

HERMENÊUTICA JURÍDICA: UM CONFRONTO ENTRE HANS Kelsen E KARL LARENZ¹

Renata Marques Lima Dantas²

Resumo: Este artigo aborda o tema da hermenêutica jurídica sob duas vertentes distintas: a de Hans Kelsen, em sua clássica obra Teoria Pura do Direito e a de Karl Larenz, em seu livro Metodologia do Direito. O ponto central do artigo é apontar as distinções de ambas abordagens sobre este ponto específico, sem omitir, obviamente, eventual aproximação. Com tal confrontação busca-se trazer as bases teóricas que até hoje influenciam a interpretação do Direito, revelando-se, portanto, o tema atual e útil.

Palavras-chave: hermenêutica, Hans Kelsen, Karl Larenz.

Abstract: This article deals with the legal hermeneutics comparing two different approaches: Hans Kelsen , in Pure Theory of Law and of Karl Larenz , in Methodology of Law. The aim of the paper is to point out the distinctions of both approaches to hermeneutics , without omitting , of course , possible common aspect . With such a confrontation is seeking to bring the theoretical foundations that today influence the interpretation of the law , thus revealing himself current and useful theme.

Keywords: hermeneutic, Hans Kelsen, Karl Larenz.

Sumário: 1. Introdução – 2. HERMENÊUTICA – 3. A HERMENÊUTICA DE HANS Kelsen – 3. A HERMENÊUTICA DE KARL LARENZ – 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS – 5. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

¹ ISBN 978-85-919040-0-6

² Aluna mestranda em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia – UFBA com ingresso em 2014.2. Advogada. Especialista em Direito Civil e Consumidor, em 2010.

Este artigo tem por escopo fazer a comparação da teoria hermenêutica de Hans Kelsen e Karl Larenz com vista a verificar os aspectos em que se confrontam e até mesmo em que se aproximam.

O ideia da temática surgiu na disciplina teoria Geral do Direito no programa de pós-graduação *strictu sensu* na Universidade Federal da Bahia, ao ser proposta pelo Professor Doutor Paulo Pimenta a elaboração de texto acerca de um determinado ponto de cada teoria.

A escolha do aspecto hermenêutico de cada teoria se deu em decorrência de que ambas contribuíram e contribuem para a interpretação do Direito, revelando-se desta forma tema de grande importância.

Assim, inicialmente faz-se a distinção entre hermenêutica e interpretação a fim de justificar a escolha da expressão que titula este trabalho. Ainda no primeiro ponto aborda-se a importância de se estabelecer parâmetros interpretativos para a compreensão do Direito.

Em um segundo momento, far-se-á a abordagem da teoria kelseniana , especialmente no que tange à hermenêutica proposta. Embora Kelsen tenha dedicado parte pequena de sua obra ao tema é inegável a sua importância nos delineamentos básicos da compreensão do Direito.

Ato contínuo, é abordado pensamento hermenêutico de Karl Larenz. Para este autor, o Direito está orientado a valores, fato que é substancialmente diverso da teoria kelseniana.

Com isso tem-se que a confrontação desses dois vieses hermenêuticos possibilita vislumbrar o modo como se desenrolou o Direito especialmente no tocante às formas de interpretação.

2 HERMENÊUTICA

Inicialmente, impende tratar do sentido e alcance do termo hermenêutica a fim de não confundi-lo com interpretação.

“A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”.³ Certo que as leis editadas pelo legislador possuem caráter geral e amplo, trazendo uma previsão em abstrato. A tarefa do cientista ou operador do direito é de dar-lhe significado em um caso concreto efetuando o processo de subsunção entre um fato e a norma⁴.

Entretanto, para estabelecer essa subsunção é imperioso como premissa estabelecer o sentido e alcance do texto. Por sua vez, o operador do Direito ao determinar qual são os sentidos de uma regra realiza a interpretação.

Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de hermenêutica, interpretação. Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.⁵

Faz-se esta distinção tendo em vista que o que se pretende confrontar e a hermenêutica posta pelos dois autores. Mister atentar, por exemplo, que o capítulo VIII da obra Teoria Pura do Direito, denominado (na versão traduzida para o português) interpretação, em verdade apresenta a hermenêutica kelseniana.

Não se busca neste artigo a discussão acerca de eventual crítica à terminologia utilizada nas obras, até porque falta à autora conhecimento da obra original de ambos os autores em razão da não compreensão fluente da língua em que foram produzidas.

Todavia, valendo-se de Carlos Maximiliano, chama-se a atenção que a palavra alemã *Auslegung* (que em geral se traduz para o português como interpretação) possui um significado muito mais amplo que da expressão Interpretação.

³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

⁴ Ressalta-se que o entendimento sobre interpretação de Hans Kelsen e Karl Larenz será posto adiante.

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.1.

O vocábulo *Auslegung*, por exemplo, abrange o conjunto das aplicações da Hermenêutica; resume o significado de dois termos técnicos ingleses – *interpretation* e *construction*; é mais amplo e ao mesmo tempo mais preciso do que a palavra portuguesa correspondente – interpretação. Não é de admirar, portanto, que os alemães, como dispunham de um vocábulo completo para exprimir uma ideia, o adotassem de preferência.⁶

Desta forma, optou-se neste trabalho acadêmico por utilizar a expressão hermenêutica uma vez que o que se abordará serão as formas que Hans Kelsen e Karl Larenz propõem para o estudo dos processos que devem ser utilizados para se alcançar o sentido da regra jurídica.

3. A HERMENÊUTICA DE HANS KELSEN

Com efeito, tem-se que a teoria trazida por Hans Kelsen estabeleceu-se como marco teórico para a Ciência do Direito. Em sua obra Teoria Pura do Direito, o autor objetiva efetivamente fundar uma ciência jurídica.

A teoria pura do direito consiste em uma reação ao sincretismo epistemológico no conhecimento jurídico, afirmando a autonomia e a especificidade metódica da ciência do direito, comprometida seja pela metafísica do jusnaturalismo de convertê-la em filosofia da justiça (subordinação da validade à legitimidade), seja pela tentativa empirista do historicismo e do sociologismo jurídico de subordiná-la a outras ciências que cuidam dos fatos sociais, tais como a história e a sociologia [...]⁷

Para Kelsen, o objeto da ciência do direito é a regra posta (direito positivo) e para que esse sistema de normas seja analisado de forma científica é imperioso utilizar-se da metodologia da pureza. Assim, o referido jurista objetivou traçar um estudo para o Direito que tivesse sua validade e aplicabilidade universalmente aceita, independentemente de aspectos fáticos que pudessem gravitar em seu entorno.

A ciência do Direito, como todas as ciências, cria, constitui o seu objeto. É uma criação que se dá não no plano dos fatos, mas no plano

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.2.

⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.162

epistemológico. A tarefa da ciência do Direito de descrever o Direito necessita que ela ordene, no sentido de colocar em ordem, no plano epistemológico, o material que se encontra disperso, nas normas elaboradas por todas as instâncias e com diferentes graus de generalidade, conferindo-lhes unicidade.

Essa produção do objeto do conhecimento tem caráter puramente teórico ou gnosiológico, dá-se exclusivamente no plano do conhecimento.⁸

A Teoria Pura do Direito estabelece como premissa que se deve considerar como o direito puro a regra positivada e imune de interferências externa ao sistema normativo, seja da sociologia, filosofia, psicologia, ou qualquer outra. A teoria proposta por Kelsen não tem o escopo de descortinar como deve ser o direito, mas saber como o direito é.

Nessa linha, Kelsen faz um corte epistemológico a fim de separar sua teoria pura do direito de outras ciências tais como a ética, teoria política, etc. uma vez que tais ciências fazem estudos valorativos aos quais a ciência do direito não está submetida.

Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isso significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.⁹

A Teoria proposta por Kelsen se funda na análise das normas jurídicas (dever ser) e não sobre os fatos (ser) de modo que para tal teoria o que uma ciência do direito está comprometida é como conteúdo de sentido que se quis determinar. Desta feita, Kelsen entende o seguinte por hermenêutica jurídica.

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial

⁸ AFONSO, Elza Maria Miranda. Passos da teoria de Kelsen rumo à construção da teoria do Direito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de, TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs.). **Hans Kelsen Teoria Jurídica e Política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 46.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WM Martins Fontes, 2014, p.1.

ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto.¹⁰

Ato contínuo, Kelsen estabelece duas espécies de interpretação: a autêntica e a não autêntica. Pela primeira tem-se a interpretação feita pelo próprio órgão que tem a função de aplicar a norma enquanto que pela segunda tem-se a interpretação realizada por qualquer outra pessoa que não aquela com competência de aplicar a norma, inclusive nesta classificação se enquadra a interpretação do cientista jurídico por meio da doutrina.

Assim, de uma norma positivada ao ser aplicada (por meio da interpretação autêntica) gera uma norma individual.

Observa Kelsen que a interpretação é decorrência do próprio direito positivo tendo em vista que quando o legislador estabelece uma norma não tem como predeterminar todo o conteúdo das normas individuais que surgirão com o processo de aplicação.

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor de livre apreciação de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que se aplica o caráter de um quadro ou uma moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem que deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.¹¹

Em relação a essa indeterminação, Kelsen aponta que a mesma pode ocorrer tanto de modo intencional quanto não intencional.

Segundo a teoria kelseniana, a indeterminação intencional ocorre quando o próprio legislador superior já deixa intencionalmente uma margem para o aplicador integrar o conteúdo da norma ao passo que a não intencional ocorre quando o próprio termo do texto tem mais de um significado, quando ocorrem antinomias¹², enfim, situações não queridas.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WM Martins Fontes, 2014, p.387.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WM Martins Fontes, 2014, p.388.

¹² Ressalta que para Kelsen é rejeitada a possibilidade de antinomias entre normas jurídicas pois estas são enunciados de dever ser não se submetendo ao princípio lógico de verdade/falsidade, mas ao critério de

O papel da ciência do direito será de fixar as mais diversas interpretações que se pode extrair de uma norma, e só. Após feito isso encerra-se o trabalho do cientista do direito. Por isso Kelsen entende que essa indeterminação de significados que uma norma pode ter seria uma moldura e caberá ao cientista jurídico dizer quais as significações possíveis.

Importante salientar que Kelsen refuta a ideia de que da norma possa se extrair apenas um significado único. Com isso, ele discorda daqueles que entendem que se deva buscar um método interpretativo para se alcançar o real significado da norma, pois todas as possibilidades de significados serão aceitáveis. “[...] não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra”¹³

O que Kelsen afasta é que o aplicador do Direito esteja adstrito às significações possíveis. Para o autor austríaco, o aplicador do direito pode escolher algum dos significados determinados pelo cientista jurídico, dentro da moldura, ou pode até mesmo escolher uma significação fora dessa moldura. Isso porque a atividade do cientista é ato de conhecimento enquanto que a atividade do aplicador é ato de vontade (o que está fora da ciência do Direito).

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação da norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.¹⁴

Assim, o corte epistemológico realizado por Kelsen reflete-se em sua hermenêutica de modo a considera-la isenta de valores e, no campo que este adentra, que é a aplicação do direito, não será considerado ciência jurídica.

validade. O que pode se contradizer são apenas as proposições jurídicas, pois estas sim são enunciados descritivos.

¹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WM Martins Fontes, 2014, p. 391

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WM Martins Fontes, 2014, p. 394

A Teoria Pura do Direito de Kelsen afasta a influência de valores ou normas de outras ciências do processo interpretativo realizado pelo cientista jurídico. Destarte, entende-se que a interpretação em Kelsen tem como prevalente o sentido normativo da lei, não se levando em consideração a vontade do legislador.

De fato, a interpretação para teoria Pura do Direito estará vinculada e limitada pelo texto da norma, e somente a isso, desconsiderando qualquer elemento de outros tipos (éticos, religiosos, etc).

4 HERMENÊUTICA EM KARL LARENZ

Para Larenz, a interpretação da lei é um processo de duplo sentido. Para tanto, parte-se do que ele chama de situação de fato em bruto que é o relato da pessoa que contém elementos relevantes e não relevantes para em seguida se conformar a situação de fato definitiva enquanto enunciado, verificando-se que normas podem ser aplicadas, atendendo mais uma vez a situação de fato, tanto quanto seja necessário. Destarte, para Larenz interpretar é “uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz a compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”¹⁵

O autor aponta que a função da interpretação é solucionar os casos em que duas normas jurídicas se contradizem. Com a interpretação seria possível sanar esse tipo de problema. Assim como Kelsen, Larenz entende que a ciência do direito pode auxiliar na jurisprudência, mas Kelsen afastar a aplicação do direito da teoria pura justamente porque esta contém valores.

Larenz afirma que embora o juiz deve interpretar os fatos de forma que a sua interpretação valha para casos semelhantes, pois

Se os tribunais interpretassem a mesma disposição em casos similares ora de uma maneira, ora de outra, tal estaria em contradição com o postulado da justiça de que os casos iguais devem ter tratados de igual modo, assim como com a segurança jurídica a que a lei aspira.¹⁶

¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 439.

¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 442.

Por sua vez Kelsen afirma que esse exercício da jurisprudência na busca de uma interpretação não deve servir para o cientista jurídico já que

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação correta. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica.¹⁷

Larenz segue sua teoria hermenêutica afirmando que não é possível considerar uma interpretação como absolutamente correta, no sentido de que seja tanto definitiva, em todas as fases da história. “Nunca é definitiva, porque a variedade inatacável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões.”¹⁸

Destarte, Larenz aceita as duas teorias da interpretação, tanto a subjetivista quanto a objetivista. Isso porque uma vai atrás da vontade do legislador e a outra se atém ao sentido presente na própria norma. Assim, pode-se considerar as duas como interpretações possíveis.

Na lei, como objetivação da vontade do seu autor dirigida a criação de uma regulação jurídica — ou de uma regulação jurídica parcial —, confluem tanto as suas ideias “subjetivas” e metas volitivas, como certos fins e imperativos jurídicos “objetivos”, em relação aos quais o próprio legislador não necessita de ter consciência ou de a ter em toda a sua amplitude.¹⁹

Diferentemente de Kelsen, Larenz entende que a interpretação deve levar em consideração as opções valorativas do legislador histórico. Larenz, ademais, expõe que a interpretação não pode ser deixada totalmente ao critério do intérprete, pois deve estar submetida a critérios que lhe dê uma forma segura e comprovável.

¹⁷ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WM Martins Fontes, 2014, p. 396.

¹⁸ Larenz, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 443

¹⁹ Larenz, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 447-448.

Segundo Larenz, o ponto de partida de toda interpretação deve ser o sentido literal, ou seja, deve-se partir do significado que as palavras tem observando a sua aplicação linguística, ou seja o contexto significativo da lei que é o segundo critério.

Por conseguinte, o sentido literal a extrair do uso linguístico geral ou, sempre que ele exista, do uso linguístico especial da lei ou do uso linguístico jurídico geral, serve a interpretação, antes de mais, como uma primeira orientação, assinalando, por outro lado, enquanto sentido literal possível — quer seja segundo o uso linguístico de outrora, quer seja segundo o atual —, o limite da interpretação propriamente dita. Delimita, de certo modo, o campo em que se leva a cabo a ulterior atividade do intérprete.²⁰

O terceiro critério que, segundo Larenz, deve ser observado quando da interpretação se manifesta em razão é o histórico por meio do qual deve-se levar em consideração

[...]a intenção reguladora do legislador e as decisões valorativas por ele encontradas para alcançar manifestamente esse desiderato continuam a ser arrimo obrigatório para o juiz, mesmo quando acomoda a lei — por via da interpretação teleológica ou do desenvolvimento do Direito — a novas circunstâncias não prevista pelo legislador, ou quando a complementa. Aqui surge, abertamente e de imediato, a questão de saber de que pessoas se trata, quando perguntamos pela vontade ou pela ideia normativa “do legislador”.²¹

Nesse ponto, Larenz esclarece que os testemunhos daqueles que estão a elaborar a norma, suas influências, devem ser interpretadas tomando-se por base a linguística da época da elaboração normativa. As atas, projetos, etc, que forem fontes de conhecimento dessa vontade serão úteis a fim de verificar a intenção reguladora e os fins do legislador, pois em alguns casos isso não está evidenciado na lei.

E, como quarto critério Larenz expõe o teleológico-objetivo, pois ele reconhece que , na maioria das vezes, os fins eleitos pelo legislador para a produção normativa geralmente são objetivos “como a manutenção da paz e a justa resolução dos litígios, o equilíbrio de uma regulação no sentido da consideração otimizada dos interesses que se encontram em jogo, a proteção dos bens jurídicos [...]”²².

²⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 457.

²¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 463.

²² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 469.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hermenêutica jurídica em Hans Kelsen e Karl Larenz é tratada de forma diferenciada. O ponto central da diferença entre ambos está no fato de Larenz vislumbrar que a atividade interpretativa tem seu início na análise da situação de fato.

Diferentemente, a teoria pura proposta por Hans Kelsen afasta por completo na ciência do direito a possibilidade de uma interpretação voltada ao fato. Notadamente, a interpretação deve estar voltada para a norma, as valorações que existem quando o aplicador do direito efetua a interpretação não está inserida na ciência jurídica.

Outro aspecto de distinção crucial entre as teorias hermenêuticas abordadas neste artigo está na utilização de critérios. Para Larenz, é importante a definição de critérios na interpretação a fim de que a mesma ocorra com margem de segurança e comprovabilidade.

Por outro lado, para Kelsen, para é refutada, totalmente, por exemplo, a possibilidade de utilização do critério histórico. Em razão do sentido objetivo que a norma assume quando integra o ordenamento jurídico, fica incompatível a verificação da vontade ou intenção do legislador ou do juiz ao expedir uma sentença, que se transitar em julgado integrará igualmente a ordem jurídica.

Todavia, não se pode deixar de reconhecer que os autores possuem pontos de convergência, a exemplo do reconhecimento de que o trabalho da ciência jurídica auxilia o da jurisprudência na interpretação. Mas, permanece a discordância na extensão desse auxílio, pois para Kelsen, ao cientista jurídico caberá definir as significações possíveis para a norma (metáfora da moldura), mas jamais isso será um limitador da interpretação para o aplicador do direito. De outra banda, Larenz ao definir seus critérios interpretativos entende pela necessidade de se estabelecer uma limitação.

Enfim, certo que ambos os autores possuem enorme relevância para o estudo da hermenêutica e, mais além, para a própria filosofia do Direito, revelando-se de grande desafio a epistemologia do direito.

6 REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. Passos da teoria de Kelsen rumo á construção da teoria do Direito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de, TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs.).

Hans Kelsen Teoria Jurídica e Política. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8. ed. São Paulo: WM Martins Fontes, 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução de José Lamago. 6ª ed., Lisboa: Fundação *Calouste Gulbenkian*, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.