correta em um caso concreto é bastante ampla. Ela é tratada, por exemplo, nas reflexões de Wittgenstein em suas *Investigações Filosóficas* sobre o conceito de seguir uma regra (WINCH: 1970; 34). As análises de Wittgenstein são bastante esclarecedoras sobre o tema. Não iremos segui-las em todas as suas conseqüências, mas apenas ressaltar um aspecto de extrema importância para a análise da interpretação que faremos. O ponto central sobre a questão de seguir uma regra reside na capacidade de determinar o que significa “o mesmo” (WINCH: 1970; 36), ou seja, quando é possível determinar se ocorre uma identidade ou uma diferença. O problema, então, pode ser descrito da seguinte forma: “como dar um sentido à palavra ‘mesmo’ ou em que circunstâncias faz sentido dizer-se, quando alguém está fazendo uma coisa, que ele está seguindo uma regra?” (WINCH: 1970; 37). Somente sendo capazes de realizar essa distinção é que podemos dizer

3 3

Bobbio faz um breve comentário sobre essa questão em Kelsen (BOBBIO: 1965; 57). Há também um texto de Cattoni, que parte de um ponto de vista crítico da teoria de Habermas. Entretanto, o que nos parece mais relevante nesse texto é a minuciosa descrição dos vários momentos em que Kelsen volta ao problema da interpretação e das mudanças que vão ocorrendo no tratamento desse tema (CATTONI: 1997).

que seguimos ou não uma regra. O parágrafo 215 das *Investigações Filosóficas* mostra bem o intrincado da questão:

“mas, ao menos, o igual não é igual? Parece haver um paradigma infalível da igualdade na igualdade de uma coisa consigo mesma. Eu diria: ‘aqui não pode haver diferentes significados. Se ele vê uma coisa diante de si, ele vê também igualdade’. Então, duas coisas são iguais quando elas são como uma coisa? E como eu devo empregar o que uma coisa mostra a mim para o caso de duas?” (WITTGENSTEIN: 1997; 84).

Determinar “o mesmo”, o idêntico, o igual, eis a questão a ser resolvida. Esse é o enigma que deve ser enfrentado e solucionado.

Esse é, no fundo, o problema da interpretação em Kelsen, e no direito mais amplamente. Determinar qual é a norma correta significa ter a capacidade de distinguir o que segue uma regra, o que se situa dentro ou fora de um espaço determinado. O problema então passa a ser claramente “qual a diferença que existe entre alguém que realmente aplica uma regra a aquilo que faz, e alguém que não o faça” (WINCH: 1970; 37). Ter a capacidade de estabelecer um critério é a tarefa a ser realizada para a solução dessa questão. O problema é, pois, o critério.

Uma das características essenciais para a determinação do que significa seguir uma regra é a noção de grupo ou comunidade. Só há como dizer se se segue uma regra dentro de um grupo. Não há regra privada. E se houver regra privada, não há como dizer se ocorre ou não o fato de seguir uma regra. Então, é fundamental que se leve em conta

“as reações de outras pessoas em relação ao que ele [aquele que tenta seguir uma regra] está fazendo. Mais especificamente, é somente numa situação em que faça sentido supor-se que, em princípio, alguém mais pudesse descobrir a regra que estou seguindo, que se pode dizer inteligentemente que eu estou seguindo inteiramente uma regra” (WINCH: 1970; 38).

Portanto, a noção de uma comunidade é essencial. Quando se compreende a importância da comunidade na determinação do significado de seguir uma regra, algo também fica bastante claro: a noção de erro. Por isso, “a noção de seguir uma regra é logicamente inseparável da noção de cometer um erro” (WINCH: 1970; 40). E só se sabe se houve de fato um erro, se a comunidade puder identificar o ato como tal. Novamente, percebe-se a

importância fundamental dessa espécie de consenso da comunidade. Só dentro desse grupo a noção de seguir uma regra e, portanto, de cometer um erro tem sentido. E deve-se notar como, então, a idéia de erro é fundamental para qualquer discussão sobre interpretação. É significativo, por exemplo, o argumento de Dworkin sobre o papel do juiz ao interpretar a história jurídica. Segundo ele, “qualquer concepção útil de interpretação deve conter uma doutrina do erro” (DWORKIN: 2001; 240). Esse seria apenas um dos exemplos mais destacados entre inúmeros outros.

O que queremos indicar é que tal consenso ou congruência da comunidade dos intérpretes autorizados do direito é que forma o limite das decisões possíveis. Não há um critério fora desse próprio consenso, o que significa dizer que não há um critério “objetivo” que esteja além desse consenso. Dizer isso implica também afirmar que não se pode designar tal consenso exatamente como algo racional. Não se trata de um consenso racionalmente formado, qualquer que seja a maneira em que se tome a noção de racional. Por outro lado, tampouco temos aqui qualquer figura semelhante a uma decisão. Não há decisionismo porque existe um claro limite às decisões possíveis, a saber, o próprio consenso formado. Nem racionalismo, nem voluntarismo.

Queremos, nessa breve introdução, apenas tentar mostrar como o problema do ato jurídico concreto pode ser compreendido de forma bem mais ampla. As investigações de Wittgenstein sobre o tema de “seguir uma regra” revelam isso de modo claro. Mas nosso texto refere-se especificamente ao problema do direito. Aqui, então, a interrogação toma um caráter mais específico: como se determina a sentença correta em um julgamento de um caso concreto. Essa é a questão mais geral do direito, tratada no tema mais amplo da pergunta sobre a interpretação. Neste texto, portanto, analisaremos a posição de Kelsen no capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*, denominado “A interpretação”. Depois desse primeiro momento, derivaremos questões mais gerais sobre a discussão da interpretação de uma norma jurídica.

A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO KELSEN

Segundo Kelsen, quando um órgão jurídico aplica o direito, ele tem que interpretar normas. Então, “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: 1984; 463). Quando se fala de interpretação, em geral, pensa-se na questão de determinar o conteúdo que será dado a uma norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa. Tal processo é concebido como uma norma que possa ser deduzida da norma geral da lei, quando de sua aplicação a um caso concreto. Há uma interpretação da Constituição, quando ela é aplicada a um escalão inferior. Há uma interpretação de tratados internacionais ou das normas do Direito Internacional geral consuetudinário. E há também uma interpretação de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, entre outros. Por outro lado, não se pode esquecer que os indivíduos têm que observar o direito e obedecer. Portanto, eles também necessitam compreender e, por isso, interpretar o sentido das normas jurídicas. Por fim, segundo Kelsen, há a ciência jurídica que, para descrever o que é o direito positivo, precisa realizar o exercício da interpretação.

Existem, portanto, basicamente, duas formas de interpretação: aquela realizada pelo órgão que aplica o direito e aquela realizada por uma pessoa privada ou pela ciência jurídica. O que Kelsen faz aqui é distinguir claramente entre um órgão que tem competência para aplicar o direito e, simplesmente, o resto. Kelsen cria uma assimetria obviamente a favor do órgão competente que aplica o direito.

Há uma relação de determinação ou vinculação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica. Segundo Kelsen, “a norma de escalão superior regula o ato através do qual é produzida a norma de escalão inferior ou o ato de execução” (KELSEN: 1984; 464). Entretanto, tal determinação nunca é completa, pois a norma de escalão superior não pode determinar exhaustivamente o ato através do qual essa mesma norma é aplicada. Ao caracterizar a relação entre a norma do escalão superior e “o ato de produção normativa ou de execução que a aplica” (KELSEN: 1984; 464), Kelsen utiliza uma palavra bastante significativa. Trata-se de “uma moldura ou um quadro a preencher por este ato” (KELSEN: 1984; 464). Mesmo uma ordem que seja detalhada da forma mais ampla possível sempre deixa àquele que a executa um amplo espaço de especificações a serem feitas. Então já fica

claro aqui o movimento realizado por ele. Há uma moldura a ser preenchida. Essa idéia de um quadro é essencial para a discussão proposta. Como ficará mais claro na seqüência, Kelsen sugere que há um limite claro para os atos (de produção e execução). Portanto, os atos não podem ser arbitrários ou, pelo menos, completamente arbitrários.

A conclusão de Kelsen é que “todo o ato jurídico em que o direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica, quer seja um ato de pura execução é em parte determinado pelo direito e, em parte, indeterminado” (KELSEN: 1984; 465). Essa situação de indeterminação parcial do direito é, portanto, constitutiva, não podendo ser contornada. Não há como determinar uma única possibilidade para cada ato jurídico.

A indeterminação do ato jurídico pode ser intencional ou não intencional. Esse segundo modo de indeterminação seria derivado da própria constituição da norma que deve ser aplicada pelo ato. Kelsen cita a ambigüidade do sentido verbal da norma e a possível discrepância entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, tudo isso resultante 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” (KELSEN: 1984; 465). Esta é, de longe, a indeterminação mais importante. Ela é constitutiva, ela não pode ser evitada nem com maiores explicações e especificações. O texto da lei é e será sempre ambíguo.

É isso o que leva exatamente à questão tratada no próximo item, cujo título já explicita: “o direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação” (KELSEN: 1984; 466). Há, pois, a idéia de uma moldura e de uma indeterminação dentro dessa moldura. Como ele afirma, nesses casos de indeterminação, são várias as possibilidades na aplicação jurídica. Isso significa que o ato jurídico que efetiva a norma pode ser especificado de modo a corresponder a alguma das inúmeras significações verbais de uma mesma norma. Kelsen, portanto, não crê em uma completa indeterminação do ato jurídico (como em um decisionismo), mas, por outro lado, também não crê na possibilidade de uma determinação completa (como em um normativismo ortodoxo). A indeterminação tem seu limite e a maneira de Kelsen expressar isso é com a noção de moldura. Ele afirma:

“o direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é

conforme ao direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (KELSEN: 1984; 466).

O esquema de Kelsen parece bastante razoável: o direito é pensado como moldura na qual cabem várias possibilidades. É conforme ao direito (correção, coerência), o ato que se situe dentro dessa moldura, embora Kelsen ressalte que isso possa ocorrer “em qualquer sentido possível”.

O problema que se coloca de imediato é aquele do critério. Kelsen parece não poder fornecer um critério claro para decidir, entre os atos possíveis, qual se situa dentro e qual se situa fora da moldura. Não há nenhum critério objetivo (Kelsen não sugere nenhum) que possa ser utilizado para marcar o que está “conforme” ao direito, portanto, dentro da moldura. Dessa forma, o que fica em risco é a própria noção de moldura ou quadro.

Kelsen especifica um pouco mais suas distinções e o lugar exato da moldura. Ele introduz uma separação entre cognoscitivo, entendimento e razão, por um lado, e vontade, por outro. Essa é uma importante divisão, além de remeter a um amplo debate da tradição sobre tais conceitos. Esta distinção é extremamente importante para Kelsen porque é ela que sustenta, em última instância, a própria idéia de moldura. O movimento de Kelsen na direção da indeterminação é contido pela crença em algo do âmbito do entendimento, do cognoscitivo separado da vontade.

Se a interpretação for pensada em um sentido cognoscitivo, então, o resultado dessa interpretação será “a fixação da moldura” e, além disso, “o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem” (KELSEN: 1984; 467). Conseqüentemente, “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor” (KELSEN: 1984; 467). De todo modo, apenas uma dessas soluções se tornará direito positivo através do ato do órgão aplicador do direito. Kelsen, então, abre a possibilidade de vários resultados distintos, todos de igual valor. Entretanto, todos estes estariam contidos na moldura. A moldura é única, os resultados válidos são diversos. Novamente, pode-se perguntar qual é o critério que distingue um resultado válido de outro que se situe fora da moldura? A tentativa de Kelsen em fixar um quadro está inteiramente alicerçada na idéia de uma interpretação via

cognoscitiva ou racional. É a crença de que existe tal interpretação, o que sustenta a moldura kelseniana. Kelsen afirma:

“dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais – que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (KELSEN: 1984; 467).

Há uma possível variedade, mas dentro de uma moldura. A indeterminação tem seu limite dentro de um quadro, há uma moldura assegurada.

Em uma crítica ao que Kelsen denomina “a jurisprudência tradicional”, ele afirma que essa crê ser possível ir além da moldura e determinar o ato jurídico específico. Para tal jurisprudência, “a interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada” (KELSEN: 1984; 467). Isso significa que tal teoria “quer fazer acreditar que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução concreta (ajustada) e que a justeza (correção) jurídico positiva desta decisão é fundada na própria lei” (KELSEN: 1984; 467). É exatamente contra isso que Kelsen argumenta. Para tanto, como já dissemos, Kelsen lança mão de uma distinção fundamental, na verdade, a chave para a compreensão da própria noção de moldura e tudo o que ela implica. O erro da jurisprudência tradicional, segundo ele, é desconhecer que, dentro da moldura, passa a operar um outro tipo de móvel, no caso, a vontade. Por isso, dentro da moldura, há indeterminação. Vontade e indeterminação estão interligadas. De todo modo, a própria idéia de moldura é salva.

Kelsen afirma que a jurisprudência tradicional erra porque

“configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do direito apenas tivesse que por em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do direito positivo” (KELSEN: 1984; 467).

Há uma clara separação entre compreensão e entendimento de vontade. Embora aqui, ele não afirme que só a vontade predomina dentro da moldura. O que é afirmado é que

há também espaço amplo para a vontade. O que significa dizer que há indeterminação dentro da moldura. Kelsen concede em um ponto importante, relativamente a um normativismo ortodoxo. Entretanto, deve-se lembrar como ele tenta manter a idéia de que há uma moldura fixa e determinada. Apenas dentro dela é que se poderia falar em indeterminação. Kelsen tenta, portanto, manter a distinção rígida entre moldura fixa e “decisão” indeterminada dentro da própria moldura.

Não há, para Kelsen, qualquer critério ou método que possa indicar qual das possibilidades dentro da moldura pode ser preferida em relação à outra, para o direito positivo. Portanto, dadas as várias possibilidades dentro da moldura, não há como, segundo o direito positivo, determinar qual delas é a correta. Há, pois, completa indeterminação dentro da moldura, mas só dentro dela. Kelsen então concede a existência de uma indeterminação limitada, parcial. Ela existe dentro da moldura, o limite da indeterminação é a própria moldura. Portanto, ao mesmo tempo em que Kelsen parece sair de um normativismo ortodoxo e conceber a existência de uma indeterminação, ele recua na abrangência desse movimento e limita a indeterminação à moldura. Não se trata, pois, de decisionismo.

Segundo Kelsen,

“apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou de outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto” (KELSEN: 1984; 468).

Kelsen passa a criticar, então, os métodos de interpretação que pretendem um único resultado correto: a vontade presumida do legislador, o teor verbal, o *argumentum a contrario*, a analogia, a ponderação de interesses, etc. Ele continua sua crítica à teoria tradicional da interpretação e afirma que a idéia de que a determinação do ato jurídico possa ser efetivada através de alguma espécie de conhecimento é falsa. Tal idéia negaria a própria possibilidade de uma interpretação.

A crítica de fundo é, portanto, dirigida à noção de que a interpretação seja uma operação que se dê puramente na esfera do conhecimento, da cognição, da razão. É esse o

problema central. E Kelsen explicitará mais claramente esse ponto na seqüência. Na continuação de sua crítica à teoria tradicional, Kelsen afirma que

“a idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a por, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação” (KELSEN: 1984; 469).

Em uma ampliação do alcance da questão da indeterminação, Kelsen diz tratar-se do mesmo problema, tanto a determinação de “a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto” (KELSEN: 1984; 469), quanto a tentativa de determinação das únicas leis justas a partir da Constituição. Assim, de modo surpreendente, porque rompe com a noção de uma certeza garantida pela Constituição, Kelsen afirma: “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” (KELSEN: 1984; 469). Trata-se aqui de uma diferença apenas quantitativa, não qualitativa.

O juiz e o legislador se assemelham no papel de criadores de direito (embora o primeiro o seja em âmbito mais reduzido). Por isso, pela ação do juiz, “a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária” (KELSEN: 1984; 470). Kelsen reconhece ao juiz o aspecto voluntário, isto é, indeterminado da decisão. O problema que permanece é como saber se esta decisão se situa dentro da moldura, ou seja, qual é o critério a partir do qual se pode estabelecer esse pertencimento ou sua ausência.

Depois de ressaltar mais uma vez a indeterminação da produção do ato jurídico: “relativamente a este [o direito positivo], a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato (KELSEN: 1984; 470). É oferecida, então, uma caracterização, de forma geral, da “interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito”. Ele afirma

“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” (Kelsen 1984: 470).

Essa caracterização é importante porque, dirigida à interpretação jurídica em geral, é a mais abrangente explicação sobre interpretação. Kelsen divide em duas partes: a interpretação cognoscitiva e o ato de vontade. A interpretação cognoscitiva oferece alternativas possíveis de decisão através de um ato de vontade – “ou é produzida uma norma de escalão inferior ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda” (KELSEN: 1984; 476.) Aqui, Kelsen determina o lugar exato de um e de outro momento e sua seqüência necessária. O ato de vontade ou a indeterminação está na contingência da escolha entre os atos derivados da interpretação cognoscitiva. Por isso, a moldura estaria relacionada ao cognoscitivo. O ato de vontade se reduziria à escolha entre alternativas possíveis.

Kelsen estabelece a relação entre a noção de autenticidade e a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito. Segundo ele, “a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é sempre autêntica” (KELSEN: 1984; 470). Isso significa que o órgão aplicador cria direito. Kelsen utiliza essa expressão não somente em seu modo tradicional, ou seja, quando há criação de direito para além do caso concreto, para todos os casos iguais, o que significa a produção de uma norma geral. Ele utiliza essa expressão também na atividade de criação do direito para um único caso concreto, isto é, quando o órgão cria uma norma individual ou executa uma sanção.

Em uma passagem bastante ambígua e polêmica, Kelsen afirma que a interpretação autêntica não somente realiza uma das possibilidades da interpretação cognoscitiva como também “pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN: 1984; 471). Mas se a interpretação autêntica produz uma norma fora da moldura, ela continuaria a ser autêntica? E se autenticidade significar essa capacidade de liberdade de uma interpretação, então ainda caberia falar em moldura? Essa passagem tem provocado muita controvérsia entre os leitores de Kelsen. Ela pode ser compreendida como uma radicalização de suas noções e de seu pensamento. Isso levaria até mesmo, no limite, a uma posição que acabaria por colocar em xeque a própria idéia de um direito positivo. Por outro lado, pode-se também pensar que se trata apenas de uma frase em uma obra muito vasta. Isso implica dizer que não se poderia dar

a essa frase um peso que parece desproporcional à sua extensão. Comentaremos tal questão nas conclusões do texto. Entretanto, o que nos interessa aqui é ressaltar a tensão permanente entre vontade e cognição presente nessa discussão sobre a interpretação.

Kelsen separa claramente a interpretação autêntica levada a cabo exclusivamente por um órgão aplicador do direito de todo outro tipo de interpretação que, não sendo autêntica, não cria direito. Só o órgão aplicador do direito cria direito. A interpretação jurídico-científica estabelece as possíveis significações de uma norma jurídica, mas não cria direito, pois “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas” (KELSEN: 1984; 472). Ela “não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesmas reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, seguindo a ordem jurídica, é competente para aplicar o direito” (KELSEN: 1984; 472). Essa decisão específica, entre as várias possibilidades, é o que Kelsen chamaria de ato de vontade. Isso só o órgão competente pode realizar. É nesse sentido que Kelsen termina esse polêmico capítulo de sua *Teoria Pura do Direito* com uma afirmação que serve como suma de seu pensamento sobre o tema:

“a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo de cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente” (KELSEN: 1984; 472).

QUESTÕES

Depois da exposição de alguns pontos principais da argumentação de Kelsen sobre o problema da interpretação, gostaríamos de levantar algumas questões. Elas se referem seja ao texto de Kelsen, seja à questão mais ampla da interpretação no direito. Vamos enumerá-las.

PRIMEIRA QUESTÃO

A primeira questão se refere a uma crítica freqüentemente feita a Kelsen. Essa crítica afirma haver uma espécie de decisionismo no positivismo da *Teoria Pura do Direito*. Se há uma moldura, alcançada pela via cognoscitiva, entretanto, como Kelsen não se cansa de afirmar, o ato jurídico concreto será sempre um ato de vontade. Sendo assim, a indeterminação do ato jurídico concreto, embora haja limite dentro da moldura, ainda guarda um forte teor decisionista. Qual é o problema dessa crítica? O problema dessa crítica é pressupor que se possa determinar o ato jurídico de forma mais fixa. É pensar que o ato jurídico pode se aproximar de algo como uma resposta única, salvando assim a idéia de certeza jurídica. Mas isso não ocorre. Há indeterminação, embora a indeterminação do ato concreto não seja um puro decisionismo. Essa é inclusive uma das críticas equivocadas a Kelsen. Kelsen não destrói a sua teoria pura abrindo-se ao decisionismo aqui. A escolha entre possibilidades concretas continua limitada por uma demarcação dada racionalmente. Exatamente, por isso, o termo moldura é usado. O problema de Kelsen não está aqui.

Segundo nossa argumentação, a indeterminação do ato concreto não é limitada por uma moldura dada racionalmente, como quer Kelsen, mas por uma busca de coerência com as decisões tomadas pela comunidade jurídica competente. Essa comunidade competente é aquela que de fato decide. Estão excluídos os cidadãos em geral, os advogados, os juristas de cátedra, etc. Esses podem fornecer informações para a decisão, mas não podem decidir. Esse é o sentido forte de comunidade que sugerimos com a citação de Wittgenstein. Só há unidade, só há coerência, só se pode falar em seguir uma regra se há uma comunidade que compartilhe o mesmo sentido. Mesmo que tal sentido seja dinâmico, em permanente reconstituição no tempo. É aqui que se resolve o problema do critério da decisão correta, a saber, a congruência dinâmica da comunidade jurídica competente.

É interessante perceber como era essa, de certo modo, a intuição de Carl Schmitt em seu primeiro livro no qual ele trata da questão da correção de uma decisão - “quando uma decisão judicial é correta?” (SCHMITT: 1912; 1). Não cabe aqui analisar em todos os detalhes os argumentos de Schmitt nesse livro, mas apenas apontar a semelhança de sua solução com a que foi aqui esboçada como comunidade jurídica competente. Para uma melhor compreensão da resposta seria necessário inclusive distinguir entre essa primeira fase de Schmitt e seu elaborado decisionismo posterior, o que não faremos. Para evidenciar a

semelhança, vamos nos limitar a apresentar sua fórmula que determina a decisão correta: “uma decisão judicial é atualmente correta quando se admite que um outro juiz teria decidido do mesmo modo” (SCHMITT: 1912; 71). Essa noção de “um outro juiz” remete diretamente a uma comunidade jurídica competente. A noção, portanto, de correto ou justo aqui encontra seu critério nesse grupo. Só queríamos mostrar através dessa breve citação desse autor polêmico e, nessa fase, ainda não decisionista, como essa idéia de uma “fundamentação” do justo ou do correto na própria comunidade que toma decisão não é tão estranha à tradição de reflexão jurídica.

É também um tema que aparece em Dworkin, em um texto no qual ele compara a interpretação no direito e na literatura. Não iremos entrar nos detalhes do argumento, mas apenas citar a solução que esse autor apresenta para a questão dos casos controversos. Aqui ele assemelha o procedimento do juiz em tais casos com a construção de um romance por vários autores. Então,

“ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então” (DWORKIN: 2001; 238).

O que é esse processo, um processo de vinculação de sentido ao que há anteriormente a cada nova decisão, senão a construção de uma comunidade jurídica? É essa permanente vinculação a cada novo caso concreto que constitui tal comunidade, tal grupo que decide. A nossa única ressalva é quanto à admoestação de Dworkin de que o juiz não deve partir em alguma nova direção. De fato, só se sabe se isso ocorre pela interpretação dos outros componentes do grupo. Um juiz, por si só, nunca saberá efetivamente se está sendo ou não muito radical e inovador. Por isso, novamente, a importância da comunidade. Só ela poderá dizer se isso de fato ocorre, não é possível qualquer critério fora desse círculo. É isso o que as observações de Wittgenstein revelam.

Há, portanto, uma indeterminação que acompanha todo ato particular de decisão. Nisso, Kelsen está mais correto do que seus críticos. Para ele, a tentativa de determinar um único ato jurídico correto significaria identificar o direito com um único valor absoluto. Entretanto, como estamos ressaltando, o que não ocorre é uma limitação dessa indeterminação dada por uma moldura de fundo racional, como se a via cognoscitiva pudesse levar a alguma certeza sobre o direito. O que há é uma delimitação não estruturalmente racional, uma delimitação que é dada por uma congruência da comunidade competente que decide. Novamente, é um sentido forte de comunidade tomado das reflexões de Wittgenstein.

Por fim, se se pode falar de um critério de demarcação do que é uma decisão correta, esta estaria nesta espécie de congruência dinâmica da comunidade jurídica competente. É isso o que separa o correto do incorreto. Tal consenso, por sua vez, não poderia ser fundado exclusivamente em algum tipo de racionalidade. Consensos não são exclusivamente racionais. A moldura racional kelseniana não é a melhor descrição do que de fato ocorre. Entretanto, Kelsen se encontra mais próximo do que ocorre de fato no direito do que seus críticos que o acusam de uma espécie de decisionismo mitigado. Isso ocorre porque, efetivamente, há uma indeterminação limitada em todo ato jurídico concreto. Isso é constitutivo do direito e não pode ser evitado.

SEGUNDA QUESTÃO

Kelsen sempre insiste em uma separação rígida entre moldura e ato. De um lado, a moldura alcançada de modo racional, de outro, o ato tomado ao modo de uma vontade. De um lado, a determinação mais ampla, de outro, a indeterminação contida dentro dos limites da moldura. E também não fica muito claro em Kelsen se são dois momentos distintos ou apenas um único, o tempo da moldura e o tempo do ato jurídico concreto. De todo modo, há uma tendência em Kelsen de compreender a moldura e o ato como dois momentos marcadamente separados. É isso o que parece dar força ao seu argumento, já que a indeterminação (baseada na vontade) é contida por uma determinação (racional) da moldura. Dois problemas se colocam. Primeiramente, a relação entre moldura e ato talvez ocorra de modo muito mais estreito. Em vez de pensar em uma moldura existindo anteriormente ao ato, poderia ser uma

melhor descrição a idéia de uma moldura sendo formada exatamente pelos próprios atos concretos. É a cada ato que a moldura é construída. Mas a questão seria então como determinar o contorno da moldura ou, dito de outra maneira, estabelecer o critério para determinar o que fica fora ou dentro da moldura. O segundo problema se refere exatamente à separação entre a racionalidade da moldura e o voluntarismo do ato concreto. Kelsen tenta separar rigidamente esses dois momentos porque, como já dissemos, a determinação da moldura se baseia estreitamente no modo racional de alcançá-la. A moldura pode ser determinada exatamente porque é produto de uma ação do entendimento. Por outro lado, a indeterminação do ato concreto é relacionada ao voluntarismo. Ressaltemos mais uma vez que aqueles que dizem haver uma contradição entre tal indeterminação do ato e a teoria pura não entenderam bem a questão. A indeterminação do ato continua, literalmente, emoldurada racionalmente. Não há nenhum decisionismo de estilo schmittiano aqui.

Entretanto, parece haver certo artificialismo nesta divisão de Kelsen. Por que restringir o voluntarismo ao ato? Não haveria também voluntarismo na determinação da moldura? E sendo assim, a moldura, se ainda se pudesse falar em moldura, não seria muito menos rígida, muito mais informe? No fundo, trata-se também de um problema de vocabulário. O emprego das palavras “racional” e “voluntário” remete a uma ampla rede de significações já tratadas pela tradição, nem sempre de forma tão clara. Além disso, esses próprios termos parecem indicar realmente uma separação rígida entre razão e vontade, certeza e indeterminação.

Esse foi o sentido da citação de Wittgenstein. Ele oferece, pelo menos, um caminho para a solução dessa questão. Não há divisão rígida entre moldura e ato porque esses dois momentos constituem dinamicamente o consenso. Isso significa que é tal congruência que diz, diante de cada ato e a partir de cada ato, qual deles é aceitável e qual deles não é. A comunidade de intérpretes competentes muda constantemente seu entendimento sobre o direito exatamente através do ininterrupto jogo de comparação entre a novidade do caso particular e o pano de fundo de um consenso já formado. É esse jogo constante o que permite, por um lado, a abertura e, por outro, a previsibilidade limitada e parcial das decisões dos órgãos competentes que formam o conjunto da comunidade jurídica. Portanto, nem haveria uma moldura racionalmente determinada existindo antes do ato, nem um ato concreto

voluntário que seria indeterminado, mas contido dentro da moldura para ser aceito como ato jurídico. O processo seria mais interligado e, portanto, mais dinâmico. Trata-se de um jogo permanente de construção de sentido. É por isso que se pode afirmar que não há nenhum sentido prévio, já dado, das normas jurídicas. O caráter necessariamente hermenêutico do direito significa compreendê-lo em permanente constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, N. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1965.
- CATTONI, M. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. *Revista de Direito Comparado da Pós-Graduação da UFMG*, Belo Horizonte, v.1, n.1, p. 207-227, 1997.
- DWORKIN, R. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 217-249.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- SCHMITT, C. *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*. Berlin: Otto Liebmann, 1912.
- WINCH, P. *A idéia de uma ciência social e sua relação com a filosofia*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.
- WITTGENSTEIN, L. *Philosophische Untersuchungen. English & German. Philosophical investigations*. Oxford: Blackwell Publishers, 1997.

Artigo recebido em 23 de maio de 2010 e aceito em 15 de junho de 2010.