

A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE Kelsen E A POSSIBILIDADE DE UM POSITIVISMO NORMATIVO CRÍTICO¹

KELSEN'S THEORY OF INTERPRETATION AND THE POSSIBILITY OF A CRITICAL NORMATIVE POSITIVISM

*Matheus Pelegrino da Silva**

Resumo: O artigo apresenta argumentos em favor da hipótese de que a teoria do direito de Kelsen pode ser combinada com a atividade de crítica a casos de interpretação do direito. O método empregado consiste na pesquisa bibliográfica dos escritos de Kelsen e da literatura relevante à temática tratada. São apresentados os motivos para compreender a teoria pura do direito como uma teoria descritiva do direito compatível com a análise crítica dos casos de aplicação do direito. Esclarece-se o que significa afirmar que a teoria pura do direito é uma teoria normativa e positiva. Em conexão com a tarefa de descrever o direito e com a noção de uma teoria normativa e positiva, explica-se o papel desempenhado pela teoria da atribuição alternativa de poder. Por fim se indica de que maneira a teoria da interpretação e a ideia de uma moldura normativa da teoria pura do direito podem ser compatibilizadas com a noção de estado de direito e com a atividade de crítica a situações de interpretações jurídicas praticadas.

Palavras-chave: Estado de direito. Kelsen. Interpretação jurídica. Normativismo. Positivismo.

Abstract: The article presents arguments in favor of the hypothesis that Kelsen's legal theory can be combined with the activity of critique of cases of legal interpretation. The employed method consists in the bibliographical research of Kelsen's writings as well as the relevant literature on the subject covered. The reasons to understand the pure theory of law as a descriptive legal theory compatible with the critical analysis of cases of law application are presented. It is clarified what does it mean to affirm that the pure theory of law is a normative and positive theory. Connected with the task of describing legal phenomena and the notion of a normative and positive theory, the role played by the alternative empowerment theory is clarified. Finally it is indicated in which way the theory of legal interpretation can be made compatible with the notion of rule of law and with the activity of critique regarding situations of performed interpretations of law.

Keywords: Kelsen. Legal interpretation. Normativism. Positivism. Rule of Law.

1 Esse artigo foi elaborado durante um pós-doutorado no exterior, junto à Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, tendo sido financiado pela CAPES (Processo 88881.171237/2018-01).

2 Doutor em Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg e doutor em Filosofia pela UNISINOS. Concluiu um pós-doutorado no exterior junto à Faculdade de Direito da Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (2018-2019) e anteriormente outro pós-doutorado, desta vez junto ao PPG Direito UNISINOS (2016-2018). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005), Bacharelado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2007), mestrado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010) e mestrado em Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (2015).

1 INTRODUÇÃO

Uma crítica comum à teoria do direito de Kelsen e em especial a sua análise da interpretação do direito consiste em afirmar que sua teoria possui caráter meramente descritivo (cf., exemplificativamente, VASCONCELLOS, 2003, p. 175), tornando impossível àquele que a adota se manifestar de modo crítico frente a situações concretas em que autoridades agem fora dos limites estabelecidos pelas normas jurídicas positivas. Conforme essa perspectiva, a teoria da interpretação do direito de Kelsen não poderia ser combinada com a busca de uma abordagem crítica de práticas reais de aplicação do direito nas quais os parâmetros normativos não são observados, pois ela obrigaria aquele que a sustenta a adotar sempre e em todos os casos uma postura apenas descritiva e nunca prescritiva, valorativa com respeito à interpretação e à aplicação do direito.

No presente artigo será sustentado que a fim de compreender a teoria da interpretação desenvolvida por Kelsen no último capítulo da segunda edição da *Teoria pura do direito* é preciso analisar esta teoria à luz de dois outros elementos que integram a mesma obra – a proposta da elaboração de uma teoria descritiva do direito e a formulação de uma teoria da atribuição alternativa de poder (*alternative Ermächtigung*) –, eis que estes elementos integram a ideia de que o direito regula sua própria produção. Abaixo serão apresentados os aspectos centrais desses dois elementos, a fim de utilizá-los para expor de modo mais preciso a teoria da interpretação defendida por Kelsen e por fim apontar de que maneira e sob quais condições sua teoria se mostra compatível com a prática de uma atividade crítica e ao mesmo tempo positivo-normativista.

2 A TEORIA PURA DO DIREITO COMO TEORIA DESCRITIVA DO DIREITO E SUA COMPATIBILIDADE COM A FORMULAÇÃO DE CRÍTICAS À APLICAÇÃO DO DIREITO

Na primeira página do primeiro capítulo da *Teoria pura do direito* Kelsen declara qual é o objetivo da sua obra, a saber, desenvolver uma teoria que se mostre apropriada para conhecer o direito, explicar o que é o direito e de que maneira ele se origina:

Enquanto teoria ela [a teoria pura do direito,] quer única e exclusivamente conhecer seu objeto. Ela tenta responder a questão [sobre] o que é o direito e como ele vem a ser [o que ele é], não, porém, a questão sobre como ele deve ser ou como ele deve ser praticado. Ela é ciência do direito, não, porém, política jurídica (KELSEN, 2017, p. 21).

Kelsen deixa claro desde o início de seu livro mais conhecido que dentre os objetivos por ele perseguidos nesta obra não se encontra aquele de propor como o direito deve ser, ou seja, por meio da *Teoria pura do direito* ele não pretende oferecer argumentos favoráveis ou contrários a configurações específicas de algum ordenamento jurídico, ou, de modo mais preciso, das normas gerais de um ordenamento jurídico – e isto, cumpre notar, é diferente de formular críticas à aplicação do direito, tal como será apontado posteriormente.

Sempre houve por parte de Kelsen o empenho em destacar que a atividade de conhecimento do direito deve ser distinguida e separada daquela que envolve propor determinadas configurações jurídicas ou estatais. Nesse contexto é de fundamental importância atentar para um caso no qual Kelsen de fato se mostrou interessado na atividade de política jurídica a fim de expor de que maneira e através de quais condicionais esta espécie de atividade foi por ele formulada e desenvolvida.

Indentação: Não existe praticamente nenhuma possibilidade de limitar o poder discricionário de um órgão supremo administrativo ou judiciário, cujas decisões têm força de lei. Essa instituição, geralmente aceita por todos os sistemas legais, incluindo aqueles das democracias mais radicais, *pode debilitar o princípio do estado de direito* onde – tal qual em uma democracia – os órgãos supremos do [poder] administrativo e judiciário não são idênticos com o órgão supremo legislativo, i.e., onde o princípio da separação dos poderes prevalece (KELSEN, 2006, p. 363).

Essa passagem contém uma crítica a certa forma de organização do ordenamento jurídico, sendo que nela é possível identificar os seguintes requisitos para formular comentários desta espécie: (1) *se* o poder discricionário de um órgão não pode ser limitado, e, além disto, (2) *se* este órgão não se encontra dentre aqueles órgãos democraticamente selecionados, e (3) *se* é pressuposto (ou positivado pelo ordenamento jurídico) que o princípio do estado de direito deve ser observado em estados democráticos, pois de outro modo a legitimidade democrática do próprio estado estaria afetada, *então* (e somente caso os requisitos constantes nas premissas 1, 2 e 3 sejam satisfeitos) cumpre concluir que *em um estado democrático* a atividade discricionária que ultrapassa os limites do determinado em uma legislação democraticamente constituída *deve ser* objeto de crítica.

Seria possível pensar que no texto citado Kelsen estaria praticando política jurídica, porém é preciso destacar que suas observações partem de premissas que *se supõe* terem sido adotadas, o que de modo algum corresponde a afirmar que estas premissas têm de ser adotadas. Kelsen de fato se posiciona em favor do modelo democrático de governo, porém ele o faz deixando

claro que se trata de uma opção que em última análise é pessoal, a qual tem em conta a adoção de certa concepção filosófica e não de uma perspectiva que envolve sustentar que este modelo de governo seria, em termos incondicionais, o verdadeiro ou o melhor. Para Kelsen sequer se poderia falar *incondicionalmente* de um governo que seja o melhor ou mais adequado, uma vez que esta escolha depende da concepção filosófica que a fundamenta, e conforme sua perspectiva pessoas diferentes adotam diferentes concepções filosóficas, ou seja, existe o fato descritível de que elas adotam, não se trata de afirmar que elas *devem* adotar diferentes concepções filosóficas (cf. KELSEN, 2006, p. 218, n. 40. Sobre a vinculação entre características pessoais e defesa de um modelo de governo, cf. SILVA, 2016, p. 233-240).

Por um lado é de se notar que caso não ocorra a adoção das premissas acima referidas, então resulta claro que não existe razão para adotar a conclusão e, portanto, não se justifica a afirmação de que um ordenamento jurídico deva possuir certa propriedade. Por outro lado, caso em um ordenamento jurídico concreto o estado de direito seja um objetivo positivado, ou seja, caso o ordenamento jurídico preveja que as atividades de órgãos e autoridades estatais devem ocorrer dentro dos limites estabelecidos pelas normas jurídicas, então não se pode afirmar que uma manifestação sobre como a autoridade ou órgão estatal *deve* decidir consistiria em um caso de política jurídica, desde que tal manifestação tomasse como parâmetro de crítica as normas de direito positivo que tal autoridade ou órgão deveria observar. Expresso de outro modo: apenas se pode falar que se está praticando política jurídica quando o órgão jurídico não contempla no rol das normas positivas uma das normas que é necessária para justificar a afirmação sobre como a autoridade deve proceder.

Tendo em conta esses esclarecimentos sobre a tarefa a que se propõe a *Teoria pura do direito* e sobre o modo (bem como sob quais limites e condicionantes) como o próprio Kelsen admitiria a possibilidade de afirmar quais *deveriam ser* os comportamentos dos indivíduos e órgãos responsáveis pela aplicação do direito, torna-se possível entender em que medida a crítica à teoria da interpretação Kelsen se mostra injustificada.

Pois bem, a teoria do direito de Kelsen de fato tem de reconhecer a existência de normas gerais válidas como elemento do ordenamento jurídico positivo, porém os fenômenos jurídicos não se limitam a esses fatos, à criação de normas gerais. Também é um fato do mundo jurídico que quando em um caso concreto uma sentença deixa de aplicar as normas democraticamente elaboradas, tal sentença declara algo que de nenhum modo havia sido previsto

pelo ordenamento jurídico em questão, ela afirma algo que contraria as normas gerais positivas e válidas. Ou seja, caso de fato existam tais casos, caso estes fenômenos jurídicos existam, então não seria irresponsabilidade exatamente o oposto, querer que a teoria do direito apenas se concentrasse em *discursar sobre como as normas deveriam ser aplicadas* tendo em conta a natureza democrática da constituição, não integrando na sua *descrição* os fatos do mundo jurídico que apontam para a desconsideração da natureza democrática do direito a ser aplicado? Ao contrário do que se pode pensar, uma teoria que reconhece a existência de um ordenamento jurídico no qual o estado de direito se encontra positivado *não está obrigada* a meramente se concentrar nas normas gerais, pois o propósito da teoria do direito é descrever o direito, *todos* os fatos do mundo jurídico, e não partir de alguns destes fatos existentes a fim de criticar a existência de outros fatos jurídicos. É fundamental notar que podem ser fatos jurídicos tanto a previsão constitucional sobre a natureza democrática do estado (o estado democrático de direito) quanto a decisão judicial que não aplica normas elaboradas de modo democrático. Apontar alguns desses fatos como desejáveis e negam a natureza jurídica aos outros fatos com base na adoção dos primeiros, *isto não é descrever o direito* mas sim *defender como o direito deve ser*, isto é, dedicar-se à atividade de política jurídica e (equivocadamente) pensar estar (ou tentar induzir outros a pensar que se está) fazendo teoria do direito.

*Na condição de defensor do modelo democrático de governo – e, além disto, na condição de alguém que analisa a questão da interpretação a partir de um ordenamento jurídico no qual a noção de estado de direito é apresentada como um objetivo central da aplicação do direito – Kelsen elaborou argumentos que visavam criticar certos casos de aplicação do direito. Enquanto teórico do direito, na condição de alguém que se propõe a descrever o que é o direito – e isto inclui considerar a constituição como integrante do conjunto dos fenômenos jurídicos, bem como as decisões judiciais e administrativas –, Kelsen não critica nem teria motivos para criticar – dado o objetivo traçado por ele com sua teoria do direito (não de um ordenamento jurídico específico) – uma decisão judicial que contraria uma lei dotada de legitimidade democrática. Tanto a lei em questão quanto a decisão judicial são fenômenos jurídicos e como teórico do direito é responsabilidade de Kelsen (uma responsabilidade autodeclarada) descrevê-los como tais. Aqui é essencial observar que a teoria pura do direito não parte da pressuposição de que alguma espécie de norma está prevista no ordenamento jurídico, simplesmente pois não existe qualquer motivo para *supor* que todos os ordenamentos jurídicos iriam conter tal norma. É em virtude do fato de uma noção como “estado de direito” *poder* estar presente em ordenamentos jurídicos, mas não ser inerente à existência de um*

ordenamento jurídico como tal, que a teoria pura do direito e sua teoria da interpretação não partem da noção de que as práticas de autoridades estatais que ultrapassam os limites normativos devem ser criticadas. Tais práticas precisam ser apontadas como casos de inobservância do direito positivo, das normas gerais, mas elas *devem* ser criticadas *apenas nos casos e em todos os casos* nos quais o ordenamento jurídico contempla, positiva o estado de direito como um dos objetivos a serem perseguidos.

Desde muito cedo a teoria pura do direito de Kelsen foi alvo de objeções, as quais em muitos casos exibiam a dificuldade, por parte dos críticos, de compreender o objetivo da teoria elaborada, e que muitas vezes se manifestavam por meio das acusações de que ela possuía uma natureza inadequadamente neutra ou que ela não possuía uma neutralidade julgada adequada. Já no prefácio da primeira edição da *Teoria pura do direito* Kelsen se manifesta sobre e contra essas posturas com as seguintes palavras:

Uma vez que a teoria pura do direito se mantém distanciada de toda política, ela se distancia da vida pulsante e se torna por isto cientificamente sem valor; esta é uma das objeções mais frequentes que se levantou. Porém de modo não menos frequente também se ouve: a teoria pura do direito não estaria de modo algum em condições de satisfazer sua exigência metodológica fundamental e seria ela própria apenas a expressão de uma determinada concepção valorativa política. Mas qual? Os fascistas a declaram como liberal-democrata, os democratas liberais ou socialistas a declaram como uma precursora do fascismo. Do lado dos comunistas ela será desqualificada como uma ideologia de um estatismo capitalista, do lado dos capitalistas-nacionalistas por vezes como bolchevismo grosseiro, por vezes como anarquismo velado. Seu ânimo estaria – garantem vários – vinculado à escolástica católica, enquanto outros acreditam reconhecer nela as notas características de uma teoria protestante do direito e do estado. E também não falta aqueles que gostariam de rotulá-la como ateuista. Em síntese, não existe nenhuma orientação política que não tenha suscitado da teoria pura. Mas precisamente isso evidencia sua pureza de uma forma melhor [do que a] própria [teoria pura do direito] o poderia fazer (KELSEN, 2008, p. 6).

Essa passagem da *Teoria pura do direito* deixa claro que o objetivo de Kelsen com a formulação de sua teoria do direito consistiu em oferecer uma teoria que não se dedicava à defesa de uma “concepção valorativa política” particular. Conforme Kelsen indica, as manifestações que acusam a sua teoria de alguma forma de partidarismo e falta de neutralidade operam sempre conforme uma mesma lógica, aquela que consiste em acusar a teoria de estar se posicionando em favor do oponente, pois não encontram na teoria pura manifestações em prol da própria posição.

3 POSITIVIDADE E NORMATIVIDADE NO CONTEXTO DA TEORIA EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO

A respeito da teoria epistemológica do direito desenvolvida por Kelsen cumpre apontar que ela opera com base na ideia de que a “ciência do direito pretende conhecer seu objeto ‘juridicamente’, ou seja, compreendê-lo a partir do ponto de vista do direito”, e que “compreender algo juridicamente não significa nada senão compreender algo como direito, e isto significa como norma jurídica ou como o conteúdo de uma norma jurídica, compreender [este algo] por meio de uma norma jurídica” (2017, p. 139). Esse modo específico de observar o direito, o qual é atribuído por Kelsen à ciência do direito, encontra-se orientado por duas ideias fundamentais que consistem em sustentar a observação e compreensão do direito e de seus objetos como possuindo as propriedades da positividade e da normatividade (sobre normatividade e positividade em Kelsen, cf. JESTAEDT, 2006, p. 38-42. WEINBERGER, 1984, p. 436).

Kelsen afirma que a positividade é uma característica essencial ao direito e que conhecer o direito, conseqüentemente, significa conhecer o direito positivo, o direito estabelecido, o direito posto por meio de atos de vontade e que se encontra válido:

Uma norma estabelecida por meio de um ato de vontade efetivamente existente é uma norma *positiva*. Do ponto de vista de um positivismo moral ou jurídico somente as normas positivas vêm a ser tratadas como objeto do conhecimento, i.e. aquelas [normas] postas por meio de atos de vontade, e de fato por atos de vontade humanos (1979, p. 4. Cf. KELSEN, 2017, p. 34-35 e 354-355, nota de rodapé).

Essa observação acima referida explica a seguinte afirmação realizada na *Teoria geral das normas*: “não existe imperativo sem um [sujeito] imperante, não existe qualquer norma sem que exista uma autoridade que estabeleça normas” (KELSEN, 1979, p. 187. É preciso destacar aqui que por “autoridade” deve-se compreender não somente aquelas autoridades que são integrantes de órgãos do estado, visto que tal como o próprio Kelsen reconhece pessoas físicas também podem ser autorizadas pelo direito para elaborar normas, por exemplo por meio de um contrato. Cf. KELSEN, 2003, p. 6-8). Para Kelsen o direito a ser conhecido pela ciência do direito provém sempre de atos concretos, de tal modo que não existem normas jurídicas válidas (ressalvada a norma fundamental) (cf. 2017, p. 395-396) que não tenham sido efetivamente estabelecidas.

Uma norma somente vale como norma jurídica porque ela veio a existir de uma forma bem determinada, pois ela foi criada conforme uma regra bem

determinada, pois ela foi posta conforme um método específico. O direito apenas vale como direito positivo, isto é, como direito posto. A positividade do direito consiste nesta necessidade do ser-posto, e ali está localizada a independência de sua validade com respeito à moral e a sistemas normativos de igual natureza (KELSEN, 2008, p. 74-75).

A ideia central com respeito à concepção normativista do direito, por sua vez, consiste em afirmar que o direito enquanto objeto da teoria do direito será composto por normas jurídicas ou pelo conteúdo de tais normas. Por essa razão se afirma que “o princípio conforme o qual a ciência natural descreve seu objeto é a causalidade; o princípio conforme o qual a ciência do direito descreve seu objeto é a normatividade” (KELSEN, 1945, p. 46. Cf. KELSEN, 2017, p. 182-185). Consequentemente, compreender os objetos do direito como dotados da propriedade da normatividade significa não observar estes objetos como influenciados por relações causais, como produtos que se compreende por meio de normas que pertencem às ciências naturais, mas sim como objetos que recebem um significado específico em virtude de normas jurídicas. Da mesma maneira como a ciência natural vincula dois fenômenos por meio de uma norma que se inclui na ideia de causalidade, por exemplo, quando ela afirma (fazendo uso de uma relação causal oferecida pela termodinâmica) que certo objeto, uma barra de metal, teve seu tamanho modificado em virtude de uma modificação em sua temperatura, a ciência do direito vincula dois fenômenos, por exemplo, que alguém tenha apontado uma arma para outra pessoa e que este alguém se encontre recluso em uma penitenciária, por meio do emprego de normas jurídicas.

Normativismo e positivismo são *premissas* adotadas pela teoria do direito de Kelsen, sendo que sua natureza de premissas resulta do fato de Kelsen não excluir outra abordagem teórica com respeito ao direito, outra maneira de perceber os fenômenos jurídicos. Na primeira edição da *Teoria pura do direito* Kelsen menciona a alternativa oferecida pelo “anarquismo teórico” (2008, p. 48), o qual observa o direito como “força bruta” (2008, p. 48)³. E na segunda edição da mesma obra algumas observações complementares são feitas a respeito dessa espécie de compreensão, pois ela consistiria em uma espécie de significação “sociológica” do direito, a qual envolveria compreender o direito “como relações de poder, como relações entre pessoas que comandam e pessoas que obedecem ou não obedecem” (KELSEN, 2017, p. 393). Também é importante

3 Na obra *Os fundamentos filosóficos do jusnaturalismo e do positivismo jurídico* Kelsen complementa: “para um anarquista, o qual nega a validade da norma fundamental hipotética do direito positivo, [...] as relações jurídicas positivas, tal como a [relação jurídica] da propriedade, do contrato de prestação de serviço e assim por diante, não são nada além de simples relações de poder, as quais apresentam em normas de deveres uma mera ‘ficção’, [não] significam [nada senão] a tentativa de justificar uma ideologia” (KELSEN, 1928, p. 34).

destacar que essa significação sociológica do direito não deve ser confundida com a sociologia do direito, a qual de fato não pode deixar de operar, conforme a perspectiva defendida por Kelsen, a partir do direito positivado, ou seja, tendo aceito a ideia de que o direito é composto por normas postas e válidas (cf. KELSEN, 2017, p. 198-207).

Normativismo e positivismo são *supostos* na teoria de Kelsen, a qual afirma que caso não se adote a alternativa da espécie de significação sociológica dos fenômenos denominados jurídicos acima apontada, então se pode dar sentido a estes fenômenos compreendendo-os como dotados das características apontadas e descritas por meio das noções de normatividade e positividade.

Mas se por um lado normativismo e positivismo são *premissas*, por outro lado, deixando-se de lado a alternativa da significação sociológica referida, eles se apresentam como parâmetros importantes para que se possa criticar duas espécies de teorias existentes, aquelas que reduzem o direito a fatos sociais desvinculados das normas e aquelas que reduzem o direito a normas desvinculadas dos fatos sociais.

Já me ocupei, em minha primeira obra, de garantir a pureza da teoria, ou – o que significa o mesmo – a autonomia do direito como um objeto do conhecimento científico, frente a duas orientações. Por um lado contra a reivindicação de um tratamento por assim dizer “*sociológico*”, o qual deseja estabelecer o direito como um pedaço da efetividade *naturalmente* dada conforme o método científico *causal*. Mas também contra a doutrina do direito natural, a qual – pois ela ignora os fundamentos relacionais fornecidos exclusivamente pelo direito positivo – desloca a teoria do direito da esfera das proposições jurídicas positivas em direção aos postulados ético-políticos (KELSEN, 1923. p. v. Semelhante afirmação pode ser encontrada na segunda edição da *Teoria pura do direito*. Cf. KELSEN, 2017, p. 21).

Conforme observa Kelsen, a falha dos sociólogos do direito (que defendem a concepção acima referida) consiste em tentar compreender o direito sem recorrer ao aspecto normativo – “não se pode negar que existem [...] inúmeros casos nos quais as normas jurídicas são observadas como válidas, apesar de elas não serem, ou ainda não serem, válidas” (2017, p. 382-383) –, ao passo que a falha dos jusnaturalistas consiste em tentar compreender o direito sem recorrer ao aspecto positivo (cf. KELSEN, 2017, p. 390-396. DIAS, 2010, p. 136 e 138). Nesse contexto a teoria pura do direito emerge como uma terceira alternativa que não descarta nem o aspecto positivo nem o aspecto normativo do direito, porém não compreende o direito analisando apenas sua positividade ou sua normatividade. Essa terceira via proposta por Kelsen foi

denominada por Paulson “antinomia jurídica”, a fim de apontar o fato de que a teoria defendida por Kelsen existiria como uma terceira alternativa que se localizaria em um local aparentemente inexistente, pois as leituras do direito que o reduzem apenas a fatos ou apenas a normas compreenderiam aparentemente todas as alternativas possíveis (cf. PAULSON, 1992, p. 313-320).

Em síntese, a teoria do direito proposta por Kelsen pretende descrever o direito como composto, por um lado, por normas jurídicas válidas ou fenômenos descritos por tais normas (consequentemente observando a natureza normativa do direito), e, por outro, considerando como normas jurídicas somente aquelas normas que foram efetivamente elaboradas, estabelecidas conforme o processo determinado pelas normas válidas (portanto, tendo em vista a natureza positiva do direito).

4 A TEORIA DA ATRIBUIÇÃO ALTERNATIVA DE PODER E OS ATOS QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES DO PODER CONFERIDO ÀS AUTORIDADES

Um dos elementos centrais da teoria do direito de Kelsen consiste na meta de observar o direito em sua dinâmica jurídica, ou seja, a noção de que o direito regula sua própria criação⁴, tal como se pode observar na seguinte passagem:

[...] o processo jurídico no qual o direito será criado e aplicado, [...] este mesmo processo será novamente regulado através do direito. Pois se trata de uma propriedade altamente significativa do direito que ele regule sua própria criação e aplicação. A criação das normas gerais, este é o procedimento da legislação, é regulado pela constituição, e as leis formais ou processuais regulam a aplicação das leis materiais através de juízos ou departamentos administrativos. Por isso os atos de criação e de aplicação do direito apresentados no processo jurídico [...] somente vêm a ser considerados na medida em que eles constituem o conteúdo de normas jurídicas, [na medida em que eles] são determinados por meio de normas jurídicas (KELSEN, 2017, p. 140-141).

Junto à propriedade do direito de regular sua própria criação e aplicação é de se reconhecer que em virtude da compreensão do direito como direito positivo se mostra necessário que as normas identificadas como válidas tenham sido elaboradas por autoridades. Contudo, a esse respeito é preciso considerar um problema, o qual será abordado por Kelsen ao tratar da questão

4 Ainda que Kelsen tenha mencionado em uma passagem a existência de um “processo” de “autocriação” (*Selbsterzeugung*) do direito (KELSEN, 2008, p. 117), essa afirmação sobre uma autocriação do direito tem de ser lida como significando apenas o fato de que o direito regula sua própria criação, regula de que modo ele será criado, mas não que ele *se* cria. Nesse sentido Kelsen escreve: “O direito regula sua própria criação, e de fato na medida em que uma norma regula o processo no qual a outra norma será criada, e – em diferentes graus – também o conteúdo da norma criada” (2008, p. 84).

dos limites de ação das autoridades. Na maior parte dos casos de atribuição de poder (*Ermächtigung*)⁵ contidos no ordenamento jurídico, a autoridades, a fim de que estas apliquem o direito, esta atribuição ocorre de modo limitado, de tal modo que se confere poder a certas autoridades para que estas elaborem normas sobre certos temas e dentro de determinados parâmetros. O problema é que pode ocorrer de autoridades, às quais o ordenamento jurídico atribuiu certo poder, ultrapassarem os limites do poder atribuído. Exemplificativamente, uma autoridade pode ter recebido o poder para aplicar as normas de direito penal previstas em um ordenamento jurídico, porém ao realizar a aplicação destas normas ela cria uma norma individual, através de uma sentença, a qual se encontra fora dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico em questão, fora da moldura normativa pertinente àquele caso. Cabe aqui referir um exemplo oferecido por Kelsen:

O destinatário da norma individual a ser estabelecida pelo juiz é um órgão de execução. Mas também o juiz é destinatário de uma norma: a norma jurídica geral que estatui que o juiz deve estabelecer essa norma individual destinada ao órgão de execução. Frente a essa norma geral hipotética o juiz pode tomar duas atitudes diferentes. Ele pode *reconhecer* a norma geral para o caso concreto, i.e., ele pode, após ele ter estabelecido que a condição determinada *in abstracto* na norma geral está realizada *in concreto*, p. ex., que o indivíduo Schulze furtou uma determinada soma em dinheiro, direcionar a si mesmo a seguinte norma individual categórica: tu, juiz, deves estabelecer uma norma individual categórica, a qual estatui que o indivíduo Schulze deve ser posto na prisão. Essa norma individual categórica pode ser cumprida ou violada pelo juiz. O juiz pode também – a partir de um fundamento qualquer – *não reconhecer* a norma geral hipotética para este caso concreto, p. ex., pois ele acredita que sua aplicação seria injusta neste caso – e por isto não destinar a si mesmo a norma individual categórica: “Tu deves decidir: ‘Schulze deve ser posto na prisão’, e [por tal motivo ele não deve] estabelecer esta norma individual. Essa decisão judicial pode transitar em julgado. Então não existe, por parte do juiz, qualquer violação a uma norma. Caso se trate de um tribunal de instância inferior, é perfeitamente possível que por meio de um processo recursal um tribunal [de instância] superior venha a comandar ao juiz que ele estabeleça a norma individual que estatui que Schulze deve ser posto na prisão; e então pode ser que ocorra o cumprimento direto ou a violação desta norma individual, a qual o tribunal superior dirigiu ao juiz. Caso porém trate-se de um tribunal de última instância, a aplicação da norma geral hipotética depende no caso concreto de seu reconhecimento por parte do juiz (KELSEN, 1979, p. 41-42. Grifos do autor).

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

5 A expressão “*Ermächtigung*” (assim como os termos a ela relacionados, tais como *ermächtigt*) será traduzida por “atribuição de poder”, uma vez que em o termo “autorização” pode vir a conotar a ideia de um poder que se desenvolve dentro de certos limites, ao passo que a *Ermächtigung* nem sempre se refere à atribuição de um poder limitado. Sobre os sentidos do termo “autorização” (cf. PAULSON, 2000).

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.⁶

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. Esse problema pode ser ilustrado por meio da seguinte questão: se o juiz recebeu o poder para elaborar sentenças conforme o previsto no Código Penal e este determina que todos os que praticaram determinada conduta devem receber certa punição, como pode então ser válida a sentença deste juiz, caso ela determine que houve a prática da conduta, porém não aplique a punição prevista? Caso *somente* a atribuição de poder constante no Código Penal em questão fosse observada, então essa sentença não poderia ser válida, essa sentença não poderia existir do ponto de vista jurídico, ela não poderia vir a ser um objeto que integra o direito, pois o Código Penal não atribuiu ao juiz poder para elaborar uma sentença com esta natureza.

Com o intuito de reconhecer a existência de tal fenômeno, mas também buscando explicar por qual motivo, quando uma autoridade age fora dos limites estabelecidos pela moldura normativa aplicável, seus atos podem ainda assim ser válidos, Kelsen desenvolve sua teoria da atribuição alternativa de poder e afirma o seguinte:

6 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. A teoria da previsão de falhas é esclarecida por Merkl da seguinte maneira: “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 jurídico-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, consequentemente [existindo] como ato jurídico, e o ‘órgão’ que falhou deve ser reconhecido como órgão estatal.” (MERKL, 2018, p. 213-214. Grifos do autor. A respeito da definição de Fehlerkalkül, cf. CADORE, 2013, p. 554-556. KLETZER, 2005, p. 50. SILVA, 2019).

Se a norma jurídica individual criada por meio de uma decisão judicial é impugnável, então ela não somente pode vir a ser suspensa por meio da norma de uma decisão de última instância que transita em julgado, *caso o juízo de primeira instância faça uso da alternativa* [que consiste em] determinar ele mesmo o conteúdo da norma criada – com validade provisória – por ele, mas também quando *em virtude da outra alternativa estatuída pelo ordenamento jurídico* o conteúdo da norma individual criada pelo juízo de primeira instância corresponde [ao conteúdo] previamente determinado para ele pela norma geral (KELSEN, 2017, p. 476-477, grifos nossos).

Nessa passagem Kelsen trata das duas circunstâncias que podem ser verificadas. É possível, conforme a segunda alternativa apresentada, 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. A teoria do direito tem frente a si a tarefa de explicar como tais normas podem existir, e não apenas, tal como não é incomum de ser verificado em casos concretos, abandonar a tarefa descritiva e se limitar a formular discursos (praticar política jurídica) sobre como o objeto identificado deveria ser, sobre o que autoridades deveriam fazer ou não fazer.

O fato é que sentenças dessa espécie podem existir, é possível que uma autoridade ultrapasse os limites da atribuição de poder por ela recebida. Isso pode ocorrer de modo acidental, tal como se dá quando o motivo para a existência de uma sentença que se encontra fora da moldura normativa é um erro quanto ao conhecimento dos fatos pertinentes, mas também pode ocorrer intencionalmente, quando a autoridade que tem de aplicar o direito existente, que recebe do ordenamento jurídico uma moldura normativa e que se encontra autorizada a aplicar o direito

conforme esta moldura, elabora uma norma que se posiciona fora da moldura em questão. Nesse sentido Kelsen afirmará:

A corte está autorizada pela ordem legal a decidir o caso de acordo com sua própria discricão, a condenar ou absolver o acusado, a decidir-se contra ou a favor do demandante, a ordenar ou a recusar-se a ordenar uma sanção contra o acusado ou defendido. A corte está autorizada a ordenar uma sanção contra o acusado ou defendido apesar da ausência de uma norma geral violada pelo último, contanto que a corte entenda ser a ausência de uma tal norma estipulando a obrigação do acusado ou defendido afirmada pelo promotor ou demandante insatisfatória, injusta ou não-equitativa. Isso significa que *a corte está autorizada a criar para o caso concreto a norma de direito substantivo* que ela considera satisfatória, justa ou equitativa. A corte funciona então como um legislador (1945, p. 145).

Cumprir notar que esses atos de aplicação do direito que ultrapassam os limites da autorização podem ser anulados em muitas circunstâncias, significando isto que enquanto existe a possibilidade da anulação destes atos eles precisam ser vistos como atos dotados de “validade provisória”. Entretanto existem duas espécies de circunstâncias capazes de tornar tais atos definitivamente válidos, o trânsito em julgado (a imodificabilidade jurídica) e o fato de que tais atos foram praticados por uma autoridade que se encontra no ápice da cadeia hierárquica. A esse respeito Kelsen escreve:

[...] ao tribunal de última instância é atribuído poder [*ermächtigt*] tanto para [1ª alternativa] criar uma norma jurídica individual cujo conteúdo é predeterminado previamente por meio da norma criada através da legislação ou do costume, ou [2ª alternativa] para criar uma norma individual cujo conteúdo não é predeterminado deste modo, mas que é, isto sim, determinado pelo tribunal de última instância (KELSEN, 2017, p. 475).

Considerando o acima apontado é possível afirmar que a teoria da atribuição alternativa de poder oferece uma explicação a respeito da natureza jurídica daqueles atos realizados por autoridades estatais que ultrapassam os limites do direito a ser aplicado. Essa teoria é importante no contexto em que se analisa a teoria da interpretação de Kelsen, pois ela esclarece qual é o fundamento da existência dos atos de aplicação do direito que se encontram fora da moldura normativa, mas que ainda assim contam como atos jurídicos.

5 A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE KELSEN E A DESCRIÇÃO DAS ALTERNATIVAS COMPATÍVEIS COM A NOÇÃO DE ESTADO DE DIREITO

As afirmações realizadas por Kelsen no final da segunda edição da *Teoria pura do direito* a respeito da interpretação são o produto, por um lado, das constatações acima apresentadas a respeito da atividade de aplicação do direito, e, por outro, de sua teoria da moldura normativa.

Com respeito à teoria da moldura normativa é necessário apontar que a imagem de uma moldura cumpre a função de expressar o fato de que o objeto da interpretação do direito é dotado de uma pluralidade de sentidos. Uma vez que os textos jurídicos interpretados podem ser significados de diferentes maneiras, a polissemia normativa se constitui em um resultado inevitável destas diferentes formas de significação de tais textos. Nesse contexto cabe referir que a expressão “texto jurídico” é empregada por Lippold, mas não por Kelsen, que utilizou o termo “Gesetztext” [texto da lei]. Uma vez que se pode por vezes pretender referir um texto normativo, o qual não necessariamente está contido em uma lei, será utilizada a expressão “texto jurídico” (cf. KELSEN, 1979, p. 104. Quanto à proposta de um termo para distinguir o texto interpretado das normas resultantes da interpretação, cf. LIPPOLD, 2000, p. 350. WALTER, 1964, p. 46-48).

A polissemia normativa pode ser identificada, por exemplo, quando o intérprete se depara com um texto jurídico que prevê um aumento de pena caso o roubo tenha sido realizado com o emprego de “arma”. Esse texto jurídico pode ser interpretado de diferentes maneiras, tanto em virtude da possibilidade de empregar diferentes métodos interpretativos (Cf. KELSEN, 2017, p. 602-603. KELSEN, 1951, p. xiii. LIPPOLD, 1989, p. 159-170. MAYER, 1992, p. 67-70. SCHWAIGHOFER, 1986, p. 235-237. WIEDERIN, 2014, p. 114-118), quanto em decorrência do fato de que em alguns casos até mesmo a aplicação de um único método interpretativo pode produzir diferentes resultados. Assim, seguindo com o exemplo, por meio da aplicação do método teleológico para interpretar o termo “arma” podem resultar diferentes alternativas, dependendo dos fins identificados/adotados para realizar a interpretação, de tal modo que conforme uma destas interpretações o termo “arma” incluirá as armas descarregadas, porém conforme outra o emprego de tal termo envolve excluir esta possibilidade. Ademais, caso se aplique o método gramatical (objetivo), que atenta somente ao significado corrente dos termos constantes no texto normativo, também não se obtém uma única alternativa interpretativa, visto que não existe uma monossemia,

uma univocidade com respeito ao termo “arma”. É em virtude dessas considerações que a atividade de interpretação será descrita por Kelsen da seguinte maneira:

Caso se compreenda por “interpretação” a *fixação cognitiva do sentido do objeto a ser interpretado*, então o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação de uma moldura, a qual apresenta o direito a ser interpretado, e deste modo o conhecimento das várias possibilidades que se encontram dentro desta moldura. Por isso a interpretação de uma lei não precisa conduzir necessariamente a uma única decisão enquanto a única correta, mas sim possivelmente a várias, todas as quais – na medida em que elas são determinadas pela lei a ser aplicada – possuem o mesmo valor, também quando somente uma única destas venha a se tornar direito positivo por meio do ato do órgão que aplica o direito, especialmente [pelo ato] do tribunal. Que uma sentença esteja fundada na lei, isto não significa em verdade nada mais do que [afirmar que] esta [sentença] está contida dentro da moldura apresentada pela lei, isto não significa que ela é a norma individual, mas somente que ela é *uma* [das normas individuais] que podem ser criadas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 2017, p. 601. Grifos nossos).⁷

A atividade de interpretação, quando realizada por uma autoridade que tem de aplicar o direito, desenvolve-se primeiramente por meio da “fixação cognitiva do sentido do objeto a ser interpretado”, ou seja, ela implica na determinação da moldura normativa pertinente e, em um segundo momento, tal atividade ocorre através da *escolha* de qual das alternativas constantes na moldura normativa será aplicada no caso concreto. É precisamente por esse motivo que quando Kelsen intitula uma das seções do último capítulo da sua *Teoria pura do direito* “A interpretação como ato de conhecimento ou ato de vontade” não se deve inferir deste título, o qual por si só não

7 Essa passagem já bastaria para responder à crítica que Friedrich Müller faz a Kelsen ao afirmar que a compreensão de Kelsen das normas envolveria sustentar que as normas não possuiriam qualquer conteúdo e que a interpretação não possuiria quaisquer critérios. “A *ausência de conteúdo da compreensão normativa de Kelsen* já se sustentará tendo em vista a plurivocidade dos textos normativos. Que uma norma geral verbalmente formulada quase sempre permita vários significados, isto também o positivismo percebe. Entretanto também aqui a separação entre ser e dever-ser, entre ato de conhecimento e de vontade, de pontos de vista jurídico-positivos e ‘político-jurídicos’ exclui toda possibilidade de desenvolver meios concretos para a interpretação e para a aplicação [do direito]. Os critérios da decisão volitiva serão expelidos para o [plano do] metajurídico. Os critérios do conhecimento, tanto dentro da interpretação autêntica quanto com respeito à [interpretação] não-autêntica serão omitidos; a não ser que se trate a indicação geral a respeito do proceder ‘lógico’ como indicação suficiente para a verdade jurídica” (MÜLLER, 1994, p. 27. Grifos nossos). Apenas a fim de destacar a existência de critérios para o estabelecimento da moldura normativa, juntamente com a impossibilidade de oferecer uma única interpretação dos textos jurídicos, cumpre referir a seguinte passagem de Kelsen: “A partir de um ponto de vista somente orientado pelo direito positivo não existe qualquer critério, com base no qual uma das possibilidades presentes dentro da moldura do direito a ser aplicado pudesse ser preferida. Não existe de modo algum um método que possa ser caracterizado como de direito positivo, conforme o qual somente um dos vários significados linguísticos de uma norma pudesse ser destacado como ‘correto’; pressupondo-se, naturalmente, que se está lidando com várias significações de sentidos possíveis em conexão com todas as outras normas da lei ou do ordenamento jurídico. Apesar de todos os esforços da doutrina tradicional, até agora não foi possível decidir o conflito entre a vontade e a expressão de uma forma válida e objetiva, seja em favor de uma ou da outra. Todos os métodos interpretativos até então desenvolvidos sempre conduzem apenas a um [significado] possível, nunca a um único significado correto. Ater-se à suposta vontade do legislador por meio do ignorar a literalidade [normativa] ou observar a literalidade [normativa] de modo estrito e não se ocupar da vontade do legislador – [a qual é] muitas vezes problemática –, [ambas alternativas] possuem exatamente o mesmo valor” (KELSEN, 2017, p. 602-603).

constitui uma afirmação, porém apenas a enunciação de uma temática a ser analisada, que a concepção defendida por Kelsen consista em afirmar que a interpretação, quando realizada por uma autoridade à qual se atribuiu poder, consiste *ou somente* em um ato de vontade *ou somente* em um ato de conhecimento. Uma leitura dessa natureza foi desenvolvida por Leiminger ao sustentar a ideia de que Kelsen estaria defendendo que a interpretação do direito realizada pelas autoridades seria constituída puramente por um ato de vontade (cf. LEIMINGER, 1967, p. 82-94), sendo que esta crítica foi respondida por Kelsen da seguinte maneira:

Igualmente não fundada é a afirmação de L. [Leiminger], [segundo a qual] na p. 351 [da *Teoria pura do direito*] tratei a decisão judicial somente como “função volitiva” [Willensfunktion], pois lá apontei o juiz como “criador do direito” e como “relativamente livre nesta função”. Na p. 351 afirmo: “Na medida em que na aplicação da lei, com respeito ao necessário estabelecimento, naquele então, da moldura dentro da qual o ato a ser estabelecido deve se encontrar, possa ainda ter lugar uma atividade de conhecimento [por parte] do órgão aplicador do direito, não se trata de um conhecimento do direito positivo, mas sim de outras normas...” Com as palavras: “com respeito ao *necessário estabelecimento*, naquele então, *da moldura*” é expressa sem qualquer dúvida a função de conhecimento do direito positivo. Na p. 351 digo expressamente: “Na aplicação do direito por meio de um órgão jurídico vincula-se a interpretação cognitiva do direito a ser aplicado a um ato de vontade.” Como pode então L. afirmar (p. 86) que eu “neguei ao juiz o conhecimento do direito”, e, na p. 89, que em minha teoria não existe “qualquer descoberta do direito, mas somente uma criação do direito”; ainda que ele mesmo cite na p. 92 uma frase da *Teoria pura do direito*, 2. ed., p. 349, a qual se inicia com as [seguintes] palavras: “Caso se compreenda por ‘interpretação’ o estabelecimento cognitivo do sentido do objeto a ser interpretado.” Trata-se portanto de uma interpretação equivocada [Mißdeutung] de minha teoria, quando ele, na p. 85, afirma “que *Kelsen* não somente não tem nada a dizer sobre a interpretação, mas ele a rejeita, pois ele não vê na interpretação qualquer conhecimento jurídico” (KELSEN, 1968, p. 181).

Ao lado do fato de o produto da interpretação dos textos normativos não resultar em uma única hipótese interpretativa, uma única maneira possível para compreender o estabelecido pelo texto jurídico interpretado, Kelsen também pretende dar conta, quando ele analisa a natureza da interpretação do direito, de um fenômeno previamente apontado, aquele no qual as autoridades às quais foi atribuído certo poder ultrapassam este poder e, apesar disto, os atos de tais autoridades, as normas por elas criadas, constituem-se e são tratadas como normas válidas.

[...] através da interpretação autêntica, ou seja, da interpretação de uma norma por meio do órgão jurídico, o qual tem de aplicar esta norma, não se realiza somente *uma das possibilidades indicadas pela interpretação cognitiva das normas* a serem aplicadas, porém *pode ser criada uma norma, a qual está completamente fora da moldura* que foi apresentada pela norma a ser aplicada. Através de uma tal interpretação autêntica não somente criar-se direito no caso em que a interpretação possui caráter geral, ou seja, quando existe interpretação autêntica *no sentido usual da*

palavra, mas também no caso em que por meio de um órgão aplicador do direito é criada uma norma jurídica, desde que o ato do órgão aplicador do direito não possa mais ser suspenso, desde que ele transite em julgado (KELSEN, 2017, p. 606. Grifos nossos).

A interpretação autêntica, a interpretação realizada por órgãos aos quais se atribuiu poder para aplicar o direito, pode se desenvolver de tal modo que uma das possibilidades incluídas na moldura normativa é observada (e neste caso ela é uma interpretação que “realiza somente uma das possibilidades indicadas pela interpretação cognitiva das normas a serem aplicadas”), mas também pode corresponder a um ato que ultrapassa esta moldura (que em certo sentido não reconhece os limites da moldura). Aqui é necessário observar o seguinte: está-se afirmando que isto pode ocorrer desta maneira, pois de fato isto por vezes ocorre desta maneira, ou seja, não se trata de Kelsen estar *defendendo* que tal possibilidade seja atribuída às autoridades, mas sim de ele estar *descrevendo* uma possibilidade que de fato existe. Poder-se-ia aqui tentar criticar Kelsen afirmando que em tais casos não seria adequado o emprego do termo “interpretação”, dado que em tais circunstâncias o direito aplicado não foi o resultado de uma interpretação do direito posto e que disciplinava a matéria. Contudo é fundamental observar que Kelsen distingue a interpretação propriamente dita, a “interpretação autêntica *no sentido usual da palavra*”, daquela situação em que não existe a interpretação “no sentido usual da palavra”, daquela situação em que a autoridade que deveria aplicar o direito existente deixa de fazer isto e decide “fora da moldura”, ou seja, não realiza a interpretação do direito (da moldura), mas sim faz algo que parece ser interpretação, porém não corresponde à interpretação “*no sentido usual da palavra*”.

Entretanto, ainda que se deva reconhecer que o direito criado não resultou da interpretação das normas que disciplinam a matéria, é de se notar que ele ainda assim carrega um certo mínimo de interpretação do direito, pois as normas criadas através da aplicação do direito são intencionalmente criadas *como* aplicação do direito, significando isto que as autoridades que criam tais normas agem intencionalmente como autoridades ao criar estas normas, elas se conhecem como autoridades, pois conhecem, interpretam as normas que lhes atribuem a condição de autoridades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal qual apontado logo acima, na *Teoria pura do direito* Kelsen afirma que “através da interpretação autêntica” um “órgão jurídico, o qual tem de aplicar” certa norma, “*pode ser criada uma norma, a qual está completamente fora da moldura que foi apresentada pela norma a ser aplicada*” (KELSEN, 2017, p. 606. Grifos nossos). Porém, ao contrário do que se pode pensar e costuma ser afirmado, Kelsen não oferece uma teoria que legitime as decisões judiciais que ultrapassam os limites das normas gerais estabelecidas. Tal como indicado, a teoria pura do direito possui como um de seus objetivos centrais aquele de descrever os fenômenos do direito, dentre os quais se encontram os fenômenos de interpretação do direito em que os limites normativos não são observados. A existência da teoria da atribuição alternativa de poder torna absolutamente claro que o objetivo da teoria do direito de Kelsen é *apenas explicar* os casos de exercício do direito fora dos limites normativos, *não pretendendo defender* tais práticas.

Tal como indicado, a teoria pura do direito adota como um de seus parâmetros básicos a noção de que o direito existente é o direito positivo. É por esse motivo que Kelsen não pode afirmar, no contexto da descrição da interpretação do direito em que não se está levando em consideração um, alguns ou certo grupo de ordenamentos jurídicos concretos, que as atividades de interpretação do direito praticadas por autoridades estatais que vão além dos limites estabelecidos nas normas gerais precisam ser criticadas. E é precisamente por adotar uma teoria positiva e normativa do direito que se torna para Kelsen não apenas possível, mas necessário que ele de fato se manifeste de modo crítico, tal como ele fez no trecho de seu escrito *Fundamentos da democracia* referido, o qual tratou de situações em que autoridades que possuem o dever de aplicar o direito deixam de observar os limites normativos existentes *em ordenamentos jurídicos nos quais a noção de estado de direito consiste em um dos objetivos reconhecidos e positivados*. Quando um ordenamento jurídico não estabelece que o estado de direito é um de seus objetivos, quando um ordenamento jurídico não adota a democracia como modelo de governo, e, conseqüentemente, não existe, por um ou outro destes motivos (ou por outra norma de direito positivo que estabeleça a obrigatoriedade de aplicar o direito positivado), um fundamento positivo para afirmar o dever das autoridades de observar as normas gerais positivas, não resta para o teórico do direito que descreve o que é o direito nenhuma outra alternativa a não ser apenas descrever – e nunca prescrever, pois falta um fundamento para apoiar tal juízo prescritivo – as práticas de aplicação direito que ultrapassam os limites normativos

estabelecidos. Nesses casos o máximo que se pode fazer é dar um passo para trás, abandonar (temporariamente) a tarefa descritiva e, utilizando parâmetros não-positivados, tais como as noções de estado de direito ou de segurança jurídica, formular críticas a tais práticas.

Por outro lado, e este é o ponto fundamental exposto com o presente artigo, caso o ordenamento jurídico de fato tenha positivado a persecução de objetivos como a promoção de um estado de direito, então é uma obrigação do teórico do direito, dado seu compromisso com a tarefa descritiva, criticar práticas de aplicação do direito que ocorrem fora dos limites normativos estabelecidos em normas positivas. Em síntese, a atividade crítica não é algo incompatível com a adoção do positivismo normativo ou de uma perspectiva descritiva, e ainda que ela não seja necessária em termos absolutos, pois ordenamentos jurídicos podem não conter entre as suas normas positivas parâmetros que permitam tais críticas, ela é obrigatória em todos aqueles casos nos quais um ordenamento jurídico positivou as normas que permitem tais críticas.

REFERÊNCIAS

CADORE, Rodrigo Garcia. Die Lehre von der Rechtskraft 90 Jahre danach: Andreas Fischer-Lescano trifft Adolf Merkl. **Rechtstheorie**, Berlin, v. 44, p. 541-565, 2013.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JESTAEDT, Matthias. **Das mag in der Theorie richtig sein...**: vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien: Manz, 1979.

KELSEN, Hans. **Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus**. Charlottenburg: Pan-Verlag Rolf Heise, 1928.

KELSEN, Hans. Die Problematik der Reinen Rechtslehre. **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**, Wien, Band XVIII (neue Folge), p. 143-184, 1968.

KELSEN, Hans. Foundations of Democracy. Originalmente publicado em 1955. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). **Verteidigung der Demokratie**. Abhandlungen zur Demokratietheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 248-385.

KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**: Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. 2. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923.

KELSEN, Hans. Geltung und Wirksamkeit des Rechts. In: WALTER, Robert; JABLONER, Clemens; ZELENY, Klaus (Hrsg.). **Hans Kelsen stete Aktualität**. Wien: Manz, 2003, p. 5-21.

KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 1. Aufl. Originalmente publicada em 1934. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Originalmente publicada em 1960. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations**. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems. London: Stevens & Sons Limited, 1951.

KELSEN, Hans. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 2. Aufl. Originalmente publicado em 1929. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). **Verteidigung der Demokratie**. Abhandlungen zur Demokratietheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

KLETZER, Christoph. **Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory**. Ratio Juris, Oxford, v. 18, 2005, p. 46-63.

LEIMINGER, Karl. **Die Problematik der Reinen Rechtslehre**. Wien: Springer, 1967.

LIPPOLD, Rainer. **Recht und Ordnung**. Statik und Dynamik der Rechtsordnung. Wien: Manz, 2000.

LIPPOLD, Rainer. **Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin**. Wien: Springer, 1989.

MAYER, Heinz. Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre. In: WALTER, Robert (Hrsg.). **Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manz, 1992, p. 61-70.

MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. 2. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1994.

PAULSON, Stanley L. The weak reading of authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law. **Law and Philosophy**, [s.l.], n. 19, n. 2, p. 131-171, Mar., 2000.

PAULSON, Stanley L. The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law. In: **Oxford Journal of Legal Studies** [s.l.], vol. 12, No. 3, p. 311-332, Autumn, 1992.

SCHWAIGHOFER, Christoph. Kelsen zum Problem der Rechtsauslegung. In: PAULSON, Stanley L.; WALTER, Robert (Hrsg.). **Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre**. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86. Wien: Manz, 1986, p. 232-251.

SILVA, Matheus Pelegrino da. **Democracia e significação da liberdade no pensamento de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Matheus Pelegrino da. Positive oder Vorausgesetzte alternative Ermächtigung? Kelsens Lehre der alternativen Ermächtigung und die Bedingungen der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung für einen Akt. **Rechtstheorie**, v. 49, n. 3, p. 371-388, 2019.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito**. Repasse Crítico de seus Principais Fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WALTER, Robert. **Der Aufbau der Rechtsordnung**. Graz: Leykam, 1964.

WEINBERGER, Ota, Logik, Wirklichkeit und Positivität in der Reinen Rechtslehre, in: KRAWIETZ, Werner; SCHELSKY, Helmut (Hrsg.). **Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen**. Berlin: Duncker und Humblot, 1984, p. 263-274.

WIEDERIN, Ewald. Hans Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler. In: ALIPRANTIS, Nikitas; OLECHOWSKI, Thomas (Hrsg.). **Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts**. Wien: Manz, 2014, p. 109-118.

Recebido em: 19/03/2019

Aprovado em: 16/09/2019

Editor:

Dr. Leonardo da Rocha de Souza

Editores executivos:

Dr. Alejandro Knaesel Arrabal

Layra Linda Rego Pena