

Teoria Pura do Direito – 1ª Edição (1934)¹

Após um período conturbado, que incluiu a sua transferência, em 1930, para a Universidade de Colônia, e a sua ascensão do nacional-socialismo na Alemanha, com a sua conseqüente demissão e perseguição, diante de suas origens judias, Kelsen finalmente conseguiu estabelecer-se, em setembro de 1933, em Genebra, na Suíça, como professor do Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais,² aos 51 anos de idade.

Ao lado de suas atividades acadêmicas, que incluíam a docência em Filosofia Grega e Direito Internacional, Kelsen aproveitou os primeiros meses de sua estadia em Genebra para apresentar uma versão completa de sua teoria jurídica, até então dispersa em artigos diversos ou constata em obras dedicadas à Teoria do Estado. Assim, em 1934, tomando por base um amplo ensaio sobre o método e os conceitos fundamentais do seu projeto teórico, publicado apenas um ano antes,³ Kelsen apresenta ao público acadêmico o seu livro “*Reine Rechtslehre – Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*”, a primeira apresentação sistemática da sua Teoria Pura do Direito.

Além de demonstrar os equívocos da teoria jurídica tradicional, considerada, na melhor das hipóteses, ingênua e pré-científica⁴ e, na pior delas,

¹ Publicação original: KELSEN, Hans [1934]. **Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik**. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934, 236p. O presente estudo teve por base a tradução para a língua inglesa: KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997.

² MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra**. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 64-70.

³ KELSEN, Hans [1933]. **Methode und Grundbegriff der reinen Rechtslehre**. In: *Annalen der Critische Philosophie*, Assen: 3 Band, 1933, p. 69-90. Para o presente estudo, foi utilizada a tradução para o espanhol. KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999.

⁴ “(...) only a pre-scientific naïve jurisprudence can maintain it (...)” KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 27.

ideologicamente comprometida,⁵ Kelsen tinha a pretensão de expor, através desta obra, os fundamentos e os conceitos essenciais necessários para uma abordagem científica do Direito.⁶ De certo modo, pode ser dito que seu livro tinha a pretensão de apresentar os “*prolegômenos para todo conhecimento jurídico futuro que queira apresentar-se como ciência*”.⁷

Apesar de ter como objetivo principal compilar diversos pontos dispersos de sua teoria jurídica e apresentar os seus fundamentos, de forma sistemática, concisa e objetiva, esta obra acabou por trazer importantes inovações. As próximas páginas irão se limitar a descrever as 2 (duas) inovações relevantes para o presente trabalho: i) a norma jurídica como o sentido objetivo de um fato; e ii) a norma jurídica como uma moldura para a interpretação.⁸

5.1

A Norma Jurídica como Sentido Objetivo de um Fato

Inegavelmente, o Direito é um fenômeno social, isto é, um fenômeno que pode ser observado nas mais diversas sociedades. E, se de um lado, a sociedade, enquanto objeto de cognição, deve ser considerada como algo completamente diferente da natureza, de outro lado, o contraste entre a ciência jurídica e as

⁵ KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 51-52.

⁶ KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 1, 8 e 52-53.

⁷ Referência de Michael Hartney ao nome do livro de Immanuel Kant. Respectivamente: HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction**. In: KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michael Hartney, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xx *et* KANT, Immanuel [1783]. **Prolegômenos a Toda a Metafísica Futura (que Queira Apresentar-se como Ciência)**. Lisboa: Edições 70, 2003.

⁸ Como pode ser visto, o primeiro ponto (norma como sentido objetivo) corresponde ao que, mais tarde, foi estabelecido como estática jurídica e o segundo ponto (norma como moldura) corresponde ao aspecto dinâmico do Direito, ou dinâmica jurídica. Todavia, embora estas noções já estivessem presente no prefácio à 2ª edição do seu “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*”, de 1923, no seu “*Allgemeine Staatsrechts*”, de 1925, e neste “*Reine Rechtslehre*”, de 1934, a primeira delimitação clara destes conceitos somente foi apresentada, até onde se têm notícia, num artigo de 1941, publicado na “*The University of Chicago Law Review*”. Por isso, esta distinção não será utilizada neste ponto do presente estudo. Cf. KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. **O que é Justiça?**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 239.

ciências naturais não é tarefa das mais fáceis, uma vez que parte da essência do Direito ocupa o mundo natural, ou seja, é dotada de uma existência natural.⁹

Todavia, em que pese as dificuldades inerentes a esta tarefa, esta distinção seria possível. Segundo Kelsen,

*“si analizamos uno cualquiera de los hechos a los que atribuimos calificación jurídica – por ejemplo, una resolución parlamentaria, un acto administrativo, una sentencia judicial, un negocio jurídico, un delito, etc. – podremos distinguir dos elementos: primeiro, un acto acaecido en un determinado momento y en un cierto lugar, perceptible sensorialmente: un acontecimiento exterior, generalmente un comportamiento humano; segundo, un ‘sentido’ inmanente o adherente a este acto o acontecimiento, una ‘significación’ específica.”*¹⁰

Assim como qualquer fato natural, a conduta humana constitui parte da natureza e, portanto, está submetido ao princípio da causalidade. Todavia, o *sentido* (ou *significado*) desta conduta não é algo que possa ser percebido, ou conhecido, da mesma forma que se percebem, ou se conhecem, as propriedades naturais dos objetos corpóreos, como a sua cor, a sua densidade ou o seu peso, e somente pode ser reconhecido por um grupo de indivíduos (sociedade) que compartilhe determinados sistemas de referência, o que, em sua totalidade, denomina-se *cultura*.

Em se tratando de um fato decorrente da conduta humana, a própria realidade natural deste fato, ou melhor, deste ato, pode expressar algo acerca do seu próprio sentido. Como os atos são normalmente materializados através de palavras, faladas ou escritas, ou mesmo através de gestos, a sua própria realidade natural pode indicar qual é o seu significado específico.¹¹ Esta é, sem dúvida, uma característica peculiar da matéria que compõe o objeto de todas as ciências sociais e, em especial, da ciência jurídica.

⁹ Kelsen, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 8.

¹⁰ Kelsen, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 14 et Kelsen, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 8.

¹¹ Kelsen, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 15 et Kelsen, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 9.

Um fato natural, que não seja produzido por uma conduta humana, nada pode dizer ao investigador sobre seu ser ou sobre suas relações com os demais objetos que compõem o mundo natural. Entretanto, um ato social, enquanto produto da conduta humana, traz em si mesmo, muitas vezes, sua própria explicação, é dizer, uma indicação daquilo que significa. Ao realizar um ato, seu autor normalmente lhe confere um determinado *sentido*, que se traduz por sua forma específica e que é – ou, no mínimo, pode ser – compreendido por aqueles a quem o ato se dirige.¹²

Neste ponto, faz-se necessário distinguir o sentido subjetivo do sentido objetivo de um ato humano. Como acabou de ser visto, a maior parte dos atos é dotado de um significado específico, atribuído pelo próprio indivíduo responsável pela sua produção. Este é o seu *sentido subjetivo*. Não obstante, este mesmo ato pode assumir um sentido diverso daquele almejado pelo indivíduo, conferido pelo sistema jusnormativo, que é o seu *sentido objetivo*. E, eventualmente, o sentido subjetivo do ato *pode* coincidir com o seu sentido objetivo, de modo que o sentido almejado pelo indivíduo seja idêntico ao sentido atribuído pelo Direito Positivo.¹³

Verifica-se, pois, que a qualificação de um fato natural como um *fato jurídico* (legal ou ilegal) não decorre de sua faticidade, do seu ser natural, regido pelas leis causais e encerrado no sistema natural, mas sim do *sentido objetivo* que determinado sistema jusnormativo lhe atribui. Logo, para Kelsen,

*“el hecho en cuestión recibe su sentido y su significación propriamente jurídicas, en virtud de una norma que a él se refiere, convirtiéndolo en su propio contenido; de tal modo que el acto puede ser interpretado en función de la norma que le ha atribuido la cualidad jurídica. La norma constituye, pues, un ‘esquema de interpretación’”.*¹⁴

¹² KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 15 *et* KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 9.

¹³ KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 15 *et* KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 9.

¹⁴ KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 16 *et* KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 10.

Outrossim, a norma que confere determinado sentido objetivo a um fato natural foi necessariamente criada por outro fato natural que, por sua vez, recebeu seu significado, entendido como sentido objetivo, de outra norma, que lhe é anterior, de modo que o conhecimento jurídico é dirigido, precisamente, a estas normas que conferem a natureza de ato jurídico a certos fatos, normas estas que foram produzidas por outros atos jurídicos, e assim sucessivamente.¹⁵

Assim, por exemplo, se uma organização secreta condena à morte um indivíduo tido como traidor pelos seus membros e, por meio de um homem de confiança, executa aquilo que entende ser e denomina como uma “sentença”, não se pode conferir a este fato, tendo como referência o sistema de Direito Positivo, o *sentido objetivo* de “execução” de uma sentença, e sim de assassinato, por mais que este fato não possa ser distinguido, exteriormente, diga-se, sob o aspecto exclusivamente natural, da aplicação de uma pena capital em cumprimento a uma sentença.¹⁶

Neste ponto, Kelsen alerta que

“la norma, en cuanto contenido espiritual significativo, es cosa completamente distinta del acto psíquico en el cual es querida o representada. Precisa diferenciar con la máxima pulcritud la volición y la representación de las normas, de las mismas normas queridas y representadas. Cuando se habla en ‘creación’ de una norma, se piensa fatalmente en hecho reales referidos a la norma como su contenido espiritual. Pero cuando la Teoría Pura del Derecho pretende conocer las normas o interpretar algo jurídicamente, no se refiere para nada a los procesos psíquicos ni a las mutaciones corpóreas. Concebir algo jurídicamente, no significa otra cosa que concebirlo como Derecho. Con la tesis de que sólo las normas de Derecho pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico, no se afirma más que una tautología. Pues el Derecho, el único objeto de conocimiento jurídico, es norma; pero la norma es una categoría que no tiene aplicación en el ámbito de la naturaleza. Cuando se califica de hechos jurídicos a ciertos actos de naturaleza, no se ha hecho otra cosa que afirmar la validez de

¹⁵ KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 17 *et* KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 11.

¹⁶ KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 17-18 *et* KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 11.

*normas cuyo contenido se corresponde hasta cierto punto con lo que en la realidad acontece.”*¹⁷

Portanto, quando se diz que uma norma é “válida”, ou se afirma a “validade” de uma norma, na verdade está sendo afirmada sua *específica existência*, em contraposição à realidade natural, esta sim “existente” no tempo e no espaço. A *validade* de uma norma corresponde, no mundo cultural, à *existência* do se correspondente fato, no mundo natural, de sorte que a “validade” de uma norma designa sua própria “existência”, ou seja, que o sentido objetivo de um determinado ato é *reconhecido* como norma jurídica.¹⁸

Cumprе ressaltar, nesta seara, que não há uma alteração sensível das idéias desenvolvidas por Kelsen em seu livro “*Teoria Geral do Estado*”, anteriormente analisado. Naquela oportunidade, Kelsen desenvolveu o princípio da regularidade da função, princípio este que iria nortear a função de criação jurídica, desempenhada pelos órgãos estatais. Este princípio indicaria que, em última análise, eventual conflito entre o exercício de tal função e a sua norma de regência será sempre aparente, uma vez que é a norma jurídica que irá conferir determinado sentido objetivo à função, permitindo-se, em todos os casos, a sua compatibilização com a ordem jurídica.¹⁹

Neste ponto, Kelsen aproveita algumas noções lançadas na sua obra obra de 1925 – que, até então, tinham por objetivo afastar a possibilidade de um “ilícito estatal”, incompatível com os pilares de sua teoria jurídica – e desenvolve seu conceito de norma jurídica. Agora, a norma jurídica, além de conferir o sentido objetivo a um fato natural – resultado já observado na obra anterior –, é *ela mesma* o sentido objetivo atribuído a um outro fato por outra norma jurídica. Assim entendida, a norma jurídica apresenta uma dupla dimensão. Ao mesmo tempo, ela “*é*” o sentido objetivo de um fato natural e “*confere*” o sentido

¹⁷ KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 16 *et* KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 10.

¹⁸ KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 12.

¹⁹ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 371.

objetivo a outro fato natural: i) *é* porque recebe seu *significado* de outra norma jurídica; ii) *confere* porque constitui um *esquema de interpretação*.

5.2

A Norma Jurídica como Moldura

Como também já foi visto, Kelsen havia abandonado sua concepção exclusivamente estática do Direito e assumido, desde 1923, que os atos de individualização das normas jurídicas gerais também davam origem a normas jurídicas. Sob o ponto de vista de sua aplicação, o Direito poderia ser descrito como uma *função de criação jurídica*, assumindo, com isso, uma dimensão dinâmica, pela qual se reconhece que as diversas normas de um ordenamento jurídico estão inseridas numa estrutura escalonada de diversos graus, dispostas de modo hierárquico.²⁰

No entanto, esta estrutura escalonada pode ser encontrada em todos os sistemas normativos, não sendo uma característica exclusiva dos sistemas jurídicos. Isto porque, a validade de uma norma, seja moral, jurídica ou religiosa, depende de sua compatibilidade com outra norma. Uma pluralidade de normas somente forma um sistema se a validade de cada uma delas possa ser remetida a uma norma anterior, e assim sucessivamente, até encontrar uma norma última, que é a base de validade de todo o sistema: a norma fundamental.²¹

De acordo com o princípio de validade reconhecido pela norma fundamental,²² é possível distinguir 2 (duas) espécies de sistemas normativos: i) os *sistemas estáticos*; e ii) os *sistemas dinâmicos*.²³ Nos sistemas estáticos, a

²⁰ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 325.

²¹ KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 49 et KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 55.

²² KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 49.

²³ Note-se, aqui, o seguinte: a qualificação dos sistemas normativos como “*estáticos*” ou “*dinâmicos*” não consta no livro de 1934, tendo sido introduzida em sua teoria jurídica apenas em 1945, através da sua obra “*General Theory of Law and State*”. Todavia, o uso imediato destas qualificações não compromete a fidelidade temporal que este trabalho procura empregar na análise da Teoria Pura do Direito, pois nas obras subseqüentes não houve qualquer alteração substancial

validade de uma norma decorre de seu *conteúdo*, tendo o seu princípio de validade natureza *material*. Nestes sistemas normativos, o conteúdo das normas inferiores pode ser deduzido das superiores através de uma operação lógica, ou racional. Assim, por exemplo, as normas “não se deve mentir”, “não se deve enganar” e “as promessas devem ser cumpridas” podem ser deduzidas de uma norma que imponha genericamente um “dever de veracidade”.²⁴

Já nos sistemas normativos dinâmicos a validade de uma norma decorre de sua *fonte*, tendo o seu princípio de validade natureza *formal*. As normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder. As normas superiores fornecem, apenas, o fundamento de validade das normas que se sucedem, e não o seu conteúdo. Com efeito, a produção das normas inferiores depende de um ato especial de criação, isto é, de uma *manifestação de vontade específica*.²⁵

Caracteriza-se, assim, o ordenamento jurídico como um sistema dinâmico de normas. Isto porque, segundo Kelsen,

*“norms of the law are not valid by virtue of their content. Any content whatever can be law; there is no human behavior that would be, excluded simply by virtue of its substance from becoming the content of a legal norm. The validity of a legal norm cannot be called into question on the ground that its content fails to correspond to some presupposed substantive value, say, a moral value. A norm is valid qua legal norm only because it was arrived at in a certain way – created according to a certain rule, issued or set according to a specific method.”*²⁶

Desta forma, uma norma é válida (leia-se: é uma norma jurídica) por ter sido produzida de acordo com outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra, e assim por diante. A relação existente entre o nível superior e o nível inferior do sistema normativo é uma relação de determinação

na definição das espécies de sistemas normativos. Cf. KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 161.

²⁴ “Norms of this type are the norms of morality.” In: KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 55.

²⁵ “Particular norms of legal system cannot be logically deduced from the basic norm. Rather, they must be created by way of a special act issuing or setting them, an act not of intellect but of will.” KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 56 et KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 217 e segs.

²⁶ KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 56.

(ou vinculação), de modo que a validade da norma inferior está vinculada à norma superior (i) *necessariamente* no aspecto *formal*, quer dizer, quanto ao modo de sua produção (órgão competente e procedimento previsto) e (ii) *eventualmente* no aspecto *material*, referente aos limites do seu conteúdo (matéria a ser tratada).²⁷

Entretanto, esta determinação (ou vinculação) nunca é completa. De fato, a norma superior jamais conseguirá determinar todos os aspectos do ato através do qual é aplicada, ainda que ela seja extremamente detalhada. Esta indeterminação, por sua vez, pode ser *intencional*, quando a norma superior não regula de modo parcial ou total o fato condicionante (*condição* ou *causa*) e/ou a sanção condicionada (*consequência* ou *efeito*), ou *não-intencional*, quando a indeterminação for uma decorrência inevitável da insuficiência designativa da linguagem.²⁸

Deste modo, sempre restará uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de forma que a norma superior apresenta-se, apenas, como uma *moldura* a ser preenchida pela norma inferior. Assim, para Kelsen,

“se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem.”

E continua adiante:

“sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como 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 torne Direito no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. 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

²⁷ KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 60 *et* KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 77-78.

²⁸ KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 60-62 *et* KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 77-80.

individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.”²⁹

Com o reconhecimento da norma jurídica como uma simples moldura, Kelsen iria questionar, mais uma vez, a teoria jurídica tradicional. É que, de acordo com a tradição, o processo de interpretação das normas jurídicas operava-se exclusivamente através de um processo intelectual de clarificação do seu significado, como se o seu aplicador tivesse, tão-somente, que fazer valer sua faculdade de *entendimento* (ou *razão*), e não a sua *vontade*. Com isso, a norma jurídica, aplicada ao caso concreto, iria fornecer, em todas as hipóteses, uma *única* solução correta.³⁰

Todavia, segundo Kelsen, sob o ponto de vista estritamente jurídico, não há qualquer critério racional que possa identificar como correta uma ou outra possibilidade, dentre as diversas existentes no marco da norma jurídica a ser aplicada. É simplesmente impossível afirmar, de modo científico, que apenas uma das alternativas apresentadas pela moldura deva ser considerada como *justa*. Esta questão escapa dos limites do conhecimento jurídico: não é uma questão de *teoria*, senão de *política* do Direito. Por isso, todos os comentários “científicos”, escritos com a intenção de servir de base para a aplicação das normas jurídicas, têm um caráter oportunista e os meios usuais de interpretação (analogia, ponderação, etc.) sempre conduzem a resultados contraditórios.³¹

Logo, uma interpretação *correta* jamais pode ser deduzida racionalmente da norma jurídica ou do ordenamento do qual faz parte. A própria necessidade de

²⁹ O trecho transcrito corresponde à 2ª edição da Teoria Pura do Direito, de 1960, e não à sua 1ª edição, de 1934, ora analisada. Esta opção se justifica, apenas, na medida em que a tradução para língua portuguesa, da obra de 1960, é mais clara do que a tradução para a espanhola, da obra de 1933, e para a língua inglesa, da obra de 1934. No entanto, não há qualquer alteração no conteúdo da sentença ou mesmo no seu sentido. Cf. Kelsen, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390; Kelsen, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 63 et Kelsen, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 80.

³⁰ Kelsen, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 63 et Kelsen, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 80-81.

³¹ Kelsen, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 63 et Kelsen, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 81.

interpretação decorre do fato de que a norma aplicada, ou mesmo o sistema de normas, deixa várias possibilidades abertas, isto é, não contém qualquer decisão prévia acerca de qual dos diversos interesses em jogo possui um valor mais alto. Esta hierarquização dos interesses em disputa é sempre realizada por uma manifestação de *vontade* (leia-se: *decisão*) e que, por sua vez, será formalizada através de um novo ato de criação normativa.³²

Neste ponto, é possível distinguir 02 (dois) tipos de interpretação: i) uma interpretação *científica*; e ii) uma interpretação *autêntica*.³³ A interpretação científica é uma atividade intelectual puramente cognoscitiva que, por buscar estabelecer o sentido das normas jurídicas, não pode fazer outra coisa senão definir as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Seu objetivo é evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação correta.³⁴

Já a interpretação autêntica é aquela realizada pela autoridade responsável pela “aplicação” da norma jurídica. Diferentemente da interpretação científica, este tipo de interpretação configura, na verdade, uma *criação jurídica*. Nestes casos, além da necessária fixação da moldura, haverá um momento subsequente, consistente na escolha de um dos sentidos possíveis. Segundo Kelsen,

“si al aplicar la [norma jurídica] se ejercita una actividad cognoscitiva que va más allá de la necesaria determinación del marco dentro del cual ha de moverse el acto que pretende realizarse, no se trata ya de conocimiento del Derecho positivo, sino del conocimiento de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de creación jurídica; son, especialmente, las normas de la moral, de la justicia,

³² KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 64 *et* KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 82.

³³ Embora ambos os tipos de interpretação já se encontrasse presente nesta fase de desenvolvimento da teoria jurídica de Kelsen, a respectiva nomenclatura somente foi introduzida na 2ª edição de sua Teoria Pura do Direito, em 1960. Cf. KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 394.

³⁴ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 396.

juicios sociales de valor que acostumbran a expresarse en los tópicos del ‘bien del pueblo’, ‘interés del Estado’, ‘progreso’, etc.”³⁵

Em síntese: enquanto a *interpretación científica* limita-se ao conhecimento da moldura da norma jurídica, revelando todas as aplicações possíveis, a *interpretación auténtica* prossegue com um segundo momento, no qual a autoridade responsável pela aplicação escolhe uma das diversas interpretações identificadas pela ciência jurídica e cria o Direito que irá regular a hipótese.

5.3

Considerações Parciais

Mais uma vez, Kelsen iria trazer importantes inovações no seu projeto teórico. A partir desta obra de 1934 já é possível, por exemplo, enxergar com um pouco mais de clareza a distinção entre as concepções estática e dinâmica do Direito, bem como as suas relações recíprocas, muito embora tal distinção e tais relações somente tenham encontrado sua forma definitiva alguns anos mais tarde.

Neste momento, a maior inovação foi, sem dúvida, a definição da norma jurídica como o “sentido objetivo de um fato”. Esta idéia, introduzida na obra de 1925 apenas para justificar a impossibilidade do ilícito estatal, agora assume uma posição fundamental na sua teoria jurídica. De fato, se antes a norma jurídica apenas conferia o sentido objetivo a um fato natural – resultado já observado na obra anterior –, a partir de agora é *ela mesma* o sentido objetivo atribuído a outro fato por uma outra norma jurídica.

Assim entendida, a norma jurídica passa a apresentar uma dimensão dúplice, capaz de unificar ambas as partes da sua teoria, a saber: i) a *estática jurídica*; e ii) a *dinâmica jurídica*. Se, até então, as partes apresentavam-se dispersas – e, em certa medida, demonstravam alguns aspectos contraditórios –, a partir de agora ambas as dimensões da realidade jurídica podem ser reduzidas a uma noção unitária, pois, ao mesmo tempo, a norma jurídica (i) “é” o sentido

³⁵ Kelsen, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Luis Legaz Lacambra, Mexico DF: Editorial Colofón, 1999, p. 65-66 et Kelsen, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 83.

objetivo de um fato natural, porque recebe seu significado de uma outra norma jurídica, e (ii) “*confere*” o sentido objetivo a outro fato natural, porque constitui um *esquema de interpretação*.

E, embora tal construção ainda não tenha encontrado sua forma mais acabada, ela servirá de base para as futuras evoluções da Teoria Pura do Direito e para as respostas às perguntas precedentes, que ainda aguardam uma solução satisfatória.