

A INVISIBILIDADE DA CRÍTICA KELSENIANA SOBRE OS LIMITES DA DOGMÁTICA JURÍDICA: UM SENSO COMUM TEÓRICO AINDA NÃO DESVELADO?^{1**2}

*³VLADIMIR DE CARVALHO LUZ

Resúmen: La percepción del campo de incidencia específico de la teoría kelseniana de la moldura, para la cual el derecho solo conforma un cuadro de posibilidades de un sinnúmero de sentidos de las normas jurídicas, es fundamental para evidenciar los “sitios-comunes”, los clichés de un análisis rápida que, al evaluar genéricamente la Teoría Pura del Derecho, aún tiende a desconsiderar la radical distinción entre el plan hermenéutico-epistemológico y el plan de la hermenéutica volvida a la aplicación del derecho (campo propio de la jurisprudencia tradicional). Delante del aparente contraste de esos dos planes discursivos, es posible pensar en un Kelsen que no se limita a ser un arquitecto lógico-formal de los primeros capítulos de la Teoría Pura del Derecho, pero que se muestra – lo que sería paradójico al sentido común – como un crítico mordaz de la verdad jurídica de la jurisprudencia tradicional.

Resumo: A percepção do campo de incidência próprio da teoria kelseniana da moldura, para a qual o direito apenas conforma um quadro de possibilidades dos inúmeros sentidos das normas jurídicas, é fundamental para evidenciar os “lugares-comuns”, os “clichês” de uma análise apressada que, ao avaliar genericamente a Teoria Pura do Direito, ainda tende a desconsiderar a radical diferença entre o plano hermenéutico-epistemológico e o plano da hermenéutica voltada para a aplicação do direito (campo próprio da jurisprudência tradicional). Diante do aparente contraste desses dois planos discursivos, é possível pensar em um Kelsen que não se limita a ser um arquiteto lógico-formal dos primeiros capítulos da Teoria Pura do Direito, mas que se mostra – o que seria paradójico ao senso comum – como um crítico mordaz da verdade jurídica da jurisprudência tradicional.

Abstract: The perception of the kelsenian theory of molding’s scope of influence, within which Law only conforms a range of possibilities that give way to almost infinite normative meanings of legal rules, is fundamental to bring into light the “common-places”, the clichés that are to be found in the superficial accounts of the kelsenian theory which, as they evaluate the Pure Theory of Law, still tend to undermine the radical distinction between the hermeneutical-epistemological plan and the plan of the hermeneutical turn to the application of Law (the traditional jurisprudence’s proper field). Parting from the contrast of these two different discursive plans, it is possible to think of a Kelsen, which is, not only the logical-formal architect from an interpretation of the first chapters of the Pure Theory of Law, but rather presents himself as a more mordacious critic of the legal truth, as it is presented in traditional jurisprudence’s accounts, this reconsideration of Kelsen’s thought, at a first glance, seems to be paradoxical to common sense.

¹ Recibido el 27 de Mayo de 2008. Aceptado el 19 de Agosto de 2008.

² ** O presente trabalho foi apresentado, sob a forma de resumo, no XIV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, em 2005.

³ *Professor de História do Pensamento e das Instituições Jurídicas no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

Sumário: Introdução; 1. Acertamento semântico inicial; 2. Teoria Pura do Direito: o plano da hermenêutica epistemológica; 3. Teoria da moldura: o plano da crítica da hermenêutica tradicional; Conclusão.

Introdução

Todos os "ismos" tendem a criar suas próprias distorções, seus monstros e suas ilusões. O Positivismo gerou todos esses filhos, e muitos deles encontraram terreno próprio de nascimento e sobrevivência nas encruzilhadas e fisuras do pensamento jurídico ocidental. A rigidez formal das regras, em detrimento da legitimidade material, a defesa insana, ideológica ou ingênua, da neutralidade axiológica do aplicador do direito, o relativismo ético extremo, dentre outras, são algumas dessas "distorções" que foram criadas e alimentadas, há séculos, por discursos competentemente sedimentados nos planos da teoria e da prática jurídica.

Mas, como sói ocorrer no mundo da linguagem, muito desses discursos também geraram "monstros imaginários", os quais encontraram espaço de reprodução numa forma maniqueísta de pensamento, para o qual os "monstros" sempre seriam "monstros", e algumas ilusões seriam guindadas ao patamar de verdades perenes. Nos arquivos da história do pensamento jurídico, mesmo considerando-se a nova direção das atenções voltadas aos autores pós-positivistas contemporâneos, um desses "monstros" históricos tem personificação própria na figura de Hans Kelsen.

Praticamente tudo já se disse sobre o pensamento de Hans Kelsen, principalmente no campo da epistemologia jurídica, mas nenhum outro aspecto foi, e ainda é, alvo de inúmeras visões distorcidas, ao menos no discurso corrente, quanto a sua teoria hermenêutica. Sobre tal teoria, denominada genericamente como "teoria da moldura", criaram-se inúmeros discursos, muitos deles voltados para uma percepção acrítica do singular e paradoxal último capítulo da Teoria Pura do Direito.

Um dos elementos mais presentes no mencionado discurso comum sobre o pensamento de Hans Kelsen refere-se à total desconsideração dos dois planos fundamentais da atividade hermenêutica vinculada ao pensamento jurídico: o plano epistemológico e o plano da dogmática jurídica tradicional, essa última denominada por Kelsen como "jurisprudência tradicional". Tal indiferenciação, alojada e difundida numa verdadeira "vulgata kelseniana", tende ou pode insinuar alguns lugares-comuns, tais como a afirmação de que a proposta interpretativa de Kelsen, já há muito sepultada, para alguns, nas cinzas da teoria analítica do período entre-guerras do século XX, seria guiada unicamente por um formalismo silogístico e dedutivo. Em suma, há uma visão muito difundida de que, para Kelsen, o aplicador ordinário do direito estaria preso, no que se refere também à aplicação ordinária do direito, a um rígido

esquematismo lógico-formal. Tendo em foco o aludido "senso comum teórico"⁴, a partir de uma análise da teoria da moldura do jurista vienense, o presente artigo pretende problematizar os pontos equívocos dessa forma de compreender a hermenêutica kelseniana inserta no último capítulo da Teoria Pura do Direito, teoria essa que pode ser percebida, para além dos mencionados reducionismos, como uma aguda crítica aos métodos tradicionais da dogmática jurídica.

Como hipótese central do presente artigo, proposição que não é desconhecida, tampouco original, destaca-se que o capítulo da Teoria Pura do Direito, intitulado "Da interpretação"⁵ materializa uma radical desconstrução da esfera específica da atividade hermenêutica dos juristas práticos, concebida por Kelsen como típica da "jurisprudência tradicional", na qual, em congruência com todas as premissas da hermenêutica epistemológica exposta nos capítulos anteriores, não será possível ao aplicador do direito não só um método seguro, mas também o encontro de uma única resposta correta para solucionar um caso jurídico concreto.

Para tentar trabalhar a hipótese anunciada, três momentos irão marcar a discussão proposta. Primeiramente, será feito um acertamento semântico inicial, no sentido de esclarecer alguns termos operativos fundamentais, principalmente o conceito operacional de "dogmática jurídica". Num segundo momento, será situado o plano fundamental da interpretação científica, ou epistemológica, base da Teoria Pura do Direito, sobrelevando seus aspectos constitutivos e seus objetivos específicos. Na terceira parte, como contraponto ao plano geral da interpretação científica da Teoria Pura do Direito, serão destacados os elementos centrais da teoria hermenêutica da moldura, a partir de uma breve análise do derradeiro capítulo da mencionada obra, destacando-a como evidente crítica da esfera hermenêutica do aplicador ordinário do direito. Por fim, à guisa de conclusão, serão colocados alguns argumentos para ratificar a hipótese de ser possível pensar num Kelsen diferente⁶ daquele veiculado pelo "senso comum teórico", como um formalista e defensor de verdades lógicas inatingíveis, ao menos no campo da interpretação e da aplicação concreta do direito.

1. Acertamento semântico inicial.

⁴ Segundo Warat: "Chamar-se-á 'senso comum teórico' a essa montagem de noções – representações – imagens – saberes, presente nas diversas práticas jurídicas, lembrando que tal conjunto funciona como arsenal de ideologias práticas." In: Warat, Luis Alberto, O senso comum teórico dos juristas. In: Sousa Júnior, José Geraldo de. (Org.) – *Introdução crítica do direito: série o direito achado na rua*, 4. ed., Brasília: Editora da UnB, 1993, p. 101

⁵ Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp.387-395.

⁶ Uma importante releitura de Kelsen, dentro de pressupostos críticos e desmistificadores, foi feita por Óscar Correias, numa compilação de textos feita no final da década de 1980. Ver: Correias, Oscar (Org.) *El otro Kelsen*, México: UNAM, 1989.

Algumas questões semânticas devem ser esclarecidas de início, antes da análise específica da teoria hermenêutica da moldura. Várias das dificuldades relativas ao enfrentamento do tema proposto estão situadas num plano semântico preliminar, cuja pergunta central é: o que é dogmática jurídica? Sabe-se que a resposta a tal questionamento não é simples, imediata, principalmente em razão do uso polissêmico da expressão, historicamente variável, questão que suscita profundas controvérsias e posições conflitantes. Sem querer resolver o mencionado problema teórico, é preciso demarcar que o ponto de vista adotado neste artigo tem como premissa a idéia de que o tipo de saber denominado historicamente como dogmática jurídica não pode ser identificado ou qualificado como "ciência do direito", ao menos à luz das linhas gerais do próprio paradigma científico adotado por Kelsen. Tal posição não é unânime, sendo possível pensar, por exemplo, a possibilidade de uma "dogmática geral", cuja expressão máxima seria uma Teoria Geral do Direito. Nesse sentido:

La teoría general del derecho es la culminación de la sistematización de la dogmática, y llega a su punto álgido con la elaboración de la teoría pura de Kelsen, que elimina de su seno toda noción meta-jurídica, y no sólo la valoración jurídica (la axiología), sino también la faticidad (las hechos), quedando tan sólo con la norma. La realidad jurídica deviene norma, categoría del conocimiento, desvinculada de la dinámica existencial y de su intento de valoración y justificación. La realidad jurídica no es significativa, sino tan sólo la norma, que es constituyente de aquella.⁷

O destacado ponto de vista waratiano, para o qual a Teoria Pura do Direito (doravante apenas TPD) seria o ápice de rigidez e complexidade da dogmática jurídica, uma espécie de metadogmática, advém da constatação, válida e defensável, de que Kelsen tinha como horizonte teórico as premissas gerais do positivismo jurídico de cunho dogmático, com especial relevo a tentativa de se eliminar os juízos de valor da atividade do jurista, a criação de um método próprio para o saber jurídico e, por fim, a construção de uma "ciência formal" do direito.⁸ Tendo por fundamento tais premissas, poder-se-ia inferir que a TPD corresponderia, de fato, a uma dogmática geral do direito, com maior generalidade e rigidez lingüística, em contraste com as dogmáticas específicas, saberes historicamente vinculados aos ramos tradicionais do direito, tais como o direito civil, o penal, o administrativo, etc.

Ao lado dessa concepção waratiana, de identificação da TPD como uma metadogmática, inúmeras outras leituras sobre a essência epistemológica do paradigma dogmático podem ser destacadas, dentre as quais a posição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, apoiado no clássico estudo de Theodor Viehweg, que distingue o saber jurídico em dois enfoques: a postura zetética ou a

⁷ Warat, Luís Alberto, *Epistemologia e ensino do direito*, Florianópolis: Boiteux, 2004. Volume II, p. 156

⁸ Warat, Luis Alberto, *Epistemología*, ob.cit., p. 153.

abordagem dogmática.⁹ Há, também, utilizando-se a teoria dos paradigmas científicos de Thomas Kuhn, a possibilidade de se compreender a dogmática jurídica como uma "ciência" específica do mundo jurídico.¹⁰

Diante de tantas possibilidades de compreensão e classificação das características da dogmática jurídica, há de se relevar o fato, ponto-chave deste artigo, de que a referida obra kelseniana não se coloca, ao menos de forma assumida, como um saber voltado para diretiva imediata da ação dos juristas práticos, o que a separa radicalmente das dogmáticas específicas, essas últimas configuradas, em essencial, como doutrinas voltadas para a aplicação concreta do direito. Nesse sentido, para ratificação do ponto de vista adotado como premissa deste artigo, é perceptível o claro distanciamento entre o projeto da TPD e o das doutrinas jurídicas dogmáticas tradicionais, a partir da percepção das quatro características funcionais dessas formas de pensamento, quais sejam: "A atividade dogmática reaparece assim funcionalmente como atividade 'prescritiva enfática' (Santiago Nino), 'criptonormativa' (Ferraz Júnior), 'criativo-normativa' (Mir Puir), ou 'preparadora' de decisões. (Luhmann)".¹¹

Dessa forma, é possível perceber claramente que a TPD se afasta, sem a menor dúvida, no plano do seu discurso explícito, das quatro características acima citadas:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretações de particulares de normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é o Direito? Mas já não lhe importa saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.¹²

Eis, então, a distância epistemológica da proposta teórica kelseniana em relação ao saber tipicamente dogmático: as doutrinas, expressões concretas da dogmática jurídica, em que pesem as inúmeras classificações, colocam-se sempre como saberes eminentemente prescritivos, e não puramente descritivos, direta ou indiretamente. Cabe destacar, por fim, reforçando o ponto de partida adotado, que a distinção entre o padrão funcional da dogmática jurídica e os

⁹ Ferraz Jr, *Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

¹⁰ Andrade, Vera Regina Pereira de, *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 108.

¹¹ Andrade, Vera, ob. cit., p. 58.

¹² Kelsen, Hans, *Teoria*, ob. cit., p 1.

parâmetros epistemológicos da TPD repousa no que constitui a preocupação de tais doutrinas dogmáticas:

[...] preocupadas com a decidibilidade dos conflitos, não cuidam de ser logicamente rigorosas no uso dos seus conceitos e definições, pois para elas o importante não é a relação com os fenômenos da realidade (descrever os fenômenos) mas sim fazer um corte na realidade, isolando os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e desviando a atenção dos demais.¹³

Com efeito, com base em tais posições, é preciso demarcar que, ao longo de todo este artigo, trabalha-se com uma diferença fundamental entre esses campos de saber jurídico, ou seja, entre a atividade epistemológica proposta na TPD, que corresponde à interpretação descritiva do cientista do direito tipicamente kelseniano, e o plano da interpretação autêntica, essa última voltada para a decidibilidade concreta dos conflitos, missão essencial para a própria legitimação da dogmática jurídica. Dessa forma, a expressão “hermenêutica epistemológica” designa, ao longo do texto, a interpretação levada a cabo pelo cientista do direito kelseniano, preocupado com juízos descritivos da realidade. Esses são, em resumo, os pressupostos com os quais a análise da teoria hermenêutica kelseniana será abordada. Assim, será possível trabalhar a hipótese de que Kelsen não estava preocupado com as doutrinas dogmáticas do direito, mas, ao contrário, colocava-se como mordaz crítico dos seus métodos e pressupostos.

2. Teoria Pura do Direito: o plano da hermenêutica epistemológica

A Teoria Pura do Direito corresponde, para a época em que foi produzida, a um ambicioso projeto de configuração do estatuto específico de uma ciência jurídica, até então concebida nos círculos acadêmicos ora como “jurisprudência tradicional”, ou dogmática jurídica, ora como sociologia do direito. Sem a compreensão das dimensões históricas das tradições culturais e filosóficas que compõem a base da TPD, será precária a percepção do fundamento hermenêutico essencial do estatuto particular de ciência proposto por Kelsen.

Percebida como obra extremamente complexa, que ocupou lugar decisivo em vários embates da filosofia do direito do século passado, a TPD, apesar de sua longa divulgação após a segunda metade do século passado, teve os seus fundamentos remotos fixados desde o início do século XX, a partir do escrito kelseniano denominado *Problemas capitais da teoria do direito estatal*, opúsculo publicado em 1911¹⁴. Desde sua primeira tiragem, em 1933, até sua

¹³ Ferraz Jr, Tércio, ob. cit., p. 87.

¹⁴ Bastos, Aurélio Wander Chaves, *Hans Kelsen: resumo biográfico 1881-1973*, tradução e Adaptação. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas, 2003, p. 20.

forma final, em 1960¹⁵, a TPD foi construída a partir de duas visões de mundo, duas grandes filosofias do conhecimento: o neokantismo da escola de Maburgo e o neopositivismo dos empiristas lógicos do eixo Berlim - Viena. A intersecção das preocupações nucleares das mencionadas tradições de pensamento levarão Kelsen à montagem de uma ciência jurídica com pressupostos formais específicos, blindada, do ponto vista de sua coerência lógica, em relação aos perigos do mundo da política e dos valores morais, seguindo a bula do positivismo filosófico da época.

A primeira questão relevante está em se perceber que a idéia da ciência do direito kelseniana, e, como efeito, a sua hermenêutica gnosiológica, repousará num primeiro pressuposto, num ponto de partida filosófico essencial: a radical separação entre a esfera do mundo do ser (sein) e do dever ser (sollen). Será justamente nessa percepção gnosiológica tipicamente kantiana, que distingue, no plano da realidade, a ordem fenomenal do mundo dos fatos do mundo da imputabilidade, que Kelsen poderá apoiar o seu pesado projeto de uma ciência do direito autônoma, um saber que passaria a ocupar um lugar próprio, uma região ôntica exclusiva, distinta do campo das ciências naturais e das demais ciências da cultura, ou seja, um conhecimento jurídico purificado em suas bases estruturais mais remotas. A visão de Kelsen desse primeiro plano gnosiológico constitui um dos temas transversais de várias de suas obras, podendo ser concebida como um marco teórico essencial com o qual seu pensamento, desde muito cedo, foi amadurecendo.

Não é por acaso que tal intuição filosófica teria movido o então jovem e desconhecido Kelsen contra o já conhecido e respeitado Ehrlich, Numa contenda histórica sobre a impropriedade epistemológica de uma “sociologia jurídica”. Era impossível, para Kelsen, já nos seus primeiros trabalhos, imaginar que uma ciência específica do direito pudesse incidir justamente no mundo do “ser” do direito, que é fundamentalmente político, histórico e sociológico. Tal pressuposto é fundamental, pois se trata de um primeiro ponto de partida, uma premissa necessária para o correto entendimento da estrutura e dos limites da noção de ciência kelseniana e, fundamentalmente, seu espaço específico, que não se confundirá com o espaço da aplicação concreta do direito pela comunidade jurídica, esse último imerso no plano político e axiológico do “ser” do direito. Aqui, partindo da esfera distinta entre “ser” e “dever ser”, entra em cena um outro pressuposto da lógica kelseniana: especificamente a impossibilidade de um discurso científico cair na armadilha da falácia naturalista.

Ora, uma norma jurídica, observada pelo plano do “deve ser”, vista sob o prisma de sua estrutura lógica, em sua constituição formal, não poderia ser deduzida, no sentido apodítico, de um fato, esse último fenômeno inserto na esfera do “ser”. Para Kelsen, a não-percepção de tal “lei” irrevogável da lógi-

¹⁵ Prade, Péricles, *Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensaios*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997, p.p. 46-48.

ca seria justamente a causa da babel epistemológica de sua época¹⁶, pois o sociológico e os membros da jurisprudência tradicional desconsideravam tal pressuposto, na medida em que formulavam conclusões normativas a partir de elementos do mundo jurídico fático. Assim, essa limitação lógica, derivada da falácia naturalista, é o pressuposto sem o qual a visão da ciência kelseniana será vista de forma míope, o que, diga-se preliminarmente, não a imuniza diante de algumas críticas que serão abordadas alhures.

A segunda tradição que se mostra como fundamental para o prometo kelseniano corresponde ao neopositivismo lógico. Seria apropriado dizer, enfaticamente – o que nem sempre é ressaltado em trabalhos sobre Kelsen –, que o positivismo que sustenta o discurso Kelseniano parte fundamentalmente da noção de verificabilidade do Círculo de Viena, e não só do repúdio comum aos discursos metafísicos.¹⁷ Um dos aspectos menos ressaltados da TPD, ao menos no discurso comum, está na identificação precisa da intersecção do projeto kelseniano com algumas premissas do ideário científico tipicamente neopositivista, para o qual ciência seria apenas uma espécie de discurso rigoroso, não metafísico, capaz de encadear proposições logicamente falsas ou verdadeiras.

Para os empiristas lógicos, elite intelectual nos meios acadêmicos do eixo Berlim - Viena, um saber incapaz de escalonar suas conclusões em proposições falsas ou verdadeiras não poderia estar no patamar de uma verdadeira ciência, mas no âmbito da pura metafísica. É certo que, ainda que se vislumbre a não-subordinação de Kelsen a alguns pontos do "fiscalismo"¹⁸, ou seja, a idéia de Rudolf Carnap de unificar a linguagem científica a partir dos padrões lógico-formais da física, por outro lado, não se pode deixar de perceber que a ciência do direito kelseniana só será possível se tiver por base a teoria da proposição jurídica decorrente do Círculo de Viena.

Aproveitando-se da visão dos empiristas lógicos, de elaboração de "proposições verdadeiras", *mutatis mutandis*, a humilde tarefa do cientista do direito kelseniano estava apenas circunscrita ao ato gnosiológico puramente descritivo, a partir da análise do direito positivo, elaborando um grupo de proposições jurídicas descritivas. A razão de tal tarefa, aparentemente modesta e sem sentido para o aplicador ordinário do direito, é simples. Para que existisse a possibilidade epistemológica de uma ciência jurídica capaz de produzir enunciados de verdade ou falsidade, o ato do cientista do direito só poderia ser descritivo, ou seja, uma ação produtora de proposições jurídicas, pois apenas as proposições podem ser logicamente verdadeiras ou falsas. O cientista do direito, com efeito, para Kelsen, simplesmente conhece e descreve o sistema de nor-

¹⁶ Machado Neto, A. L., *Compêndio de Introdução à ciência do direito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1977, p. 42.

¹⁷ Noutra oportunidade, foi aprofundado o tema do verificacionismo especificamente na Teoria Pura do Direito. Nesse sentido, ver: Luz, Vladimir de Carvalho, "Neopositivismo e Teoria Pura do Direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen", *Revista Sequência*, 2003.

¹⁸ Karam, Munir, *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*, São Paulo: RT, 1985.

mas, não meramente reproduzindo a sua função de “dever ser”, mas retratando a sua estrutura mediante proposições, asserções que podem ser, quando avaliadas pelo princípio lógico da não-contradição, verdadeiras ou falsas.

Somente com a idéia de que o cientista do direito apenas pode descrever uma ordem jurídica positiva, mediante proposições, é que Kelsen consegue adequar o seu projeto ao padrão epistemológico de verificabilidade lógica, tal qual defendiam os contemporâneos de Kelsen, sobretudo Carnap e Schlick. Apenas como ilustração, são significativas as observações feitas por Kelsen, em notas explicativas inseridas em sua obra postumamente publicada:

Carnap não deixa, portanto, nenhuma dúvida sobre o fato de que, segundo sua opinião, normas (imperativos) não são enunciados, que nem são verdadeiras nem falsas, que não são verificáveis. Segundo a opinião de Carnap, a ‘Ética normativa’ pertence à Metafísica. E de proposições metafísicas, ele afirma que são elas sem sentido. Deste modo então (os metafísicos) são compelidos a cortar todo nexos entre suas proposições e experiência; e precisamente por este procedimento elas as privam de qualquer sentido.¹⁹

Vê-se, portanto, com base no Círculo de Viena, a impossibilidade lógica de ser efetivamente verificada a falsidade ou a veracidade de uma norma jurídica; é possível, apenas, destacar a sua validade ou invalidade. Aqui repousa a percepção acerca da radical diferença do plano da hermenêutica epistemológica da TPD em face da hermenêutica utilizada pelos métodos da jurisprudência tradicional.

O primeiro plano interpretativo, que corresponde ao cerne da TPD, trata especificamente de delinear uma hermenêutica científica a respeito da descrição e da elaboração de juízos de verdade ou falsidade, cujo objeto, repita-se: será sempre um sistema de normas positivas. Mas há, em contraste, um segundo plano hermenêutico, apenas como recurso didático, que é atacado por Kelsen no último capítulo da TPD, qual seja, a esfera da exegese e da aplicação ordinária do direito, feita, não pelo cientista do direito, mas por membros dos órgãos jurídicos ou da comunidade jurídica, o que será evidenciado no próximo tópico.

Como resumo deste primeiro momento, parece evidente que a hermenêutica epistemológica da TPD apela, de fato, para fundamentos da lógica do discurso, numa ótica formal, com nítido apoio no padrão de ciência propalado, à época, pelo Círculo de Viena. O problema está, com se verá no próximo momento, em se generalizarem os fundamentos da epistemologia kelseniana para o plano de aplicação do direito, sobretudo no plano operativo da dogmática tradicional, essa última, para espanto do senso comum, duramente criticada no último capítulo da TPD.

¹⁹ Kelsen, Hans, *Teoria Geral das Normas*, tradução de Roberto Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 243.

3. Teoria da moldura: o plano da crítica da hermenêutica tradicional

Para iniciar a percepção do campo hermenêutico que é objeto de crítica do último capítulo da TPD, urge destacar a seguinte fala exemplar:

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como 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.²⁰

Seria possível imaginar que o defensor de uma rigidez formal sem precedentes, de um insistente, e até intransigente, adepto de uma fria noção de verdade tributária da verificação lógica e da separação entre “ser” e “dever ser”, tenha proferido as seguintes idéias? Como, então, compreendê-las sem cair nos lugares comuns da avaliação superficial?

Ainda que a comunidade do mundo jurídico tenha feito “ouvidos moucos”²¹ para a contundente afirmação kelseniana sobre a total impropriedade dos tradicionais métodos de exegese utilizados pela jurisprudência tradicional, não há como escapar da clareza dos seus postulados. O ponto central da referida crítica é logo elucidado por Kelsen: a questão passa pelo entendimento prévio da atividade denominada “interpretação”:

[...] 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 órgão jurídico, mas por pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica. Aqui começaremos por tomar em consideração apenas a interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito.²²

Eis a questão central: especificamente no último capítulo, diferentemente do corpo geral da TPD, Kelsen tratará de observar e criticar o plano hermenêutico, que não será o da ciência do direito, mas o da atividade interpretativa propugnada na esfera dos membros da comunidade jurídica ou dos órgãos jurídicos. De tal distinção surgem os conceitos de interpretação autêntica, realizada pelos aplicadores do direito, e de interpretação epistemológica da ciência do direito. Para Kelsen, a interpretação é autêntica porque se refere a um ato gnosiológico que cria o direito, gera normas que se integram ao conjunto de normas já existente no ordenamento jurídico. Justamente por isso, já adiantando a tese a ser reforçada ao final, seria, no

²⁰ Kelsen, Hans, *Teoria...*, ob. cit., p. 391.

²¹ Arruda Júnior, Edmundo Lima de; Gonçalves, Marcus Fabiano, *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*, Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002, p. 240.

²² Kelsen, Hans, *Teoria...*, ob. cit., p. 388.

mínimo, impróprio avaliar a teoria kelseniana de ciência sob o prisma e os pressupostos da dogmática jurídica tradicional, planos que, para o próprio Kelsen, repelem-se radicalmente, ao menos na esfera hermenêutica.

É, portanto, no campo da interpretação autêntica que surge a crítica mordaz aos métodos tradicionais, aqueles mesmos incorporados, desde Savigny, como caminhos infalíveis de interpretação jurídica correta, entendidos como métodos racionais, os quais, até hoje, constituem elementos presentes no discurso corrente dos operadores do direito. Para Kelsen, coerente com seu programa epistemológico já comentado, há uma impropriedade profunda em tais métodos, na medida em que se autoproclamavam “científicos”.

A idéia de ciência sempre esteve ligada à idéia de método. Em que pesem as diversas idéias de ciência, o método é justamente o caminho próprio que qualifica o saber científico para os padrões positivistas, no sentido de demonstrar uma racionalidade própria, em contraste com um saber dogmático ou metafísico. Dentro de uma visão mais restrita, típica das ciências naturais, o método deverá indicar, se realizado corretamente, a partir do controle das mesmas variáveis, idênticos resultados.²³ É com base nesse caráter laboratorial do método, herdeiro da lógica das ciências naturais, de caminho racional controlado, que se insurge Kelsen, ao avaliar a hermenêutica autêntica da jurisprudência tradicional. Apesar de Kelsen fixar o princípio da imputabilidade como próprio da ciência jurídica, diferenciado-a das demais ciências que se valem do princípio da causalidade, é certo que, observados pelo prisma logicista do neopositivismo, os métodos tradicionais – como o histórico, o sistemático, o gramatical e o teleológico – não passariam de simples proposições sem sentido. Em suma: mesmo que os juristas utilizem os métodos tradicionais, que aparentemente se colocam como instrumentos científicos e racionais, não há como se conseguir uma solução única, ou seja, uma verdadeira resposta para um caso concreto.

Por sua evidente impossibilidade lógica de elaborar juízos verdadeiros ou falsos, os métodos tradicionais de exegese jurídica seriam, para Kelsen, incapazes de indicar, com segurança, um único sentido que ligue uma norma a um determinado caso, sobretudo diante da abertura lingüística do enunciado normativo, que apresenta inúmeras possibilidades de sentido ao intelecto do aplicador do direito. Aí, em essência, está o aspecto mais desprezado pelo senso comum kelseniano: a escancarada crítica do caráter ideológico dos métodos tradicionais que, no fundo, tentam acobertar, com a questão do método, puros atos discricionários de poder.

O problema para os membros da comunidade jurídica, segundo Kelsen, está justamente na mencionada relativa indeterminação do sentido das normas jurídicas, ou seja, na pluralidade de significações possíveis que o próprio ordenamento jurídico positivo coloca à disposição dos intérpretes. Sobre tal indeterminação, Kelsen é categórico:

²³ Aqui também desponta a questão da “impessoalidade”. Nesse sentido, se aplicado corretamente, o resultado decorrente da aplicação de um método científico independeria de quem o aplicasse.

A idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicada, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.²⁴

Aparentemente, o pouco debatido capítulo “Da interpretação” pode causar estranheza, sobretudo para quem imaginava que os pressupostos da interpretação epistemológica kelseniana dos primeiros capítulos se confundiriam com o espaço da hermenêutica, que é alvo de duras críticas. Parece ser esse o ponto-chave: Kelsen indicou claramente a impropriedade científica dos métodos tradicionais, os quais sempre avocaram, de forma ideológica, ideais de neutralidade, coerência e objetividade. Assim sendo, a hermenêutica efetivada pelos membros da comunidade jurídica, para Kelsen, não faz “ciência do direito”, obviamente dentro do padrão analítico da TPD; eles simplesmente criam o direito, aplicando-o no caso concreto, a partir das mais diversas motivações axiológicas ou políticas.

A aura de cientificidade dos métodos próprios da dogmática jurídica tradicional é o alvo específico das asserções kelsenianas. Não há verdade, ao menos, não há uma “verdade científica”, para tal esfera de atuação do operador jurídico; tampouco existem caminhos científicos capazes de indicar, com segurança, qual seria a única resposta jurídica diante de um caso concreto. Aqui vale mais um destaque: Kelsen teria sido um dos principais autores, senão o pioneiro, a elucidar que os membros da comunidade jurídica não são passivos, mas, ao contrário, criam autenticamente o direito no caso concreto, em franco contraste com ideário do positivismo exegético do século XIX, para o qual o juiz, numa defesa ideológica da separação entre os poderes, apenas era “a boca da lei”. Destarte, esses aspectos críticos do pensamento kelseniano somam-se aos outros anteriormente trabalhados, indicando fortemente que vários clichês sobre a posição hermenêutica kelseniana não podem ser observados de maneira simplista, sob pena de se desconsiderar a rica e contundente crítica feita no último capítulo da TPD.

Dentro das observações realizadas, é importante ressaltar que a denominada “teoria da hermenêutica da moldura” está, em linhas gerais, congruente com a proposta epistemológica geral da TPD, na medida em que ressalta a essencial diferença entre a ação hermenêutica do cientista do directo e a interpretação autêntica da autoridade jurídica. Como visão teórica, tal perspectiva não aponta soluções para os métodos tradicionais da dogmática, mas, em síntese, coloca-se como crítica efetiva e radical dos seus parâmetros analíticos, à luz da essencial abertura lingüística que é típica de um sistema de normas de direito positivo. Diante de tal catecismo, na qualidade de uma teoria hermenêutica, qual seria o objetivo da tese exposta no último capítulo da TPD?

²⁴ Kelsen, Hans, *Teoria.*, ob. cit., pp. 392-393.

A resposta é simples: elucidar que o direito positivo apresentará sempre um quadro de possibilidades. Ou seja, mais que um roteiro da hermenêutica dos casos concretos, a teoria da moldura, além de se mostrar como crítica da jurisprudência tradicional, coloca-se como delimitadora do espaço da interpretação possível diante de um sistema complexo de normas jurídicas. Tal espaço é a moldura, a qual baliza as linhas fronteiriças que demarcam os níveis de validade entre as normas positivas do ordenamento.

Outrossim, o que a teoria hermenêutica da moldura aponta, ainda que de forma sucinta, é a imagem de que as molduras são âmbitos de validade das normas jurídicas, espaços nos quais o aplicador do direito escolhe, por motivos políticos, e não jurídicos (jurídico no sentido formal), o sentido a ser utilizado para resolver um caso.

Se, por um lado, a crítica vazia à teoria kelseniana, sobretudo em relação à sua idéia de interpretação como puro logicismo, deve ser relativizada, por outro lado, há de se indicarem as fissuras do projeto da TPD, notadamente a idéia de ciência que se encontra restrita a um padrão dissonante das reflexões contemporâneas, mormente em relação à possibilidade de uma fundamentação racional dos valores, bem como a ampliação do conceito de norma jurídica empreendida por autores pós-positivistas.

Nesse aspecto, vale a observação de Willis Santiago Guerra Filho:

O modelo de ciência jurídica proposto por Kelsen encontra-se atualmente superado não só pelo envolver natural dos paradigmas científicos, hoje distanciados do positivismo de outrora, i. e., por um fator intelectual, mas também por motivos históricos-sociais, já que a 'teoria pura', em suas linhas gerais, foi desenvolvida tendo como parâmetro o Direito nas sociedades européias pré-Segunda Guerra Mundial – antes, portanto, de encerrado o ciclo histórico da modernidade e principiado o que já se vem convencionalmente chamar 'pós-modernidade'. Nesse descompasso histórico, pode-se talvez identificar elementos para a explicação da permanência do prestígio da doutrina kelseniana em países como o nosso, em grande parte em vias de completar sua 'modernização'.²⁵

Sem desconsiderar tais questões, parece válido, ainda, entender a TPD dentro dos seus limites históricos. Muitas questões, sobretudo no campo da interpretação, ficaram abertas. Afinal, mesmo a construção da “moldura” parte de certa decisão de sentido, de uma “interpretação”, silenciando Kelsen sobre como se chega à construção desses limites, tendo em vista a sua tese da impossibilidade de se captar um único sentido válido da realidade normativa. Como, então, construir racionalmente os limites da própria moldura?

Ademais, ainda que seja difícil, com olhos contemporâneos, entender a separação dos dois planos hermenêuticos citados, é preciso ponderar uma situação relativa ao universo pessoal de Kelsen, que gostava de

²⁵ Guerra Filho, Willis Santiago., *Teoria da ciência jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35.

ser identificado como “jurista” e não como puramente “filósofo”, tendo em conta sua atuação voltada também para a aplicação prática do direito,²⁶ ainda que bem reduzida quando comparada com sua vida, devotada quase que exclusivamente à pesquisa. Que tipo de atividade intelectual lhe era reservada nas situações da vida cotidiana do mundo jurídico? Como, por exemplo, exercia o papel de parecerista? Agindo em tal situação, sua função seria a de um cientista, ou a de um aplicador do direito? Nesse ponto, talvez por conta daquela fina ironia que acomete a trajetória pessoal de grandes polemistas, o pensador vienense deve ter vivido, ele próprio, os paradoxos que tentou resolver como teórico.

3. Conclusão

A tarefa de fundo empreendida neste artigo –mormente a de afirmar que o Hans Kelsen da TPD, da reflexão epistemológica profunda, não pode ser deslocado, sem os devidos cuidados, para o campo da dogmática jurídica, e tampouco ser, nessa área, afetado pela crítica superficial, embora não seja grande novidade – pode causar certo estranhamento, com maior e redobrada repercussão para aqueles que ainda acreditam nos monstros citados no início deste artigo. Afinal, como sustentar a tese de que a mais polêmica teoria jurídica do século XX não se presta àquilo que se espera imediatamente do conhecimento jurídico, ou seja, um caminho hermenêutico capaz de oferecer soluções seguras para os casos concretos?

Senso comum à parte, parcela de tal estranhamento tem um sentido histórico. É que os juristas, no seu labor secular, sempre foram guindados ao posto nobre, inicialmente sacerdotal e divino, de dizer a melhor solução para um conflito.²⁷ Esse aspecto pragmático do saber jurídico é bem configurado historicamente pelo conhecimento prudencial romano, pela escola dos comentadores do final da idade média e pelo empirismo exegético do século XIX, saberes constituídos como verdadeiras “diretivas da ação”. Assim posta a questão, a tarefa de interpretar, seja como arte, ciência ou técnica de determinar o sentido unívoco das regras a serem aplicadas, é, de fato, o mandato histórico essencial dos juristas, consciente ou inconscientemente. É por conta justamente desse mandato histórico pragmático que, em contraste com outras áreas, o saber jurídico é um dos que mais reforçam a dicotomia entre prática e teoria, bem como alimenta os preconceitos recíprocos entre filósofos e práticos do direito, cada qual tentando justificar a dignidade e a relevância do seu agir. Com efeito, pensada nos limites estipulados por Kelsen, a TPD poderá, de fato, soar

²⁶ Kelsen não só laborou como docente e pesquisador, mas atuou, ao longo de sua vida, em diversas atividades, tendo sido advogado (por curto espaço de tempo), representante do procurador militar no Tribunal de Viena, parecerista, consultor e juiz do Tribunal Constitucional de Viena. Ver: BASTOS, Aurélio Wander Chaves, ob. cit.

²⁷ Talvez por isso Gadamer identifique na hermenêutica jurídica um paradigma que historicamente se afirmou a partir da unidade entre “interpretar” e “aplicar”. Nesse sentido, ver: Gadamer, Hans-Georg, *Verdade e método*, 2. ed. Tradução de Paulo Meurer. Petrópolis (RJ): Vozes, 1997, 461.

aos ouvidos contemporâneos como um projeto sem eco, sem utilidade prática, sobretudo para a comunidade dos operadores ordinários do direito.

Parece plausível, então, recolocar a crítica dos limites de Hans Kelsen no plano de sua correta incidência: a epistemologia de viés neopositivista. A ciência do direito de Kelsen não se coloca imediatamente como uma “diretiva da ação”. Nesse aspecto está o caráter datado da teoria kelseniana, absolutamente enredada pelo padrão logicista do Círculo de Viena. Porém, uma leitura mais atenta pode demonstrar que o específico campo da hermenêutica epistemológica, formal e abstrato, não pode ser transportado mecanicamente para o campo da aplicação ordinária do direito. Ao contrário, a teoria da moldura kelseniana aponta justamente para os limites dos métodos seculares da jurisprudência tradicional, denominada pelo jurista ordinário, paradoxalmente, como “doutrina” ou dogmática jurídica. Do ponto de vista de uma hermenêutica coerente com a ciência do direito, montada ao longo da TPD, o direito positivo apenas oferece um espaço de escolha, um âmbito de possibilidades, uma moldura, dentro da qual não existirá, diante da abertura lingüística estrutural das normas jurídicas, um método científico capaz de determinar a melhor ou a única possibilidade possível. Assim sendo, o Kelsen do último capítulo da TPD pode ser visto como um mordaz crítico da pseudoverdade dos métodos tradicionais, obviamente dentro de um paradigma de verdade que buscava uma fundamentação lógica e não a mera afirmação de sentido, destituída de condições de verificabilidade. Porém, a teoria da moldura não buscava estabelecer os padrões de verificabilidade da interpretação autêntica; tencionava tão-somente denunciar a roupagem pseudocientífica que a jurisprudência tradicional tentava – e ainda tenta – passar em seu discurso.

Tudo isso faz refletir sobre a esdrúxula imagem, ao menos para o próprio Kelsen, de se pensar um juiz ou um advogado kelseniano, identificando-os como “cientistas”, como se tentou durante muito tempo inculcar no debate acadêmico. Aliás, essas projeções e leituras equivocadas não são aspectos apenas destacados na seara de autores concebidos como “reacionários”, pois o próprio Karl Marx, já desfigurado pelos seus algozes, e decerto cansado de ser um “monstro”, autodenominava-se um não-marxista.

Por fim, mais um acerto de contas deve ser feito à guisa de conclusão. Todo o esforço empreendido neste artigo não tem o sentido de ressuscitar velhos monstros, nem vê-los como anjos. Ao contrário, procurou-se alertar para a possibilidade de não existirem monstros no campo do saber, mas visões de mundo permeadas pelos limites da própria história. Esse relativismo, em si mesmo, não abdica de limites éticos, mas também não absolutiza a crítica vaga.

A par de tudo isso, é certo que, mesmo admitindo que o senso comum teórico tenha, no caso kelseniano, um exemplo típico – justamente pelo que se tentou demonstrar ao longo deste artigo –, não se pode esquecer que a teoria da verdade que sustenta o projeto de Kelsen parte de um modelo de racionalidade que se esquivou de duas grandes aporias: o problema da

fundamentação racional de valores e a questão da legitimidade versus discricionariedade da função judicial. É evidente que o denominado neoconstitucionalismo contemporâneo constitui, hoje, o locus em que tais questões são mais visíveis e fortemente atacadas, a partir do enfrentamento, no plano da jurisdição constitucional, dos impasses da filosofia do direito (razão prática), da teoria política (legitimidade) e da hermenêutica (fundamentação).

Diante dessas considerações, a grande lição que se tira dos impasses típicos do trabalho teórico foi deixada pelo próprio Kelsen, que, mesmo prisioneiro de suas próprias ilusões, se recusava terminantemente a admitir, por lealdade de princípios (falhos ou não), o dogmatismo dos jusnaturalismos de plantão e os simulacros da jurisprudência tradicional. De tudo o que foi pontuado, fica a idéia de que a coerência, artigo em falta em tempos de moda acadêmica, é deveras incomodativa para quem a verdade é um fim em si mesma, a-histórica, pois não se pode esquecer que situações há na ciência (no passado e no presente), como indicou Kelsen, que se deve prescindir de respostas fáceis ou infalíveis, cabendo ao pensador a humilde tarefa de apenas perguntar, indagar sempre, cada vez mais e, se possível, melhor.²⁸

Referências

Andrade, Vera Regina Pereira de, *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*, Porto Alegre: livraria do advogado, 1996.

Arruda Júnior, Edmundo Lima de; Gonçalves, Marcus Fabiano, *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*, Florianópolis: ed. Cesus, 2002.

Bastos, Aurélio Wander Chaves, *Hans Kelsen: resumo biográfico 1881-1973*, tradução e adaptação. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas, 2003. v. 1.

Correas, Oscar (org.), *El otro Kelsen*, México: Unam, 1989.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas, 2003.

Gadamer, Hans-Georg, *Verdade e Método*, 2. ed., tradução de Paulo Meurer. Petrópolis (RJ): Vozes, 1997.

²⁸ Kelsen, Hans, *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*, tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1.

Guerra Filho, Willis Santiago, *Teoria da Ciência Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001.

Luz, Vladimir de Carvalho, “Neopositivismo e Teoria Pura do Direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen”, *Revista Sequência*, 2003.

Karam, Munir, *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*, São Paulo: RT, 1985.

Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____, *Teoria Geral das Normas*, tradução de Roberto Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____, *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*, tradução de Luís Carlos Borges, 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Machado Neto, A. L., *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

Prade, Péricles, *Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensayos*, Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997.

Warat, Luís Alberto, *Epistemologia e ensino do direito*, Florianópolis: Boiteux, 2004. volume 2.

_____, “O senso comum teórico dos juristas”, in: Sousa Júnior, José Geraldo de. (org.) – *Introdução crítica do direito: série o direito achado na rua*, 4. ed. Brasília: editora da UnB, 1993.

PALABRAS CLAVES: Kelsen, Teoría pura del Derecho, Hermeneútica.

KEY WORDS: Kelsen, Pure Theory of Law, Hermeneutics.