

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

ANA LUISA CELINO COUTINHO

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ana Luisa Celino Coutinho, Leonel Severo Rocha, Marcia Cristina de Souza Alvim – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-189-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

De acordo com a exposição dos artigos no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito I trazemos as seguintes considerações:

No trabalho intitulado “A Influência da Ética Tomista na Construção da Justiça Social” as autoras abordam o realismo no pensamento do Ser. O Homem limitado e finito. Lei e Direito não se confundem. A Lei antecede ao Direito. Tratam da virtude e da Prudência. O Homem bom é o homem Justo. Tratam da questão da Fé e Razão.

No texto “A Jurisprudência Analítica Desconstruída: Uma Análise da Obra do Conceito de Direito de Herbert Hart” os autores apresentam o conceito de Justiça para aprimorar a solução de conflitos. Os Soberanos criam as leis, mas para os súditos e não para os Soberanos. Lei e Moral são diferentes, mas há influência da Moral nas Leis. A Lei é seguida pelos súditos, mas tem o direito natural preservado. Diferencia os costumes da moralidade e da justiça. Para Hart a Justiça deve tratar todos da mesma maneira.

No trabalho “A Problemática Conceitual do Direito, da Ética e da Questão da Justiça e sua Relação com a Busca pela Felicidade” as autoras tratam da Justiça como a busca pela Felicidade, relacionadas à Ética e à Justiça. Felicidade é um estado de consciência plena. Para Aristóteles, Felicidade é o bem supremo; para Epicuro é um estado de impertubabilidade; para Sêneca é um caminho diferenciado. Há a análise do conceito de Felicidade em diferentes autores/filósofos. Em relação ao conceito de Direito há análise de acordo com o momento histórico e a inserção social. Há análise da Ética condizente com a moral de determinado período histórico.

No texto intitulado “A Relação entre Direito e Moral em Robert Alexy”, o autor discorre sobre as relações entre Direito e Moral e traz a Teoria dos Princípios. Analisa o pensamento de Robert Alexy na relação do Direito e da Moral, que pode ser entendido como uma tentativa de superação da antiga querela entre juspositivismo e jusnaturalismo. O autor desenvolve, então, um sistema que permite apreciar as normas jurídicas de acordo com sua qualidade moral, privando de juridicidade aquelas consideradas demasiadamente injustas e corrigindo aquelas consideradas sanáveis.

No trabalho “A Teoria do Direito em Max Weber : Um olhar para Além da Sociologia” o autor insere o pensamento de Max Weber e sua contribuição para o Direito. Divide o trabalho em três partes. Analisa o Direito como Teoria. Traz o pensamento de Max Weber nas obras Teoria Pura do Direito e Teoria do Estado , de Kelsen. Traz o papel da neutralidade axiológica do Impossível. Coloca o Direito como instrumento da Racionalidade.

No texto “ A Teoria do Reconhecimento Enquanto Luta Social de Axel Honneth: Identidade Pessoal e Desrespeito Social” as autoras tratam dos conflitos em relação à identidade pessoal e o desrespeito social. Há um relação intersubjetiva. Tratam do afeto, sentimento do amor nas relações amorosas e em todas as relações primárias. Há análise do reconhecimento no amor, na esfera jurídica (minorias), na esfera social e na auto estima.

No trabalho “Ação Comunicativa e Integração Social Através do Direito”, a autora busca a racionalidade e a verdade. Analisa o fracasso da autonomia humana. Analisa a polarização entre o real e o ideal o ser o dever ser. Há momentos de conciliação, que é a razão compreensiva como ação comunicativa. O artigo faz um giro linguístico. Todo processo de conhecimento é um fato social/racional. O Objetivo é a reconstrução filosófica do agir comunicativo para dizer o Direito.

No texto “De Platão a Nietzsche: Um Panorama dos Princípios Filosóficos Epocais ao Longo da História”, os autores buscam analisar os mais importantes princípios epocais da filosofia, conforme definição de Heidegger, desde Platão e seu eidos até Nietzsche e a vontade de poder. Estes serão analisados cronológica e criticamente, tendo em vista a rejeição de Heidegger a todos eles, uma vez que os forjadores destes princípios desejam reter para si a pretensão de verdade única, de modo absoluto e como último fundamento.

No trabalho intitulado “Democracia, Direitos Humanos, Justiça e Imperativos Globais no Pensamento de Habermas, os autores buscam a explicitação racional de seus nexos internos. Expõe como Habermas, a partir da reconstrução da esfera pública e agir comunicativo aborda a justiça e o direito. A dialética entre facticidade e validade, entrelaça filosofia e sociologia para desenvolver sua abordagem normativa do direito e do Estado, conectando direito e democracia através do paradigma discursivo do direito.

O texto “Dignidade Humana: Uma Perspectiva Histórico-Filosófica de Reconhecimento e Igualdade” aborda o termo dignidade é articulado em relação ao tema da igualdade. O artigo traz noção histórico-filosófica sobre a origem do termo. Em seguida, aborda a reflexão

hegeliana da dignidade enquanto reconhecimento do outro como pessoa dotada de valor. Por fim, enfatiza a relação dignidade e igualdade, considerando o homem como ser dotado de igual dignidade.

O artigo “Direito e Linguagem na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen: Condições de Conhecimento e o Papel da Linguagem na Teoria Pura do Direito” trata de uma investigação sobre o entendimento pressuposto de linguagem apresentado por Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito. A perspectiva de análise do trabalho é filosófica e sua metodologia se divide em dois momentos de atuação: o primeiro em torno do aprofundamento histórico das bases teóricas do autor, com especial destaque para o movimento neokantista; o segundo na leitura analítica do capítulo sobre interpretação da obra em destaque, nas duas edições principais da mesma, em formato comparativo, para observar na prática a forma como o autor lida com a linguagem na aplicação de sua teoria.

O texto “Direito, Desconstrução e Utopia: Um diálogo entre Derrida e Bloch” aborda as ideias filosóficas de Jacques Derrida e Ernst Bloch a respeito da relação entre o Direito e a justiça. Enquanto o primeiro é conhecido como o pensador da desconstrução, o segundo é tido como filósofo da esperança. O texto analisa as divergências entre os dois autores, sem perder de vista um horizonte de diálogo a partir de pontos em comum entre Derrida e Bloch.

O artigo “Direito, Desigualdade, Epistemologia e Gênero: Uma análise do Feminismo Jurídico de Catharine A. Mackinnon” analisa o Estado democrático de direito contemporâneo e por um lado, ele herda a inviolabilidade da propriedade privada e a garantia da liberdade individual, que impedem a injustiça do abuso de poder de governos despóticos e absolutistas sobre os indivíduos. Por outro, herda direitos econômicos e sociais que serviriam para remediar a injustiça da concentração de riquezas gerada pela acumulação de bens privados. Nenhuma delas, no entanto, foi capaz de abolir a injustiça praticada contra as mulheres.

O texto “Direitos e Conceitos Políticos, a partir de Ronald Dworkin” tem como objeto de estudo direitos e conceitos políticos, à luz do filósofo Ronald Dworkin, principalmente, por meio de sua obra Justiça para Ouriços. Analisou os direitos políticos e num segundo momento, estudou os conceitos políticos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de análise propedêutica do tema, à luz do filósofo Ronald Dworkin.

O artigo “Ética e Uso Ilegítimo da Violência Física: O Caso da Instituição Prisional” reflete sobre a questão do “uso ilegítimo” da violência física entre presos. Essa prática faz parte da “ética” dos prisioneiros e constitui uma forma de privatização do monopólio do uso legítimo da violência física, própria do Estado. Reflete-se sobre dois conceitos de legitimidade: como

legalidade e como aceitação e aprovação de uma prática legal ou ilegal por determinada comunidade. O “uso ilegítimo” da violência física, pretensamente “legítima” e monopolizada pelo PCC, possui paradoxos, contradições e aporias.

O texto “H.L.A Hart e o Conceito de Direito” tem como objetivo destacar os pontos centrais da obra “O Conceito de Direito” de H.L.A.Hart, constantes nos capítulos V, VI e VII. Por fim, serão expostas críticas ao positivismo inclusivo de Hart.

No trabalho “Kant entre Jusnaturalismo e Juspositivismo: A Fundamentação e a Estrutura do Direito” trata da filosofia do direito de Kant, discutindo seu enquadramento no jusnaturalismo ou no juspositivismo. Analisa o contraste entre a fundamentação do direito em Kant, fortemente marcada pela ideia de liberdade como legitimadora do Estado e da ordem jurídica, e sua estrutura, caracterizada pelo formalismo, pelo rigor lógico, pela importância exagerada da coação e pela manutenção da validade da ordenamento mesmo diante de um rompimento com a ideia de justiça que o sustenta.

O artigo “O Cenário Laboral Brasileiro na Contemporaneidade: Uma Análise à Luz da Teoria Social Crítica Marxista” analisa o âmbito laboral brasileiro. Analisa a contradição valorativa entre a organização social capitalista, pautada na priorização da obtenção de lucratividade, e a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como base a Teoria Social Crítica Marxista.

No trabalho intitulado “ O esclarecimento e a desconstrução da pessoa humana: desafios do direito atual” o autor aborda a alienação tecnológica como meio de violação da dignidade da pessoa humana e propõe o retorno à metafísica clássica como alternativa à consolidação da dignidade da pessoa humana.

O texto “O ódio aos direitos humanos” denuncia a natureza polivalente do discurso dos direitos humanos que serve tanto à direita, quanto à esquerda. Nas mãos da direita é discurso amplo e vazio; nas da esquerda é estridente e repetitivo. A autora consegue atingir o objetivo do texto ao explicar a razão do ódio aos direitos humanos, que baseia-se no fato de tal discurso estar vinculado a lutas e resistências, à ações políticas dos excluídos e, por isso, capaz de produzir dissenso e ameaça àqueles que ocupam as estruturas de poder.

No texto “ O passo curto do ornitorrinco: uma análise do sistema jurídico brasileiro em face dos legados do(s) kantismo(s)” os autores usam a metáfora do ornitorrinco para fazer alusão ao ordenamento jurídico brasileiro que tem tradição romana e controle difuso de constitucionalidade e caminha para absorver a tradição anglo-saxônica. Os autores tratam

ainda das diferentes recepções da filosofia kantiana e associam essas características às concepções epistemológicas de cada sistema jurídico.

O trabalho intitulado “O pensamento de Gustav Radbruch: pressupostos jusfilosóficos e as repercussões da Alemanha do Pós-guerra”, aborda o culturalismo neokantiano de Gustav Radbruch sem negligenciar as suas premissas na filosofia, como também no contexto histórico que influenciou a sua formação jurídica e política. O trabalho ainda aborda o conceito de direito de Radbruch que ressalta dois traços fundamentais: o dualismo metodológico e o relativismo.

O texto “ O projeto filosófico da modernidade e a crise dos atores estatais na era globalizada” aborda o fenômeno da globalização, conceitua os atores estatais enquanto protagonistas do cenário internacional e por fim estuda a crise dos atores estatais na globalização.

O texto “O resgate da validade como elemento estruturante das ações estatais: o pós-positivismo e o direito discursivo em Habermas” baseia-se em um contexto bastante atual: a contestação de ações políticas, administrativas e jurídicas através de manifestações populares em todo o país. A pesquisa parte das seguintes hipóteses: a lei isoladamente não é suficiente para estruturar o ordenamento jurídico; o pós-positivismo precisa da legitimidade democrática para validar as ações estatais. Ao final do trabalho os autores conseguem corroborar as suas hipóteses.

“Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista” é um texto que investiga a possibilidade de se pensar, científica e filosoficamente, as bases teóricas para um conceito de jurisdição a partir da hipótese comunista. O autor parte das contribuições do método materialista histórico dialético.

No trabalho “Ronald Dworkin e seu conceito de dignidade em “Justiça para ouriços” o autor faz uma análise da referida obra, especialmente da parte em que Dworkin trata do diálogo entre direito e indivíduo e do capítulo da dignidade, objetivando guiar a interpretação das pessoas acerca dos conceitos morais.

Coordenadores

Prof^a Dr^a Ana Luisa Celino Coutinho, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professora da Universidade Federal da Paraíba.

Profª Drª Marcia Cristina de Souza Alvim, Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP; Professora do Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO.

Profº Dr. Leonel Severo Rocha, Doutor em Direito pela Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales, França; Coordenador Executivo do PPG-D da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

**DIREITO E LINGUAGEM NO TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN:
CONDIÇÕES DE CONHECIMENTO E O PAPEL DA LINGUAGEM NA TEORIA
PURA DO DIREITO**

**LAW AND LANGUAGE IN HANS KELSEN'S PURE THEORY OF LAW:
CONDITIONS OF KNOWLEDGE AND THE ROLE OF LANGUAGE IN THE PURE
THEORY OF LAW**

Hiago Mendes Guimarães ¹

Resumo

O estudo trata de uma investigação sobre o entendimento pressuposto de linguagem apresentado por Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito. A perspectiva de análise do trabalho é filosófica e sua metodologia se divide em dois momentos de atuação: o primeiro em torno do aprofundamento histórico das bases teóricas do autor, com especial destaque para o movimento neokantista; o segundo na leitura analítica do capítulo sobre interpretação da obra em destaque, nas duas edições principais da mesma, em formato comparativo, para observar na prática a forma como o autor lida com a linguagem na aplicação de sua teoria.

Palavras-chave: Direito, Linguagem, Conhecimento, Teoria pura do direito, Interpretação

Abstract/Resumen/Résumé

The study is a research on the understanding of language assumption presented by Hans Kelsen, in his work The Pure Theory of Law. The work analysis perspective is philosophical and its methodology is divided into two phases of action: the first around the historic deepening of theoretical author bases, with special emphasis on the neokantian movement; the second in the analytical reading of the chapter on interpretation of the featured work, the two main editions of the same, in a comparative format, to see in practice how the author deals with the language in the application of his theory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Language, Knowledge, Pure theory of law, Interpretation

¹ Graduação em Filosofia, pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Direito, pela Faculdade de Castanhal; Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, pelo Centro Universitário do Pará.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre linguagem e direito permeia uma das discussões mais marcantes da filosofia contemporânea, qual seja, do papel da linguagem para a atividade filosófica em seus mais variados níveis, consista em de uma abordagem analítica ou hermenêutica. Pensar as implicações epistemológicas de pressupostos de linguagem presentes no pensamento jurídico apresenta-se, assim, como essencial, visto permear toda a atividade jurídica em bases elementares.

Hans Kelsen, nesse sentido, destacadamente um dos maiores jusfilósofos do século XX, com influência direta e indireta no debate acadêmico posterior à sua obra capital, *Teoria Pura do Direito*, imprime importante parâmetro de observação do positivismo jurídico, pois além de sua influência no pensamento posterior, o autor apresenta um conjunto de fontes de pesquisa e alimenta-se de uma tradição filosófica de significado peculiar, a exemplo do Neokantismo.

Por isso dispomos o presente estudo, na intenção de compreender a relação entre direito e linguagem traçada nos pressupostos do *Teoria Pura do Direito*. Para isso utilizamos procedimento históricos e analíticos: histórico no sentido de apresentar a relação entre o pensamento kelseniano e a Escola Neokantista; e analítico no sentido de explorar as características do conhecimento na teoria pura do direito, bem como uma análise detalhada do capítulo sobre interpretação. Neste último ponto, procedemos um estudo comparativo entre a primeira e a segunda edição da obra, dado o lapso temporal e as importantes alterações de conteúdo presentes na segunda edição. Saliente-se, ainda, que todas as traduções apresentadas nas notas de rodapé no decorrer do trabalho são de realização nossa.

A hipótese inicial que adotamos baseia-se em que os pressupostos de linguagem, presentes na teoria pura do direito, são instrumentais, no sentido de um entendimento da linguagem como *modus* instrumental para o trabalho jurídico. Indicação esta que acreditamos estar devidamente testada ao final do estudo.

2 KELSEN E O NEOKANTISMO

Optamos por iniciar o presente estudo em retomar um dos temas já citados, brevemente, no tópico introdutório, qual seja, o Neokantismo, no intuito de abordar a relação entre o mesmo e Kelsen. Aqui, com uma visão um pouco mais aprofundada, pretendemos demonstrar o envolvimento de Kelsen no movimento Neokantista.

Ora, temos por certo que a relação do movimento Neokantista, de forma geral, com o próprio Kant é no mínimo complexa, já que nos deparamos com um pensamento que tenta superar a crescente metafísica que se deu nas décadas que o antecedeu. Para tal, busca-se trazer de volta a crítica kantiana à metafísica, e, mais ainda, desenvolver a crítica kantiana à metafísica de forma que podemos até questionar se o produto disso restaria de fato ligado ao pensamento de Kant.

A alcunha neokantiana¹ pode ser entendida pelo fato de que o formato teórico-filosófico de Kant², a saber, a separação fundamental entre razão teórica e razão prática, como fundamento para posteriores análises racionais de quaisquer objetos que eventualmente possam surgir, é aproveitada por esses pensadores, em que não se diferencia Kelsen.

Podemos citar como características do neokantismo, em especial do proveniente da Escola de Marburgo, o fato de que o objetivo principal dos seus estudiosos, com destaque para Hermann Cohen e Paul Nartop, não era realizar uma interpretação correta da obra de Kant, mas aproveitando-a, superá-lo. Nesse sentido, o neokantismo promove a reabilitação da crítica kantiana, em um processo de renovação da mesma em vários aspectos, v.g., a perspectiva do sujeito como constituinte da realidade a sua volta, pelo uso da lógica do raciocínio, conferindo possibilidade de existência aos próprios objetos a sua volta pela mesma; a lógica racional como dado prévio a todo conhecimento; a inseparabilidade entre ontologia e gnoseologia, em que nenhum objeto se dá, mas é “proposto pelo pensamento”; a proposta antimetafísica, “e consequente desprezo pelos elementos contingentes e irracionais da realidade”; o fato de “quererem ser mais kantianos que Kant” ao radicalizarem sua posição original, como o abandono dos conceitos de *consciência transcendental* e *coisa em si*, dentre outras características (ADEODATO, 2013, p. 83-9).

Kelsen, nessa linha, possui relação estreita com muitas das características marcantes do Neokantismo, tais como, a valorização da pureza lógica para percepção dos fenômenos, o aproveitamento da crítica kantiana original, para, adaptando-a, conceber sua própria crítica dentro do campo de conhecimento de seu interesse, o Direito. Porém, devemos nos deter em alguns detalhes desse envolvimento de Kelsen com os argumentos kantianos, sob a perspectiva

¹ A discussão a respeito de se os autores do movimento neokantista, em maior e menor grau – a depender do autor tratado –, podem mesmo ser considerados seguidores de Kant, dadas as mudanças estruturais consideráveis realizadas por alguns destes em relação ao pensamento do mesmo, não diz respeito ao objeto do presente estudo. No entanto, sobre esse assunto, para maiores informações Cf. Adeodato (2013, p. 83-9); e Larenz (1997, p. 125-138).

² Cf. Ebstein (1971, p. 621-3, 652).

neokantista. Para tal, deter-nos-emos em artigo de Stanley L. Paulson (1992), no intuito de entender a importância dessa temática na constituição a concepção jurídica de Kelsen.

Nesse diapasão, um dos pontos mais interessantes para nossa análise, no qual nos deteremos, diz respeito à questão transcendental kantiana³. Como aduz Paulson (1992, p. 313-315), Kelsen entende que a questão transcendental kantiana, inicialmente formulada para combater as antinomias matemáticas, pode ser revalidada para o campo do Direito no intuito de combater semelhante querela que em seu entendimento se estendeu entre jusnaturalistas e positivistas empíricos⁴, expliquemo-nos melhor.

A base filosófica da teoria pura está na questão transcendental e para adentrar nesse domínio precisamos nos questionar sobre como podemos conhecer o direito, sobre quais os pressupostos que nos disporíamos nessa empresa. Paulson (1992, p. 319-20), entende que os jusnaturalistas partem, basicamente, de dois pontos, quais seriam: o da tese da inseparabilidade entre direito e moral; e o da tese da separabilidade entre direito e mundo dos fatos; enquanto os positivistas empíricos partiriam de dois pontos distintos, quais seriam, a tese da inseparabilidade entre direito e fatos e da tese da separabilidade entre direito e moral.

Ao que Kelsen, na concepção de sua teoria pura do direito, parte de uma combinação desses pressupostos⁵, que acaba por diferenciar sua teoria de ambas as anteriores, visto que ele parte da junção da tese da separabilidade entre direito moral (dos positivistas empiristas) e da tese da separabilidade entre direito e mundo dos fatos (dos jusnaturalistas). Confirmamos uma tabela ilustrativa das relações apresentadas, desenvolvida por Paulson (1992, p. 320):

Direito e Fatos/Direito e Moralidade	Tese Normativista (separabilidade entre direito e fatos)	Tese Redutivista (inseparabilidade entre direito e fatos)
--------------------------------------	--	---

³ A questão transcendental de Kant, diz respeito a entender como é possível a cognição. Essa questão é formulada por Kant no contexto, constatado pelo mesmo, da antinomia matemática, que diria respeito a querela entre racionalistas e empiristas sobre a verdade de seus objetos. Ora, havendo Kant entendido que a referida querela assemelha-se a uma tautologia, visto que um conjunto de teses levantado por ambos os lados apenas serviria para anular umas às outras, pensou que o meio termo sensato seria considerar a possibilidade do conhecimento, com base em sua teoria do conhecimento, visto que a verdadeira questão seria sobre nossa capacidade de conhecer, enquanto discussões fundadas no pressuposto de que o mundo se apresenta em toda sua plenitude à nossa consciência, no pensamento kantiano, é incorreta. Para maiores detalhes Cf. Paulson (1992, p. 314-5); e Kant (2013, p. 31-46).

⁴ Por positivistas empíricos entendemos aqueles pensadores filiados ao positivismo, mas que não se encaixam nos padrões do positivismo normativo kelseniano, conforme se torna mais claro na sequência do texto.

⁵ Sobre o projeto juspositivista de Kelsen Cf. Dias (2010, p. 142-159).

Tese da Moralidade (inseparabilidade entre direito e moral)	Teoria do Direito Natural	_____
Tese da Separabilidade (separabilidade entre direito e moral)	Teoria Pura do Direito (Kelsen)	Teoria do Direito Empírico Positivista

Assim, com ponto de partida nesses pressupostos, podemos entender a forma como Kelsen utiliza a questão transcendental, que é concebendo um argumento transcendental, semelhante à estratégia utilizada pelo próprio Kant, diferenciando-se deste, porém, pelo fato de que, no caminho neokantista, a preocupação de Kelsen está em pôr termo à questão da cognoscibilidade nas ciências humanas (Geisteswissenschaften), mais precisamente, no direito, em sua Teoria Pura. De modo a produzir seu próprio argumento transcendental, a partir do de Kant.

3 CARACTERÍSTICAS DO CONHECIMENTO NA TEORIA PURA DO DIREITO

3.1 O objetivo da teoria pura do direito

O objetivo da Teoria Pura do Direito pode ser entendido em dupla mão, a saber, referente a proposta de conceder autonomia ao direito, por um lado, e à ciência do direito, por outro. De modo que Kelsen propõe um projeto juspositivista que difere, tanto do projeto jusnaturalista, como do então positivismo empírico presente à época (DIAS, 2010, p. 141-2).

A autonomia do direito, em si, se dá pela separação promovida por Kelsen entre o mesmo e as ciências da natureza, ao elaborar o conceito de imputação, para o direito, em contraponto com o princípio da causalidade das ciências naturais. Ademais, temos a famosa separação entre direito e moral, que confere autonomia ao direito frente as demais ordens sociais coercitivas, como moral e religião. Ao que Kelsen, propõe um direito livre de toda e qualquer conotação externa ao seu objeto, excluindo, portanto, matizes sociológicos, econômicos, filosóficos, que poderiam exercer influência sobre o mesmo, que é apresentado como tecnologia de regulação social, que age por meio de normas e do controle da coerção social (KELSEN, 1992, p. 7-14, 15-20; 1998, p. 1-41, 42-49)⁶.

De modo semelhante temos aplicação da Teoria Pura do Direito na ciência jurídica, no

⁶ Ibidem.

momento em que Kelsen concebe um aparato teórico específico a ser utilizado pela mesma, com conceitos aplicados ao seu objeto e que lhe permitem um espaço de trabalho em que não há necessidade de importar conhecimentos de outras áreas (KELSEN, 1992, p. 21-36, 37-54; 1998, p. 50-75).

Portanto, podemos afirmar que o projeto juspositivista de Kelsen segue um objetivo de proporcionar a autorreferencialidade do direito, em si, i.e., a norma jurídica e o seu esquema de significação (*Deutungsschema*)⁷. Bem como a autonomia da ciência do direito, frente ao sincretismo metodológico, concebendo conceitos e instrumentos próprios de análise para a ciência do direito e seu objeto⁸.

3.2 Características do conhecimento na teoria pura do direito

3.2.1 Positivismo normativo

A primeira, e uma das principais, características do conhecimento na Teoria Pura do Direito, é que a mesma se trata de um positivismo normativo, ou seja, Kelsen irá se ocupar do direito, e das normas provenientes deste, à medida em que estas emanem da conduta humana de positivá-las, o direito, pois, e a ciência do direito, se ocupam do estudo das normas positivas (KELSEN, 1992, p. 21-22; 1998, p. 50)⁹.

Com isso, como afirma Dias (2010, p. 142-5), o autor assume o pressuposto de que todo direito tem na fonte empírica a única possível, em exclusão a elementos metafísicos de teorias naturalistas, já que todos os atos do mundo jurídico são, primeiramente, determinados por um ato de vontade humana.¹⁰

Nicola Abbagnano (2007, p. 837), esclarece, sobre o conceito de norma, que o mesmo é recente, com origem no Neokantismo, “formou-se através da distinção e da contraposição

⁷ Ou seja, temos a norma jurídica, que uma vez incluída na coletividade do ordenamento jurídico, estabelece cadeias de significado – mesmo que de forma artificial – das quais poderá se autorreferenciar.

⁸ Sobre os problemas de sincretismo metodológico no direito Cf. Kelsen (1992, p. 7; 1998, p. 1); e Camargo (2003, p. 83-117).

⁹ “To be sure, the law is no longer presupposed as an eternal and absolute category; its content is recognized as subject to historical change, and the law itself, as positive law, is recognized as a phenomenon conditioned by temporal and spatial factors (Ao certo, o direito não é mais pressuposto como uma categoria eterna e absoluta; seu conteúdo é reconhecido como matéria para mudanças históricas, e o direito em si é reconhecido como fenômeno condicionado por fatores temporais e espaciais)” (KELSEN, 1992, p. 21); “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo das normas jurídicas.” (KELSEN, 1998, p. 50).

¹⁰ Obviamente, deve-se tomar o devido cuidado ao caracterizar Kelsen como um empiricista, visto que, como já apresentado o mesmo apresenta diferenças filosóficas importantes que o diferenciam da posição empiricista tradicional de sua época. Cf. Paulson (1992, p. 320); e Dias (2010, p. 144).

entre o domínio empírico do *fato* (da necessidade natural) e o domínio racional do *dever-ser* (da necessidade ideal)”. O mesmo autor propõe que este é o sentido aceito e aplicado por Kelsen, ou seja, norma como expressão de que algo ou alguém deve se comportar de determinada maneira, em que não resta uma preocupação com o evento prático em questão, senão com seu *dever-ser*.

Por claro o conceito de norma é aplicado em diferentes domínios do conhecimento. Abbagnano (2007, p. 837), segue sua análise esclarecendo que o conceito de norma pode ser utilizado de duas formas básicas, quais seriam, “1º. Como critério infalível para o reconhecimento ou a realização de valores absolutos (este é o conceito elaborado pela filosofia dos valores, ainda aceito pelas doutrinas absolutistas)”, tese que dada a separação proposta por Kelsen entre direito e moral¹¹, podemos considerar excluída da perspectiva em apreço; “2º. Como procedimento que garante o desenvolvimento eficaz de determinada atividade”, forma adequada ao carácter instrumental trabalhado por Kelsen para as normas jurídicas, diferenciando-as, portanto, de outras normas de controle social, em função do entendimento depositado na aplicação do conceito.

3.2.2 O postulado da pureza do método

A “pureza” funciona como postulado científico na teoria de Kelsen. Por postulado científico podemos esclarecer, justamente, que sua aplicação se dá em relação ao processo de conhecimento do direito, e não em relação ao direito em si. Ou seja, “em nenhum momento Kelsen postulou um ‘*direito puro*’, mas sempre e apenas uma *teoria pura do direito*!” (DIAS, 2010, p. 156).

Ora, a pureza em Kelsen funciona, feito o esclarecimento inicial, como um critério de objetividade, diante do possível carácter ideológico que o direito possa adquirir em sua atividade, separando, claramente, entre o direito e a chamada *política do direito*; funciona, ainda, como já afirmamos, no sentido de um critério metodológico, já que segundo Kelsen, a metodologia jurídica, por consequência da tradição estaria entregue a princípios e conceitos epistemológicos estranhos ao direito, razão pela qual o mesmo precisaria de uma purificação do método, para se preocupar unicamente com as questões que lhe dizem respeito, pelo uso de suas próprias ferramentas, ou seja, a pureza se versa de uma consequência do autorreferencial do método

¹¹ Cf. Kelsen (1998, p. 42-9).

acima tratado (KELSEN, 1992, p. 7-8, 18-9, 1998, p. 1, 72-5)¹².

3.2.3 A teoria relativista do direito

Em um sentido bastante próximo ao tratado sobre positivismo normativo e do postulado da pureza, temos o da teoria relativista. Se assumimos o Direito como uma ciência para estudar normas positivas, servindo-se de uma pureza metodológica, a fim de não misturar seu objeto com nada além do aspecto normativo (como, por exemplo, a justiça dessas normas, suas finalidades), podemos perceber que Kelsen, se torna tolerante com um relativismo moral considerável, visto que isso não é objeto do Direito, e não importa e nem deve ser considerado para análise na perspectiva da Teoria Pura (KELSEN, 1992, p. 15-9; 1998, p. 42-9)¹³.

Com isso, afirma Dias (2010, p. 145-8), Kelsen rompe profundamente com o postulado do absolutismo moral jusnaturalista, visto que parte do pressuposto de que não é possível reconhecer valores absolutos, já que estes variam de acordo com a ordem social (espaço-temporal) em questão, o que fundamenta a rejeição kelseniana da tese da unidade entre direito e moral. Assim, a partir dessa visão epistemológica, do relativismo moral como postulado científico, podemos entender que a argumentação jurídica pautada na Teoria Pura, não pode se prender a aspectos morais, numa possível tentativa de indicar algo justo a ser alcançado, pois isto não se adequa a perspectiva da Teoria Pura do Direito.

3.2.4 A concepção dinâmica do direito

A concepção dinâmica do direito em Kelsen (1998, p. 135-141), está ligada, intrinsecamente, com a questão da validade das normas. É tratar dos fundamentos de validade das normas, ou seja, de como determinar se uma norma faz parte de um ordenamento plural e

¹² “It characterizes itself as a ‘pure’ theory of law because it aims at cognition focused on the law alone, and because it aims to eliminate from this cognition everything not belonging to the object of cognition, precisely specified as the law (Caracteriza-se como teoria ‘pura’ do direito porque concentra seu objetivo somente no direito, e porque pretende eliminar dessa cognição todo aquilo que não pertence ao seu objeto, precisamente especificado como o direito)” (KELSEN, 1992, p. 7); “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.” (KELSEN, 1998, p. 1).

¹³ “The Pure Theory aims to depict law as it is, without legitimizing it as just or disqualifying it as unjust; the Pure Theory inquires into actual and possible law, not into ‘right’ law (A Teoria Pura pretende descrever o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto; a Teoria Pura incide no direito existente e possível, não do direito ‘correto’)” (KELSEN, 1992, p. 18); “[...] a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta humana. Então, neste sentido relativo, todo Direito tem caráter moral, todo Direito constitui um valor moral (relativo). Isto, porém, quer dizer: a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma” (KELSEN, 1998, p. 46).

se a mesma deve ser obedecida.

De acordo com este critério, fundamento de validade, Kelsen, destaca dois tipos de sistemas, quais sejam, o estático e o dinâmico¹⁴. O estático representa uma forma de justificação baseada no conteúdo das normas, na qual por processos de subsunção pode o intérprete chegar ao fundamento máximo, que deve conter em seu conteúdo a justificativa para o conteúdo das demais normas do ordenamento; enquanto no sistema dinâmico, temos uma norma fundamental que preleciona apenas a característica de estabelecer uma regra para criação de normas gerais e individuais no ordenamento jurídico posto com base na mesma, estabelecendo as autoridades encarregadas para tal, vazia, porém, de conteúdo objetivo sobre essas normas.

3.2.5 A norma fundamental

A norma fundamental (Grundnorm), representa, na obra de Kelsen, um considerável avanço conceitual, visto que, no período anterior de produção acadêmica, tínhamos um Kelsen mais concentrado no modelo estático de Direito, em que o modelo teórico de validade do ordenamento jurídico repousava em uma norma fundamental com fundamentação filosófica questionável diante do modelo metodológico proposto pela Teoria Pura.

Ora, temos que no início da produção acadêmica de Kelsen¹⁵, sua fundamentação na validade do ordenamento jurídico estava na norma fundamental, mas esta estava firmada em uma noção epistemológica ainda distante do ideal perseguido pelo autor no *Teoria Pura do Direito*. Dias (2010, p. 237-8), esclarece que a concepção estática de validade do ordenamento jurídico se baseava em três pontos, dos quais nos detemos brevemente.

Em primeiro temos a *concepção estática de validade*, em que uma norma se justifica na norma superior a esta, em que deveria ser realizado um exame no conteúdo dessa norma inferior, no intuito de verificar se o conteúdo da mesma estava de acordo com o esperado, logo, fundamento e conteúdo de validade estavam juntos. Em segundo lugar, temos a *necessidade da existência de uma norma de direito positivo* para figurar no papel de norma fundamental, para que seja possível avaliar a validade do ordenamento jurídico com base em seu conteúdo. E em terceiro lugar temos que o critério metodológico de aproximação entre a norma fundamental estática e suas subordinadas é o da *dedução lógica*, de modo que uma norma só poderia ser considerada válida se em um exame de conteúdo pudéssemos deduzi-la completamente da

¹⁴ A discussão sobre os sistemas estáticos e dinâmicos será retomada em maiores detalhes no tópico 3.2.5 que trata da norma fundamental.

¹⁵ Sobre a fase inicial de produção acadêmica Cf. Dias (2010, p. 162-192).

norma fundamental.

No entanto, devemos ter em conta, que o projeto juspositivista de Kelsen tem, como um de seus pontos fundamentais, o relativismo moral, visto que o autor procura se distanciar dos valores naturalistas de encontrar um conjunto de normas de validade universal e imutável. Assim, mesmo se fazendo clara a vantagem do modelo estático de validade do ordenamento, por representar, na dedução lógica, o poder de uma norma jurídica de direito positivo, temos que o mesmo se encontra em dificuldade com o ponto do relativismo levantado por Kelsen (DIAS, 2010, p. 145-8, 241).

Hughes (1971, p. 695-9), explica esse ponto, ao tratar da questão da norma fundamental, aplicando, de forma indireta o argumento da regressão ao infinito (*regressum ad infinitum*), pois se partimos do pressuposto de que as normas são válidas à medida que recebem tal qualidade de uma norma superior, até chegarmos à norma fundamental, não tardaríamos a chegar, por exemplo, na Constituição de determinado Estado. Mas, então, de que norma viria a validade desta? Da constituição anterior (em que continuaríamos no retorno)? Da razão? Do poder soberano do povo? Por claro o fim desta argumentação dificilmente restaria coerente com a argumentação positivista pura proposta por Kelsen.

Esse problema é passível de preocupação no modelo inicial da Teoria Pura proposto por Kelsen, em que o direito era concebido de forma estática. Porém, com o passar de tempo e com a influência de críticas e de outros trabalhos, dos quais destacamos o de Adolf Julius Merkl, em sua teoria da hierarquia das normas, Kelsen começa a perceber que uma concepção teórica estática do direito não é suficiente para descrever o fenômeno jurídico em sua totalidade, de modo que surge a necessidade de uma mudança, marcada pelo aproveitamento do formato neokantiano que viemos tratando ao longo deste trabalho (DIAS, 2010, p. 197-209).

Se observarmos a primeira edição do *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen (1992, p. 55-76), veremos que a questão da hierarquia das normas já era um tema tratado por Kelsen, embora sua formulação clássica só tenha se dado na década de 1960, na segunda edição do *Teoria Pura*, em que temos apresentado de forma clara e concisa o modelo dinâmico, que apresenta como fundamento de validade da ordem normativa a norma fundamental.

A norma fundamental apresenta em sua natureza o aspecto hipotético-transcendental, que seja, não se trata de uma construção positiva, estabelecida por algum legislador (humano ou divino), passível de ser questionado no que se refere a sua autoridade. Ela se trata de um pressuposto do conhecimento jurídico, uma categoria necessária para o mesmo, sem a qual não

poderia se pensar o ordenamento jurídico, visto que este careceria de validade. Assim, a norma fundamental, se trata de um pressuposto cognitivo necessário ao entendimento do direito, do qual fazemos uso no simples ato de pensar o direito e pelo qual podemos conceber o ordenamento jurídico, como um só corpo, consistente em validade, ou seja, como um postulado científico do direito (KELSEN, 1998, p. 135-146)¹⁶.

Desta concepção de norma fundamental, que entendemos como um resultado obtido por Kelsen, após anos de pesquisa, restam destacáveis as influências neokantistas, principalmente de Cohen, da Escola de Marburgo, dos quais Kelsen aproveita a crítica epistemológica ao paradigma de cientificidade e critérios de verdade estabelecidos em grande parte pelo próprio Kant. Citamos, v.g., o uso do conceito de hipótese, como meio de ilustrar essa questão, visto que a noção conceitual de hipótese admitida por Cohen, recupera o uso do termo feito por Platão, que seria não vinculado a uma verdade provisória, mas como pressuposições não passíveis de testagem empírica, como pressuposições necessárias a toda aferição, diferindo, no entanto, de Platão, ao entender as hipóteses esvaziadas de conteúdo metafísico, entendendo-as como “produtos do pensamento que servem como fundamento para a cognição científica” (MATOS, 2011, p. 54-6).

Nesse sentido, Kelsen, aproveita o modelo epistemológico de Cohen, e fazendo uso semelhante do de Kant, consegue, com originalidade conceber sua hipótese-transcendental, que por ser uma *hipótese*, trata-se de um pressuposto do conhecimento jurídico – como vimos acima –, e por ser *transcendental*, e não *transcendente*, não apresenta necessidade de conteúdo, ou seja, resta completamente independente da experiência, *a priori*, o que coloca a teoria de Kelsen, em um terreno de semelhanças de formatos epistemológicos com Kant (MATOS, 2011, p. 56-60).

Um último ponto, com relação à temática da norma fundamental, é se esta possui alguma relevância no que se refere a interpretação das normas, ou se sua implicação acaba como fundamento da validade das normas.

Kelsen (1998, p. 143-6), estabelece que as normas devem ser interpretadas de acordo com seu fundamento de validade. Podem ocorrer, no entanto, situações em que haja conflitos de normas, ou imprecisões de sentido nas mesmas. Nos casos de aparente contradição das normas, estas devem ser interpretadas segundo os critérios de hierarquia, antiguidade,

¹⁶ Cf. Hughes (1971, p. 695-706); Dias (2010, p. 241-282); Matos (2011, p. 60-69).

especificidade¹⁷, fazendo jus a um ordenamento plural e escalonado, segundo os pressupostos da norma fundamental. No entanto, nos casos de imprecisão de conteúdo, o autor coloca que a norma fundamental não necessariamente concede validade a todas as normas criadas de acordo com os requisitos estabelecidos para criação de normas, pois na primeira situação, de aparente antinomia, podem ser aplicados os princípios lógicos tradicionais – especialmente o do terceiro excluído –, mas no segundo plano não há o que discutir, visto se tratar de um contrassenso insanável do ponto de vista da própria validade¹⁸.

Outro problema, ainda nesta discussão, seria o caso de não haver problema, de a autoridade se encontrar diante de uma simples norma que precise ser interpretada. A norma fundamental exerceria um papel nesse caso? Em função do já tratado, entendemos que a resposta só pode ser negativa, visto que a concepção dinâmica do direito, na qual se pauta o conceito de norma fundamental como postulado científico hipotético-transcendental, estabelece a mesma como uma categoria (no sentido kantiano) para as ciências humanas (*Geisteswissenschaften*), ou seja, uma condição para que possamos pensar o direito, como objeto do conhecimento – e não como um critério prático para decisões, já que é vazia de conteúdo.

4 LINGUAGEM E INTERPRETAÇÃO NO *TEORIA PURA DO DIREITO*: leitura das duas edições e tentativa de apreensão da concepção de linguagem de Hans Kelsen com base nos pressupostos apresentados

Findos os esclarecimentos necessários sobre as influências e pressupostos filosóficos presentes no pensamento de Kelsen¹⁹, partimos para o ponto central de nossa preocupação com sua obra: a concepção de linguagem presente na mesma e sua influência na atividade interpretativa do ordenamento jurídico.

Neste sentido, nos valeremos, conforme já adiantado na introdução, no presente tópico da leitura do capítulo referente à interpretação nas duas edições²⁰ do *Teoria Pura do Direito*.

¹⁷ Nesse sentido Cf. Bobbio (2011, p. 79-120)

¹⁸ Na primeira edição do *Teoria Pura do Direito*, também é tratada a questão do conflito de normas, embora sem as especificidades da teoria da norma fundamental plenamente desenvolvidas. Cf. Kelsen (1992, p. 71-5, 80-1, 84-9).

¹⁹ Importa indicar que os comentários até então realizados ao pensamento kelseniano servem ao objetivo metodológico do presente trabalho, portanto, nem de longe esgotam a discussão sobre o tema. Para leitura mais completa e maiores indicações de bibliográficas sobre Hans Kelsen Cf., por todos, a obra de Gabriel Nogueira Dias (2010).

²⁰ As duas edições do livro *Teoria Pura do Direito* são separadas por um lapso temporal de cerca de vinte e seis anos, o que importou consideráveis mudanças dentro da perspectiva de abordagem dos problemas jurídicos, em ambas, embora o cerne da teoria pura seja o mesmo. Pretendemos, uma vez escolhida essa obra como ponto central de análise, fornecer as mais completas informações possíveis sobre a mesma, motivo pelo qual optamos por não

Para isso seguiremos a apresentação da matéria de acordo com os tópicos elaborados pelo próprio autor no origina, com os títulos da segunda edição, quando mantidos, apresentados entre colchetes: (a) ocasião e matéria da interpretação [a essência da interpretação. Interpretação autêntica e não-autêntica]; (b) indeterminação relativa das normas mais baixa da hierarquia normativa [relativa indeterminação do ato de aplicação do direito]; (c) indeterminação intencional das normas mais baixas [indeterminação intencional do ato de aplicação do direito]; (d) indeterminação não-intencional das normas mais baixas [indeterminação não intencional do ato de aplicação do direito]; (e) a norma como moldura, abrangendo várias possibilidades de interpretação [o direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação]; (f) os chamados métodos de interpretação; (g) interpretação como ato de cognição e como ato de vontade; (h) a ilusão da certeza legal; (i) o problema das lacunas; (j) as chamadas lacunas técnicas; (k) a Teoria das Lacunas do Legislador; e (l) a interpretação da ciência jurídica²¹.

a) Ocasião e matéria da interpretação [a essência da interpretação. Interpretação autêntica e não-autêntica]

Este primeiro tópico, presente de forma direta nas duas edições, porém com títulos diferentes, aponta, na primeira edição, que a interpretação está diretamente ligada com o processo de hierarquização das normas. Ela é a atividade intelectual que acompanha o processo de criação das normas, do ponto mais elevado do ordenamento (v.g. a Constituição) aos mais baixos (v.g. sentenças judiciais, portarias administrativas) (KELSEN, 1992, p. 77).

Na segunda edição, temos um tratamento mais detalhado²², em que o autor indica que este processo pode se dar em seis modalidades, a saber: a interpretação de normas em que se procura um sentido para normas gerais e individuais, feita por uma autoridade instituída; a interpretação constitucional realizada no processo legislativo, também por autoridades instituídas; a interpretação de normas e tratados internacionais, quando estas precisarem ser aplicadas em caso concreto, também por autoridades instituídas; a interpretação dedicada às normas individuais exclusivamente, também realizada por autoridades instituídas para tal

deixar de considerar o texto da primeira edição, mesmo sendo a segunda a mais conhecida e presente no meio acadêmico atual.

²¹ Esses tópicos foram retirados dos originais das duas edições do Teoria Pura do Direito, no entanto nem todos estão presentes nas duas edições, optamos, pois, em manter todos e indicar no corpo do texto os aspectos referentes a cada edição.

²² Kelsen dá a este título um tópico específico, dentro do qual discute em sub-tópicos os itens “b”, “c”, “d”, e “e”, cujos títulos estarão apresentados nos mesmos entre colchetes, do presente trabalho, e que na primeira edição recebem tópicos específicos na divisão por parágrafos. Cf. Kelsen (1992, p. 77-89, 1998, p. 245-251).

função; a interpretação feita pelo particular, que mesmo não sendo autoridade, precisa dar sentido às normas para orientar sua conduta; e a interpretação feita pela ciência do direito (KELSEN, 1998, p. 245).

Dessa forma, na segunda edição, Kelsen culmina sua análise distinguindo entre dois tipos de interpretação: a autêntica, realizada por autoridade competente, instituída, para tal finalidade, por ser responsável pela aplicação das normas; e a não-autêntica, realizada por particular e, em especial, pela ciência jurídica (KELSEN, 1998, p. 245)²³.

A partir desta constatação encontrada na segunda edição, entendemos que o ato de interpretação, para Kelsen, é único tanto para a autoridade instituída, como para o cientista, no entanto, a função desta interpretação qualifica a mesma, isto é, em se tratando de uma autoridade – v.g. impedida de negar prestação jurisdicional, a exemplo do que prevê o artigo 5º, XXV, da Constituição de 1988 – será autêntica, visto estar apta a produzir efeitos no mundo jurídico; já se a interpretação for feita por um cientista, pelo fato de este não estar compelido pelo ordenamento a esta função, como parte ativa no processo de produção de normas, sua interpretação não produzirá efeitos no ordenamento jurídico, por ser não-autêntica – salvo, é claro, se esta for adotada por algum agente, como é comum que ocorra pela influência dos debates acadêmicos, por exemplo.

b) Indeterminação relativa das normas mais baixas da hierarquia normativa [relativa indeterminação do ato de aplicação do direito]

Na primeira edição, o autor aponta que a relação entre norma superior e norma inferior no ordenamento envolve uma questão de conteúdo. A norma superior não só deverá indicar o processo de criação da norma inferior, como indicar o conteúdo da mesma. Essa determinação, no entanto, nunca é completa, visto que não há possibilidade de previsão, por uma norma, de todos os possíveis detalhes da situação concreta completa. Sempre haverá uma margem de discricionariedade (KELSEN, 1992, p. 77-8).

Na segunda edição não encontramos diferenças em relação ao conteúdo apresentado na primeira (KELSEN, 1998, p. 245-6).

c) Indeterminação intencional das normas mais baixas [indeterminação intencional do ato de aplicação do direito]

²³ “Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica” (KELSEN, 1998, p. 245).

Na primeira edição, temos uma abordagem no sentido de que a indeterminação pode ser intencional pela autoridade criadora das normas, visto que o processo de produção normativa segue essa lógica, de determinação cada vez mais específica desde as normas mais elevadas até as mais inferiores, para adequação ao caso concreto, cumprindo, pois, o sentido da existência de um ordenamento escalonado (KELSEN, 1992, p. 78-9).

Mais uma vez não encontramos diferenças substanciais na apresentação feita da matéria na segunda edição (KELSEN, 1998, p. 246).

d) Indeterminação não-intencional das normas mais baixas [indeterminação não intencional do ato de aplicação do direito]

A indeterminação das normas pode se dar, também, pelo fato não proposital de problemas na estrutura da norma a ser aplicada. Pode ser uma ambiguidade linguística de palavras ou frases; um órgão aplicador que entende haver discrepância entre a expressão linguística da norma e a real vontade do legislador, i. e., aquilo que ele *quis* dizer ao promulgar a norma; pode ser, ainda, por alegação de existência de uma antinomia normativa (KELSEN, 1992, p. 79-80).

Na segunda edição não há diferenças a serem consideradas na apresentação do conteúdo (KELSEN, 1998, p. 246-7).

e) A norma como moldura, abrangendo várias possibilidades de interpretação [o direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação]

Ocorre, como já dito, que a norma é como uma moldura, que possui várias possibilidades de ser preenchida. Nas palavras do autor, podemos dizer que:

[...] if ‘interpretation’ is understood as discovering the meaning of the norm to be applied, its results can only be the discovery of the frame that the norm to be interpreted represents and, within this frame, the cognition of various possibilities for application (KELSEN, 1992, p. 80).²⁴

Então, decisões, como normas individuais para um caso concreto, representam apenas uma forma de interpretação, e não a única possível. E este posicionamento, diferencia a perspectiva kelseniana das anteriores, a exemplo da Jurisprudência dos Conceitos (Begriffsjurisprudenz)²⁵, ao estabelecer a variedade de métodos de interpretação, em detrimento

²⁴ “[...] se ‘interpretação’ é entendida como a descoberta do sentido da norma a ser aplicada, seus resultados só podem ser a descoberta da moldura que a norma a ser interpretada representa e, dentro dessa moldura, a cognição de várias possibilidades de aplicação.” (KELSEN, 1992, p. 80).

²⁵ Cf. Kelsen (1992, p. 84); Larenz (1997, p. 29-33).

da visão tradicionalista de se buscar *uma* forma específica de se encontrar um resultado definitivo, com certeza, na interpretação (KELSEN, 1992, p. 84).

Além disso, o autor escreve que a jurisprudência tradicional, em uma atitude fora de compasso, tende a atribuir outra tarefa a interpretação, identificando-a como a principal, inclusive, que seria a de estabelecer um sentido completo e amplo ao preenchimento da moldura, em busca de uma decisão justa, e não a atitude de simplesmente preencher a moldura dentro de suas possibilidades (KELSEN, 1992, p. 80-1).

A questão, a partir desta definição de interpretação, que levantamos é: qual o significado da linguagem para Kelsen? Ao que tudo indica estamos diante de uma visão da linguagem amplamente aberta para artificialidades, pois o intérprete, de acordo com seu modo de lidar com as possíveis combinações de significado presentes no ordenamento positivo, pode motivar o preenchimento da moldura com alta margem de discricionariedade. Se preenchimentos diversos, talvez conflitantes, mas válidos, podem ser admitidos, a segurança jurídica estaria nas mãos da autoridade encarregada de interpretar de forma autêntica o ordenamento.

No que se refere a segunda edição, novamente temos a matéria em questão apresentada da mesma forma (KELSEN, 1998, p. 247-8).

f) Os chamados métodos de interpretação

Na primeira edição, o autor propõe que no tratamento do direito positivo não há um método de interpretação que pode ser considerado correto em detrimento dos outros. Seja para beneficiar o texto em detrimento de uma determinável vontade do legislador, ou o contrário, não há um ponto seguro em que se possa fixar nesse sentido. A constatação definitiva dessa posição se dá pelo fato de a jurisprudência tradicional ter visivelmente falhado na tarefa de conceber tal método único e eficaz capaz de determinar o sentido verdadeiro da norma, para dirimir o conflito entre vontade e expressão (KELSEN, 1992, p. 81-2).

Na segunda edição temos a mesma linha de pensamento, sem mudanças a serem consideradas, coincidem, inclusive, os títulos dos tópicos em ambas as edições (KELSEN, 1998, p. 248).

g) Interpretação como ato de cognição e como ato de vontade

Na primeira edição temos a apresentação de que a interpretação pode se dar de duas formas, como ato de cognição e como ato de vontade. Ora, se tomarmos a interpretação como

ato de cognição, no sentido do termo cognição em que buscaríamos conhecer qual a interpretação correta, independente mesmo do direito positivo, ou seja, qual seria a solução “justa” para o caso concreto, não estaríamos dentro dos critérios estabelecidos pela Teoria Pura do Direito. Visto que na perspectiva da Teoria Pura a interpretação é entendida como um ato de vontade, de interpretação da norma em si mesma, com seus débitos em relação ao ordenamento como um todo (KELSEN, 1992, p. 82-3; 1998, p. 248-250)²⁶.

Aparentemente, este ponto poderia indicar uma contradição em relação ao que é proposto para a ciência do direito, em sua interpretação não-autêntica, no entanto se trata de uma percepção, como dissemos, aparente, visto que os pressupostos da interpretação, tanto autêntica como não-autêntica, se concentram em tratar o ordenamento positivado, estabelecer as possibilidades de preenchimento da moldura, com aquilo que existe. A Teoria Pura rejeita claramente atitudes de *política do direito* na interpretação, que seriam aquelas direcionadas a introduzir algum tipo de inovação no ordenamento, ou mesmo motivar que determinado ato fosse interpretado como correto, em detrimento de outras possibilidades válidas, nessa perspectiva.

O ponto defendido por Kelsen faz referência ao ato de cognição como aquele utilizado nas ciências naturais, v.g., dado o escrutínio do caso concreto encontraremos uma solução *correta* para o mesmo, porém, o que se procura na interpretação como ato de vontade seria vincular a interpretação a pluralidade artificial existente no ordenamento jurídico, para que este, entendido como *dinâmico*, não fique restrito a condições de conteúdo.

Na segunda edição temos a apresentação da matéria realizada da mesma forma (KELSEN, 1998, p. 248-50).

h) A ilusão da certeza legal

Tópico existente apenas na primeira edição, em que o autor afirma que a visão da interpretação como processo cognitivo é rejeitada pela Teoria Pura, já que a interpretação e o

²⁶ “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto que se parte – uma questão de conhecimento dirigido 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). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.” Ibid., p. 249

direito devem tratar de normas positivadas, já existentes na dimensão temporal (KELSEN, 1992, p. 83-4)²⁷.

i) O problema das lacunas

Este tópico, como o anterior, só se encontra no capítulo sobre interpretação na primeira edição. Na segunda edição temos, porém, o mesmo apresentado no capítulo V, *Dinâmica Jurídica*, sob o título de “*A Unidade Lógica da Ordem Jurídica; Conflitos de Normas*”, em que não difere em conteúdo do apresentado na primeira edição (KELSEN, 1998, p. 143-6).

As lacunas são apenas aparentes, cabe à autoridade interpretar e preenchê-las e, conforme o ordenamento positivo, buscar no processo de interpretação a norma que estabilize a relação jurídica, visto que pela aplicação dos princípios lógicos tradicionais, especialmente o do terceiro excluído, seria possível determinar o sentido da norma adequada ao caso concreto (KELSEN, 1992, p. 84-6)²⁸.

Só podem falar de lacunas aqueles que criticam o ordenamento em si, no todo, e não apenas em relação a uma ou um conjunto de normas específicas. Nesse sentido, a função da interpretação se degenera para tentar substituir a norma original por uma norma melhor, na visão do intérprete, culminando em uma ficção jurídica que pode até se mostrar útil em sociedades que dificultam o processo de atualização do ordenamento jurídico.

j) As chamadas lacunas técnicas

Diferente das lacunas, no sentido apresentado no tópico anterior, as lacunas técnicas se tratam daquelas provenientes de omissão do legislador. O que caracteriza uma lacuna técnica ou se trata da visão de lacunas no sentido próprio da palavra, apresentado no tópico anterior, ou com uma indeterminação relativa aos padrões de enquadramento da norma em sua moldura (KELSEN, 1992, p. 86-7)²⁹.

²⁷ “The Pure Theory demolishes the view the norms could be created by way of cognition, a view that arises in the end from the need to imagine the law as a fixed system governing every aspect of human behaviour in particular the activity of law-applying organs, above all the courts (A Teoria Pura demole a visão de que as normas podem ser criadas pela via da cognição, uma visão que ao fim das contas se baseia na necessidade de imaginar o direito como um sistema fixo governando cada aspecto do comportamento humano, em particular a atividade dos órgãos de aplicação do direito, acima de todas as cortes)” (KELSEN, 1992, p. 84).

²⁸ “Genuine gaps, however, do not exist. A genuine gap would mean that a legal dispute could not be settled in accordance with prevailing norms because the statute – as one says – lacks a provision addressing the case, and therefore can not be applied (Lacunas genuínas, no entanto, não existem. Uma lacuna genuína significaria que uma disputa legal não poderia ser solucionada de acordo com as normas prevalecentes porque o estatuto – como alguém diz – não possibilita sua solução e, portanto, não pode ser aplicado)” (KELSEN, 1992, p. 84).

²⁹ “What is characterized as a technical gap, however, is either a gap in the original sense of the word – that is, a difference between positive law and desired law – or it is that indeterminacy that stems from the frame-like character of the norm (O que é caracterizado como uma lacuna técnica, no entanto, ou é uma lacuna no sentido

Da mesma forma que o tópico anterior, sobre lacunas, não temos o mesmo sendo tratado no capítulo sobre interpretação na segunda edição, nem conseguimos identificar uma passagem na mesma que trate da questão apresentada.

k) A teoria das lacunas do legislador

Ao fim do capítulo sobre interpretação na primeira edição, temos o tema da Teoria das Lacunas do Legislador, que seria o momento em que o legislador, deliberadamente, confere poderes ao juiz para que este, em sua atividade, possa julgar conforme critérios específicos que não a norma positiva. Segundo Kelsen (1992, p. 87-9), essa situação se dá por má orientação teórica do legislador que ignorando o fato da inexistência de lacunas, estabelece critérios para eventuais manifestações das mesmas, o que acaba por criar, do mesmo modo, a possibilidade de serem conferidos poderes extravagantes à autoridade julgadora³⁰.

Igualmente, não temos paralelo a este tópico na segunda edição, nem conseguimos identificar a presença do mesmo em alguma parte do texto.

l) A interpretação da ciência jurídica

A interpretação da ciência jurídica só é tratada na segunda edição. Kelsen (1998, p. 250-1), havendo caracterizado essa modalidade de interpretação como não-autêntica, explica que essa classificação se deve ao fato de que os envolvidos nesse processo, por não possuírem função institucional, não criam direito, mas apenas, estabelecem possíveis formas de preenchimento da moldura. Estes devem, ainda, tomar cuidado, para na sua atividade não caírem na ficção de defender uma só interpretação de determinado assunto, pois estariam

original da palavra – ou seja, uma diferença entre o direito positivo e o direito desejado – ou uma indeterminação das hastes da moldura que caracteriza a norma)” (KELSEN, 1992, p. 86).

³⁰ “Theoretically, then, there are no gaps in the law. The legislator, however, influenced by a mistaken theory, may nevertheless presuppose the existence of ‘gaps’, even though these are not what himself perhaps considers them to be. The legislator may – and indeed frequently does – establish provisions that speak to cases where no decisions can be derived from the statute [...] If, as in the later, the statute instructs the judge to decide in the case of a ‘gap’ as he would decide as qua legislator, this amounts to empowering the judge, in cases where he considers the application of the statute unacceptable, to decide according to his own discretion instead of on the basis of the statute (Teoricamente, então, não existem lacunas no direito. O legislador, no entanto, influenciado por uma teoria enganosa, pode, assim, pressupor a existência de ‘lacunas’, mesmo que estas não correspondam exatamente ao que ele entende pelo termo. O legislador pode – e o faz frequentemente – estabelecer critérios para casos em que não se possam achar soluções no estatuto [...] Se, como anteriormente, o estatuto instrui o juiz a decidir no caso de uma lacuna como se legislador fosse, isso acaba dando poderes extravagantes ao mesmo, nos casos em que ele considera a aplicação do estatuto inaceitável, para decidir de acordo com sua própria discricionariedade à revelia da base estatutária)” (KELSEN, 1992, p. 87-88).

praticando a *política do direito*, e não interpretação, ao tentar influenciar o processo de criação de normas³¹.

Obviamente, se praticada da forma correta, a interpretação da ciência jurídica, pode exercer considerável importância na produção jurídica, pois ao tornar visíveis as várias formas possíveis de interpretação, permite que o legislador, o magistrado ou qualquer autoridade encarregada de tomar decisões, possa adotar certos posicionamentos, tornando a interpretação não-autêntica parte de uma interpretação autêntica, como já apontado anteriormente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim do presente estudo, tendo em conta o que observamos sobre os pressupostos filosóficos e critérios de interpretação utilizados por Kelsen, podemos estabelecer alguns resultados no que se refere a concepção de linguagem adotada pelo mesmo.

O entendimento de que a linguagem é concebida como mero instrumento utilizado pelo direito parece ser o mais adequado. Essa constatação é fortalecida pelo fato de que em momento algum o autor se propõe a discutir o significado da linguagem em si, mas apenas utiliza a mesma de acordo com a finalidade de sua proposta, como se estivesse pressuposto que a mesma é apenas um instrumento de análise. Outro ponto que fortalece essa constatação é o de que quando define interpretação, o autor se mostra receptivo ao uso amplo de configurações de significado que, desde que compatíveis com o ordenamento, serão válidas, como tratado no item “e”.

Um forte exemplo disso é o momento em que se discute, no item “d”, a indeterminação não-intencional das normas inferiores (ou indeterminação não-intencional do ato de aplicação do direito), quando o autor fala de imprecisões de palavras ou frases e de como superar o conflito. É possível observar claramente que o uso da linguagem feito neste ponto é estritamente instrumental, mecânico – a linguagem é mera ferramenta utilizada no processo de análise da Teoria Pura do Direito.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADEODATO, J. M. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³¹ Sugerimos a leitura comparada deste item com as discussões levantadas nos itens “a” e “e”, para relacionar os tipos de interpretação com a teoria da moldura.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

CAMARGO, M. M. L. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, G. N. **O Positivismo e a Teoria Geral do Direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

EBESTEIN, W. **The Pure Theory of Law**: Demythologizing Legal Thought. California Law Review, Vol. 59, Nº 3, A Tribute to Hans Kelsen, p. 617-652, Maio, 1971.

HUGHES, G. **Validity and the Basic Norm**. California Law Review, Vol. 59, Nº 3, A Tribute to Hans Kelsen, p. 695-714, Maio, 1971.

KANT, I. **Prolegômenos a Toda Metafísica Futura**: que queira apresentar-se como ciência. Lisboa: Edições 70, 2013.

KELSEN, H. **Introduction to the Problems of Legal Theory**: a translation to the first edition of *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law. Oxford: Clarendon Press, 1992.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MATOS, A. S. de M. **A Norma Fundamental de Hans Kelsen como Postulado Científico**. In: Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, nº 58, p. 41-84, Jan/Jun, 2011.

PAULSON, S. L. **The Neo-Kantian Dimentions of Kelsen's Pure Theory of Law**. In: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 12, nº 3, p. 311-332, 1992.