

A TEORIA PURA DO DIREITO E SUA ATUALIDADE NAS PRÁTICAS JURISDICIONAIS

Renata Polichuk Marques*

Resumo: A “Teoria Pura do Direito” sempre foi objeto de severas críticas, especialmente quanto sua aplicação na atualidade. Todavia, é possível extrair de sua interpretação, que ela detém atualidade, desde que suficientemente adaptada às modernas teorias hermenêuticas constitucionais.

Palavras-Chave: Teoria Pura do Direito. Interpretação. Decisão. Cenário constitucional. Atualidade.

Sumário: 1) Introdução; 2) Norma Jurídica e Sistema Jurídico Atual; 3) Normatividade e Interpretação; 4) Considerações finais; 5) Citações; 5) Bibliografia.

1) INTRODUÇÃO

Da comparação entre a primeira e a segunda edição da obra “Teoria Pura do Direito” Hans Kelsen fica absolutamente claro que, em que pese a base da teoria por ele formulada continuar inalterada, as mudanças ocorridas em seu pensamento são evidentes.

Cumprir observar entre a primeira e a segunda edição de

* Cursando Doutorado em Direito Constitucional na Universidad de Buenos Aires. Mestre em Direito - Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil - Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito Tributário - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, IBET. Professora do curso de Bacharelado em Direito e da Pós-graduação em Direito e em outras áreas afins. Autora de diversos artigos publicados. Coautora de diversos livros publicados no Brasil e no Exterior. Membro Efetivo do Instituto Paranaense de Direito Processual. Advogada. Membro Efetivo do Instituto Paranaense de Direito Processual.

“Teoria Pura do Direito” os marcos temporais e espaciais são determinantes em seu pensamento: A primeira edição foi editada em 1934 em Genebra, ao passo que a segunda edição só se deu em 1960 quando o autor já encontrava exilado nos Estados Unidos, mais precisamente na Califórnia.

Neste aspecto, antes de adentrar aos detalhes de sua teoria, é importante notar que, primeiramente, Kelsen propõe uma teoria do Direito e não o estudo de um determinado ordenamento ou sistema, ou seja, não se propõe a estudar o Direito Alemão ou Americano, o sistema *COMMUN LAW*, ou *CIVIL LAW*. Em segundo lugar, não se pode ignorar que a guinada sofrida na obra deste autor – acerca da teoria da interpretação – se deu após sua estada nos Estados Unidos, nas Universidades de Haward (1941-1942) e da Califórnia (1945). Neste aspecto é possível afirmar que em função de sua observância do Direito Americano como igualmente componente deste Direito Geral que se propôs a analisar, algumas incrementações em sua obra eram necessárias. Nas palavras de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella, que traduziram sua obra “com direito consuetudinário do *Commun law*, trouxe-lhe nova perspectiva e visão, passado Kelsen a considerar o direito de um modo mais plástico fundado nos precedentes”¹.

Diante da análise exposta fica claro perceber que o autor teve forte influência da *Common Law* para implementar sua obra com especial atenção à interpretação realizada pelo Poder Judiciário, o que fez acrescentar um capítulo totalmente dedicado a este mister o qual intitulou de “A Interpretação”.

Apesar do autor não assumir explicitamente a influência norte americana na sua corrente de pensamento, tanto no prefácio à 2ª edição da “Teoria Pura do Direito”, quando no prólogo do próprio escritor à edição francesa de Thevenaz (1953) o

¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17.

jurista admite que o transcorrer histórico e as experiências mundiais vividas após o transcurso de duas guerras mundiais não permitiria que seu texto queda-se inalterado.

Em que pese admitir estas mudanças de certa forma históricas e políticas em seu pensamento, reafirma que tais reelaborações tratam-se “quase sempre de desenvolvimento mais coerente de princípios; no conjunto – assim o espero – dos frutos de uma explicação ou desimplicação que deflui de tendências que são imanentes à própria teoria, a qual permanece inalterada quanto ao seu núcleo essencial”².

Ao final do prefácio à segunda edição, contudo, o próprio autor reafirma que os abalos sociais que interferiram na situação científica e política em que a primeira edição foi escrita não é suficiente, contudo, a afastar da ciência, jurídica a objetividade, segundo o que denomina de “positivismo jurídico” em exata oposição à metafísica do Direito Natural que pretende imprimir valor ao Direito e desta forma explicita que “o problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita a análise do direito positivo como sendo a realidade jurídica”³.

Nota-se, entretanto, que em momento algum o autor afirma com precisão em que campo estaria completamente inserida a decisão judicial, ora tratando-a como ciência do direito, ora tratando-a como característica da política jurídica.

Assim, o foco do presente estudo é fundar-se na observação dos estudos desenvolvidos por Hans Kelsen, todavia, a questão central não se vincula a pergunta “do que é o Direito?” ou “qual o objeto da ciência do Direito”, mas principalmente como deve o Direito ser encarado pelo julgador. É nesta medida que se pretende encarar a Teoria Pura do Direito, como uma teoria que agrega elementos à teoria da interpretação, e é capaz

² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XVII.

³ Idem. p. XVIII.

de fornecer subsídios atuais às decisões do Estado Democrático de Direito e à Necessidade de manutenção da ordem, pela previsibilidade, segurança e confiança no Direito e o no ordenamento jurídico ou sistema estatal.

2) NORMA JURÍDICA E SEGURANÇA JURÍDICA

O homem, enquanto elemento de uma sociedade civilizada, necessita de um parâmetro seguro para poder conduzir os atos da vida civil, familiar e profissional. Ao estado cabe a responsabilidade de assegurar esse estado de sentimento através da conformação dos seus atos.

J.J. Gomes Canotilho esclarece que “partindo da ideia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e de forma responsável a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: o princípio da segurança jurídica; e o princípio da confiança do cidadão”⁴. Indica ainda que “estes princípios apontam, sobretudo, para a necessidade de uma conformação formal e material dos actos legislativos. Daí que andem também associados à moderna teoria da legislação preocupada em racionalizar e otimizar os princípios jurídicos de legislação inerentes ao Estado de direito”⁵.

Portanto, é necessário que o cidadão saiba o que o Estado espera dele, e como deve se portar perante este, e também indispensável que o cidadão tenha a certeza e firmeza na sua ação, de que haja em desconformidade com as normas ou assim o façam com relação a ele pode e sabe o que se esperar do Estado com relação à solução destas transgressões à ordem jurídica. Daí decorrem as normas jurídicas formadoras do Es-

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 375-376.

⁵ Idem.

tado de Direito.

Pedro J. Frias, corrobora o entendimento de estrita relação entre a necessidade de normas jurídicas bem estabelecidas e a segurança jurídica da seguinte maneira:

“La seguridad es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales; para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Para que así sea, es indispensable que las decisiones de los actores políticos se tomen según la “lógica de las reglas” y no según la “lógica de la discrecionalidad”.

La seguridad jurídica influye en el crecimiento económico, porque la decisión de sus actores depende de sus expectativas respecto del futuro, en primer lugar, y de sus expectativas respecto de las expectativas de los otros, en segundo lugar. Los problemas que surgen de la incertidumbre, acciones no cooperativas o inconsistencia temporal se resuelven dentro de la lógica de las regla.”⁶

É nessa medida que, para Kelsen, o Direito “é uma ordem normativa de conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”⁷. Todavia, necessário observar que o jurista austríaco, em momento algum, afirma que tais normas seriam, estritamente, a lei, ao contrário, em sua obra, expressamente reconhece que há duas espécies de normas: as gerais⁸ e as normas individuais, que são objetos das decisões judiciais. Portanto é absolutamente equivocado afirmar que as normas jurídicas decorram exclusiva-

⁶ J. FRIAS, Pedro. Estado de Derecho Y Seguridad Jurídica. In *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Del Rey, n. 1, janeiro/junho de 2003, p. 246 apud DELGADO, José Augusto. O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional. Disponível em <bdjur.stj.jus.br/jspui/.../O_Princípio_da_Segurança_Jurídica.pdf >.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 5.

⁸ Criadas, via de regra, pelo Poder Legislativo. Porém, podem também ser fruto do Poder Executivo através de decretos ou, ainda, resultado de produções regulamentadoras pelos órgãos e agentes públicos como portaria, normas regulamentadoras, etc. Não se olvide, também, que no sistema brasileiro o próprio Poder Judiciário pode, também, criar normas gerais como é o caso das sentenças normativas da Justiça do Trabalho.

mente da lei, engessar assim o sistema jurídico seria, em verdade, transformar a pirâmide de Kelsen em um mausoléu onde “jaz o Direito”.

Interessante notar que “contrariando o perfil legalista e conservador atribuído a ele pela maior parte dos juristas, Kelsen criou uma teoria da interpretação que estava de certo modo, à frente do seu tempo”⁹.

Hart ao tratar das normas jurídicas, como elementos do Direito, também, traz a ideia de necessidade de normas decorrentes do Poder Judiciário. Afirma o autor que é impossível pensar uma sociedade civilizada baseada em normas ditas primárias, é necessário que haja um Poder Legislativo para definir quais são as regras que deve ser seguidas bem como enxerga a necessidade de um órgão julgador para imprimir efetividade e evolução ao caráter legislativo, e, por fim, visualiza ainda a necessidade de um terceiro elemento que seria a necessidade de aplicação das sanções impostas pelas normas, ou seja, entende que a mera pressão social não seria suficiente para exercer o controle das condutas humanas, sendo necessária a existência de um órgão específico para interpretar a violação de uma norma e aplicar a norma sanção respectiva. É nesta medida que surge para o autor as normas secundárias que fundariam o sistema jurídico ao lado de um mero sistema de normas¹⁰.

Assim, tem-se a concepção de que para enfrentar a ineficácia das pressões sociais, seria necessária a criação das ditas normas secundárias de julgamento, nas quais devem ser identificados o julgador e o processo (ou procedimento) a ser seguido para se aplicar a sanção. Assim, concebe a criação das figuras do juiz e da jurisdição.

O próprio Kelsen assim descreveu o papel da jurisdição:

“A norma geral que une, abstratamente, uma determinada si-

⁹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *Uma análise crítica da interpretação na teoria pura do direito*. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, ano 23, n. 84, 2006, p. 167-175.

¹⁰ cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2005.

tuação de fato à também determinada consequência, abstratamente determinada, procura a individualização, para chegar, finalmente, ao seu significado. É preciso verificar se existe, *in concreto*, uma situação de fato, que a norma geral determina *in abstracto* e é necessário, neste caso concreto, que exista um ato coercitivo legal, ou seja, que ordene primeiro e se realize depois e que seja prescrito, *in abstracto*, pela norma geral. Isso é realizado pela sentença judicial função este denominada jurisdição ou poder jurisdicional¹¹”

Vê-se, pois, que em ambas as concepções o Direito, enquanto sistema jurídico, é algo vivo e dinâmico e não pode simplesmente, ser soterrado pela letra absoluta da lei formal, mas é em verdade instrumento de estabilidade e previsibilidade.

Arendt, neste contexto, também entende que a norma como estabelecida pela linguagem “é o princípio pelo qual as pessoas que vivem num determinado sistema legal agem e são inspiradas a agir” (Arendt 1973, p. 83), não apenas como elemento de estabilização, mas também como princípios de inspiração da ação humana¹².

Não é a toa que o idealizador da “Pirâmide do Direito” preocupou-se, em ao final de sua obra acerca da “Teoria Pura do Direito” preocupou-se, ao final de sua obra acerca da “Teoria Pura do Direito” em dedicar-se ao estudo da interpretação das normas gerais. Assim, “começou a criar um sistema dentro do Direito, um sistema que sobrepuja ao positivo. Um sistema epistemológico do Direito.”¹³

Seguindo ainda a linha de raciocínio de Kelsen, em sua teoria da interpretação pela qual identifica duas formas distin-

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: introdução à problemática científica do direito. p. 106.

¹² DUARTE, André. *Hannah Arendt: repensar o direito à luz da política democrática radical*.

¹³ ZANLORENZI, Rafael Otávio Ragugnetti. *A Hermenêutica Constitucional Contemporânea em Perspectiva*. In Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 04, dezembro. 2004. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/rafael_zanlorenzi.html.

tas de interpretação, a autêntica e a não autêntica, podemos destacar a importância das normas ditas concretas ou derivadas secundárias.

Na interpretação autêntica os exegetas são restritos e equiparados, de um lado o legislador e de outro o julgador. Ambos, legislador e julgador, estão legitimados pelo sistema a produzir normas que passarão, igualmente, a integrar o sistema. Nota-se que um não vincula, necessariamente, o outro.

Mas, ambos se vinculam mutuamente, posto que tanto o primeiro quanto o segundo estão inevitavelmente vinculados a Constituição (ápice do sistema)¹⁴.

Não se está a afirmar que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, exclusivamente, a função de “*la bouche de la loi*” (a boca da lei) conforme afirmado por Montesquieu, seria imprimir ao Poder Legislativo não apenas o poder de legislar, mas também de decidir.

Na visão de Winfred Hassamer “os veículos que deveriam levar ao paraíso do Estado da lei se chamavam “Axiomatização” e “Dedução”, e a primeira era a mãe da segunda”. Assim, relaciona ambas as concepções “se se conseguisse axiomatizar completamente a lei, formular todo seu conteúdo claramente, então a interpretação judicial não seria outra coisa que dedução, como derivação da decisão de casos a partir da lei, formular todo seu conteúdo claramente, então a interpretação judicial não seria outra coisa que dedução, como derivação da decisão de casos a partir da lei – sem complementação com informações da lei – sem complementação com informações estranhas da lei” – Portanto, em hipótese, “se algum dia fosse concluída a axiomatização da lei, então essas formidáveis codi-

¹⁴ Assim, percebe-se que a “pureza do Direito” proposta por Kelsen, está propriamente no reconhecimento do Estado de Direito formado pelos três poderes independentes, não apenas pelo Poder Legislativo que edita as leis formais e abstratas, como pode parecer aos olhos mais desatentos dos leitores de sua obra, especialmente àqueles que não relerem o capítulo VII, introduzido na segunda edição: “A Interpretação”.

ficações conteriam o conjunto de informações necessárias para a decisão dos casos, e isso em formulação clara e unívoca”. O sucesso desta teoria, segundo a conclusão do autor “teria sido realmente a hora de um método jurídico vinculável e a morte de um Estado oligárquico dos juízes”¹⁵.

Não se está a afirmar que um Estado Democrático independa de regras, criadas, inclusive pelo próprio Poder Legislativo. Como afirma o Prof. Marinoni “é certo que a decisão deve se guiar pela lei, mas isso obviamente não é suficiente como argumento em favor de uma decisão correta. Decisão racional não é o mesmo do que decisão baseada apenas em dados dotados de autoridade; a decisão judicial exige que a argumentação recaia em pontos que não podem ser dedutivamente expostos”¹⁶.

Seguindo esta linha de raciocínio para o aperfeiçoamento da racionalidade da argumentação judicial. Alexy propõe a passagem por quatro procedimentos: o discurso prático, envolvendo um sistema de regras que formula uma espécie de código geral da razão prática; o procedimento legislativo, constituído por um sistema de regras que garante uma considerável medida de racionalidade prática, o procedimento legislativo, constituído por um sistema de regras que garante uma considerável medida de racionalidade prática e, nesse sentido, justifica-se dentro das linhas do discurso prático. Depois seguem o discurso jurídico e o procedimento judicial¹⁷.

A teoria do discurso jurídico, segundo explica o Prof. Marinoni “se assemelha à teoria do discurso prático por tam-

¹⁵ HASSEMER, Winfried. *Doutrina do método jurídico e pragmática judicial*. In Panóptica. n. 12 Mar-jun 08. p. 80-97. Disponível em <<http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08008.pdf>>.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. In Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.15, novembro 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Luiz_Marinoni.htm>.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 532; v. Jules Coleman, Truth and Objectivity in Law, 1995, Legal Theory 33, p. 532 *apud* Idem.

bém constituir uma teoria procedimental fundada em regras de argumentação e ser incapaz de levar a um único resultado, caracterizando-se por ser sujeita à lei e à Constituição, aos precedentes judiciais e a dogmática”¹⁸. Por esta razão, “o discurso jurídico limitaria a margem de insegurança do discurso prático, mas obviamente não permite chegar a um grau de certeza suficiente, não eliminando a insegurança do resultado”¹⁹. O procedimento judicial se diferencia pela argumentação e pela decisão.

Assim, a conclusão encontrada pelo autor é que “os resultados do procedimento judicial são razoáveis, segundo Alexy, se as suas regras e a sua realização satisfazem as exigências dos procedimentos que lhe antecedem, isto é, as regras do discurso prático, do procedimento legislativo e do discurso jurídico”²⁰.

Dentro desta perspectiva voltada à necessidade de segurança no Estado Constitucional de Direito o Prof. Clémerson Merlin Clève:

“Por conta dessa circunstância, a segurança jurídica não decorre mais apenas das características intrínsecas ao Direito, ao sistema normativo ou às próprias categorias jurídicas, e sim de uma bem fundada teoria da argumentação. Não houve uma superação de Kelsen, mas uma transposição de sua teoria: se o papel da ciência jurídica era definir uma moldura, e dentro dessa moldura qualquer solução seria aceitável, hoje nenhuma solução é aceitável sem argumentação. Uma carga argumentativa capaz de convencer, e não somente a autoridade, é imprescindível para justificar a legitimidade do discurso. A segurança jurídica, portanto, está no rigor da argumentação e da motivação, e não apenas na esfera do objeto do Direito que, fragmentado, sequer conforma um sistema. No campo da linguagem só se faz sistema por meio da atuação do operador jurídico.

Portanto, se no campo da subsunção ainda valem as demar-

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

ches do positivismo, no campo da ponderação, da compreensão da Constituição como um conjunto também de princípios, são inevitáveis os ensinamentos, por exemplo, de Robert Alexy, de Ronald Dworkin e de Martin Borowski. Como no Brasil tem-se entendido que há ponderação mesmo quando nos pólos da relação tensionada estão princípios fundamentais e bens coletivos, difundiu-se uma aproximação maior a Alexy do que a Dworkin, pois este entende que só há ponderação entre direitos fundamentais (em particular os individuais)²¹.”

É claro que não se pretende que a interpretação dita autêntica, ou melhor, aquela realizada por meio das decisões judiciais, encontre sempre uma, e só uma, solução possível e absolutamente correta, mas segundo Dewey possam ser realizadas dentro de “uma lógica de previsão de possibilidade e não de dedução de certezas”²². É nesta medida que as decisões devem seguir um padrão estabelecido pelas normas – abstratas e concretas – na medida em que são previsivelmente determinadas, ou seja, capazes de estabelecer uma moldura mínima ao conteúdo material das decisões, bem como uma exata legitimidade de forma de sua produção – mas também porque devem ser aplicadas dentro de uma moldura de elementos argumentativos justificadores que levam a uma razoável previsibilidade dos usos da coerção estatal.

Vê-se, portanto, desta pequena incursão que o Estado de Direito só existe na medida em que reconhecemos que existem regras a reger este Estado e que estas regras devem ser previamente definidas e moldadas de forma que haja coerência jurídica capaz de gerar segurança e confiança aos cidadãos e “valores como segurança e certeza jurídica somente podem ser

²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação*. Texto resultante da degravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. Disponível em <www.cleveadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc>.

²² *apud* MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 44.

realizados na medida em que sejam claras e inteligíveis em si mesmas”²³.

E para que estas normas sejam suficientemente claras e passíveis de compreensão por todo cidadão elas não podem ser meramente editadas pelo Poder Legislativo de forma absolutamente abstrata. Somente a observância dos valores e princípios constante dos precedentes e implícitos nas legislações que, neste sistema de normas isoladamente não possui sentido suficiente em si, “estabelece uma moldura capaz de proporcional previsibilidade na vida das pessoas e razoável proteção contra intervenções arbitrárias tanto de agentes públicos como de cidadãos providos”²⁴.

Estabelecida, pois, as premissas da importância e necessidade de normatividade, passa-se a estudar mais definitivamente a formação e legitimação destas normas, em especial as normas derivadas da interpretação por parte do Poder Judiciário.

3) DECISÃO E SUA VINCULAÇÃO

Retomando as categorias ditadas por Kelsen, revemos a existência de uma denominada interpretação não autêntica que corresponde àquela realizada por entes não legítimos pelo Estado a produzir normas, mas sim, àqueles sujeitos que estão submetidos a observá-las e cumpri-las (voluntária ou coercitivamente). Nas palavras do eminente jurista é a interpretação “que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”²⁵. São estes os exegetas para os quais as normas (abstratas) de conduta são Produzidas.

Kelsen esclarece, contudo:

²³ Idem. p. 17.

²⁴ Idem. p.17-18.

²⁵ KELSEN, Hans. op. cit. p. 464.

“Se um indivíduo quer observar uma norma que regula a sua conduta, quer dizer, pretende cumprir um dever jurídico que sobre ele impende realizado aquela conduta a cuja conduta oposta à norma regula uma sanção, esse indivíduo, quando tal conduta não se encontra inequivocamente determinada na norma que tem de observar, também tem de realizar uma escolha entre diferentes possibilidades. Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por, isso ocorre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que ela se baseou. – daí a importância de as decisões que visivelmente criam o direito vincularem sim seus opositores”²⁶

Portanto é possível afirmar e visualizar que as normas derivadas da interpretação autêntica, seja pela lei, e/ou, principalmente pelo Poder Judiciário, é aquela que deve, verdadeiramente, ser objeto material da interpretação não autêntica, posto que somente esta será capaz de conduzir o cidadão quanto ao modo de se portar e se conduzir socialmente de modo linear à norma primária de forma a não se atrair sobre si a incidência da norma sancionadora. Em outras palavras, a estabilidade quanto a que modo o cidadão deva considerar a juridicidade ou antijuridicidade seus atos na “certeza” e “confiança” que pautado seus atos na dita “legalidade normativa” estará seguro. Mas, se, em contrapartida, deliberadamente voltar seus atos a uma conduta antijurídica deverá arcar com as consequências que o ordenamento impõe. É justamente nesta medida que um ordenamento só poderá ser eficaz e confiável, conduzindo o jurisdicionado ao tão almejado campo de segurança jurídica, em sentido amplo, quando o Estado lhe der, a partir de um sistema sério de normas, a real garantia de qual é a conduta prevista e esperada por este Estado (de Direito), e, em contraprestação, de ser a sociedade em geral a garantia de que qualquer que seja o indivíduo a agir em desconformidade com este mesmo conhecido sistema sofrerá a sanção corresponden-

²⁶ Idem. p. 395.

te, na mais perfeita sintonia entre os princípios basilares da liberdade e da igualdade, como forma inequívoca de busca pela estabilidade e paz social.

É neste sentido que Kelsen expressamente reconhece que quando da interpretação autêntica pelo aplicador da lei, o juiz, ou, em última análise, as instâncias superiores, está-se presente diante de uma verdadeira criação do direito que em seu processo de criação desprende-se da aludida pureza absoluta, desnuda de qualquer qualidade metafísica, mas é a verdadeira norma vestida pelos trajes da realidade concreta, com tecidos de tramas feitas pela justiça e mesmo pela política. Em última análise o que se extrai da teoria revista aos tempos atuais é que a pureza da norma não está no conteúdo, mas no procedimento que uma vez repousado sobre os berços da “pirâmide normativa”²⁷ repousará eternamente seguro.

É nesta exata medida que Kelsen passa então a analisar a teoria da interpretação, aliada aos conceitos de formação das decisões enquanto processo de formação de norma individual – e concreta.

Para Kelsen a sentença judicial não é vista meramente como repetição anencéfala da lei. O papel do juiz não é o repetir o texto da lei, mas o de suporte sobre o qual o juiz produzirá um enunciado normativo (descrevendo-o ou conhecendo-o) para então, após esta atividade intelectual ‘e possível, não por mera lógica dedutiva, descrever precisamente de que, com relação à norma geral, deve ser aplicada e como deve sê-lo com relação ao caso concreto sob análise. Com a ideia de que a lei trace a moldura dentro da qual o juiz deve proferir seu pronunciamento é de se admitir que do conhecimento que o juiz fez da lei cria-se um campo de liberdade bastante amplo – como é o caso das cláusulas abertas e dos termos indeterminados propositalmente ou não.

É exatamente neste ponto que a conclusão jurídico-

²⁷ Compostas pelas normas abstratas e as concretas.

científica atua unificando o “campo de liberdade”. Neste contexto os ensinamentos de Robert Walter são bastante explicativos.

“No determinado “silogismo normativo”, há que se diferenciar, rigorosamente, os *processos intelectuais da ciência do direito*, dos *processos de execução e aplicação do direito*; a *premissa maior do silogismo jurídico* não é a lei, que deverá ser aplicada, mas um enunciado sobre ela; a conclusão não é a sentença “judicial deduzida” – conseguida quase logicamente –, mas a descrição do que, em atenção ao conteúdo da normal geral, deve ser adequado ao caso concreto. A sentença judicial, porém, é primeiramente fixada pelo juiz e, sem dúvidas, com observância dos processos intelectuais da ciência do direito, quando ele for chamado, pela ordem jurídica para decidir, “com fundamento na lei”. Não se pode ignorar, aqui, que a descrição da lei que será aplicada pode dar ao juiz um “campo de liberdade”, ao qual será possível, impor “com fundamento na lei”, isto é quanto ao conteúdo, diferentes sentenças. A consideração jurídico-científica pode conduzir, desde já, apenas à unificação do campo da “liberdade”. Dentro desde o juiz terá de decidir. Por isso apenas compreende-se uma das metades da moeda de cada vez quando as sentenças judiciais são designadas parcialmente como “conhecimento” e parcialmente como “decisões”²⁸”

O próprio Kelsen descreveu o papel da jurisdição como a função de concretizar a lei abstrata, todavia advertiu que “esta função não possui – como a terminologia (*juris dicto* – *Richt-sprechung*), judicatura (encontrar o direito – *rechets-findung*) e como a teoria é aceita na teoria – que é a norma geral – direito acabado, no pronunciamento ou na revelação de um ato do Tribunal”²⁹. Determinou que “a função da denominada jurisdição é muito mais constitutiva, criadora do direito, na verdade acepção da palavra, pois existe uma situação de fato concreta, ligada a uma específica consequência jurídica, e toda essa relação é

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: introdução à problemática científica do direito. p. 45-46.

²⁹ Idem. p. 106.

criada pela sentença judicial”³⁰.

Nesta medida, se ousaria dizer que a decisão formaria o último patamar da pirâmide proposta por Kelsen, não último necessariamente no sentido de hierarquia da norma, mas último por ser, sem dúvidas o maior e mais plural, mas também porque regido pelo vértice da constituição em primeiro plano e pelas demais normas, desde que condizentes com aquela primeira.

Reconhece o autor que “a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o acto através do qual é aplicada”. Assim, “tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao acto de produção normativa ou de execução que a aplica”. Assim, “tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao acto de produção normativa ou de execução que a aplica, o carácter de um quadro ou moldura a preencher por este acto”. Ainda, “mesmo um ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”³¹.

É neste diapasão, que surge a metáfora de Kelsen às molduras fornecidas pelo ordenamento positivo, ou seja, as leis forneceriam ao julgador uma delimitação, ou como ele mesmo denomina “uma moldura ou quadro” dentre da qual o julgador teria liberdade para estabelecer sua arte interpretativa, de fato escolhendo ou optando pela decisão que frente o caso concreto lhe parecesse a mais adequada, deslocando a discussão da ciência do direito para a política do direito³².

³⁰ Idem. Ibidem.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 464.

³² É nesta medida que Carlos Aurélio Mota Souza afirma que “a sentença é superior à lei, pelo que acrescenta à mesma, dando-lhe vida e colorido” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota. *Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filisófico-jurídico*. São Paulo: LTR, 1996. p. 121).

Importante, pois, destacar que nesta linha de raciocínio não se pode admitir, nos tempos atuais, que a interpretação e a margem de liberdade concebida pelo sistema, torne o cidadão refém das arbitrariedades e instabilidades dos julgadores, possibilitando uma verdadeira era do “decisionismo”. Neste aspecto é preciso observar que para que haja estabilidade e segurança do ordenamento, especialmente de um Estado Democrático de Direito, é necessário que a interpretação não seja meramente opinativa, fruto da interpretação de uma única e solitária autoridade supostamente sábia e justa é necessário que haja uma integração acerca das diversas decisões que compõe o sistema.

O próprio sistema positivo já vem buscando situações como a criação de um sistema para julgamento de recursos repetitivos, súmulas vinculantes, e muitos outros mecanismos capazes de frear e loteria jurídica que vimos enfrentando.

Assim, como já afirmado acima pelo Professor Clémerson Merlin Cléve³³, os princípios constitucionais são hoje o grande redutor desta “moldura” de interpretação e assim, dentre estes modeladores destacamos, indene de dúvidas a figura da já aludida segurança jurídica.

É nesta medida que Ingo Wolfgang Sarlet destaca que o princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental máximo, atrelado umbilicalmente ao princípio ao princípio da segurança que sustenta o Estado de Direito:

“Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”, ver-se-á

³³ Vide nota 21.

que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas³⁴”

Em entrevista concedida a Revista Conjur, em março deste ano, Lênio Streck igualmente afirma que “o cidadão tem sempre o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor, mas simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição”.

Reconhece que “cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo”. Afirma, pois que “o juiz precisa que a decisão possa refletir esse subjetivismo”. Afirma, pois que “o juiz precisa usar fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais”. Finaliza com a conclusão que “a moral ou a política não de política, de moral ou convicções pessoais”. Finaliza com a conclusão que “a moral ou a política não corrigem o Direito”. Juiz nenhum pode pensar assim. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Ai sim estará assegurada a integridade do Direito³⁵.

O mesmo autor em outra ocasião já se referiu à importância das decisões como fator norteador de orientação jurídica, aduzindo que “a doutrina e a jurisprudência pré-dominantes estabelecem o horizonte do sentido do jurista, a partir do qual

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro*. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.), *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

³⁵ PINHEIRO, Aline. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. In *Revista Consultor Jurídico*, 15 de março de 2009.

ele compreenderá de forma objetificante ou desobjetificante do direito”. Determina, pois, que “esse horizonte de sentido é uma espécie de teto hermenêutico, isto é, o limite do sentido e o sentido do limite do processo interpretativo”³⁶.

Extraí-se que as interpretações em Kelsen, ao invés de comporem categorias distantes e estanques, em verdade se complementam e se justificam mutuamente, na medida em que a interpretação do Poder Legislativo do texto constitucional fornece subsídio justificatório do discurso do julgador, que em contrapartida possui legitimidade para controlar àqueles atos legislativos em vista do mesmo texto constitucional, e assim, com menor ou maior influência fornecem ao cidadão particular o campo mais seguro e previsível de atuação e conduta, garantindo os ideais de liberdade e igualdade almejados pelo Estado Democrático de Direito³⁷.

4) CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria de Kelsen está muito distante de obter um “resultado” estanque e imutável, ao contrário, possui atualidade e interesse renovado a partir do momento em que se admite uma metodologia.

O próprio jurista austríaco reconhece, ao final de seu prefácio à segunda edição, que não tem a pretensão de apresentar soluções definitivas e imutáveis, apenas subsume-se em “mera tentativa que ainda precisa desenvolver-se mediante complementação e outros retoques”³⁸. Não obstante, profecia

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 274.

³⁷ Pelo menos assim deveria ser, respeitando o Estado de Direito e havendo coerência e justificação nas decisões, especialmente as das cortes superiores. Todavia, o atual estado de incerteza gerado pelo decisionismo e desrespeito às próprias decisões, gerando tratamento desigual a casos idênticos será objeto de outro estudo que não será aqui abordado por razões de sua extensão.

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: introdução à problemática científica do direito. p. 12

que “o fim desta Teoria terá sido alcançado se for considerada merecedora de desenvolvimento – por outros que não seu autor – que atinge o limite de sua vida”³⁹.

De fato a vida da Teoria Pura do Direito ou desta Teoria Geral da Dogmática jurídica goza de vida muito mais longa doo que a de seu criador, ainda hoje conclamando-nos a repensar nossos sistemas jurídicos.

Robert Walter conclui sua explanação bem dizendo a metodologia utilizada por Kelsen capaz de gestar e dar vida a “uma teoria cuja construção posterior estão convocados”⁴⁰.

Assim, foi Kelsen o mentor que solidificou os alicerces de uma “teoria geral da dogmática do direito positivo” que hoje pode ser repensada muito além do mero positivismo, aproximando-se em muito do *realismo* norte-americano.

Como se pretendeu observar no transcorrer deste breve estudo, a teoria de Kelsen vista frente ao Estado Democrático de Direito atual, especialmente no que concerne a sua contribuição quanto à interpretação, reconhecendo seu caráter formado e, também, político, contribui em grande parte para que possamos compreender que o respeito à tradição derivada dos julgados, ou precedentes jurisprudenciais, não nos obriga, necessariamente, a abandonar nossas raízes positivistas e codificadoras, mas tão somente abrir nossos horizontes e compreender que há muito mais a ver e ser estudado do que supõe a limitação aos dogmas, nem sempre verdadeiros, de suas teorias atuais ou passadas quanto à sua essência.

Carlos Aurélio Mota de Souza afirma que “Segurança e Justiça, como visto, não se contrapõe, mas enquanto esta é um valor da moral, desarmado, sua garantia de efetivação no Direito repousa na materialidade objetiva da Segurança Jurídica”⁴¹.

Em suma, da teoria da interpretação formada pelo estu-

³⁹ Idem. Ibidem.

⁴⁰

⁴¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota. op. cit. p. 121.

do kelsiniano mais atual é possível extrair que a norma jurídica *latu sensu* serve ao cidadão e ao momento em que se vive permitindo estabilidade e segurança à ordem jurídico, em especial permitindo a aproximação aos ideais de igualdade e liberdade tão estudados e pouco compreendidos ainda hoje, na exata medida em que casos idênticos devem ser julgados igualmente.



5) BIBLIOGRAFIA

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação*. Texto resultante da degravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. Disponível em <www.cleveadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc>.
- DELGADO, José Augusto. *O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional*. Disponível em <bdjur.stj.jus.br/jspui/.../O_Princípio_da_Segurança_Jurídica.pdf>.
- DUARTE, André. *Hannah Arendt: repensar o direito à luz da política democrática radical*.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2005.
- HASSEMER, Winfried. *Doutrina do método jurídico e pragmática judicial*. In Panóptica. n. 12 Mar-jun 08. p. 80-

97. Disponível em <<http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08008.pdf>>.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. In Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.15, novembro 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Luiz_Marinoni.htm>.
- PINHEIRO, Aline. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. In Revista Consultor Jurídico, 15 de março de 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro*. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.), *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota. *Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filisófico-jurídico*. São Paulo: LTR, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZANLORENZI, Rafael Otávio Ragugnetti. *A Hermenêutica Constitucional Contemporânea em Perspectiva*. In *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 04, dezembro. 2004. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/rafael_zanlorenzi.html.