

INTERPRETAÇÃO EM Kelsen

Francisco Meton Marques de Lima*

Palavras-chave: Filosofia do Direito; Teoria de Kelsen; Kelsen

1 *VEXATA QUESTIO DO DIREITO*

A interpretação do direito na Teoria Pura de Kelsen situa-se no meio termo entre a hermenêutica tradicional e a do Direito Livre. É uma mesotia entre o excesso desta e a limitação daquela.

Com efeito, Kelsen pontificou no auge da Escola do Direito Livre, capitaneada por Kantotowicz e seu pensamento não foi indiferente a ela.

Falar de Kelsen é muito difícil e temerário, pois foi o jusfilósofo que mais influenciou o pensamento jurídico do século XX, ficando marcas indeléveis ao estudo do Direito. Todos os conceitos estudados na Teoria Geral do Direito partem de Kelsen. Só esse dado justifica a reverência ao Mestre da Escola da Viena. Foi de sua criação a idéia de Corte Constitucional, hoje presente em inúmeros países e defendida a sua criação em outros. No Brasil, esse debate ocupa cada vez mais espaços e já angaria a simpatia dos maiores constitucionalistas.

A Corte Constitucional representa o instrumento por excelência de salvaguarda da Constituição, garantindo o exercício da democracia mediante um controle jurídico especializado. Como tal, seus membros são escolhidos mediante processos democráticos que envolve ampla participação de todos os seguimentos da sociedade e cumprem mandato determinado.

* Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Mestre em Direito pela UFC. Professor Adjunto IV da UFPI e juiz do TRT da 22ª Região.

A interpretação da lei, desde tempos imemoriais, tem sido a *vexata questio* do Direito. A busca da justiça como ideal - a decisão entre o correto e o seguro - aflige o jurista por séculos afora.

Como hoje os sistemas jurídicos são demais complexos e, por ficção legal, plenos, a interpretação de qualquer dispositivo de norma requer larga construção sistêmica e lógica.

De simples interpretação da lei passa-se a interpretar o direito, numa operação hermenêutica prévia.

Aqui é irrefragável a incursão filosófica e sociológica. É também onde se tem escondido a doutrina. A corrente positivo-normativista insiste na interpretação da lei a partir da lei, escondendo sua necessária e efetiva construção paralegal. Veja-se que o próprio Kelsen repudia os valores externos à norma, mas ao mesmo tempo desenvolve a teoria da moldura legal, em que o subjetivismo no processo volitivo de escolha é indisfarçável. E como diz Santos¹, toda escolha é ato de valoração.

A corrente hermenêutica, à sua vez, conquanto pretenda navegar por todos os mares da cultura humana, não assume que, no Direito, toma como ponto de partida do texto legal para chegar a uma conclusão inelutavelmente positivo-normativista.

Muitas correntes hermenêuticas derivam dessas duas matrizes atuais, cada uma radicalizando para o seu lado, caindo em contradições insuperáveis.

Falta, pois, uma construção, senão neutra, despreconceituosa e distante de dogmas, que parta do direito posto (não só da lei), e adentre o espírito humano. Este, considerado ao mesmo tempo como objeto e centro irradiador da obra humana.

1 SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia concreta dos valores*. São Paulo: Logos, 1960. v. 11.

Neste artigo faz-se uma exposição da interpretação voluntarista kelseniana e outra das angústias conceptuais atuais sobre hermenêutica, interpretação, linguagem, retórica, tradição pré-compreensão e pré-conceito. Estas colocações deveriam vir em primeiro lugar, porém são colocadas por último para situar o leitor na complexidade que a questão hermenêutica pós-Kelsen vem assumindo.

2. KELSEN E SUA OBRA

Kelsen foi marcante no conhecimento jurídico do século recém-findo. Abalou as estruturas antigas, incomodou burgueses e comunistas, católicos e protestantes, ocidentais e orientais. A obra de Kelsen é tão marcante que polarizou a doutrina jurídica entre *kelsenianos* e *não-kelsenianos*, como observou Siches².

O pensador é conhecido pela sua obra. Assim também o seu pensamento deve ser situado no contexto histórico em que foi produzido para ser entendido. Daí a necessidade de uma ligeira incursão sobre a vida e a obra de Kelsen, bem como das principais criações que ele legou à ciência do Direito.

Como grande inovador, foi alvo de muitas críticas negativas, incitou a controvérsia e polemizou o Direito. Sua obra é vasta, porém é pela **Teoria pura do Direito** que ele é sumariamente julgado. Daí dizer-se que Kelsen é mais citado do que lido.

Trata-se de um filósofo (título que ele não aceitava, diz Reale), mas ao mesmo tempo jurista pragmático, com doutrina de resultado.

Kelsen, de descendência judia, nasceu em Praga, então pertencente ao império austro-húngaro, em 11 de outubro de 1881 e faleceu em abril de 1973. Estudou em Heidelberg, Berlim e Viena, onde concluiu o Doutorado em 1906.

2 SICHES, Luis Récasens. *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973.

Foi professor de Filosofia do Direito e Direito Público nas Universidades de Viena, de Genebra, de Praga e de Harvard (EUA). Foi um dos redatores da Constituição da Áustria de 1920, idealizando o Tribunal Constitucional, do qual fez parte de 1921 a 1930. Este foi o primeiro deste tipo na história do direito constitucional. Orgulhava-se Kelsen particularmente do capítulo que tratava do controle da constitucionalidade das leis, porque, observa Metáil apud Afonso³, “na realização do princípio do Estado de Direito, quer dizer, do princípio da constitucionalidade da legislação, e da legalidade de sua execução, (justiça e administração) via Kelsen a garantia mais efetiva da Constituição e o traço mais característico da Constituição Federal Austríaca.”

Tamanho foi o prestígio de Kelsen na Áustria, que ali nasceu a Escola de Viena, cujas idéias irradiaram-se por todo o Planeta. Logo, como é natural, capitalizou também inúmeros adversários. A propósito, Siches socorre-se de Kuntz⁴ para relatar o seguinte:

Entre esses inimigos da Teoria Pura do Direito há alguns que simplesmente não a compreendem - nomina sunt odiosa - há outros que não querem compreendê-la. Outros a rechaçam e combatem,

3 AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Kelsen*. Belo Horizonte, UFMG, 1984.

4 KUNTZ, Josef apud SICHES, Luis Récasens. *Panorama del Pensamiento Jurídico*, p. 188-189. PRADO, Luiz Regis. Hans Kelsen: vida e obra. In: KARAN, Munir (Coord.). *Estudos de Filosofia do Direito : uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: RT, 1984, p. 5 - 14. AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Kelsen*. Belo Horizonte: UFMG, 1984. REALE, Miguel. A visão integral do Direito em Kelsen. In: KARAN, Munir (Coord.). *Estudos de Filosofia do Direito - uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: RT, 1984, p. 15-30.

não em verdade por razões científicas senão por razões políticas. Os nacionalistas, fascistas e defensores dos regimes totalitários reprovam a Teoria Pura do Direito que esta é, segundo eles, uma teoria democrática, e a democracia era para Carl Schmitt coisa passada, terminada. Ao contrário alguns socialistas reprovam por vezes a Teoria Pura do Direito que é uma teoria fascista; uma doutrina que justifica os regimes totalitários. Autores antisemitas disseram que a Teoria Pura do Direito é tipicamente semita por ser vazia de conteúdo, formal e abstrata. Autores católicos viam na Teoria Pura do Direito uma teoria puramente protestante, enquanto que os autores protestantes tinham a Teoria Pura do Direito por católica. (...) Pois bem, nada melhor que isto para provar a neutralidade e objetividade científica de seu criador”. Ao mesmo tempo em que Kelsen fora caluniado pelos nacionalsocialistas, era atacado pelos comunistas como burguês e imperialista.

Diz Reale⁵ que quando Kelsen desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito, na segunda década deste século XX, o Direito era uma cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos, cada um disputando o seu domínio

No prefácio da 1ª. edição da Teoria Pura, Kelsen responde ao espanto dos seus opositores afirmando que a sua teoria está longe de ser inteiramente nova e de opor-se a todas aquelas que a precederam. Muitas dessas idéias já

5 Filosofia do Direito, p. 401.

se encontravam desenvolvidas em germe no positivismo jurídico do século XIX, do qual seus adversários são também herdeiros.

Conquanto não seja mais possível praticar o sistema puro de Kelsen, em face da complexidade das relações econômicas, sociais e políticas, embasadas num pluralismo crescente e na liberdade, sua lição a cada dia inspira as correntes atuais do pensamento jurídico.

Idéias como a pirâmide legal, o princípio da imputação nas ciências humanas, validade da norma, monismo... E no campo da hermenêutica a sua inovação foi considerável, ao rechaçar a doutrina tradicional, que entendia ser a interpretação ato de mero conhecimento e a resposta subsumida da norma era única.

Para Kelsen, a interpretação é autêntica quando levada a efeito por quem tem competência para aplicar o direito; e científica quando praticada por juristas. Por sua vez, a interpretação do direito envolve cognição e vontade. Pela cognição, chega-se aos vários sentidos da norma; pela volição, escolhe-se a norma a ser aplicada.

Eis uma miniatura da imensa figura de Kelsen.

3 INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NA TEORIA PURA

Como se afirmou acima, a interpretação do direito na Teoria Pura de Kelsen situa-se no meio termo entre a hermenêutica tradicional e a do Direito Livre. Sim! Parece estranho, mas Kelsen sugeriu uma espécie de Direito Livre.

Kelsen desenvolve a teoria voluntarista da interpretação do direito, segundo a qual a interpretação é ato de conhecimento e de vontade. Para ele toda norma deriva de outra. A lei deriva da Constituição, a sentença deriva da lei. Já a Constituição tem matriz numa norma hipotética fundamental. Esta é objeto da ciência do Direito e toda ciência parte de hipótese.

Bonavides observa que a Escola de Viena tomou sua primeira posição sobre a hermenêutica jurídica com Merkl, em 1916. E só em 1932 Kelsen publicou um artigo onde revela a sua teoria sobre a questão hermenêutica. Esse artigo foi reproduzido quase que na íntegra na 1ª edição da Teoria Pura em 1934 e somente na edição de 1960 ampliada sensivelmente⁶.

Tanto a elaboração da lei como a produção da norma particular para o caso concreto são atos de interpretação. A diferença entre a produção legislativa e a decisão judicial é apenas quantitativamente e não qualitativamente. Certo que o legislador dispõe de mais liberdade do que o juiz, até mesmo pela sua distância dos casos concretos.

Autêntica é a interpretação feita pela autoridade competente para aplicar o direito. O jurista, para Kelsen, descreve o direito, realizando tarefa de conhecimento, expondo o quadro das interpretações possíveis. Não lhe cabe criar nem aplicar o direito por um ato de vontade.

Nessa linha de raciocínio, a interpretação autêntica, aquela de cuja operação resulta criação de direito (feita por quem tem competência para isso), é em essência ato de decisão, ato volitivo e não ato de cognição, de sorte que, no quadro das interpretações possíveis da norma, o intérprete guia-se mais pela vontade do que pela inteligência na escolha de um dos seus significados.

Entende que a interpretação decorre de um procedimento espiritual que acompanha o processo de produção do direito em seu curso, desde o grau superior ao inferior. Neste processo, o grau inferior sempre aparece condicionado ao grau superior, na escala de hierarquia normativa. Nessa seqüência, todas as normas (a Constituição,

6 Curso de Direito Constitucional. 6. ed., p. 407.

as normas individuais, as sentenças, as ordens administrativas, os negócios jurídicos) são interpretáveis quando se trata de aplicação no nível mais baixo.

Destaca que há uma certa indeterminação ou incerteza na natureza da relação entre a norma de grau superior e a de grau inferior. Por exemplo, entre a Constituição e as leis, a relação é dispositiva, estipulativa ou de vinculação. A norma mais alta regula o ato mediante o qual se produz a norma inferior.

A norma superior define o procedimento de produção da norma inferior, como também determina o seu conteúdo. Mas essa definição de conteúdo não é fechada, deixando margem à discricionariedade. Assim, todo ato jurídico, seja de produção de direito, seja de mera execução, no qual se aplique uma norma, será apenas em parte determinado ou regulado por essa norma, ficando a outra parte por determinar-se ou definir-se.

Para Kelsen, a norma apresenta-se como uma moldura, na qual várias possibilidades de execução se oferecem. Todas essas possibilidades que preencham um sentido possível se compadecem com a norma matriz (moldura), e portanto são legais. Logo, a escolha de uma dessas derivações possíveis e legais, constitui ato de vontade e não de conhecimento. O conhecimento verifica-se na identificação da moldura legal e nas derivações dali possíveis. A interpretação não deve conduzir a uma só decisão certa, mas possivelmente a várias, todas de igual valia. Porém, no ato da decisão, apenas uma vem a positivar-se.

Neste particular, a teoria de Kelsen distancia-se das teorias clássicas, que deduziam apenas uma saída possível de cada norma, num exercício puramente intelectual, como se fosse possível encontrar uma única decisão certa. Aqui a razão suplanta o elemento vontade. A teoria clássica cingia a interpretação a uma mera operação silogística mecânica de verificar certas premissas e extrair delas sua conclusão lógica.

4 A RELAÇÃO DA DOUTRINA DE Kelsen COM A ESCOLA DO DIREITO LIVRE

A Escola do Direito Livre floresceu no sistema austro-alemão (Alemanha, Áustria e Suíça) no final do século XIX, em reação à jurisprudência dos conceitos e ao formalismo lógico. Partiu da doutrina de Jhering, que lançara os princípios da interpretação sociológica e teleológica, e avança sob o comando de figuras ilustres como Zitelmann, Stammler, Ehrlich, Bülow, Jung, Kantorowicz, Fuchs e outros⁷.

O *voluntarismo* constitui o ponto de convergência entre a teoria de Kelsen e a escola do direito livre. Mas esta distancia-se daquela, porque na teoria pura a individualização da norma é limitada pela norma geral. Contudo, é inescandível o parentesco de ambas. Apenas, como o próprio Kelsen revelou em importante passagem da sua obra, emprestou fundamento teórico a uma das principais teses da escola do direito livre, a saber, aquilo que se chama aplicação do regulamento pelos tribunais e pela administração é, em verdade, *formação do direito*. Por isso, afirmou Schreier⁸ que “a obra da Escola de Viena e a da teoria do direito livre não são contraditórias senão paralelas.”

7 Essa doutrina é anterior e contemporânea à de Kelsen. (Ou esta é contemporânea e sucessora daquela?) Em 1900, Jung pronuncia inflamado discurso impugnando a plenitude lógica do direito. Em 1902, Zitelmann, em outra festa acadêmica, aprofunda o que dissera Jung, afirmando que a organização jurídica positiva, por mais perfeita que seja, encerra inevitáveis lacunas, que a lógica por si só não pode suprir, cabendo em tais circunstâncias o recurso a meios estranhos às fontes formais. Em 1.903, Mayer afirma que há na base do direito regras de civilização e que o conjunto da organização jurídica repousa no acordo dessas normas. Em 1906 Kantorowicz leva essa doutrina ao ápice, afirmando que o *direito livre* é o direito natural do século XX. Fuchs, em 1929 (“Que quer a escola do direito livre?”), combate tanto o culto dos conceitos e construções lógicas como o direito livre, a que denomina *padectologia de natureza lotérica*. LIMA, Mario Franzen de. *A hermenêutica tradicional e o Direito científico*. Belo Horizonte: Oliveira Costa & Cia., 1932. p. 83-100.

8 *Apud* BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., p. 411.

Aftalión, Olano e Vilanova destacam que “A fundamental diferença entre o voluntarismo da Escola do Direito Livre e o de Kelsen consiste em que o daquela é um voluntarismo amorfo ou informe (Cossio), porquanto deixa tudo entregue livremente à vontade do juiz. Em compensação, o voluntarismo kelseniano se acha estruturado de fora (voluntarismo estruturado), no sentido de que o juiz não está livre de ataduras e que o seu ato de vontade deve discorrer dentro dos marcos conceituais - tipos, figuras, *standards* - enunciados pelas normas gerais.”⁹ .

Outra diferença fundamental no sistema kelseniano é que ele não admite lacuna ideológica na norma, como o faz a Escola do Direito Livre.

Para Kelsen, a necessidade de interpretação da norma decorre do fato de ela oferecer várias possibilidades de aplicação, dado que a norma não contém nenhuma decisão referente a maior importância valorativa dos interesses em jogo, “cabendo antes ao ato estabelecedor da produção normativa - a decisão judiciária, por exemplo - decidir que interesse é maior ou deverá prevalecer valorativamente.”¹⁰ A Escolha da decisão correta, segundo Kelsen, não é problema afeto à teoria do Direito, mas de política jurídica.

5 ESTUDO TOPICO DA INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA

Kelsen sistematiza esse capítulo nos seguintes tópicos:

5.1 A essência da interpretação - autêntica e não autêntica.

Para ele, uma norma tem base em outra. A Constituição interpreta-se quando tem de ser aplicada a um escalão inferior

⁹ Id. , p. 411, trecho da nota 52.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo, op. cit. , p. 410.

- no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos; uma interpretação dos tratados internacionais ou das normas do Direito internacional geral consuetudinário, quando estas e aquele têm de ser aplicados, num caso concreto, por um governo ou por tribunal ou órgão administrativo, internacional ou nacional. De igual forma, interpretam-se as normas individuais de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc.

Para ele, *autêntica* é a interpretação praticada por quem tem competência para aplicar o Direito, como o legislador, o Juiz e a autoridade administrativa. *Não autêntica* é a interpretação levada a efeito por pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica. É da autêntica que ele se ocupa, dividindo-a em 5 tópicos:

- a) relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito
- b) indeterminação intencional do ato de interpretação do Direito
- c) Indeterminação não intencional do ato de aplicação do Direito
- d) o Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação
- e) os chamados métodos de interpretação

Desenvolve depois dois tópicos: 1) uma unidade sobre a interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade; e, completando o círculo, 2) a interpretação da ciência jurídica.

O primeiro tópico pode ser resumido da seguinte forma:

Diz que a interpretação faz-se da norma superior para a inferior:

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a

relação entre a Constituição e a Lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula - como já se mostrou - o acto através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o acto de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o acto de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do acto de execução a realizar.¹¹

Como a determinação superior nunca é completa, deixando uma margem de livre apreciação por quem deva aplicá-la, ora maior ora menor, nunca pode vincular em todas as direcções o ato através do qual é aplicada.

Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súbdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.¹²

Sobre o item *a*, acima referido, pode-se resumir da seguinte forma:

Teoria da Moldura, ou das múltiplas possibilidades de aplicação da norma - *“A norma do escalão superior tem sempre,*

11 Kelsen, Hans. Teoria pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 464.

12 Kelsen, op. cit., p. 464.

em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este acto” (p. 464). Dentro da moldura legal comportam várias possibilidades de normas derivadas, todas juridicamente justificáveis. Enquanto o jurista expõe teoricamente essas possibilidades, todas sem caráter cogente nem vinculante, a autoridade tem o poder de escolher uma delas, imprimindo-lhe força normativa. Daí a caracterização do voluntarismo no ato interpretativo.

Sobre o item *b - A indeterminação intencional do ato de aplicação do Direito* –sintetiza-se assim: todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, como ato de criação jurídica ou de mera execução é em parte **determinado** pelo Direito e em parte **indeterminado**. A indeterminação pode estar tanto no fato (pressuposto) condicionante como na consequência condicionada. Pode até ser intencional do órgão normador.

Uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar o alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças. A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa ou uma pena de prisão e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas - podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo.¹³

13 Kelsen, op. cit., p. 465.

Sobre a letra *c* - *Indeterminação não intencional do acto de aplicação do Direito*, diz-se que, a indeterminação, neste caso, não é intencional, podendo advir de vários fatos: a) da pluralidade de significações das palavras em que a norma se exprime; b) a discrepância entre a vontade do legislador e a sua expressão; c) conflito de normas que pretendem valer simultaneamente.

Quanto à letra *d* *O Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação*, repete-se que o Direito a aplicar forma 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.

O resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torna direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do Tribunal, especialmente.

Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei significa 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.

Afirma que a interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. Critica a teoria usual que quer fazer crer que a lei aplicada ao caso concreto poderá fornecer uma única

solução correta e que a justeza jurídico-positiva desta decisão está fundada na própria lei.

O ato de interpretar é ato de cognição e de vontade. A introdução da vontade na interpretação é o dado novo que Kelsen agrega à teoria da interpretação. Daí denominar-se a sua teoria de interpretação voluntarista. Diz que só a atividade intelectual não realiza a escolha, dentre as possibilidades que se apresentam, uma escolha correta (justa) no sentido do direito positivo.

Por fim, quanto à letra e *Os chamados métodos de interpretação*, pondera que nenhum dos métodos de interpretação é capaz de fornecer o caminho objetivo e seguro para estabelecer qual das várias significações verbais de uma norma. Todos os métodos de interpretação conduzem apenas a um resultado possível, nunca a um resultado único e correto. Fixar-se na vontade presumida do legislador, desprezando o teor verbal e preferindo o teor verbal desprezando a vontade resulta na mesma indefinição.

Com efeito, a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma a aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o maior valor, mas deixarem antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto - à sentença judicial, por exemplo.¹⁴

14 KELSEN, op. cit., p. 469.

5.2. A INTERPRETAÇÃO COMO ATO DE CONHECIMENTO DE CONHECIMENTO OU COMO ATO DE VONTADE

Para Kelsen, a questão de saber qual é a solução correta, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, não é uma questão dirigida 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 à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas).¹⁵

O juiz e o legislador exercem idêntica função criadora, sendo que o legislador goza de maior margem de atuação. Justamente por isso, 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.

Mesmo depois de identificada a moldura dentro da qual se tem de manter o ato jurídico, o ato de cognição que o órgão aplicador do direito porventura exercite, não se tratará de um conhecimento de direito positivo, mas de outras normas que, no processo de criação jurídica, têm sua incidência coadjuvante: normas de moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.

¹⁵ KELSEN, op. cit., p. 469.

5. Uma ligeira observação particular - o Movimento Pendular da Teoria Pura

Pelo andar histórico da Escola do Direito Livre, como reação ao direito lógico-formal, ilusionista (Miceli)¹⁶, a Teoria Pura de Kelsen representa um dado do movimento pendular. Exuma o formalismo jurídico (que o sociologismo jurídico julgara sepultado, consumido pelos fatos) e ressuscita-o sob o bálsamo de rigorosa teorização, fazendo a decantação dos elementos estranhos ao direito, que, segundo ele, desqualificavam a ciência jurídica.

Como o movimento pendular assinala uma progressão - que em cada regresso não volta até o ponto de maior atraso e no avanço vai além do último ponto onde já chegara antes - a teoria de Kelsen, conquanto ressuscite a escola formal-lógico-dogmática, abriu perspectivas para a realidade jurídica, ao reconhecer a moldura legal e a natureza volitiva do ato de escolha (ou de produção) da norma derivada.

Atualmente, já no alvorecer do século XXI, longe de desmerecer o mérito da doutrina kelseniana, percebe-se a seguinte grande defecção na teoria de Kelsen: alberga uma confusão entre o plano ontológico e o gnosiológico. Confunde o plano de validade do direito com o plano da eficácia.

16 "O intérprete de MICELI age como esses ilusionistas que, de uma cartola vazia, tiram dezenas de objetos, allí collocados no momento em passes de prestidigitação, procurando dar a ilusão de que a cartola é que os produziu. É o moinho da lógica, moendo, como própria, farinha tomada ao vizinho.