

4

A interpretação do Direito em Kelsen: A revelação da moral

Como já buscamos evidenciar, no que diz respeito a discussão quanto à justiça, imprescindível se faz a referência de que o positivismo jurídico não pode ser reconhecido como teoria do Direito onde não haja espaço para ponderações acerca da moral, ou seja, cega quanto a esse importante aspecto. A grande reflexão que aqui se faz e que melhor apresentaremos à conclusão da dissertação, quanto à aferição da justiça é a aquela que discerne entre o Direito positivo e o Direito natural no que se refere ao momento em que tal processo avaliativo é realizado. Basta aqui dizer que, quanto à primeira disciplina jurídica, tal ponderação é realizada após a produção dos atos normativos, e a segunda, durante o processo de produção das leis. Assim Kelsen reconhece tal importante aspecto na interpretação das leis, conforme aqui abordaremos.

Quanto ao ponto a ser aqui abordado, ou seja, a revelação da moral, segundo a doutrina de Hans Kelsen, é imprescindível que, para um melhor entendimento, pertinente se faz a referência aos predicados necessários à sua compreensão. Isso porque, conforme apontaremos, Kelsen dedica um capítulo inteiro em sua obra, “*Teoria Pura do Direito*”, ao estudo da interpretação do Direito, delimitando, ali, justamente os critérios de uma interpretação realizada por um órgão aplicador do Direito, ou seja, um órgão jurídico. Este capítulo, porém, há de ser visto com os olhos voltados para toda a sua doutrina, e isso porque Kelsen se remete em tal capítulo a abordagem de que tal exegese deve ser realizada com a exata noção da força vinculativa dos pressupostos existentes em uma “norma geral” às demais de escalão inferior, até o momento de ser exercida a um caso concreto quando levado ao judiciário para a devida apreciação¹.

Assim, retoma a ideia de escalões, buscando desde já balizar a atividade cognoscitiva judicial, o que denominou de interpretação autêntica, mantendo inegavelmente o capítulo apresentado fiel e coerente a toda a sua doutrina.

¹ KELSEN, 2006, p. 387.

Assim, torna-se pertinente também lembrar, que Hans Kelsen é expoente da teoria cética da interpretação, frise-se, com as devidas ponderações que apresentaremos no decorrer deste trabalho. Contudo, de tal constatação pode-se afirmar que para o autor, o sentido de um determinado texto normativo não é autoevidente, assim, deve o exegeta, aqui os juízes, criar o Direito. Enaltece-se, nessas linhas, e de maneira inegável a atividade exercida pelos órgãos aplicadores do Direito em detrimento do próprio texto legal e em consequência do próprio legislativo, pois, para Kelsen, os juízes criam normas quando as aplicam².

Por fim, traçadas as linhas iniciais de nossa pesquisa, importantes questionamentos emergem quanto à abordagem da interpretação do Direito segundo Hans Kelsen. A relevância ocorre quando o autor busca traçar limites a atividade interpretativa, no que denominou de uma “moldura” dentro da qual há várias possibilidades de aplicação do Direito, deixando claro aí que a afirmação de que somente há uma solução justa para o litígio levado ao judiciário é equivocada.

Nessas linhas, apontamos como relevante ao debate: Quais são esses limites interpretativos insertos na “moldura”? Qual é a razão, segundo Kelsen, de não haver somente um resultado correto para a interpretação do Direito nas decisões judiciais? Num outro ponto, é possível, dentro dessa moldura a presença de argumentos valorativos morais que sirvam de fundamentação às decisões judiciais? E o que estiver fora dessa moldura é ou não é Direito?

Todos esses questionamentos, além de indelével pertinência ao estudo da doutrina kelseniana, possuem importância prática quando da análise fática jurisprudencial, ou seja, dos argumentos utilizados pelos juízes para fundamentar suas decisões.

Conforme será aqui apresentado, o método interpretativo proposto por Kelsen propõe uma metodologia quanto à interpretação do Direito, no sentido de mostrar que o órgão aplicador do Direito, ao interpretar a norma, mesmo reconhecendo que haja margem de subjetividade e que não haja um só método interpretativo eficaz, ou ainda, que não haja somente uma interpretação correta para o caso concreto, deve o magistrado se pautar por um método interpretativo coerente, que aqui abordaremos.

² SGARBI, 2007, p. 441/401.

4.1.

A interpretação jurídica realizada pelos órgãos judiciais como decorrente de um processo escalonado cognoscitivo

Como já se pode entrever na própria introdução deste capítulo, Kelsen, ao apresentar a interpretação das normas jurídicas realizadas pelos órgãos aplicadores do Direito como um processo cognoscitivo realizado por escalões, remete obrigatoriamente o exegeta a um sistema de justificação das decisões judiciais de maneira escalonada, indissociável, assim, o estudo do fundamento de validade da norma, no qual nessa abordagem, dois sistemas são apresentados segundo a doutrina kelseniana: um estático e o outro dinâmico.

Estático é aquele sistema que reconhece que existem determinadas normas, como, por exemplo, as religiosas, em que há em seus dogmas determinadas regras gerais, como devemos obedecer às ordens e aos mandamentos, sendo, então, todas as demais regras extraídas por derivação, como, por exemplo, a regra de que devemos amar ao próximo.

Arrematando, nada mais elucidativo do que as palavras de Kelsen quanto ao sistema estático, no sentido de que “esta norma, pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica”³.

Sistema dinâmico pode ser compreendido como aquele em que as regras não estavam contidas em nenhuma outra fonte, mas se originam de uma fonte produtora. Aqui reside a grande distinção entre o sistema estático e o sistema dinâmico, sendo que, naquele, como vimos, a norma fundamental é fonte não só de validade como de fundamento. Já no segundo, a norma fundamental se legitima no sentido de conceder a uma determinada autoridade legiferante, regras sobre como uma norma deve ser criada.

O sentido dessas “autorizações” é de concretude de um regular processo legislativo a que as normas jurídicas estão submetidas, demonstrando ainda mais o que já ficou dito acima, no que concerne ao indissociável conceito de validade de uma norma, utilizado por Kelsen, com sua vigência, ou seja, sua existência.

Assim, as normas de um ordenamento jurídico positivo devem ser acatadas porque tais normas possuem importante validação jurídica, que é a “norma

³ KELSEN, 2006, p. 218.

fundamental”. Torna-se importante ainda ressaltar que, de acordo com Kelsen, mais precisamente na “Teoria Pura do Direito”, a norma fundamental não pode ser vista como norma positiva, mas, sim, pressuposta, e que confere validade a todo o ordenamento jurídico, na medida em que, em decorrência de sua superioridade, outorga validade à norma positiva que ocupa o topo, o ápice do ordenamento, e essa, confere validade sucessivamente às demais normas do ordenamento⁴.

Nesse ponto, ao contrário do princípio estático, típico dos sistemas morais; Kelsen enaltece o princípio dinâmico normativo, pois imputa a este não só a criação do Direito, com também a aplicação do Direito.

A fonte produtora, nesses termos, funciona como limite da atividade cognitiva do exegeta em buscar a validade de determinada norma, tendo este, que percorrer o caminho inverso das delegações de competência e autorizações, para produção dos textos normativos, para encontrar a validade de uma norma.

Somente nesses termos é que será extraída a fundamentação do Direito positivo sob a visão kelseniana.

Indissociável assim estará o processo interpretativo levado aos juízes quando da análise do caso fático levado às raias do Judiciário para a devida prestação jurisdicional daquele apontado por Kelsen e levado ao exegeta para buscar a validade da norma jurídica, no sistema que denominou de “sistema dinâmico”.

Tal relação aqui apontada é expressa em “*Teoria Pura do Direito*”, conforme extraímos da seguinte passagem:

A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese de interpretação da lei, deve responder-se a questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a reduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto (Ibid. p. 387).

Essa metodologia, como demonstrada, não é particular ao capítulo referente à interpretação do Direito, já que Kelsen traça as balizas de tal atividade intelectual quando trata da dinâmica jurídica, mais precisamente quando expõe o fundamento de validade de uma norma jurídica. Ali, evidencia que uma norma jurídica possui um caráter dinâmico. Tal sistema pode ser definido, nas linhas de

⁴ Ibid. p. 221.

Kelsen, como sendo aquele que, em uma norma fundamental, seria visto como “um fato produtor de normas, a atribuição de poder de uma atividade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre essa norma fundamental”⁵.

Pode-se assim depreender que o critério que fundamenta a validade de uma norma jurídica por escalões, segundo as linhas traçadas por Kelsen, não muito se dissocia do fundamento de validade daquela constatada em uma decisão de um órgão jurídico; aqui como autêntico criador do Direito. Este “*regressus*” é exemplificado por Kelsen da seguinte maneira:

Nesse sentido qualquer norma jurídica superior é fonte da norma jurídica inferior. Desse modo a constituição é fonte dos estatutos criados com base na constituição, um estatuto é fonte da decisão judicial nele baseado, a decisão judicial é a fonte o dever que ela impõe à parte e assim por diante. (KELSEN, 1998, p.192)

Diante de tais considerações e enfrentando os questionamentos apresentados na introdução, mais precisamente quanto à análise dos limites interpretativos insertos na “moldura”, podemos afirmar que tais limites, em uma perspectiva bem ampla, são aqueles mesmos encontrados no estudo da validade das normas jurídicas, ou seja, a necessária congruência entre os ditames extraídos da norma geral e a fundamentação das decisões judiciais; esse é o primeiro importante limite à interpretação do Direito pelos juízes; a devida observância à norma fundamental. Esta, para Kelsen, “é, então a “fonte” do Direito”⁶.

Enfim, podemos agora enfrentar o segundo questionamento que nos propomos a responder, ou seja, qual é a razão, segundo Kelsen, de não haver somente um resultado correto para a interpretação do Direito nas decisões judiciais?

A resposta para essa pergunta está justamente no “*regressus*” realizado pelo intérprete do Direito, aqui juízes, como método cognoscitivo utilizado para fundamentar – validar suas decisões. Ocorre todavia, nesse caminho percorrido, a determinação existente entre uma norma de um escalão superior e escalão inferior. Esta, jamais será completa, ficando sempre “uma margem, ora maior, ora menor,

⁵ Ibidem. p. 219.

⁶ KELSEN, 1998, p.192.

de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”⁷.

Esse tão importante ponto é apontado por Adrian Sgarbi, em Teoria do Direito – Primeiras Lições, nos seguintes termos:

Seja como for, Kelsen entende que os sucessivos atos de “determinação” nunca serão completos, pois em todos os casos nos deparamos com uma “indeterminação do Direito aplicável”. Essa indeterminação encontra-se, assim, em todos os níveis da estrutura jurídica em escalões, isto é, da “pirâmide normativa”. Ou seja, o processo de produção normativa, que se dá da norma superior para a norma inferior, não implica uma determinação completa do conteúdo normativo (SGARBI, 2007, p. 450).

Ao que nos parece este é um momento apropriado para esclarecer o que ficou vago no início, mais precisamente quando afirmamos que Hans Kelsen é considerado um cético quanto à análise da forma de interpretação do texto legal. Ponderação se fez pertinente no sentido de esclarecermos que seria um equívoco tal afirmação sem as ressalvas que se impõem, isso porque, depois de traçados os pontos principais da metodologia interpretativa kelseniana, mais precisamente quanto ao processo cognoscitivo de interpretação por escalões, não seria razoável enfatizar que Kelsen desconsidera por completo os textos normativos, o que, afirmado sem as ponderações imprescindíveis, refletiria uma concepção cética, porém, de maneira muito radical e que não condiz com sua doutrina. Kelsen é sim um cético, no sentido de ponderar que os textos normativos são insuficientes como instrumentos completos para extração da norma jurídica, enaltecendo como já amplamente demonstrada, a importância de uma interpretação judicial sobre o texto, o que denominou, como também já frisado, em uma verdadeira interpretação autêntica do Direito. Sua “moldura” interpretativa é constatada, seja quando há relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, seja na indeterminação intencional ou não desse ato, o que inegavelmente fortalece sua mensagem de que o órgão aplicador do Direito, em seu mister, não pode excluir por completo o Direito positivado, o que demonstraria uma predileção pela corrente cética radical. Nesses termos, Kelsen é um cético moderado, pois, como vimos, mesmo reconhecendo os problemas dos textos normativos, mais

⁷ KELSEN, 2006, p. 388.

precisamente quanto às suas indefinições, ainda assim funcionam como inquestionável fonte interpretativa de onde o aplicador do Direito retira os significados possíveis, de acordo com a técnica interpretativa que bem entender⁸.

Nesse sentido, citamos Adrian Sgarbi:

Sendo assim, infere-se que os órgãos de decisão, quando aplicam normas, eles não acessam por assim dizer normas já prontas, pré-constituídas. Na realidade os juízes realizam um processo de intelecção e de seleção de plausíveis significados fundamentando suas opções e razões, opções e razões estas que compõem o que se pode designar de enunciados interpretativos (SGARBI, 2008, p.401).

Por essas razões é que para Kelsen é equivocada a afirmação de que há somente uma decisão correta para o litígio, pois, segundo sua doutrina, o ato do juiz em julgar, utilizando-se do processo cognoscitivo realizado em escalões, do geral ao concreto, por meio de sua atividade jurisdicional, aqui sentença, não se resume a somente aplicar um Direito positivado pressuposto e estanque, mas sim, em uma atividade que vai além, ou seja, a própria criação do Direito pela extração e atribuição pessoal da norma de um texto legal, o que nos leva, nesse processo interpretativo subjetivo, a encontrarmos mais de uma solução correta para o caso fático posto à apreciação judicial. Segundo Kelsen:

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 torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do Tribunal especialmente (KELSEN, 2006, p. 390/391).

Por fim, merece ressalva no que concerne a esse ponto que Kelsen, com a lucidez que lhe é peculiar, entende que nesse sistema interpretativo realizado pelos órgãos aplicadores do Direito, se por um lado é elogiável no sentido de tornar possível que o texto normativo acompanhe o fenômeno social, buscando o exegeta sempre a sua adaptação, no que o autor denominou de “*sistema da livre descoberta do Direito*”, por outro lado tal sistema possui a vantagem de ser flexível, porém, possui a desvantagem de não trazer “segurança jurídica”, no sentido de que os jurisdicionados não poderem fazer qualquer previsão quanto ao julgamento, sendo as decisões judiciais uma indeterminação, contudo, tolerada e fomentada pelo Direito⁹.

⁸ Ibid. p.442.

⁹ Ibid. p.280.

4.2.

A moral em Kelsen: sua influência e relevância na criação do Direito pelas decisões judiciais

No presente capítulo, propomos o devido esclarecimento quanto ao tema moral segundo o juspositivismo kelseniano. Essa reflexão se faz necessária, no sentido de ser o ponto fulcral da “Teoria Pura do Direito”, no seu propósito de buscar a descrição do Direito, sem qualquer carga valorativa, ou seja, sem se ater à preocupação de que determinada norma é justa ou injusta, moral ou imoral. Segundo Kelsen, não pode incidir sobre as proposições normativas essa carga valorativa, pois alhear o fenômeno jurídico de contaminações exteriores seria, conforme seu propósito, conferir cientificidade ao método. Desta feita, quando se trata de estudar o tema da ciência e do método kelseniano, não se trata de dizer que sua teoria é uma teoria do Direito puro, mas sim, que a metodologia empregada é pura, ou seja, uma teoria pura do Direito.

Disso decorre a contumaz confusão aos desavisados no estudo da “Teoria Pura do Direito”, ou seja, confundir o método empregado pelo cientista do Direito o estudo da norma jurídica, onde aqui deve residir o sentido da pureza, com aquele utilizado no fenômeno em que se sente na aplicação do Direito, aqui, visto com os olhos do intérprete autêntico do Direito; como mostrado, os juízes.

Cumprido desde já ponderar que Hans Kelsen, mesmo considerando e reconhecendo que valores morais podem influenciar na decisão judicial, determina que os intérpretes autênticos do Direito somente podem se ater àqueles valores morais que estejam positivados, sendo normas metajurídicas transformadas em Direito positivo¹⁰, como exemplo citamos o conceito de boa fama, respeitabilidade e honra insertos no artigo 20 do Código Civil, o princípio da boa fé, previsto nos artigos 113 e 128 do mesmo ordenamento civilista, como também no artigo 14, II do Código de Processo Civil, e ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo, 1º, III, da Constituição Federal de 1988), ou seja, tal posicionamento repudia uma moral individual, pelo fato de que esta seria

¹⁰ Ibid. p.394.

inegavelmente antidemocrática, pois o juiz levaria suas condições pessoais em detrimento do texto.

Prosseguindo, não há como deixar de registrar, nesta passagem, importante questionamento, ou seja, mesmo reconhecendo influência de valores morais positivados no processo de criação do Direito pelos juízes, merece destaque, que eventual controle da moral nas decisões judiciais é apenas aparente. Preocupante constatação ocorre porque não há uma metodologia de controle dos limites e incidência dessa moral positivada, pois, no estudo da Teoria do Direito, mesmo reconhecendo os esforços nesse sentido, pode-se afirmar que não há uma teoria moral objetiva, o que pode levar no processo da busca do Direito, a distorções no processo de extração da norma do texto legal.

Quanto à moral positivada, citamos Kelsen:

Porém ao obrigar os órgãos criadores de Direito, a respeitar ou aplicar certas normas morais, princípios políticos ou opiniões de especialistas, a ordem jurídica pode transformar estas normas, princípios ou opiniões em normas jurídicas e, desse modo, em verdadeiras fontes do Direito (KELSEN, 1998, p.192).

Disso decorre que a moral sempre será um “problema” no Direito, no sentido de que os valores morais servem para todos por possuírem elevada carga de generalidade e abstração, sendo possível, mesmo contrariamente a tudo o que foi dito até aqui, à luz de Hans Kelsen, que juízes, ao proferirem suas decisões, se arrimem em critérios exclusivamente morais, sem qualquer lastro do texto normativo, o que se constata com inegável comprometimento à fundamentação das decisões judiciais.

Nesses termos, possuímos já elementos para responder ao questionamento levantado na introdução, no sentido de que é, sim, possível dentro da moldura de resultados interpretativos apresentada por Kelsen, a presença de argumentos valorativos morais que sirvam de fundamentação às decisões judiciais, pois lembramos que aqui estamos no campo da interpretação do Direito e conseqüente aplicação e criação do Direito pelos juízes e não no estudo metodológico da norma e ainda, reconhecida a moral positivada como influenciadora das decisões do órgão aplicador do Direito, não aquela universal ou até mesmo a individual, desprovidas de qualquer obrigatoriedade de observação por parte dos juízes.

Reconhecendo que valores morais positivados podem fazer parte dessa moldura, torna-se relevante traçar a resposta à seguinte indagação: Caso uma

decisão judicial rompa por completo com a metodologia trazida por Kelsen quanto à interpretação do Direito levada pelos juízes e se afaste da moldura, poderá, mesmo assim, com tal ruptura, ser essa decisão considerada Direito?

Como já procuramos mostrar no presente trabalho, os juízes, segundo Kelsen, são os autênticos intérpretes do Direito, e tal constatação ocorre pelo fato de que sua atividade cognoscitiva não se restringe à interpretação do Direito, mas sim, no sentido de que quando o julgador aplica o Direito a um caso concreto, ele cria empiricamente o Direito.

Assim, é possível que, em tal processo de interpretação e aplicação do Direito, com a construção de uma determinada norma dentro das possibilidades reveladas, possa o juiz se dissociar por completo da moldura, criando uma norma, cujo critério de observação das fontes utilizadas é problemático ou equivocado.¹¹

Nessa hipótese, Kelsen enaltece justamente a atividade do magistrado como intérprete autêntico do Direito, ou seja, criador deste. Com coerência, afirma que eventual decisão do órgão aplicador do Direito que extraia norma jurídica de maneira dissonante da metodologia cognoscitiva aqui apresentada, defende que a norma, resultado dessa interpretação será considerada criação do Direito, porém, “desde que o ato desse órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado¹²”.

Enfim, para Hans Kelsen, ainda que a norma que se situe fora da moldura, por ser extraída de uma fonte não jurídica, ou seja, não positivada, será também considerada como criadora de Direito, enaltecendo, assim, os juízes como intérpretes autênticos.

4.3. CONCLUSÃO

Da abordagem proposta, ou seja, o estudo da interpretação do Direito concretizada pelos juízes no seu mister de conhecer o Direito e a consequente extração da norma em sua atividade julgadora, importante conclusão podemos apontar.

¹¹ KELSEN, 2006, p. 394.

¹² KELSEN, 2006, p. 395.

Hans Kelsen, em especial na *Teoria Pura do Direito*, no processo de produção e aplicação do Direito, rompe com o legalismo mais radical, visto este em seu aspecto fechado interpretativo com ênfase no texto em detrimento da interpretação. Além de reconhecer que não há somente um método interpretativo correto para extração da norma do texto legal, fulmina a pretensão do Direito positivo em elaborar um método científico que possa controlar a aplicação do Direito. Defende também que esse processo cognoscitivo de busca pelo Direito pelos juízes é uma autêntica criação do Direito, processo este que vai à determinação de um escalão superior a um inferior.

Evidencia, assim, que a atividade do julgador é ampla, pois, como mostrado, está exposto a fontes que não são jurídicas, ou seja, reconhece Kelsen, e tal constatação enaltece a grandeza de sua obra, que o Direito é um fenômeno social suscetível a reais e efetivas influências do meio. Divide a atividade do cientista do Direito daquela desenvolvida pelo aplicador do Direito, renuncia, nesses termos, por completo, a segurança jurídica, em detrimento de uma busca do Direito, este visto à luz de Kelsen como um fenômeno social em constante transformação. Lembramos que ampla é a atividade do julgador, porém não se pode furtar como o limite a atividade cognoscitiva levada pelos juízes o método que os conduzem a uma moldura de possíveis interpretações válidas, de acordo com o Direito positivado, no processo de determinação por escalões.

Concluimos o ponto enfatizando que há realmente a constatação da certeza na *“Teoria Pura do Direito”*, porém, somente quanto ao método científico empregado no estudo do Direito; em contrapartida, incerteza, sim, em sua aplicação, com reconhecimento de que tal fenômeno é incontrolável, esse também é importante legado da *“Teoria Pura do Direito”*, o reconhecimento desse paradoxo e sua explicação.