

INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E A MOLDURA INTERPRETATIVA KELSENIANA

INTERPRETATION OF LAW AND THE KELSENIAN INTERPRETATIVE FRAMEWORK

Ícaro Fellipe Alves Ferreira de Brito

Doutorando e mestre em Direito (PUC Minas). Professor do curso de Direito da Faculdade de Desenvolvimento do Norte - FADENORTE. Advogado. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES). Membro do grupo de pesquisa "Estudos Kelsenianos" vinculado à Universidade Federal de Minas Gerais e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2285122110248875).
E-mail: dir.icaro.brito@gmail.com
LATTES: <http://lattes.cnpq.br/9856173366358994>

RESUMO: O artigo explora a teoria kelseniana da interpretação jurídica conforme delineada na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen (1881-1973), com ênfase nas edições de 1934 e 1960. Inicialmente, destaca-se que a interpretação do direito, segundo Kelsen, é um processo mental que ocorre na aplicação e criação do direito, distinguindo-se em “interpretação autêntica” e “não autêntica”. A primeira é vinculante e realizada por órgãos estatais, enquanto a segunda é meramente descritiva, feita por particulares e estudiosos do direito. O trabalho enfatiza a metáfora da “moldura jurídica”, que ilustra a margem de discricionariedade existente no ato de aplicar o direito, além de discutir as críticas à possível tendência decisionista da teoria de Kelsen. Por fim, considera-se a tese institucional como uma perspectiva que atenua as críticas ao decisionismo, ao sugerir que as decisões são influenciadas por uma complexa estrutura normativa e procedimental.

Palavras-chave: Teoria Pura do Direito. Interpretação Jurídica. Hans Kelsen. Discricionariedade. Moldura Normativa.

ABSTRACT: The article explores Kelsen's theory of legal interpretation as outlined in Hans Kelsen's *Pure Theory of Law* (1881–1973), focusing on the editions of 1934 and 1960. Initially, it highlights that, according to Kelsen, the interpretation of law is a mental process that occurs in both the application and creation of law, distinguished as "authentic interpretation" and "non-authentic interpretation." The former is binding and carried out by state bodies, while the latter is merely descriptive, conducted by individuals and legal scholars. The study emphasizes the metaphor of the "legal framework," which illustrates the margin of discretion inherent in the act of applying the law, and it discusses critiques of the potential decisionist tendency in Kelsen's theory. Finally, it considers the institutional thesis as a perspective that mitigates these critiques of decisionism, suggesting that decisions are influenced by a complex normative and procedural structure.

Keywords: Pure Theory of Law. Legal Interpretation. Hans Kelsen. Discretion. Normative Framework.

1 INTRODUÇÃO

A teoria kelseniana da interpretação do direito, tema deste trabalho, especialmente conforme consubstanciada em sucinto capítulo específico na 1ª e 2ª edições da *Teoria pura do direito*, intitulado em ambas as edições como “A interpretação”, dedica-se ao fenômeno interpretativo em todos os graus do direito, isto é, em todas as passagens de escalões que envolvem a aplicação do direito, não se limitando, a proposta teórica de Kelsen, à interpretação das decisões judiciais.

Vale enfatizar que, para o próprio Kelsen, conforme ele anota logo no primeiro parágrafo da 2ª edição da *Teoria pura do direito*, sua teoria do direito “[...] fornece uma teoria da interpretação” (KELSEN, [1960]/2009, p. 1), isto é, é sim possível identificar uma teoria da interpretação na teoria pura do direito, inclusive com o tema sendo também tratado em outras publicações de Kelsen, além da 1ª e 2ª edição da *teoria pura do direito*.

O presente trabalho foi desenvolvido a partir de revisão bibliográfica em publicações acadêmicas especializadas sobre o tema, além obviamente de consulta às publicações kelsenianas, consultadas em suas traduções para o português, tratando-se de um estudo de análise crítico-reflexiva.

2 DESENVOLVIMENTO

Trata-se, a interpretação do direito, segundo a teoria pura do direito, de um “processo/operação mental” que ocorre “quando o direito é aplicado/criado” por um órgão estatal para “fixar/determinar o sentido das normas”. Na 1ª edição da *Teoria pura do direito*, em seção intitulada “Razão e objeto da interpretação”, Kelsen resume que

A interpretação é um processo mental que acompanha o processo de criação do direito, em seu percurso do nível superior ao nível inferior, que é determinado pelo nível superior (Kelsen, [1934]/2021, p. 82).

Em igual sentido, na 2ª edição da *Teoria pura do direito*, em seção agora intitulada “A essência da interpretação. Interpretação autêntica e não autêntica”, Kelsen resume que

A interpretação é [...] uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior (Kelsen, [1960]/2009, p. 387).

Na 1ª edição da *Teoria pura do direito*, no capítulo específico sobre a interpretação, Kelsen não tratou do fenômeno interpretativo levando em consideração os particulares e cientistas do direito (autores, estudiosos, acadêmicos e profissionais do direito sem poder de decisão, como os advogados). Já na 2ª edição da *Teoria pura do direito*, Kelsen agrega novo interessante elemento à sua teoria da interpretação ao distinguir a “interpretação autêntica” da interpretação não autêntica”. Segundo didaticamente exposto na 2ª edição:

[...] existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação [autêntica] do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação [não autêntica] do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica (Kelsen, [1960]/2009, p. 388).

Tal distinção entre interpretação autêntica e não autêntica se faz sobremodo relevante para diferenciar a interpretação com força para verdadeiramente criar direito, realizada pelos órgãos estatais, da simples interpretação para observância e descrição do direito, realizada, respectivamente, pelos particulares e cientistas do direito. Assim, ao classificar o tipo de interpretação dos particulares, dos cientistas e dos órgãos estatais na interpretação do direito, Kelsen bem explicita a vulnerabilidade dos particulares no âmbito jurídico em geral.

Em *A jurisdição constitucional*, nesta passagem Kelsen explicita claramente a vulnerabilidade do particular ao tratar sobre a anulabilidade e nulidade dos atos inconstitucionais emanados dos órgãos estatais:

Do ponto de vista do direito positivo, a situação daquele a quem um ato [estatal] é dirigido com a pretensão de ser obedecido é, sem exceção, a seguinte: se considerar o ato nulo, ele pode se recusar a obedecê-lo, mas sempre agindo por sua conta e risco, isto é, ele corre o risco de que, processado por desobediência, a autoridade diante da qual comparece não considere o ato nulo ou declare preenchidas as condições mínimas estabelecidas pelo direito positivo para sua validade, sob reserva da sua anulabilidade ulterior (Kelsen, [1928]/2013, p. 143).

É plausível especular que Kelsen tenha identificado que este ponto específico da teoria pura do direito (distinção entre interpretação autêntica e não autêntica) seja um dos mais relevantes no contexto geral de sua proposta teórica. Provavelmente não é por acaso que no prefácio da 2ª edição da *Teoria pura do direito* Kelsen enfatiza o protagonismo dos órgãos judiciais, único dotado de interpretação autêntica, ao lado da defesa de que não existe uma única resposta correta (Kelsen, [1960]/2009, p. XVII-XVIII). Também provavelmente não é por acaso que no encerramento da 2ª edição da *Teoria pura do direito* Kelsen retoma essa questão (Kelsen, [1960]/2009, p. 387-388, 395-396). Assim, Kelsen inicia e encerra a 2ª edição argumentando sobre o papel inferior dos particulares e cientistas na aplicação do direito.

Com efeito, a teoria pura do direito se preocupa com a interpretação das mais diversas normas (das leis, da constituição, dos decretos, dos tratados internacionais, das normas de direito internacional geral consuetudinário, das sentenças judiciais, das ordens administrativas, dos negócios jurídicos etc.), contudo, advertindo que aos particulares e cientistas compete interpretação sem força vinculante. Nas próprias palavras de Kelsen,

Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Mas há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta - no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos - a um escalão inferior; e uma interpretação dos tratados internacionais

ou das normas do Direito internacional geral consuetudinário, quando estas e aqueles têm de ser aplicados, num caso concreto, por um governo ou por um tribunal ou órgão administrativo, internacional ou nacional. E há igualmente uma interpretação de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc., em suma, de todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas. Mas também os indivíduos, que têm - não de aplicar, mas - de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam de compreender e, portanto, de determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas. E, finalmente, também a ciência jurídica, quando descreve um Direito positivo, tem de interpretar as suas normas (Kelsen, [1960]/2009, p. 387-388).

Conforme já abordado neste trabalho, a teoria kelseniana do direito pressupõe um ordenamento jurídico que se estrutura numa relação de supra-infra-ordenação, isto é, há uma relação de determinação ou vinculação, quanto à forma e ao conteúdo, entre os ditos escalões da ordem jurídica, como a relação entre constituição e lei. Mas a teoria da interpretação da teoria kelseniana do direito defende que há uma relativa indeterminação no ato de aplicação do direito, de modo que na passagem do escalão superior para o inferior

[...] determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. 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 ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer (Kelsen, [1960]/2009, p. 388).

Daí que, em se tratando de interpretação do direito, segundo a perspectiva da teoria pura do direito, não há como resultado da interpretação uma única resposta correta, havendo apenas respostas possíveis, implicando na famosa metáfora da moldura jurídica/normativa ou quadro jurídico/normativo. Com efeito,

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (Kelsen, [1960]/2009, p. 390-391).

Há no direito, pois, espaço de indeterminação estrutural sob o qual “[...] juízes exercem margens significativas de discricionariedade quando são chamados a decidir [...]” (Leal, 2022, p. 504).

Na primeira etapa interpretativa, que corresponde ao ato de conhecimento, o juiz deve realizar uma cognição prévia, um exercício intelectual que exige a observância do conjunto normativo existente na estrutura escalonada da ordem jurídica. O intérprete autêntico deve, assim, levar em conta as normas já estabelecidas, hierarquicamente superiores e de caráter geral (Almeida, 2024, p. 109).

Refletindo detidamente sobre este aspecto da teoria pura direito, em estudo especialmente voltado ao fenômeno da indeterminação no direito, Caio Farah Rodriguez didaticamente assim bem resume a proposta kelseniana:

[...] a estrutura do argumento de Kelsen sobre interpretação é, fundamentalmente, a seguinte: a interpretação jurídica abrange dois momentos: um cognitivo, outro volitivo; no momento cognitivo, determina-se a “moldura jurídica” das soluções possíveis para determinada controvérsia jurídica; no momento volitivo, escolhe-se, entre as alternativas, qual deve ser vinculante; o primeiro momento é comum ao cientista do direito, ao cidadão e ao juiz; o segundo momento distingue o juiz (que ele chama de intérprete autêntico, pois *cria* a norma inferior a partir da norma superior aplicável ao caso) dos outros dois. Desenvolvemos abaixo o esquema básico acima, inclusive pelo valor de sua simplicidade e seu caráter intuitivo. A interpretação se define, em Kelsen, como “fixação de sentido” de normas jurídicas, com vistas à *aplicação* (pelo juiz ou tribunal, ao criar norma individual, por órgãos legislativos ou administrativos, que devam produzir outras normas, por pessoas que acordam negócios jurídicos e, em menor medida, por órgãos de execução, que devam concretizar os efeitos das normas validamente criadas), *observância* (pelo cidadão) ou *descrição* (pelo cientista) do direito. A fixação do sentido é o resultado de “processo mental” que acompanha a passagem das normas de direito positivo do geral ao particular ou individual, do abstrato ao concreto, de seu escalão superior a seu escalão inferior. A relação entre as normas superiores, abstratas e gerais e as normas inferiores, concretas e individuais é de determinação, tanto do processo de sua produção, quanto de seu conteúdo. Essa determinação é, entretanto, incompleta e deixa ao aplicador uma “margem de livre apreciação”, de extensão variável, seja quanto à verificação da ocorrência da hipótese (“se A”), seja quanto ao alcance da estatuição (“então [deve ser] B”) da norma (Rodriguez, 2011, p. 41-42).

A inevitável indeterminação verificada na interpretação do direito, aqui tratada, se deve, segundo o próprio Kelsen, a uma (atual) insuficiência dos chamados métodos de interpretação. E ele defende essa sua tese de maneira muito explícita afirmando que

[...] de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método - capaz de ser classificado como de Direito positivo - segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” - desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica. Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade - quase sempre problemática - do legislador tem - do ponto de vista do Direito positivo - valor absolutamente igual. Se é o caso de duas normas da mesma lei se contradizerem, então as possibilidades lógicas de aplicação jurídica já referidas encontram-se, do ponto de vista do Direito positivo, sobre um e o mesmo plano. É um esforço inútil querer fundamentar “juridicamente” uma, com exclusão da outra (Kelsen, [1960]/2009, p. 391-392).

Essa defesa da insuficiência dos chamados métodos de interpretação do direito conduziu Kelsen à polêmica afirmação de que a interpretação jurídica é ato de vontade a ser desempenhado pela autoridade jurídica encarregada da aplicação do direito, o que, entretanto, merece algumas importantes observações.

Embora de forma não muito detalhada, a 2ª edição da *Teoria pura do direito* propõe um método bifásico de interpretação no direito, na medida em que

[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva (Kelsen, [1960]/2009, p. 394).

Ou seja, há no processo de aplicação do direito uma primeira fase (cognitiva) destinada à definição de quais as possíveis normas que cabem na moldura jurídica; e uma segunda fase (volitiva) destinada à escolha da norma a ser aplicada, criando o direito ou propriamente aplicando o direito por meio de um ato executivo.

Ainda nesse contexto, enseja aguda polêmica o fato de que compõe a teoria da decisão kelseniana a possibilidade de decisões fora da moldura. Nos escritos de Kelsen, tal previsão se verifica, por exemplo, na 2ª edição da *Teoria pura do direito*, especificamente ao tratar sobre a interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade, onde Kelsen anota que

[...] pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo - especialmente pelos tribunais de última instância (Kelsen, [1960]/2009, p. 394).

A própria existência de previsão normativa de possibilidade de impugnação das decisões, ao lado do instituto da coisa julgada, pressupõe a possibilidade de normas que extrapolam a moldura normativa, isto é, normas válidas ainda que em inobservância às limitações da fase cognitiva da interpretação do direito.

Esse problema envolvendo a interpretação jurídica encontra-se topograficamente mais bem abordado, na 2ª edição da *Teoria pura do direito*, não no capítulo “A interpretação”, mas sim no capítulo “Dinâmica jurídica”, mais especificamente quando Kelsen trata da decisão judicial ilegal e da lei inconstitucional:

Como a ordem jurídica apresenta uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, e como uma norma só pertence a uma determinada ordem jurídica porque e na medida em que se harmoniza com a norma superior que define a sua criação, surge o problema de um possível conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, isto é, a questão: *quid juris*, se uma

norma não está em harmonia com a norma que determina a sua produção, especialmente se não corresponde à norma que preestabelece o seu conteúdo? [...]. Dizer que uma decisão judicial ou uma resolução administrativa são contrárias ao Direito, somente pode significar que o processo em que a norma individual foi produzida, ou o seu conteúdo, não correspondem à norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, que determina aquele processo ou fixa este conteúdo [...]. Mas se o processo em que uma decisão judicial pode ser atacada tem um termo, se há um tribunal de última instância cuja decisão já não pode ser atacada, se existe uma decisão com força de caso julgado, então a “juridicidade” (legalidade) desta decisão já não mais pode ser posta em questão. O que significa, porém, o fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado à decisão de última instância? Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo de norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral [...]. Com efeito, a questão de saber se a decisão é “ilegal” não vai ser decidida pelas partes processuais mas pelo tribunal de recurso, e, seja como for, a decisão de última instância transita em julgado. Se tem qualquer sentido falar de uma decisão judicial “em si” conforme ou contrária ao Direito (legal ou ilegal), tem de admitir-se que também uma decisão conforme ao Direito pode ser anulada por uma decisão com força de caso julgado (Kelsen, [1960]/2009, p. 295-300).

Não é, então, exagero afirmar que na perspectiva da teoria pura do direito, o elemento determinante para saber se uma específica prescrição ostenta ou não a qualidade de norma jurídica (válida) é o critério competência da autoridade que aplica a norma (o que faz da teoria kelseniana da decisão, ao menos numa lógica simplista/intuitiva, uma forte candidata à recepção pelas autoridades jurídicas estatais, especialmente pelos tribunais, na medida em que lhes confere o grande protagonismo na aplicação do direito).

A interpretação fora da moldura, que, vale explicitar, cria norma válida à luz da teoria pura do direito, se explica, segundo defende Matheus Pelegrino da Silva, pela teoria da “atribuição alternativa de poder (*alternative Ermächtigung*)” identificável como parte da teoria pura do direito:

Não se trata nesse contexto simplesmente da possibilidade de autoridades ultrapassarem os limites da atribuição de poder a elas conferida, pois o fato principal é que os atos destas autoridades, apesar de ultrapassarem os limites conferidos, ainda assim possuem (muitas vezes apenas provisoriamente) validade jurídica. Isso significa que as autoridades possuem uma atribuição de poder que decorre das normas jurídicas válidas que compõem a moldura normativa relativa a cada questão específica, mas também recebem outra espécie de atribuição de poder, a atribuição alternativa de poder (*alternative Ermächtigung*), “alternativa” em relação à atribuição decorrente das normas presentes no ordenamento jurídico que constituem a moldura normativa relevante para o caso em questão. A ideia central subjacente a essa teoria consiste em oferecer uma explicação sobre como uma norma pode possuir existência jurídica, como ela pode ser válida, apesar de tal norma ter sido criada por meio do exercício de um poder limitado que ultrapassou os limites deste poder [...]. [É possível que] [...] a norma individual criada pela autoridade corresponda ao que foi estabelecido na norma geral pertinente, ou seja, pode ser o caso de a autoridade

estar exercendo a espécie de atribuição de poder que lhe foi conferida pela norma geral. Porém também é possível que a norma individual elaborada pela autoridade não corresponda à norma geral pertinente, é possível que tal norma individual se encontre fora da moldura normativa em questão, e ainda assim ela pode ser válida, ela pode existir juridicamente. Isso ocorre, assim argumenta Kelsen, pois nesse caso a autoridade não somente recebeu o poder para criar normas individuais observando as normas gerais disponíveis, uma vez que ela também recebeu o poder para criar normas individuais que não observam o determinado pelas normas gerais válidas e pertinentes à questão. Na maior parte dos casos essas normas possuem validade provisória, ou seja, elas podem ser impugnadas em outra instância, elas podem deixar de ser válidas, porém de qualquer maneira é de se observar que independentemente de sua validade ser provisória ou definitiva elas existem juridicamente, elas integram o conjunto dos objetos de estudo da ciência do direito (Silva, 2019, p. 12-13).

Ainda segundo Matheus Pelegrino da Silva, “A teoria da atribuição alternativa de poder consiste no modo como Kelsen recepcionou e reformulou a teoria da previsão de falhas (*Fehlerkalkül*) de Adolf Julius Merkl” (Silva, 2019, p. 12).

E de fato se encontra o desenvolvimento teórico da questão em texto publicado por Adolf Julius Merkl, em 1925, portanto, desde antes da 1ª edição da *Teoria Pura do Direito*, onde se verifica a seguinte passagem:

[...] é preferível uma sentença [eivada de] falha a nenhuma sentença: é melhor o claro reconhecimento do erro judicial do que a pergunta eternamente não respondida: existe um ato judicial ou não? Deixar em aberto essa questão legítima se aproxima de uma negação do direito e afeta em grande medida a segurança jurídica. O meio *jurídico* com o qual o direito satisfaz a demanda de política jurídica acima mencionada [consiste] na por mim denominada “previsão de falhas” [*Fehlerkalkül*]. Indico por previsão de falhas uma disposição de direito positivo que possibilita juridicamente imputar ao Estado atos que não satisfazem a soma dos requisitos jurídicos positivamente postos para seu surgimento, e, portanto, para sua validade, a qual permite que tais atos, apesar de suas deficiências, sejam conhecidos como direito. A forma jurídico-positiva de tais previsões de falhas é enormemente múltipla – comum a estas é a função de corrigir contradições entre os modos de manifestação do direito nos diversos degraus, a saber, entre o direito das leis e aqueles atos que surgem a partir da reivindicação de aplicação da lei. [...] Caso a própria lei pressuponha que o aplicador do direito – o órgão incumbido da aplicação da lei –, em certos casos, dentro de uma determinada latitude, falhou com respeito à lei, incorreu em erro, e, sob certas circunstâncias, confira a esse ato [eivado de] falha algum significado jurídico, em certos casos até mesmo [confira] validade jurídica, da mesma maneira que [o faz com respeito] ao ato livre de falhas, então o ato “[eivado de] falha” é juridicamente sanado, [torna-se] livre de falhas, conseqüentemente [existindo] como ato jurídico, e o “órgão” que falhou deve ser reconhecido como órgão estatal (Merkl, 2018, p. 213-214).

Questão importante a ser realçada é que este ponto da teoria pura do direito, que reconhece validade às decisões fora da moldura, gera a crítica a um suposto caráter “decisionista” (ou “cético”) da teoria, crítica essa aqui lembrada por Caio Farah Rodriguez:

Se a moldura pode ser desconsiderada, o que persiste da descrição feita por Kelsen do processo de interpretação? Independentemente dessa consideração, a distinção entre moldura e decisão já é, por si, problemática. Se só se pode saber qual regra é aplicável após o transcurso de todas as fases da interpretação,

não se pode segregar, de maneira tão marcada, o processo de identificação da norma aplicável e o processo de decisão com base na norma identificada (Rodriguez, 2011, p. 45-46).

O próprio Caio Farah Rodriguez, contudo, aponta certa inadequação à crítica que qualifica a proposta teórica de Kelsen como simplesmente decisionista:

A hipótese decisionista nos parece pressupor noções excessivamente restritas de norma e da relação de determinação entre normas (no caso de Kelsen, superiores e inferiores). [É preciso] [...] enfatizarmos outro aspecto do pensamento kelseniano, que chamamos de “institucional” e que contrapomos ao decisionismo (Rodriguez, 2011, p. 49-50).

Certa atribuição de decisionismo à teoria da interpretação da teoria pura do direito exacerba os elementos “voluntaristas” ou “subjetivistas” associados à ideia de autoridade, ignorando a existência de um conjunto historicamente localizável, portanto, sujeito a variação, de práticas ou instituições, estruturado por regras. Esse conjunto institucional atribui complexidade ao processo de tomada da decisão, de modo que as decisões não são tomadas em um vácuo, como parece sugerir certa crítica ao caráter decisionista da teoria da decisão da teoria pura do direito (Rodriguez, 2011, p. 49-50).

Nesse contexto, convém destacar que a noção de precedente judicial como norma jurídica de observância obrigatória, assim como fortemente estabelecido pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, não é incompatível com a teoria de Kelsen, que admite a ausência de uma única resposta correta na interpretação do direito. Kelsen reconhece que os precedentes criam direito novo e padronizam a interpretação de casos concretos que poderiam ter múltiplas soluções. Nesse sentido, dentro de uma ordem jurídica hierarquizada, as normas gerais estabelecidas pelos tribunais se posicionam acima das normas individuais das sentenças judiciais, adquirindo caráter vinculante para decisões futuras em casos semelhantes (Almeida, 2024, p. 119).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece realmente pertinente a ponderação aqui trazida pela tese institucional, de Caio Farah Rodriguez, para uma leitura mais adequada da teoria da interpretação da teoria pura do direito na medida em que, de fato, certo caráter decisionista atribuído à teoria pura do direito merece o contraponto de que há que se considerar a existência de uma complexa estrutura normativa procedimental que envolve as decisões das autoridades públicas (no mundo ocidental no século XX, sob orientação do direito positivo), em especial as autoridades judiciárias, a quem compete a palavra final. Mas conhecer os pormenores desse aparato institucional, que é historicamente construído por cada ordenamento, foge à proposta de teoria geral da teoria pura do direito.

Sem tecer pormenores sobre como são ou devem ser estruturado os ordenamentos jurídicos positivos, o que se alinha à proposta de teoria meramente descritiva e geral da teoria pura do direito, parece ser realmente identificável uma teoria da interpretação na teoria pura do direito, mas a ser pensada à luz de cada ordenamento jurídico, por exemplo, no caso brasileiro há que se ponderar a existência de um nível

institucional complexo historicamente construído que envolve as decisões estatais impondo uma série de previsões cerceadoras das decisões fora da moldura, isto é, limitando o poder decisório das autoridades estatais, como a exigência, ao menos em tese, de que a palavra final em sede judicial seja dada por órgãos colegiados de forma participativa com os diversos atores processuais, inclusive com possibilidade de participação da sociedade civil organizada via *amicus curiae*, bem como com previsões de responsabilização das autoridades em diferentes esferas (administrativa, disciplinar, cível, criminal e de probidade administrativa).

Mas tudo isso não implica negar que, para Kelsen, ao fim e ao cabo, em sistemas orientados pelo direito positivo, há sim considerável discricionariedade às autoridades públicas no processo de tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maíra Gondim. Discrecionariedade judicial e força normativa dos precedentes na teoria pura do direito. São Paulo: Editora Dialética, 2024.

KELSEN, H. A jurisdição constitucional (exposição de Hans Kelsen). In: KELSEN, H. Jurisdição constitucional. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: WMF Mantins Fontes, [1928]/2013. p. 121-186.

KELSEN, H. Teoria pura do direito. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, [1934]/2021.

KELSEN, H. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, [1960]/2009.

LEAL, F. Estudo complementar: entre a utilidade e o repúdio: a persistente lenda do positivismo e os seus reflexos no constitucionalismo brasileiro. In: VALADÃO, R. B. Positivismo jurídico e nazismo. São Paulo: Constracorrente, 2022. p. 495-530.

MERKL, A. J. Erro judicial e verdade jurídica. In: MERKL, A. J. Escritos de teoria do direito. Tradução de Matheus Pelegrino da Silva. 1. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2018. p. 208-221.

RODRIGUEZ, C. F. Sentido, valor e aspecto institucional da indeterminação jurídica. 2011. ed. Tese - Univesidade de São Paulo: São Paulo, 2011.

SILVA, M. P. D. A teoria da interpretação de kelsen e a possibilidade de um positivismo normativo crítico. Revista jurídica, Blumenau, v. 23, mai./ago. 2019. ISSN 51. Acesso em: 1 dez 2021.