

**Resumo:** A interpretação jurídica sob a ótica kelseniana deve ser analisada dentro do contexto em que inserida, a saber, o da Teoria Pura do Direito. No desenvolvimento do tema, Kelsen emprega conceitos próprios de interpretação, de interpretação autêntica e não-autêntica, de determinação, entre outros. Para ele, como cético, o ato de interpretar é estritamente criador (interpretação autêntica), a não ser nos casos em que o intérprete é um particular ou um cientista jurídico (interpretação não-autêntica). Os diversos sentidos atribuídos a uma norma constituem uma moldura dentro da qual o aplicador pode livremente realizar seu ato de escolha para proferir a decisão que concretizará a norma aplicada. Na relação escalonada, ou piramidal, entre norma superior e norma inferior, que é de determinação, sempre resta uma zona de indeterminação a ser preenchida pelo intérprete (intencional ou não-intencional).

**Sumário:** 1- Introdução 2- A interpretação jurídica segundo Kelsen 3 - Conclusão 4 - Referências bibliográficas

## Introdução

Kelsen dedica poucas páginas em seu livro “Teoria Pura do Direito” ao tema da interpretação, posicionado no capítulo VIII, o último, o que denotaria pouca importância dada pelo autor ao assunto. Não obstante, muitos estudiosos dedicaram-lhe ensaios e mais ensaios na tentativa de extrair das poucas linhas todo o seu significado e alcance. Nas precisas palavras de Isabel Lifante Vidal:

“La relativa poca atención que Kelsen presta en el conjunto de su obra al tema de la interpretación jurídica – poca atención que, no obstante, no há ido acompañada de una negación de la importancia del tema –, no ha impedido que sus múltiples estudiosos hayan dedicado a este tema numerosas páginas. Se ha dicho que, em apariencia, puede considerarse a la interpretación como un tema marginal en la obra kelseniana y que – también en apariencia – apenas presenta alguna novedad o sorpresa (Troper, 1981); pero, al mismo tiempo, há sido también calificada como el aspecto más deficiente de toda su teoría (Scarpelli, 1982).”<sup>[1]</sup>

Deve-se compreender o tema interpretação dentro do contexto maior da Teoria Pura desenvolvida ao longo dos demais capítulos da obra examinada, atentando-se para os conceitos utilizados pelo autor e de sua posição de cético, que defende que a interpretação é sempre criadora.

Desse modo, é de se ter em mente, como ressaltado por Adrian Sgarbi<sup>[2]</sup>, que a Teoria Pura formulada por Kelsen é uma teoria do direito em geral e não de um direito positivo específico, com pretensão de configurar o Direito como ciência, descontaminado de qualquer influência exterior. Assim, não procura formular uma teoria de como as normas devem ser interpretadas num determinado ordenamento jurídico, mas apenas estabelecer o lugar da atividade interpretativa dentro do direito positivo.

Necessário, ainda, estar bem clarificada a estrutura escalonada da ordem jurídica por ele propugnada. De fato, Kelsen ressalta que, diante do caráter dinâmico do direito, constitui pressuposto de validade de uma norma estar em conformidade com o que determinado pela norma que lhe é superior, que representa seu fundamento de validade imediato. Esta relação é pintada pela “imagem espacial da supra-infra-ordenação”, formando a conhecida “pirâmide normativa de Kelsen”.

Afirma o autor que a ordem jurídica não é composta por normas jurídicas dispostas no mesmo plano, mas por uma “construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”, até o topo, onde fica a norma fundamental pressuposta, fundamento de validade último, que “constitui a unidade desta interconexão criadora”<sup>[3]</sup>.

Outro ponto a ser destacado é que, como positivista e, portanto, mero descritor do objeto de sua ciência, kelsen defende que não cabe ao cientista do direito qualificar de certo ou errado, verdadeiro ou falso o conteúdo do que é descrito. Deve apenas identificar o que é o direito de determinado ordenamento jurídico. Se deverá ser aplicado, se é justo ou injusto, é tarefa posterior, que não lhe retira a qualidade de direito. Isso demonstra que, ao descrever determinada norma, o positivista não estará, necessariamente, concordando com ou discordando dela, mas apenas identificando o direito vigente.

O apontamento de qual a melhor interpretação para o texto legal em foco, segundo Kelsen, é tarefa para o filósofo político e não para o cientista do direito.

Importante destacar, também, a visão de Kelsen acerca do princípio da separação dos poderes. Para ele, a clássica configuração dos poderes não corresponde à realidade, conforme afirma Isabel Lifante Vidal.<sup>[4]</sup> As funções fundamentais do Estado seriam duas e não três: a criação e a aplicação. A função executiva seria mais um pressuposto específico da função aplicativa. Essas funções encontrar-se-iam hierarquizadas e não coordenadas entre si; a criação do Direito teria primazia sobre sua aplicação. É, por fim, não existiria possibilidade de diferenciar completamente ambas as funções (criativa e aplicativa), nem sequer o Poder Executivo do Legislativo.

Afirma ainda que o princípio da separação dos poderes não é por si só democrático. Que o realmente democrático é a concentração dos poderes nas mãos do povo ou nas mãos de representantes por ele eleitos. Se só reúne essas características o órgão legislativo, esse deve ter o controle sobre os órgãos executivo e judiciário.

## A interpretação jurídica segundo Kelsen

Kelsen conceitua interpretação com “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”<sup>[5]</sup>. Esse sentido pode ser qualificado de específico, porque, como se verá, abrange somente a denominada interpretação autêntica.

No seu sentido geral, por interpretação “deve-se entender o processo intelectual que se traduz na averiguação do conteúdo de uma disposição jurídica.”<sup>[6]</sup>

Para Kelsen, como destaca Isabel Lifante Vidal<sup>[7]</sup>, a interpretação jurídica deve realizar-se em todos os casos: para todos os sujeitos que se valham das normas, sejam públicos ou privados, e para todas as normas jurídicas, gerais ou individuais, superiores ou inferiores.

Assim, interpretam-se leis, a Constituição, tratados internacionais ou normas de Direito internacional geral consuetudinário e normas individuais, sentenças judiciais, ordens administrativas, negócios jurídicos, enfim, todas as normas jurídicas, sempre que devam ser aplicadas.

Também os indivíduos, para observarem-nas e a ciência jurídica, para descrever o direito positivo, interpretam normas.

Kelsen distingue, com base nessas duas categorias, entre interpretação autêntica e não-autêntica. A primeira é realizada pelo órgão aplicador (“órgãos” encarregados ‘burocraticamente’ da tarefa de ‘aplicar’ o direito”<sup>[8]</sup>), enquanto a segunda, por uma pessoa privada, que não seja um órgão jurídico, e pela ciência jurídica (“destinatários não especializados afetados pelas normas jurídicas”<sup>[9]</sup> e os juristas – definição por exclusão: a não realizada por aplicadores do direito).

Como órgãos aplicadores do direito, Kelsen identifica o legislativo, que aplica a constituição e as normas superiores, o judicial, ao proferir sentenças, e o administrativo, na tarefa de editar resoluções administrativas em cumprimento de sentenças.

Quanto ao objeto da atividade interpretativa, Kelsen utiliza o termo “normas”, bi-unívoco, sem especificar se por ele entende “textos legais” ou o resultado da interpretação, o “texto interpretado”.

Segundo Adrian Sgarbi, apesar de Kelsen não denotar realmente qualquer preocupação nesse sentido, trechos de sua obra deixam transparecer que está a se referir a textos legais, quando utiliza o termo “normas”. Um exemplo disso vê-se ao tratar sobre a questão da moldura que representa o

Direito, figura de linguagem que usa para afirmar que se compreendem dentro do sentido do texto legal diversos significados ou diversas maneiras de interpretar, igualmente possíveis, ou adequáveis àquela moldura.

Na já referida relação de supra-infra-ordenação entre as normas de escalão superior e inferior, dentro da estrutura escalonada da ordem jurídica visualizada por Kelsen, ele afirma que a relação entre Constituição e lei, ou entre lei e sentença judicial é uma relação de determinação ou vinculação [10]: a Constituição é determinada pelas leis, e essas, por sua vez, são determinadas pelas sentenças, que serão, então, determinadas por sua execução.

“A norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.” [11]

Todavia, consoante afirma, essa determinação nunca é completa, sendo inviável à norma de escalão superior vincular totalmente a do escalão inferior, prevenindo todas as possibilidades de sua aplicação. É aí que surge a figura mencionada do quadro ou moldura que a norma de escalão superior significa para a de escalão inferior, que poderá preenchê-lo discricionariamente (essa escolha é um ato político-ideológico).

Com base nessa premissa, Kelsen define a indeterminação intencional e a indeterminação não-intencional do ato de aplicação do Direito. A indeterminação pode se referir tanto ao fato, que constitui o pressuposto condicionante, como à consequência condicionada.

Como exemplo de indeterminação intencional, cita o caso da lei de sanidade que prevê a tomada de certas providências por parte dos cidadãos, ante à manifestação de uma epidemia, sob pena de multa. Caberá à autoridade administrativa especificar quais atitudes deverão ser tomadas, em consonância com o tipo de doença manifestado. Esse é um exemplo de indeterminação quanto ao pressuposto condicionante. Com relação à indeterminação da consequência condicionada, exemplifica com a lei penal que estabelece, para um delito, pena pecuniária ou privativa de liberdade, deixando a cargo do juiz a decisão pela aplicação de uma ou de outra.

A indeterminação não-intencional pode, segundo Kelsen, ser ocasionada, em primeiro lugar, pela pluralidade de significados de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime (ambigüidade). Pode originar-se, também, da discrepância entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora (discrepância normativa). Essa discrepância pode ser completa ou parcial, que ocorre quando a vontade do legislador (ou a intenção das partes num negócio jurídico) corresponde a pelo menos uma das possíveis interpretações da expressão verbal da norma. Por fim, a indeterminação do ato jurídico pode derivar do fato de duas normas, que pretendem valer simultaneamente, contradizerem-se total ou parcialmente (contradições normativas). [12]

Quanto a esses defeitos, discorre Adrian Sgarbi:

“Note-se que o defeito (1) amplia, sobremaneira, os significados possíveis da norma; o defeito (2) a dissociação entre o pretendido e o efetivamente logrado (questão que se encontra no setor do que John L. Austin designou de ‘perlocutivo’); o defeito (3) gera instabilidade no conjunto normativo e dificuldades de intelecção da parte do destinatário. O que pode comprometer sua visão do que ‘é devido’ e do que ‘não é’.” [13]

Para Kelsen, qualquer interpretação que se mantenha dentro do quadro ou da moldura posta pela norma de escalão superior é conforme ao Direito, tendo igual valor. A sentença que se funda na lei não configura a norma individual, mas uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro daquela moldura da norma geral. Rechaça, assim, as teorias que defendem que a interpretação é possível a fixação de uma única solução correta para cada caso concreto posto a exame, e que somente esta solução se ajustaria à lei.

“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 pôr 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.” [14]

Com base na sua Teoria Pura, contudo, não há como se preferir uma interpretação à outra – desde que se encontrem todas dentro da “moldura” prefixada pela norma superior –, tarefa da ciência política e não da teoria do Direito. Para Kelsen, todos os métodos interpretativos conduzem, no máximo, a uma interpretação possível, jamais à única interpretação correta. No caso do conflito entre a expressão verbal da norma e a vontade do legislador, por exemplo, a opção por uma ou por outra, têm igual valor, sob a ótica do Direito positivo. Do mesmo modo, os critérios do *argumentum a contrario* e da analogia, que conduzem a resultados opostos, não havendo qualquer critério que faça prevalecer um sobre o outro. Com relação à teoria da ponderação de interesses, afirma:

“Não fornece a medida ou critério objetivo segundo o qual os interesses contrapostos possam ser entre si comparados e de acordo com o qual possam ser dirimidos os conflitos de interesses. Especialmente, tal critério não pode ser retirado da norma interpretada, da lei que a contém ou da ordem jurídica global (...).” [15]

Kelsen pondera que, assim como não se pode extrair da Constituição, através da interpretação, as únicas leis corretas, também não há como, com base na lei, por interpretação, obterem-se as únicas sentenças corretas. [16] A diferença entre as duas situações é que o legislador é muito mais livre materialmente que o juiz, ainda que esse último também possa ser considerado um criador do direito.

“Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.” [17]

O ato de vontade do aplicador do direito na escolha do sentido da norma a aplicar ou na escolha do conteúdo da norma jurídica a produzir distingue-o do cientista jurídico, em sua interpretação, já que cabe a esse último apenas descrever os possíveis sentidos da norma interpretada, sem manifestar-se favoravelmente a nenhum deles – atividade descritiva e não prescritiva.

Mesmo os aplicadores do direito sempre promovem essa interpretação científica preliminarmente ao ato decisório, com o que sua atividade é caracterizada como cognoscitivo-volitiva: “primeiro há o desenho do quadro interpretativo que evidencia as possibilidades de sentido; depois, a escolha por uma delas.” [18] A interpretação científica constitui um momento ou um pressuposto da interpretação autêntica, mas nem sempre essa interpretação prévia não-autêntica será realizada por um cientista jurídico, podendo o próprio aplicador lhe fazer as vezes, caso ainda não haja qualquer consideração a respeito da norma a ser aplicada pela doutrina, ou mesmo se não quiser levar em conta as interpretações já levadas a cabo.

Kelsen ressalta, aliás, que a atividade criativa do intérprete autêntico pode produzir inclusive uma norma que se situe fora da moldura que a norma a ser aplicada representa, desde que deste ato já não caiba mais recurso, que não possa mais ser anulado, que tenha transitado em julgado.

A interpretação levada a cabo por um indivíduo particular não é autêntica, no sentido utilizado por Kelsen, porque não cria direito novo, não vincula o órgão aplicador. Se o indivíduo, ao interpretar uma norma que deve observar, julga correta certa ação sua, isso não o livra de ser condenado por essa mesma ação, caso o aplicador a considere criminosa, com base em interpretação diversa.

A atividade interpretativa de um advogado, na defesa de seu cliente, ou de um escritor, que se posiciona a favor de determinado sentido da norma, não é autêntica, não cria direito. Eles não realizam uma função jurídico-científica, mas uma função jurídico-política, de política jurídica.

A crença numa única interpretação correta, salienta Kelsen, é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para assegurar o ideal de

segurança jurídica, mas esse ideal somente é aproximadamente realizável, ante a plurissignificação da maioria das normas jurídicas. Ainda que tal ficção apresente vantagens do ponto de vista político, consiste em um juízo de valor político, que não pode figurar numa exposição científica do Direito.

A interpretação levada a efeito pelo cientista jurídico, que aponta todos os possíveis sentidos da norma, mesmo aqueles não desejados ou imaginados pelo legislador, tem ainda um efeito prático que supera a ficção da segurança jurídica, que é o de apontar à autoridade legislativa o equívoco de sua produção. Como constitui exigência técnico-jurídica de uma formulação normativa que ela seja o mais inequívoca possível, evitando-se ao máximo a pluralidade de significações, o papel do cientista do direito representa contribuição de enorme importância para a garantia da segurança jurídica.

Isabel Lifante Vidal<sup>[19]</sup>, afirma que, haja vista que a prática dos cientistas do direito apontarem o significado da norma que consideram mais correto ser incontestável, até mesmo para Kelsen, significa que ele propõe um modelo ideal de ciência jurídica (modelo prescritivo) e não descreve a ciência que realmente existe, como, segundo ele, deveria agir o verdadeiro cientista jurídico (modelo descritivo).

Contra essa crítica, atribuída a Bobbio, Ruiz Manero, citado por Isabel Lifante Vidal, argumenta que existem dois níveis distintos de discurso: o da ciência jurídica e o da teoria da ciência jurídica, e que Kelsen prescreve quando trata da teoria da ciência jurídica e descreve ao cuidar da ciência jurídica.<sup>[20]</sup>

Subsistem, no entanto, vel, evitando-se ao seja o mais inequívoco, tem ainda um efeito a favor de determinado sentido da norma, neste ato j uma ecolíticas acerca do caráter utópico dessa consideração de Kelsen sobre o labor neutro do cientista jurídico. Isabel Lifante Vidal ensina que, para Ross,

"(...) la idea de una interpretación puramente lógica, libre de todo pragmatismo, es una ilusión y que la pureza de la ciencia no se perjudica si se destacan con claridad los límites entre ciencia y política. En este sentido considera que lo que debe hacerse es ser conscientes de las decisiones valorativas y las actitudes emocionales implícitas en el trabajo científico, y presentarlas como presupuestos explícitos; del mismo modo, se deben exponer las conclusiones prácticas como recomendaciones y no como postulados."<sup>[21]</sup>

## Conclusão

Como se pôde ver, Kelsen apresenta concepções muito características acerca da interpretação, mesmo dedicando ao tema poucas linhas de sua obra. Seus conceitos estão estreitamente ligados à Teoria Pura que desenvolve ao longo dos demais capítulos, não podendo ser estudados separadamente.

Emprega conceitos próprios de interpretação, de interpretação autêntica e não-autêntica, de determinação, entre outros.

Para ele, como cético, o ato de interpretar é estritamente criador, a não ser nos casos em que o intérprete é um particular ou um cientista jurídico.

Inclui na categoria de intérpretes criadores, e, pois, autênticos, o legislador, o juiz e o administrador, em consonância com sua visão do princípio da separação dos poderes (haveria apenas duas funções: a criativa e a aplicativa).

Interpretam-se todas as espécies normativas, sejam gerais ou individuais, sejam superiores ou inferiores, por todos os sujeitos que delas se valham, quer públicos ou privados.

A interpretação não-autêntica, realizada pelo cientista do direito, deve limitar-se a descrever todos os significados possíveis da norma e até mesmo os impensáveis, ou impensados pelo legislador, sem emitir qualquer juízo de valor sobre qual seria a interpretação mais justa ou mais correta, tarefa afeta exclusivamente ao cientista político do direito.

A interpretação não-autêntica realizada pelo particular é não-autêntica por não ser criadora do direito e, assim, não vincular o órgão aplicador.

Os diversos sentidos atribuídos a uma norma constituem uma moldura dentro da qual o aplicador, ou intérprete autêntico, pode livremente realizar seu ato de escolha para proferir a decisão que concretizará a norma aplicada.

Na relação escalonada, ou piramidal, entre norma superior e norma inferior, que é de determinação, sempre resta uma zona de indeterminação a ser preenchida pelo intérprete. Essa indeterminação pode ser intencional ou não-intencional. Essa última representada pelos defeitos da ambigüidade, contradição normativa e discrepância normativa.

Não é demais ressaltar, mais uma vez, que qualquer crítica que se faça – e não são poucas – à teoria da interpretação jurídica de Kelsen deve-se ter sempre em mente o contexto da Teoria Pura em que está inserida, atentando-se para os conceitos nela utilizados e para os objetivos por ela perseguidos.

**Referências bibliográficas** KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. \_\_\_\_\_ . **O que é Justiça?** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito – primeiras lições**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. \_\_\_\_\_ . **Clássicos da Teoria do Direito**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. **Notas:** [1] VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea**. p. 52. A autora ressalta, ainda, que a posição sistemática do capítulo dedicado à interpretação modificou-se da primeira para a segunda edição. Na primeira edição, o tema era tratado até a metade do livro, depois de Kelsen haver exposto a gradação do ordenamento e antes de analisar os métodos de criação do Direito. Para ela, tal alteração pode significar uma consideração marginal do tema por Kelsen, ou sua desconexão com os aspectos dinâmicos e estáticos da teoria do Direito que expõe. Também o tema das lacunas do Direito, que na primeira edição encontrava-se inserido no capítulo da interpretação, foi deslocado, na segunda edição, para o item dedicado à dinâmica jurídica. [2] SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito – primeiras lições**. p. 445. [3] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 246/247. [4] VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea**. p. 79/80. [5] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 387. [6] SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito – primeiras lições**. p. 453. [7] VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea**. p. 54. [8] SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito – primeiras lições**. p. 445. [9] Ibid., p. 446. [10] Adrian Sgarbi, na obra já citada, p. 451, afirma que a criação da constituição e os atos de execução configuram exceção a essa regra. "Isso porque, se a criação referida por Kelsen decorre de uma norma superior que deixa algum campo de indeterminação, no caso da constituição, ela apenas é precedida pelo ato do poder político de formulá-la; quanto à execução, ela é mero ato aplicação, sem qualquer espaço criativo." Desse modo, agora segundo Isabel Lifante Vidal (ob. cit., p. 62) nos extremos da pirâmide por Kelsen desenhada encontram-se as exceções ao dualismo criação/aplicação: na Constituição só há criação, e na execução só há aplicação do Direito [11] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 388. [12] Isabel Lifante Vidal (

**La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea.** p. 69) afirma que essa enumeração é exaustiva, consoante se pode extrair do texto da obra de Kelsen. [\[13\]](#) SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito** – primeiras lições. p. 451. [\[14\]](#) KELSÉN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 391. [\[15\]](#) *Ibid.*, p. 392. [\[16\]](#) *Ibid.*, p. 393. [\[17\]](#) *Ibid.*, p. 393. [\[18\]](#) SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito** – primeiras lições. p. 452. [\[19\]](#) VIDAL, Isabel Lifante.

La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea. p. 57. [\[20\]](#) Ibid., p. 57. [\[21\]](#) Ibid., p 58.