



Dialética e revolução: confrontando Kelsen e Gadamer quanto à interpretação jurídica

Dialectic and revolution: confronting Kelsen and Gadamer on legal interpretation

Hans Lindahl¹

¹ Universidade de Tilburg, Holanda. E-mail: H.K.Lindahl@tilburguniversity.edu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1333-9746>.

Versão original:

LINDAHL, Hans. Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on legal interpretation. *Cardozo Law Review*, v. 24, n. 2, p. 769-798, 2002-2003. DOI?



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Resumo

O presente artigo examina a estrutura as condições gerais da interpretação jurídica, reveladas a partir do confronto entre a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e uma concepção possível da interpretação jurídica, projetável na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen. A questão gadameriana, “O que define a interpretação jurídica como interpretação”, sugere que a referência de Kelsen às normas jurídicas como “esquemas de interpretação” precisa ser radicalizada: a circularidade ou dialética hermenêutica é atuante no Direito, de modo que a interpretação jurídica da realidade transforma, em maior ou menor medida, o princípio de interpretação – a norma jurídica. A questão kelseniana, “O que define uma interpretação como interpretação jurídica?”, sugere que a interpretação jurídica sempre acontece de maneira subjacente a uma ruptura normativa que não pode ser “fechada” interpretativamente a partir da ordem ela mesma. Por conseguinte, e em última instância, a abordagem gadameriana da interpretação jurídica se revelaria positivista.

Palavras-chave: Interpretação Jurídica; Determinação jurídica; Familiaridade; Estranhamento; Hermenêutica.

Abstract

This paper examines the general structure and conditions of legal interpretation that arise from confronting Gadamer's philosophical hermeneutics with a determinate conception of legal interpretation suggested by Kelsen's Pure Theory of Law. The Gadamerian question, "What defines legal interpretation as interpretation?", suggests that Kelsen's reference to legal norms as "schemes of interpretation" must be radicalized: a hermeneutic circularity or dialectic is at work in the law, such that the legal interpretation of reality also changes, to a lesser or greater extent, the principle of interpretation - the legal norm. The Kelsenian question, "What defines interpretation as legal interpretation?", suggests that legal interpretation always moves on this side of a normative rupture that cannot be "closed" interpretatively from within the order itself. This insight implies that Gadamer's account of legal interpretation ultimately falls prey to positivism.

Keywords: Legal Interpretation; Legal Determinacy; Familiarity; Strangeness; Hermeneutics.



Introdução¹

Qualquer um que folheie a *Teoria Pura do Direito* esperando encontrar uma análise filosófica aprofundada acerca da interpretação jurídica está fadado a se desapontar, ao menos em princípio. A interpretação jurídica ocupa um papel relativamente modesto na estrutura da Teoria Pura, e o enfoque da análise kelseniana é extremamente estreito. A perspectiva avançada por Kelsen é em grande medida determinada pela rejeição completa da posição que compreende os métodos da interpretação jurídica como o caminho para uma “única resposta correta”. Ainda que perspicaz, a abordagem de Kelsen não deixa de ser restritiva por demasiado. Sua estreiteza – e mesmo seu reducionismo – é chocante dado o papel de destaque ocupado pela interpretação nas mais variadas linhas de investigação filosófica, contemporâneas ao desenvolvimento da Teoria Pura. A análise em Edmund Husserl da estrutura da intencionalidade, a discussão em Heidegger da compreensão como um elemento fundamental da relação humana com o mundo, e a elaboração por parte de Hans-Georg Gadamer da hermenêutica filosófica podem ser vistas, com a abstração considerável de suas diferenças, como tentativas de clarificar a estrutural comum e as condições de possibilidade da interpretação.

A obra de Gadamer tem particular interesse, visto que nela há uma discussão específica quanto à interpretação jurídica, assumindo então um papel paradigmático de exposição do esforço hermenêutico como um todo. *Verdade e Método*, sua obra magna, teve uma influência profunda nas discussões da Teoria do Direito acerca do conceito e tarefa da interpretação jurídica, tanto na Europa Continental quanto na tradição anglo-saxã. Um exemplo conhecido é o de Ronald Dworkin, quem reconhece sua dívida para com Gadamer nos capítulos iniciais de *Império do Direito*. Em suma, enquanto o que se poderia denominar vagamente como um giro hermenêutico na filosofia moderna teve um impacto considerável na discussão teórico-jurídica acerca da interpretação jurídica, Kelsen pareceria ter permanecido teimosamente impermeável a esse tipo de pensamento.

¹ Originalmente publicado como *Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on legal interpretation*, no volume 24, n. 2, p. 769-798, ano 2002-2003 da *Cardozo Law Review*. O autor agradece a Ulises Schmill, Michel Troper, Bert van Roermund e Oscar Sarlo pelos comentários e apontamentos a um esboço desse artigo, apresentado no Congresso da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social em junho de 2001, em Amsterdam.



Em um primeiro apanhado das questões que interessavam Kelsen, é tentador concluir que a Teoria Pura tem pouco ou nada a oferecer para uma elaboração filosófica do conceito de interpretação jurídica. Essa conclusão, contudo, pode ser prematura. Eu argumentarei que a contribuição fundamental da Teoria Pura para uma teoria da interpretação jurídica se encontra em outro lugar, na teoria da norma fundamental. Eu proponho, portanto, uma investigação a respeito da estrutura comum e das condições de possibilidade da interpretação jurídica através do confronto da Teoria Pura de Kelsen com a hermenêutica filosófica de Gadamer.

Essa confrontação se desenvolve em dois momentos. O primeiro propõe uma leitura crítica de Kelsen através de Gadamer. O conceito chave desse momento é a dialética, ou, nos termos postos por Gadamer, o círculo hermenêutico. De fato, a radicalização da perspectiva kelseniana da norma jurídica como um “esquema de interpretação” revela a dialética operante no Direito: a interpretação jurídica da realidade também muda, em maior ou menor medida, o princípio da interpretação – isto é, a norma jurídica. O segundo momento inverte o primeiro, propondo então uma leitura crítica de Gadamer através de Kelsen. Aqui, o conceito chave é revolução. A análise kelseniana da gênese de uma ordem jurídica, através do seu enquadramento por sua famosa teoria da norma fundamental efetivamente expõe os limites da interpretação jurídica no sentido forte do termo “limite”: toda ordem de direito positivo é radicalmente contingente, porque a interpretação jurídica sempre acontece ao modo de uma ruptura normativa que não pode ser “fechada” interpretativamente a partir da e pela ordem jurídica ela mesma. A crítica de Kelsen, eu proponho, revela um resíduo de positivismo a governar a perspectiva gadameriana da interpretação jurídica, em que pese sua crítica expressa e contínua dessa abordagem do Direito.

1. Dialética

Uma ambiguidade latente caracteriza a teoria kelseniana da interpretação jurídica. A ambiguidade advém do fato que a Teoria Pura contém não uma, mas duas abordagens diferentes quanto a interpretação jurídica. Essa ambiguidade é latente, por sua vez, porque enquanto Kelsen explora de maneira elaborada uma delas, a outra permanece pouco desenvolvida e marginal. A primeira se funda na ideia de que a norma jurídica é



uma “moldura” de possibilidade, isto é, um escopo maior ou menor de significados normativos, esperando para serem descobertos pelo ato interpretativo. A segunda destaca a norma jurídica como um “esquema de interpretação”. Após discutir brevemente a abordagem privilegiada por Kelsen, eu procurarei mostrar como a noção de um “esquema de interpretação” permite que a Teoria Pura se integre ao “giro hermenêutico” da filosofia moderna.

1.1. A norma jurídica como uma moldura de significados

A interpretação é, como Kelsen a reconhece, um elemento onipresente do Direito. Em todos os casos aqueles em que uma norma deve ser aplicada, a interpretação é necessária, incluindo normas constitucionais, leis, regulações administrativas, decisões judiciais e contratos. Entretanto, o processo de aplicação normativa não esgota de modo algum o escopo da interpretação jurídica: com vistas a seguir ou cumprir as normas jurídicas, os indivíduos precisam interpretá-las. Mais ainda, o âmbito de operação da interpretação jurídica não está limitado a uma disposição prática quanto ao Direito, tal qual naqueles casos em que se o aplica ou se o cumpre; a ciência jurídica também precisa interpretar o Direito no processo de sua descrição, isto é, quando se empreende uma disposição puramente teórica quanto ao Direito.²

O que é afinal a interpretação jurídica? A resposta kelseniana está intimamente entrelaçada com a compreensão das normas jurídicas como “molduras” que contêm um espectro de aplicações possíveis. Nas suas palavras, “se ‘interpretação’ é entendida como a descoberta do significado de uma norma a ser aplicada, seu resultado só pode ser a descoberta de uma moldura que a norma a ser interpretada representa e, dentro dessa moldura, a cognição das várias possibilidades de aplicação.”³ De maneira sucinta, compreender uma norma jurídica significa clarificá-la, e clarificá-la implica destacar e fixar – *festsellen* – os conjuntos de significado que definem uma norma jurídica como uma “moldura” de possíveis aplicações. Isso é aquilo que, substancialmente, Kelsen nos escreve acerca do conceito da interpretação jurídica.

² KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Trad. por Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1970, p. 348-349.

³ KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 2ª ed. Trad. de Bonnie Littschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 80.



A teoria da moldura prepara o caminho para os dois posicionamentos polêmicos de Kelsen frente às teorias tradicionais da interpretação jurídica. O primeiro diz respeito à segurança jurídica. Na sua perspectiva, os assim chamados métodos de interpretação jurídica encobrem o fato de que “não existe nenhum critério que possa fundar a preferência de uma das possibilidades oferecidas pela moldura da norma em detrimento das demais.”⁴ Assim, a questão concernindo a interpretação “correta” de uma norma jurídica é uma problema político-jurídico, mas não teórico-jurídico. Conseqüentemente, a segurança jurídica, isto é, a ideia de que a interpretação favorecida por uma autoridade jurídica – e apenas essa interpretação – deriva inexoravelmente da norma aplicável é uma ilusão que serve apenas para mascarar os poderes discricionários exercidos pelas autoridades.

O segundo concerne o problema das lacunas no Direito. De um ponto de vista estritamente lógico, não haveria lacunas no Direito, dado que se nenhuma norma jurídica é aplicável a um caso trazido perante o Direito, então a autoridade jurídica correspondente pode simplesmente rejeitar a pretensão como infundada. Contudo, o problema das lacunas se refere àqueles casos em que a aplicação do significado da norma leva a resultados que são vistos como injustos ou inconseqüentes. Nesses casos, os métodos de interpretação são invocados com vistas a remover a discrepância. De fato e contudo, eles são convocados para “eliminar a norma a ser interpretada, com vistas a substituí-la com a norma desejada pela autoridade a aplica-la.”⁵ Kelsen não poupa nas palavras acerca desse procedimento, que para ele significaria o mesmo que a usurpação das funções da autoridade jurídica.

Ainda que essa sinopse pudesse ser refinada, ela parece suficiente para apreender a direção principal da teoria kelseniana da interpretação jurídica.⁶ Agora, eu proponho um enfoque no seu pressuposto-chave, de modo a abrir caminho para uma segunda abordagem da interpretação: uma abordagem que a Teoria Pura sugere, mas, em última instância, não desenvolve.

⁴ KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 2ª ed. Trad. de Bonnie Littschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 81.

⁵ KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 2ª ed. Trad. de Bonnie Littschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 85.

⁶ Cf. PAULSON, Stanley L. Kelsen on Legal Interpretation. *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*, v. 10, n. 2, p. 136-152, 1990. para um levantamento e discussão satisfatórios acerca dos escritos relevantes de Kelsen quanto a interpretação.



A proposta kelseniana de ver a norma jurídica como uma “moldura” de significados tem sua plausibilidade, dado ser inquestionável que, embora polissêmicas, as normas jurídicas não o são de maneira infinita. Entretanto, a referência a uma moldura diz mais que isso: ela diz que a tarefa da ciência do Direito é “baseada na análise, [revelar] todas as significações possíveis, mesmo aquelas que são politicamente indesejáveis e que, porventura, não foram de forma alguma pretendidas pelo legislador ou pelas partes que celebraram o tratado, mas que estão compreendidas na fórmula verbal por eles escolhida.”⁷ Como “moldura”, a norma jurídica é um corpo fechado e imutável de significados, esperando para ser descoberto e ordenado pela ciência do Direito.

Justamente por essa razão, a crítica kelseniana se refere à possibilidade, mas não ao conceito, da segurança jurídica. A teoria da moldura implica que é possível haver certeza quanto o espectro de significados compreendidos por uma norma jurídica, no sentido de uma enumeração exaustiva e concludente acerca das aplicações possíveis de uma norma. Longe de romper com a ideia tradicional de segurança jurídica, a crítica kelseniana a confirma, reforçando-a até. De fato, o desmascaramento da ilusão da segurança jurídica anda lado a lado com a dura advertência acerca da importância prática de uma redação jurídica de qualidade, com vistas a alcançar um grau mais elevado de segurança jurídica:

Uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer À exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.⁸

Em contraste com a mais ou menos subjetiva e politicamente interessada perspectiva de interpretação advinda da aplicação das normas jurídicas, a perspectiva interpretativa da ciência do Direito é desinteressada e, em seu desinteresse, objetiva. Em outras palavras, a perspectiva científica permite que a cognição jurídica reproduza, através das proposições jurídicas, todos e apenas aqueles significados contidos na norma jurídica. Interpretar é representar, e representar é articular um espectro original

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 396.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 396-397.



de significados apresentados diretamente à cognição. Essa pressuposição representacionista informa o ponto de partida da posição de Kelsen acerca da interpretação jurídica: “Não é possível extrair de uma norma por meio de interpretação o que a norma nunca teve.”⁹

Ainda que Kelsen esteja indubitavelmente certo em afirmar que nem toda interpretação é aceitável, é necessário concordar com sua pressuposição representacionista de que toda norma jurídica tem um significado ou significados revelados por um ato interpretativo? O que é necessário não é simplesmente mostrar que a segurança jurídica é inalcançável, como Kelsen pensava, mas reconsiderar radicalmente sua conceituação. Reconsiderar o conceito de segurança jurídica implica pensar, mais uma vez, através do sentido da interpretação jurídica e sua relação com a subjetividade e a objetividade. Haveria na Teoria Pura uma sugestão mais radical para se abordar a interpretação?

1.2. A norma jurídica como “esquema de interpretação”

Os vestígios para uma resposta afirmativa a essa questão estão presentes no começo das duas edições da *Reine Rechtslehre*, quando Kelsen se refere às normas jurídicas como “esquemas de interpretação”. O comportamento humano, ele argumenta, se transforma em um ato jurídico quando ele adquire um significado jurídico, e um ato recebe esse significado quando conectado a uma norma jurídica:

O que transforma esse evento num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere [*bezieht*] com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como um esquema de interpretação.¹⁰

Kelsen ilustra sua concepção da norma jurídica por meio de uma referência a adjudicação, um tipo específico de determinação do Direito:

⁹ KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 2ª ed. Trad. de Bonnie Littschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 87.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 4.



Quando um juiz estabelece como dado um fato material concreto (por exemplo, um delito), sua cognição está direcionada antes de qualquer coisa simplesmente para algo existente na natureza. Sua cognição se transforma em uma cognição jurídica no momento em que ele traz à relação (*in Beziehung bringt*) o fato material que ele estabeleceu e a lei que ele aplicará; quer dizer, a cognição só se transforma em uma cognição jurídica quando o juiz interpreta o fato material como “furto” ou “estelionato”.¹¹

O que chama a atenção imediatamente nessas passagens é a caracterização avançada por Kelsen da determinação do Direito como um “relacionar” (*beziehen*). Que tipo de relação a determinação do Direito traz à lume? Quando uma autoridade jurídica determina uma norma, ela qualifica um evento juridicamente: ela revela aquele estado de coisas como possuidor de um significado normativo determinado. O ato de determinar o Direito objetifica o evento, no sentido fundamental do termo “objetividade”: a determinação do Direito desvela o fato como um “isso” ou “aquilo”, isto é, como “furto” ou “estelionato”. Interpretação é o relacionar do significado jurídico com um evento, ou o desvelamento de algo presente como algo significado (resumidamente, e daqui em diante: “algo como algo”).

Infelizmente, a análise dos “esquemas de interpretação” não é aprofundada por Kelsen. Isso se explica pelo fato já indicado de que na Teoria Pura as normas jurídicas funcionam de duas maneiras completamente diferentes, nomeadamente, como “esquemas de interpretação” e como objetos de interpretação. Na visão de Kelsen, a interpretação jurídica se restringe a segunda modalidade; com a primeira pertencendo a uma noção mais geral de interpretação. Ainda que inicialmente plausível, essa pressuposição é filosoficamente problemática, em razão da questão daí advinda: qual é a estrutura comum que permite a qualificação de qualquer e todo ato de interpretação como um ato interpretativo, independentemente do objeto de interpretação? Em outras palavras: o ato de interpretar uma norma jurídica, *qua* ato interpretativo, necessariamente desvela “algo como algo”, de modo a pressupor aquilo que pode ser denominado de maneira muito ampla como um “esquema de interpretação”?

Essa pergunta permite adentrar na hermenêutica filosófica de Gadamer. De fato, Gadamer aponta o caminho para uma abordagem mais radical da interpretação,

¹¹ KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 2ª ed. Trad. de Bonnie Littschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 11.



sugerindo que a linguagem “esquematiza” ou “media” nosso acesso ao mundo.¹² A realidade nunca é dada diretamente, mas sempre como “isso” ou “aquilo”. Consequentemente, atividades aquelas tão distantes tais quais ciência, arte, religião e Direito são todas interpretativas, em um sentido fundamental. Mais ainda, a interpretação não está limitada àquelas atividades discursivas, no sentido mais amplo do termo. Husserl, por exemplo, demonstra que a percepção é, de cabo a rabo, um processo interpretativo, guiado por “intenções antecipativas” quanto a como as coisas aparecem, são sentidas etc.¹³ O ponto levantado por Gadamer implica que não existe nenhuma diferença essencial, no tocante a estrutura de interpretação, entre o ato que revela um evento como juridicamente significativo e um ato que elucida o significado de uma norma jurídica. Ambos são instâncias específicas da realização comum a toda interpretação, isto é, “compreender algo como algo.”¹⁴ A interpretação é um elemento universal do Direito, não em razão de nossa relação específica com o Direito, mas porque ela denota a maneira pela qual os seres humanos têm acesso ao mundo.

É essa a abordagem necessária, portanto, para se radicalizar o *insight* de Kelsen acerca da norma jurídica como um esquema de interpretação. Para tanto, eu não me debruçarei nas fontes filosóficas de onde Kelsen derivou essa noção. Minha estratégia, pelo contrário, implicará em desenvolver uma estrutura conceitual que faça a ponte entre o ponto kelseniano e a hermenêutica filosófica gadameriana. Como Gadamer apenas se refere à função hermenêutica dos “esquemas” em um nível muito elevado e universal da linguagem, essa estrutura conceitual terá que elaborar concretamente essa ideia em relação as normas jurídicas.

Começemos olhando mais de perto a noção de um “esquema de interpretação”. Generalizadamente, um esquema de interpretação é uma regra ou medida que determina o que nós olhamos e destacamos no mundo dos eventos. Essa mesma ideia

¹² GADAMER, Hans-Georg. Text and Interpretation. In: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard. (eds.) *Dialogue and Deconstruction: The Gadamer-Derrida Encounter*. Nova Iorque: SUNY Press, 1989, p. 28-29.

¹³ Cf. HUSSERL, Edmund. *Experience and Judgment: Investigations in a Genealogy of Logic*. Trad. de James S. Churchill e Karl Ameriks. Nova Iorque: Northwestern University Press, 1975, p. 88-91. A perspicaz abordagem de Husserl desafia a tentativa kelseniana de contrastar o caráter interpretativo do Direito com aquele supostamente não-interpretativo da percepção. De fato, Kelsen sugere que “o significado [jurídico] não é algo que alguém possa ver ou ouvir no ato que fato material externo, do mesmo modo que se pode perceber um objeto em suas propriedades e funções naturais, tais quais cor, rigidez e peso.” KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 2ª ed. Trad. de Bonnie Littschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 9. Essa abordagem da percepção é essencialista; a percepção das assim chamadas “propriedades e funções naturais” de um objeto não é uma realização menos hermenêutica do que a atribuição de um significado jurídico a um evento.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. Text and Interpretation. In: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard. (eds.) *Dialogue and Deconstruction: The Gadamer-Derrida Encounter*. Nova Iorque: SUNY Press, 1989, p. 30.



pode ser expressada ao se definir as normas jurídicas como critérios de inclusão e exclusão normativas. Enquanto tais, as normas jurídicas incorporam a distinção fundamental efetuada por qualquer ordem jurídica, nomeadamente, a distinção entre o jurídico e o não-jurídico. De fato, o ato fundante de uma ordem jurídica traz consigo o fechamento normativo a partir do qual certos valores são selecionados para serem protegidos juridicamente, enquanto outros não. Essa divisão estabelece como a ordem jurídica interpreta a realidade: o que ela “vê” e o que ela não “vê”. Note-se, contudo, que o jurídico e o não-jurídico não são equivalentes a distinção entre o lícito e o ilícito. O jurídico, fruto de uma distinção evidentemente primária, engloba os dois termos dessa distinção secundária. De fato, a ilegalidade denota a legalidade *ex negativo*: atos ilegais são atos sujeitos a repressão em razão de sua violação de um valor juridicamente protegido. Resumidamente, enquanto o jurídico engloba aqueles valores importantes para o Direito, o não-jurídico se refere àqueles que não o são.

A distinção entre o jurídico e o não-jurídico, sem a qual nenhuma ordem jurídica seria possível, é uma realização atravessada por ambiguidade. De um lado, seria um erro compreender a exclusão de certos valores como uma mera “privação” por parte da ordem jurídica; primária e destacadamente, a exclusão é uma condição positiva da interpretação jurídica. O velamento é uma condição necessária para o desvelamento. De fato, o ato que revela algo como furto, testamento, garantia ou qualquer outra coisa, pressupõe as distinções normativas introduzidas pelos significados jurídicos e, em última instância, o fechamento que separa o jurídico do não-jurídico. O fechamento é indispensável para a orientação normativa por parte dos membros de uma comunidade; na sua falta, eles não saberiam como se comportar. De outro lado, a operação da inclusão e exclusão normativas implica que, no próprio ato que revela um evento como significativo juridicamente, a interpretação jurídica efetua uma redução normativa daquilo que revela. A abertura interpretativa é necessariamente um fechamento normativo daquilo que é interpretado. A interpretação jurídica revela e vela, atualizando um significado normativo ao deixar em segundo plano outros significados possíveis.

Os valores excluídos por uma ordem jurídica não se desvanecem simplesmente no ar, contudo. Eles são marginalizados; eles permanecem na orla do direito positivo, incorporados em formas de comportamento que retêm o potencial de subverter as distinções normativas desenhadas pelo Direito. Resumidamente, a operação de inclusão e exclusão condena a ordem jurídica a uma contingência incontornável. Se nenhuma



ordem jurídica pode se estabelecer sem exclusão, a exclusão garante que nenhuma ordem pode ser bem sucedida em se estabelecer de maneira definitiva. A instabilidade e a contingência da ordem jurídica são dois lados da mesma moeda.

A partir desses apontamentos torna-se possível introduzir em uma teoria da interpretação jurídica a distinção hermenêutica fundamental entre familiaridade e estranhamento. Em geral, a familiaridade se refere àquilo que cumpre com nossas expectativas, aquilo que é compreensível sem necessidade de um engajamento prolongado, enquanto o estranhamento concerne aquilo que não podemos compreender, aquilo que não podemos “localizar” dentro de nossas expectativas quanto a como as coisas deveriam estar organizadas. Enquanto tal, a experiência do estranho nos lança rumo a nossas expectativas, tornando-as explícitas e revelando-as como inadequadas para a presente situação. Familiaridade e estranhamento se transformam em modalidades da interpretação jurídica com base na distinção entre o jurídico e o não-jurídico. Como um modo de interpretação jurídica, a familiaridade dá conta daqueles fatos que no mais das vezes se “enquadram” no molde das normas jurídicas aplicáveis, independentemente se essas normas qualificam esses fatos como lícitos ou ilícitos.¹⁵ O estranhamento advém primeiramente naqueles casos os quais os fatos materiais não correspondem à norma jurídica da maneira que eles deveriam; sua qualificação jurídica é problemática. De um lado, a interpretabilidade normativa do fato material, conforme antecipada pela norma jurídica, dá azo à ininterpretabilidade, ao questionar o critério de inclusão e exclusão contido na norma aplicável. O que se anuncia no comportamento estranho é um modo diferente de distinguir entre valores juridicamente importantes e desimportantes. De outro lado, a norma aplicável se transforma em uma norma inaplicável. A interpretação é suspensa, na medida em que o significado jurídico se torna importuno. Em uma palavra, o esquema de interpretação é tematizado como um esquema.¹⁶ Nessa leitura, o estranhamento indica aquilo que

¹⁵ O comportamento que “viola” a lei na verdade se enquadra nela, se esse comportamento não implica em um problema para a interpretação jurídica, isto é, se não se contesta o limite entre os valores protegidos pela ordem jurídica e aqueles não protegidos. Essa perspectiva é bem conhecida na dogmática penal, segundo a qual um comportamento é considerado como criminoso por corresponder ao, e não por se desviar do, ato descrito na norma correspondente.

¹⁶ Heidegger cunhou a distinção entre “manualidade” (*Zuhandenheit*) e “ser simplesmente dado” (*Vorhandenheit*) para caracterizar as duas diferentes modalidades através das quais seres humanos se relacionam com instrumentos ou entes intramundanos. Na primeira, a “instrumentalidade” do instrumento permanece não tematizada e assumida como evidente no processo de seu uso em uma atividade prática. Na segunda, a “instrumentalidade” de um instrumento é tematizada precisamente porque ele deixa de “funcionar”, isto é, quando a ferramenta some, ou está danificada etc. A interrupção da atividade prática na



subverte o Direito ao desafiar os critérios de inclusão e exclusão definidores de uma norma individual, uma instituição jurídica ou um valor fundamental de uma ordem jurídica como um todo. Enquanto tal, o estranhamento tem um caráter assumidamente ambíguo: ele ao mesmo tempo ameaça e revela novas possibilidades. Essa é, precisamente, a experiência da contingência no Direito.¹⁷

Significativamente, a experiência da contingência vem a lume no tratamento dispendido por Kelsen às lacunas jurídicas, independentemente de seu posicionamento a respeito: “A assim chamada ‘lacuna’ (...) não é nada senão a diferença entre o direito positivo e um sistema sustentado como melhor, mais justo, mais particularmente correto.”¹⁸ A ‘diferença’ que Kelsen está se referindo é, no fundo, a diferença entre atualidade e possibilidade, entre o Direito como uma ordem posta e uma ordem possível. Da perspectiva de Gadamer, pode-se dizer que a ruptura da ordem jurídica marca a experiência da incompreensão – do estranhamento – que chama pelo processo interpretativo. Dessa perspectiva, a dupla negatividade da ininterpretabilidade de um fato material e a inaplicabilidade de um esquema normativo correlato é a manifestação específica da negatividade da experiência hermenêutica em geral: “a experiência é em primeiro lugar sempre experiência de negatividade: não é como havíamos suposto. Face à experiência que se faz em outro objeto, se alteram as duas coisas, nosso saber e seu objeto.”¹⁹

qual o instrumento tem sua função não apenas chama a atenção para o instrumento como instrumento, bem como destaca a teia de relações na qual ele funciona enquanto tal, isto é, o local de trabalho ao qual ele pertence. Essa teia de relações práticas é uma ilustração concreta daquilo que Heidegger denomina por “mundo”. Cf. HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*. Trad. de Joan Stambaugh. Nova Iorque: SUNY Press, 1996, p. 16. Uma elaboração a partir dessa distinção permite propor que é a interrupção da referência de um esquema normativo que constitui o chamado a interpretação, na medida em que o esquema aparecer como inaplicável significa a perda de sua “manualidade”, aparecendo então como um “ser simplesmente dado”. No mesmo sentido, a inaplicabilidade da norma jurídica também rende tematizada a ordem jurídica a qual ela pertence, de modo que a maneira pela qual essa ordem distingue entre o jurídico e o não-jurídico perde sua imediaticidade.

¹⁷ Dois pontos merecem destaque: primeiro, a familiaridade pura e o estranhamento puro são limites da interpretação (jurídica), limites que podem ser aproximados, mas nunca alcançados; segundo, o que chama por interpretação (jurídica) se manifesta como algo predominantemente familiar ou predominantemente estranho.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 2ª ed. Trad. de Bonnie Littschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 85.

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 523-524. Significativamente, a análise gadameriana da negatividade da experiência hermenêutica é similar a análise avançada por Husserl a respeito da negação nas estruturas da percepção. Cf. HUSSERL, Edmund. *Experience and Judgment: Investigations in a Genealogy of Logic*. Trad. de James S. Churchill e Karl Ameriks. Nova Iorque: Northwestern University Press, 1975. Schütz e Luckmann descrevem esse padrão altamente generalizado de racionalidade como “tipos” que advêm em resposta a situações “atípicas” ou “pouco familiares”, isto é, situações aquelas nas quais os tipos a disposição para interpretação da realidade não se encaixam: “um tipo advêm de uma solução situacionalmente adequada a uma situação problemática



O desencaixe entre um fato material e o critério normativo de inclusão e exclusão a definir uma norma jurídica significa que a pretensão de generalidade desse critério se tornou problemática. Consequentemente, a interpretação jurídica não desvela apenas o fato material como incluído em uma norma jurídica; sua tarefa é também reformular o significado da norma aplicável, em confrontação com aquilo que subverte sua pretensão de generalidade. Em alguma medida, a interpretação jurídica sempre implica essa inter-relação entre o geral e o particular. Nesse sentido, a abordagem kelseniana da ordem jurídica como uma ordem normativa escalonada – a assim chamada “Stufenbau” – requer uma correção importante. Se a ideia, assim entendida por Kelsen, de uma hierarquia normativa pretende mostrar que um ato determinante de Direito depende de uma norma hierarquicamente superior, a hierarquia também precisa ser invertida na medida em que a norma hierarquicamente superior depende do ato de determinação do Direito para estabelecer seu significado geral. A determinação jurídica particulariza e generaliza ao mesmo tempo; se se pode pegar emprestado a famosa distinção kantiana, trata-se de um julgamento ao mesmo tempo “determinado” e “reflexivo”.²⁰

Dois exemplos de determinação jurídica – adjudicação e legislação – podem ajudar a ilustrar essa ideia. Advogados comumente distinguem entre julgamentos ordinários, em que os tribunais mantêm uma certa interpretação de uma norma jurídica, e julgamentos históricos, em que um tribunal cria uma regra nova. Enquanto no primeiro tipo a aplicabilidade da norma jurídica não é seriamente colocada em questão, no segundo o estado de coisas chama por uma qualificação jurídica que renda aplicável a norma jurídica problemática, levando o tribunal a interpretá-la de uma maneira nova.

através de uma nova determinação de uma experiência que não podia ser enquadrada a partir do estoque de conhecimento previamente pronto-à-mão” SCHÜTZ, Alfred; LUCKMANN, Thomas. *The Structures of the Life World*. Trad. de Richard M. Zaner e H. Tristram Engelhardt Jr. Portsmouth: Heinemann, 1974, p. 231. Esse padrão de racionalidade também se vê presente no núcleo central do pragmatismo norte-americano: “De acordo com esse modelo [pragmatista], toda percepção do mundo e toda ação no mundo está ancorada em uma crença irrefletida em fatos dados e hábitos bem-sucedidos auto-evidentes. Contudo, essa crença e as rotinas de ação que se baseiam nela são constantemente rompidas; (...) nossas ações habituais encontram resistência por parte do mundo e retornam para nós, confrontando-nos. Isso caracteriza uma fase de dúvida real. E a única maneira de sair dessa fase é através da reconstrução do contexto interrompido (...). Essa reconstrução é uma realização criativa (...).” JOAS, Hans. *The Creativity of Action*. Trad. de Jeremy Gaines e Paul Keast. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 128-129.

²⁰ Um ponto conexo foi levantado por Michel Troper, quem notou que “a existência jurídica de uma norma legal não resulta da sua conformidade com a Constituição, mas da interpretação do juiz a respeito de tanto. A validade não advém de uma norma superior, mas do processo de produção de normas inferiores.” TROPER, Michel. Kelsen, la theorie de l’interpretation et la structure de l’ordre juridique. *Revue Internationale de Philosophie*, v. 138, p. 518-529, 1981, p. 526.



A distinção entre esses dois tipos de julgamento não é, contudo, absoluta. De um lado, mesmo casos ordinários exigem um mínimo de reformulação da norma jurídica geral, dado o contexto diferente em que a norma precisa ser aplicada. De outro, um julgamento histórico não produz uma regra inteiramente nova; ele reformula uma norma jurídica, aplicando-a de um jeito novo.²¹

Se parece tentador negligenciar o momento generalizante da interpretação jurídica na adjudicação, a tentação oposta aparece no caso da legislação, na qual comumente se esquece do aspecto particularizante da interpretação jurídica. De fato, ao determinar normas gerais, sejam materiais ou processuais, todo ato legislativo se pretende como a aplicação de valores gerais. Sem essa pretensão, a legislação violaria sua pretensão por objetividade. Admitidamente, o debate ininterrupto acerca do significado desses valores e como eles devem ser expressos juridicamente estão enraizados na política. Isso apenas quer dizer que no amplo espectro de possibilidades em que a promulgação legislativa pode acontecer, há uma contínua confrontação com aquilo que chama pela interpretação jurídica – desde cuidadosas adequações legislativas a transformações sociais radicais. Em ambos os casos, a interpretação jurídica envolve generalização e particularização. Similarmente, em ambos os casos, a interpretação jurídica caminha entre familiaridade e estranhamento.

Assim, a interpretação jurídica desdobra a seguinte dialética: interpretar um fato material como “isso” ou “aquilo” muda também, em maior ou menor medida, o princípio de sua interpretação – a norma jurídica. A estrutura da interpretação jurídica é uma instância específica de circularidade, a qual, seguindo Heidegger, caracterizaria a compreensão como um todo.²² A noção mesma de “esquema” de interpretação sugere que normas jurídicas antecipam o significado normativo dos fatos materiais. Em outras

²¹ Neil MacCormick se refere, analogamente, ao que ele denomina como a “necessidade ordinária” que as condições de validade das normas jurídicas têm por “necessidades presumíveis”: “Nenhuma formulação, por mais detalhada que seja, de uma regra constituinte de qualquer instituição pode ser assumida como oferecendo uma lista completa das condições suficientes para garantir a validade de uma instância almejada da instituição, não sendo mais que a constatação de condições que seriam necessárias em todos os casos. Qualquer formulação de uma regra nos termos aludidos pode ser lida como sujeita a possíveis exceções futuras, devendo ser lida, portanto, se quisermos ser realistas, à luz dos princípios jurídicos relevantes já estabelecidos e dos possíveis novos princípios baseados nas concepções do propósito da instituição em um contexto de condições e valores sociais cambiáveis.” MACCORMICK, Neil. *Law as Institutional Fact*. In: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Londres: Palgrave Macmillan, 1986, p. 71.

²² Cf. HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*. Trad. de Joan Stambaugh. Nova Iorque: SUNY Press, 1996, p. 32. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 400 e ss.; GADAMER, Hans-Georg. *Vom Zirkel des Verstehens*. In: *Hermeneutik II: Wahrheit und Methode: Ergänzungen*. Heidelberg: Mohr Siebeck Verlag, 1986, Registro 57.



palavras, as normas jurídicas desenrolam aquilo que Heidegger chama pela “estrutura prévia” da compreensão. Se a interpretação jurídica apenas confirmasse os significados normativos antecipados ou projetados em uma norma jurídica, ela permaneceria presa a um círculo vicioso. Contudo, como também notado por Heidegger, a circularidade da compreensão não é viciosa enquanto tal; a compreender o que é dado à interpretação exige um revisar mínimo da antecipação que guia o processo de compreensão. O Direito é um processo dinâmico, para além da sugestão kelseniana de que as normas inferiores são criadas em um processo de aplicação das normas superiores hierarquicamente, e isso porque o ato de determinação jurídica cria, em maior ou menor medida, o significado das próprias normas então aplicadas.²³

1.3. Implicações

Levar a sério a ideia de que a norma jurídica é um “esquema de interpretação” e que a determinação jurídica é um ato interpretativo demanda uma revisão drástica da teoria kelseniana da interpretação jurídica. Essa revisão, contudo, não termina por aqui. A crítica gadameriana exige a correção de vários outros aspectos e pressuposições centrais da *Teoria Pura do Direito*.

a) Interpretando o Direito

Conforme discutido, a maneira pela qual Kelsen lida com a interpretação em contextos que são, a primeira vista, completamente distintos. O primeiro diz respeito a norma como um esquema para a interpretação normativa da realidade; o segundo se refere a norma jurídica como um objeto de interpretação. Tendo comentado extensivamente acerca do primeiro, agora cabe um retorno rápido ao segundo contexto. Como notado na primeira subseção, a abordagem kelseniana da interpretação das normas jurídicas é, em grade medida, representacionista: um espectro de significados jurídicos é diretamente oferecido a cognição científica, de maneira não medida pelos interesses subjetivos do intérprete. Esse é precisamente o ponto em que a crítica gadameriana ganha corpo: antes de ser um obstáculo à interpretação, a situação do

²³ Cf. LINDAHL, Hans. Authority and Representation. *Law & Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, v. 19, n. 2, p. 223-246, 2000.



intérprete condiciona a sua possibilidade. Qualquer tentativa de colocar em parêntesis metodologicamente essa situação, almejando alcançar uma perspectiva que garantisse um acesso não-mediado a um significado ou espectro de significados originais acaba por romper as próprias condições que fazem a interpretação possível.

A teoria kelseniana da interpretação é cega quanto à produtividade hermenêutica do fundo de pressuposições a partir do qual qualquer intérprete necessariamente se aproxima das normas jurídicas, mesmo naqueles casos em que a aplicação permanece virtual. Essas pré-compreensões são verdadeiros “esquemas de interpretação.” Ainda nesse sentido, elas incluem pressuposições normativas. Assim, não existe uma interpretação do Direito livre de qualquer valoração. Por conseguinte, o ato de interpretar uma norma jurídica se desdobra na estrutura geral da interpretação anteriormente analisada em referência a interpretação jurídica da realidade. De fato, interpretar uma norma jurídica significa desvelar “algo como algo”, revelar que a norma possui esse ou aquele significado. Da perspectiva de Gadamer, os atos que interpretam juridicamente o comportamento humano e os atos que interpretam uma norma jurídica diferem apenas quanto a seu objeto de interpretação, e não quanto a sua estrutura. Consequentemente, a objetividade da interpretação jurídica não consiste em suprimir a pré-compreensão que dá acesso as normas jurídicas, e sim em sua tematização e correção através do “conflito de interpretações”, segundo a expressão de Paul Ricoeur.²⁴

b) Norma e Fato

Uma segunda revisão crítica da Teoria Pura diz respeito às implicações da contingência no Direito para a distinção rígida entre norma e fato, dever-ser e ser, ao menos no que diz respeito à análise kelseniana da interpretação jurídica. O núcleo da contingência jurídica, conforme evidenciado pela experiência do estranhamento, não é uma simples oposição entre norma e fato, mas uma tensão entre esses dois termos. De maneira mais precisa, a contingência indica uma situação em que a dura e rápida distinção entre norma e fato se tornou problemática. De um lado, o fato renúncia sua “factualidade”, no sentido de um estado de coisas pré-normativo que necessita tão somente de um ato interpretativo para adquirir um significado normativo. O fato material

²⁴ Cf. RICOEUR, Paul. *The Conflict of Interpretations: Essays in Hermeneutics*. Nova Iorque: Northwestern University Press, 1974.



aparece, na experiência da contingência no Direito, como a possuir um significado normativo por si mesmo; um significado que não coincide com o significado antecipado na ou projetado pela norma jurídica. Em outras palavras, o fato aparece como o índice de uma outra maneira de se distinguir entre o jurídico e o não-jurídico.

De outro lado, a experiência do estranhamento traz consigo uma certa “objetificação” da norma, no sentido de que a norma se transforma em um “fato”. Isso porque, como notado anteriormente, a inaplicabilidade de uma norma jurídica em meio a experiência de estranhamento revela a sua impertinência, aparecendo então como um esquema que não funciona. A contingência esvazia a normatividade do esquema, provando se tratar de uma norma de fato, mas nada mais que isso, isto é, apenas um modo, dentre outros, de interpretar a realidade normativamente. Consequentemente, a experiência de estranhamento traz um estado de indeterminação entre norma e fato – dever-ser e ser. A distinção ríspida avançada por Kelsen entre o significado normativo e o fato material só se sustenta naquele caso limite em que o objeto da interpretação jurídica é completamente familiar, em que um “material” inofensivo se encaixa perfeitamente no esquema de interpretação. Uma situação em que o objeto da ordenação jurídica deixou de ser nada mais que um puro fato e a condição inócua de um processo interpretativo indicam conjuntamente que uma ordem jurídica conseguiu se estabilizar de maneira definitiva.

c) Limites normativos

Quando Kelsen se refere a normas como “molduras” de significados, ele acaba apontando obliquamente para a conceituação do limite da interpretação jurídica, ainda que o autor falhe em capturar sua especificidade hermenêutica. Esse limite, como visto, diz respeito à distinção entre jurídico e não-jurídico. Nessa perspectiva, a contingência no Direito indica uma situação em que o jurídico não é mais meramente jurídico e o não-jurídico apenas não-jurídico. Em outras palavras e mais precisamente, valores que então apareciam como jurídicos se manifestam como não-jurídicos, isto é, como não mais merecedores de proteção por parte da ordem jurídica, enquanto valores não-jurídicos agora aparecem como jurídicos, isto é, merecedores dessa proteção. Resumidamente, o limite entre o jurídico e o não-jurídico, o “dentro” e o “fora”, familiaridade e estranhamento, fica indeterminado. O ato correspondente postula –



determina – de uma maneira nova esse limite entre o jurídico e o não-jurídico. Na medida em que o ato interpretativo envolve uma dialética, isto é, mudanças no esquema normativo de interpretação em meio ao processo de interpretação da realidade, o ato muda o limite entre o jurídico e o não-jurídico, entre o interior e o exterior de uma ordem jurídica. Correspondentemente, a dialética da interpretação jurídica aponta para o fato de que um limite normativo pode ser mudado, isto é, ampliado ou restringido, pela reformulação do escopo de uma norma jurídica, de uma instituição jurídica ou de um valor fundamental de uma ordem jurídica.

d) Identidade

A experiência da contingência no Direito oferece um ponto de vista privilegiado de modo a evidenciar a conexão íntima entre a interpretação jurídica e a identidade da ordem jurídica. A subversão da ordem jurídica necessariamente confronta a ordem em suas concretas possibilidades. Kelsen chega particularmente perto de apreender a conexão interna entre interpretação e identidade na seguinte passagem da segunda edição da *Reine Rechtslehre*: “A teoria da construção escalonada da ordem jurídica apreende o Direito no seu movimento, no processo constantemente a renovar-se, da sua autocriação.”²⁵ Entretanto, Kelsen acaba falhando em propor a pergunta decisiva: por que a criação das normas jurídicas é um processo de autocriação? O que justifica o tratamento da identidade da ordem jurídica como uma relação reflexiva e, por conseguinte, como ipseidade?

A resposta a essa questão, da perspectiva da hermenêutica filosófica de Gadamer, se encontra no fato de que o ato de determinação da norma jurídica sempre envolver o apropriar-se a um espectro maior ou menor de possibilidades, relacionando-as como as possibilidades da ordem jurídica ela mesma. O fato do relacionar-se com possibilidades ser um apropriar-se é precisamente o que caracteriza a ipseidade. Em uma formulação lapidar, Gadamer escreve o seguinte: “Em última instância, todo compreender é um autocompreender.”²⁶ É digno de nota que a relação com o mesmo não esgota as relações desdobradas pela interpretação jurídica. Com efeito, a relação de

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 309.

²⁶ GADAMER, Hans Georg. *Philosophical Hermeneutics*. Trad. de David E. Linge. Berkeley: University of California Press, 1976, p. 55.



uma ordem jurídica consigo mesma caminha lado a lado com sua relação com a realidade. O ato de se apropriar de uma relação em um espectro maior ou menor de possibilidades como as possibilidades mais próprias de uma ordem jurídica é também, e necessariamente, o ato de qualificação normativa de um evento. Nesse sentido, essas duas relações são co-originais: a interpretação jurídica da realidade necessariamente implica na auto-interpretação de uma ordem jurídica e de suas próprias possibilidades; correspondentemente, nenhuma auto-interpretação de uma ordem jurídica é possível senão através da interpretação da realidade.

Essa descrição não dá conta de tudo, contudo, quando se tem em vista que essas duas relações pressupõe uma terceira, nomeadamente, a relação com o outro. O fato material – a realidade – nunca é tão somente a pressuposição inócua de um processo interpretativo; em maior ou menor medida, o fato incorpora em si a possibilidade de uma outra ordem jurídica, uma outra maneira de estabelecer a distinção entre o jurídico e o não-jurídico. Não há nenhuma relação com o mesmo – nenhuma “autocriação” da ordem jurídica, para me emprestar da expressão kelseniana – sem uma relação concomitante com o outro. Em outras palavras, nenhuma comunidade jurídica pode se chamar por um “nós” senão em relação com um “eles”. Essa relação, e os termos pelos quais a distinção entre “nós” e “eles” é estabelecida, permanecem como imediata e inquestionável na experiência da familiaridade. Em contraste, a experiência do estranhamento não apenas revela que a referência de uma comunidade para consigo mesma enquanto um “nós” é problemática, mas também que a possibilidade mesma de sua auto-referência é radicalmente dependente do outro e, assim, de um “eles”. Enquanto a familiaridade traz consigo o risco de hipostasiar a identidade de uma comunidade jurídica, o estranhamento expõe o seu caráter relacional. Mais ainda, e de maneira determinante, o estranhamento define o momento de perigo e oportunidade para a autocompreensão – a identidade – de uma comunidade jurídica.

Dessa perspectiva, a instabilidade da ordem jurídica tem duas dimensões: o estranhamento subverte a pretensão da ordem jurídica à generalidade, revelando o Direito como contingente; e o ato de determinação do Direito não pode senão se apropriar de uma relação para o espectro de possibilidades da ordem jurídica, mesmo naqueles casos em que, ignorando o caráter subversivo do estranho, o ato confirma as divisões existentes do jurídico e do não-jurídico.



Para concluir esse ponto um retorno à escolha kelseniana de se referir à determinação jurídica como um “relacionar”²⁷ parece apropriado. Inicialmente nos perguntamos quanto ao tipo de relação trazida pela determinação jurídica. A análise precedente pode ser vista como uma radicalização progressiva dessa questão. Todas as linhas dessa investigação convergem para a seguinte ideia: o ato que desvela algo como juridicamente significativo é uma relação com o mesmo, a realidade, e o outro. Essa referência co-original em três dimensões determina a interpretação jurídica como “um trazer à relação” (*in Beziehung bringen*).²⁸

e) Subjetividade e Objetividade

Parece apropriado encerrar essa primeira parte com algumas considerações acerca da relação entre subjetividade e objetividade, dado que esse problema domina a abordagem kelseniana a respeito da segurança jurídica e sua equivocada teoria das normas jurídicas como “molduras”. Essa conclusão é ainda mais apropriada se se tem em mente que, conforme pontuado por Stanley L. Paulson, a perspectiva de Kelsen quanto a interpretação jurídica se submete a uma mudança importante em sua obra tardia.²⁹ Tendo consistentemente sustentado a perspectiva de que a interpretação jurídica tem como seu propósito o mapeamento da “moldura” de possibilidades normativas disponíveis para uma norma jurídica, Kelsen repentinamente afirma que a interpretação autêntica, aquela capaz de criar Direito, pode “produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplica representa.”³⁰ Conforme notado por Paulson, esse comentário destaca a compreensão precisa que Kelsen possui acerca do problema da indeterminação da cognição jurídica.³¹ Com efeito, a afirmação acima mencionada mostra que esse problema não está limitado à precisão de qual dos significados internos a uma moldura normativa será aplicado pela autoridade jurídica; esse comentário sugere, de maneira mais fundamental, que “não existe qualquer maneira automática de se demarcar por onde passa a linha que estabelece o escopo da

²⁷ Ver *supra*, seção 1.2.

²⁸ Ver *supra*.

²⁹ PAULSON, Stanley L. Kelsen on Legal Interpretation. *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*, v. 10, n. 2, p. 136-152, 1990, p. 150.

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 394.

³¹ PAULSON, Stanley L. Kelsen on Legal Interpretation. *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*, v. 10, n. 2, p. 136-152, 1990, p. 151.



norma jurídica.”³² Na perspectiva de Paulson, essa radicalização do problema da indeterminação antecipa a mudança de Kelsen rumo a uma teoria voluntarista do Direito em suas últimas obras.

Uma discussão acerca da difícil teoria voluntarista do Direito avançada por Kelsen transcende os propósitos desse artigo. O que aqui interessa é mais o fato de que da perspectiva gadameriana, a análise kelseniana do problema da indeterminação é informada por uma concepção representacionista da interpretação jurídica. A afirmação devastadora de que uma norma jurídica posta poderia estar “completamente fora” da moldura normativa aplicada continua por pressupor que a norma jurídica – enquanto uma “moldura de significações” – é um todo fechado e imutável de significados, esperando para ser descoberta e ordenada pela cognição jurídica. Em outras palavras, a crise da teoria da moldura é a crise de uma perspectiva representacionista acerca da distinção entre subjetividade e objetividade.

A alternativa proposta por Gadamer ao representacionismo é bastante lúcida: a subjetividade e a objetividade no Direito não podem ser compreendidas de maneira independente ao caráter mediado da relação humana com a realidade. A possibilidade mesma de uma subjetividade e objetividade no Direito está ancorada no fato de os seres humanos só podem experimentar a realidade interpretando-a. A operação da inclusão e exclusão jurídicas que torna possível a objetificação da realidade cria, inevitavelmente, as condições através das quais os significados jurídicos podem ser expostos como subjetivos, como a manifestação de um interesse particular. Enquanto a norma jurídica funciona como o fundamento para um ato que objetifica a realidade, a norma jurídica pode ser questionada enquanto um princípio de objetificação. O que subverte a pretensão da norma jurídica à generalidade, revela-a como um critério mais ou menos subjetivo de inclusão e exclusão normativas – isto é, como uma inclusão e exclusão de valores mais ou menos arbitrária.³³

³² PAULSON, Stanley L. Kelsen on Legal Interpretation. *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*, v. 10, n. 2, p. 136-152, 1990, p. 151.

³³ As implicações desse *insight* não são limitadas a obra de Kelsen. Por exemplo, a defesa generalizadamente conhecida e avançada por Bork acerca uma teoria da “compreensão original” no controle de constitucionalidade é uma tentativa de dar conta da distinção entre subjetividade e objetividade no Direito através do aparato de uma teoria representacionista da interpretação. Em suas palavras: “Quando nós falamos do ‘direito’, nós ordinariamente nos referimos a uma regra que nós não temos nenhum direito de mudar exceto através dos procedimentos prescritos. Esse enunciado assume que uma regra tem um significado independente de nossos próprios desejos (...). A inalterabilidade das leis ou da Constituição pelos juízes é uma implicação necessária em razão dos procedimentos prescritos para mudá-las.” BORK, Robert H. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Nova Iorque: Free Press,



Assim, na perspectiva gadameriana, aquilo que uma ordem jurídica marginalizou pode ser reinscrito na tessitura do Direito através da redefinição dos escopos de uma norma jurídica, uma instituição jurídica, ou o valor fundamental de uma ordem jurídica. Nesse sentido, a dialética da interpretação jurídica responde às subversões da ordem jurídica com uma ampliação da inclusão. Essa ampliação relaciona concretamente a interpretação jurídica com a tarefa comum à hermenêutica: a superação do estranhamento.³⁴ E, na medida em que a objetividade é a manifestação da racionalidade, o círculo em operação na interpretação jurídica define a racionalidade jurídica enquanto tal. Então, segundo Gadamer, a racionalidade jurídica se vê realizada quando a interpretação reconcilia o Direito e aquilo que o subverte em uma esfera mais elevada de legalidade, ainda que, em oposição a Hegel, essa esfera mais elevada permaneça necessariamente incompleta e provisória. Nessa leitura, a interpretação jurídica efetua uma “transformação rumo ao comum.”³⁵

2. Revolução

A distância não poderia ser maior no que diz respeito à teoria kelseniana da interpretação; justamente por isso, esse é o ponto de virada da investigação, no sentido de uma reviravolta quanto à perspectiva crítica. De fato, um exame minucioso da interpretação jurídica levanta várias questões quanto a hermenêutica filosófica de Gadamer. Primeiro, a análise gadameriana não leva suficientemente em conta a assimetria entre as posições dentro e fora de uma ordem jurídica: uma autoridade dentro da ordem jurídica determina as condições sob as quais o que foi excluído do Direito pode ser admitido na ordem jurídica. Destacadamente, a assimetria se manifesta no fato de que é a autoridade jurídica quem decide se aquilo que chama pela interpretação jurídica é familiar, estranho ou simplesmente irrelevante. A

1990, p. 143. As objeções de Gadamer seriam no sentido de que embora o significado de uma lei não é nem pode ser independente de um ato que a interpreta, não há nenhuma exigência correspondente quanto a subordinação da lei aos “desejos subjetivos” do juiz. O juiz pode, de fato, se comprometer a “preservar a Constituição”, nos termos propostos por Bork, BORK, Robert H. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Nova Iorque: Free Press, 1990, p. 159, mas esse compromisso diz respeito à preservação da pretensão à generalidade da Constituição.

³⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 442.

³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 556.



institucionalização jurídica desse momento de decisão não pode ser apreendida de maneira adequada nos termos de um “diálogo” (*Gespräch*).³⁶ Segundo, apesar da interpretação jurídica transformar a ordem jurídica, esse fato não parece justificar a afirmação conseguinte de que a redefinição hermenêutica da pretensão à generalidade – *Allgemeinheit* – da ordem jurídica resulta em uma comunhão – *Gemeinsamkeit* – entre a ordem jurídica e aquilo que a subverte. Enquanto a dialética da interpretação jurídica pode incluir aquilo que foi excluído, isso não implica que aquilo que subverte o Direito é enquadrado juridicamente nos seus próprios termos, de modo que, para usar a metáfora empregada por Gadamer, haja uma “fusão” do jurídico e do não jurídico em um todo ordenado mais elevado; a interpretação jurídica sempre neutraliza o estranhamento, nivelando o extraordinário a uma variação do ordinário. Perder isso de vista é arrancar do estranhamento a sua ambiguidade, colapsando a ameaça da subversão a uma mera oportunidade de mudança jurídica.

Essas questões não serão enfrentadas na próxima seção, ao menos não de maneira direta. O ponto de virada da investigação foi alcançado, sobretudo porque a teoria da norma fundamental proposta por Kelsen lança luzes nas falhas fundamentais da abordagem gadameriana da subjetividade e da objetividade, em suas considerações a respeito da interpretação jurídica.

2.1. Gadamer acerca da interpretação jurídica

A apresentação da discussão a respeito da interpretação jurídica em Gadamer pode ser breve, na medida em que seus contornos foram estabelecidos na seção anterior. Assim, o que importa aqui é destacar, da perspectiva da Teoria Pura do Direito, onde o projeto de uma hermenêutica filosófica falha em oferecer uma compreensão radical do “problema hermenêutico” do Direito.

Primeiramente, a interpretação jurídica tem uma importância paradigmática para a hermenêutica filosófica de Gadamer, dado que é através dela que o autor reestabelece a conexão íntima entre interpretação e aplicação, anteriormente rompida pelas abordagens metodológicas da escola histórica. Em seu esforço por

³⁶ Por essa via se faria possível, em minha opinião, a recuperação do *insight* kelseniano de que o ato de determinação do Direito é um ato de vontade, não e tão somente um ato de interpretação. Cf. KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 2ª ed. Trad. de Bonnie Littschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 11-12.



garantir uma objetividade científica para as ciências humanas, a abordagem metodológica da interpretação suspende a questão concernente ao significado do texto ou à tradição histórica em que o intérprete está situado. Essencialmente, o que acaba ficando de fora é justamente o momento da aplicação, inerente à interpretação. A prática jurídica, Gadamer pontua, sempre apresentou resistência a esse movimento, dado que o jurista ou o juiz necessariamente abordam os textos jurídicos tendo em vista sua aplicação em um caso concreto. Consequentemente, a interpretação jurídica oferece uma posição privilegiada para a recuperação desse problema hermenêutico fundamental: “A aplicação não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é, antes a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós.”³⁷

O fardo da análise gadameriana é demonstrar que aplicação não pode ser compreendida exclusivamente como um ato de subsunção do particular sob o geral. Pelo contrário, a aplicação de uma regra ou lei envolve a sempre nova descoberta de um seu significado à luz da situação à qual ela deve ser aplicada. Esse ato é tanto produtivo quanto reprodutivo; nas palavras de Gadamer, a aplicação é sempre uma “complementação produtiva do direito.”³⁸ Assim, a noção jurídica de aplicação se revela como paradigmática na medida em que ela expõe a circularidade hermenêutica atuante em nosso acesso ao mundo. Nós encontramos aqui, em uma formulação extremamente concisa, o insight central acerca da dialética da interpretação jurídica, anteriormente aqui desenvolvido a partir da referência de Kelsen à norma jurídica como um “esquema de interpretação.”

De maneira significativa, no mesmo ato por meio do qual Gadamer evidencia a estrutura da aplicação, ele também se desvia da acusação de arbitrariedade, como se ele estivesse dialogando diretamente com Kelsen acerca da segurança jurídica. Mais uma vez em suas palavras:

A complementação produtiva do direito (...) está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto.³⁹

³⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 505.

³⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 489.

³⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 489.



O cerne do argumento de Gadamer contra Kelsen é o seguinte: levar em conta a situação concreta à qual a norma jurídica deve ser aplicada não é introduzir um elemento subjetivo na interpretação jurídica; pelo contrário, segundo Gadamer é justamente a desconsideração da situação concreta na aplicação da norma que implica na sujeição da aplicação à subjetividade do intérprete. Em outras palavras, os problemas teóricos e práticos da segurança jurídica só podem ser respondidos adequadamente se a conexão interna entre interpretação e aplicação não é rompida, no sentido contrário daquilo proposto por Kelsen.

Assim, não é surpreendente que a noção de aplicação presente em Gadamer tenha exercido uma grande influência nas discussões jurídico-teóricas a respeito da interpretação jurídica. Dworkin, por exemplo, destaca sua importância ao argumentar em favor de sua concepção “construtiva” da interpretação.⁴⁰ No sentido dworkiniano do termo, o caráter construtivo da interpretação jurídica está intimamente relacionado ao “ponto crucial avançado por Gadamer, de que toda interpretação deve aplicar uma intenção.”⁴¹ Algumas páginas depois, Dworkin retorna a se referir a Gadamer, quanto a “situação interpretativa”, argumentando que a apropriação crítica do passado por parte do intérprete é central para a hermenêutica jurídica.

Essa referência resumida a Dworkin deve servir para mostrar que a elaboração filosófica oferecida por Gadamer do conceito de aplicação foi uma das principais fontes de inspiração para teorias anti-positivistas do Direito e da interpretação jurídica. Mas, o quão longe a análise gadameriana vai em termos de uma crítica do positivismo jurídico? Especificamente, seria essa crítica a última palavra acerca das contribuições da *Teoria Pura do Direito* para uma teoria da interpretação jurídica?

A discussão gadameriana a respeito da aplicação não é apenas o ponto em que sua crítica de Kelsen é mais convincente, mas também, e paradoxalmente, o ponto em que a *Teoria Pura do Direito* consegue virar o jogo contra o projeto de uma hermenêutica filosófica. Retomemos uma passagem já citada de Gadamer: “Na ideia de

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 52

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 55. No contexto alemão, a noção gadameriana de aplicação também exerceu um papel importante, notadamente e dentre outras na obra do renomado Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitäts-garantien der richterlichen Entscheidungspraxis* (1970), ainda que Esser, em última instância, abrace um certo tipo de positivismo. Para uma crítica da perspectiva de Esser, cf. ROERMUND, Bert van. *Law, Narrative and Reality: An Essay in Intercepting Politics*. Dordrecht: Springer, 1997, p. 133-138.



uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis...”. A questão kelseniana acerca dessa passagem pergunta por aquilo que determina uma ordem como uma “ordem jurídica”. Em quais condições nós podemos falar de um indivíduo como um “juiz”, como uma autoridade jurídica? Por fim, em quais condições nós podemos falar de uma norma como uma “lei positiva” (*Gesetz*), isto é, como uma norma jurídica?

Esses profundos questionamentos expõem a pressuposição fundamental que permaneceu escondida ao longo da discussão precedente acerca da interpretação jurídica. Com efeito, só foi possível descrever a circularidade envolvida em cada ato de interpretação jurídica ao se pressupor uma ordem jurídica. Quando o nosso foco foi a noção da norma jurídica como um “esquema de interpretação”, nós assumimos como evidente que esse esquema é um significado jurídico. Aqui, então, o problema é o seguinte: a investigação precedente desvelou os momentos estruturais da interpretação jurídica, mas não se explicou o que determina esses momentos da interpretação jurídica. Para usar termos próximos ao próprio Gadamer, a análise precedente tomou por evidente, em vista do mundo da compreensão jurídica insinuado, o mundo da compreensão jurídica. Retornando a Gadamer, com certeza isso faz parte do “problema hermenêutico” no Direito.

2.2. A norma fundamental e a “universalidade” da experiência hermenêutica

Essa é a encruzilhada em que a teoria da norma fundamental (*Grundnorm*) proposta por Kelsen tem sua importância para uma teoria da interpretação jurídica. Porque a norma fundamental responde à seguinte questão: em quais condições pode o significado ser interpretado como significado jurídico? Essa questão pode ser reformulada nos termos do ato de determinação jurídica: em quais condições um ato pode ser interpretado enquanto um ato de determinação do Direito?⁴²

⁴² Eu não pretendo realizar um tratamento exaustivo da teoria da norma fundamental; a análise precedente se limita àqueles aspectos da teoria que parecem mais pertinentes ao debate entre Kelsen e Gadamer. Muitos artigos de primeira categoria acerca do tema estão reunidos no livro *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Cf. PAULSON, Stanley; LITSCHESKI PAULSON, Bonnie. (eds.) *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998. Assim, muito embora eu não tente posicionar esse artigo diante da vasta literatura existente a respeito da norma fundamental, alguns artigos foram importantes fontes de inspiração para sua última seção. Cf. CHRISTODOULIDIS, Emilios A. *The Aporia of Sovereignty: On the Representation of the People in Constitutional Discourse*. *King's Law*



À primeira vista, a resposta de Kelsen é trivial: um ato que determina o Direito se ele corresponde a uma norma jurídica. Por exemplo, o ato que ordena um indivíduo a pagar uma determinada quantia em dinheiro, sob a ameaça de ter seus bens tomados, pode ser interpretado como uma decisão judicial, e não como o comando de um gangster, se o ato seguir uma norma superior, como seria o caso de uma lei. De maneira correspondente, um ato é um ato legislativo, isto é, ele determina uma lei relevante, desde que ele derive de uma norma superior, como uma constituição, que foi ela própria criada de acordo com as regras postas por uma constituição anterior. Regressivamente essa investigação eventualmente termina na historicamente primeira constituição de uma ordem jurídica. O que determina a promulgação dessa primeira constituição como determinante juridicamente não pode ser o fato bruto de sua promulgação, dado que isso seria equivalente a derivar um “dever-ser” de um “ser”. Assim, o fato determinante é uma norma mais elevada – mais elevada delas – de uma ordem jurídica: “Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve.”⁴³ Kelsen afirma que, por definição, essa norma fundamental não pode ser posta (*gesetzt*) por uma autoridade jurídica, mas precisa ser pressuposta (*vorausgesetzt*), para que um “dever-ser” possa ser interpretado como a primeira constituição, e um ato como aquele de promulgação da primeira constituição.⁴⁴

Essa apresentação da teoria da norma fundamental, embora consideravelmente abreviada, se mostra suficiente para nossos propósitos. Note-se, inicialmente, que a regressão do ato de determinação da norma jurídica até a norma fundamental pressuposta clarifica em que sentido a interpretação jurídica da realidade sempre envolve a compreensão de um “mundo do Direito”. A descoberta principal de Kelsen, nesse sentido, concerne a impossibilidade de estabelecer o que define um ato como a determinação do Direito se esse ato é encarado em isolamento de outros atos semelhantes. A interpretação de um ato como determinação do Direito envolve, implícita ou explicitamente, a co-interpretação de uma série de outros atos enquanto atos de determinação do Direito. Interpretar um ato individual como determinante do

Journal, v. 12, n. 1, p. 111-135, 2001; ROERMUND, Bert van. Authority and Authorisation. *Law & Philosophy*, v. 19, p. 2, p. 201-222, 2000.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 224. Essa seria uma formulação simplificada da norma fundamental, segundo Kelsen, a qual omite qualquer referência à sanção enquanto elemento constitutivo das normas jurídicas.

⁴⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 2ª ed. Trad. de Bonnie Littschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 58; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 221-223.



Direito é superar – transcender – esse ato, rumo à(s) norma(s) que ele aplica e, em última instância, à norma fundamental que funda a ordem jurídica como um todo. Assim, eu proponho uma leitura da teoria da norma fundamental que a interpreta como a exposição da estrutura de transcendência característica da interpretação como um todo e da interpretação jurídica em particular: olhar para um fato material, desvelando-o enquanto algo, é também olhar para além do fato, rumo à ordem jurídica como um todo. Isso nos leva de volta àquilo já discutido: mais que a referência ao outro, a interpretação jurídica sempre atualiza uma referência à realidade e à ordem jurídica. Relacionar um significado, enquanto significado jurídico, a certo fato material implica em atualizar essa dupla relação. A compreensão jurídica da realidade envolve a pré-compreensão do mundo do Direito, o que significa, de uma perspectiva kelseniana, que quem desvela algo como possuidor de um significado jurídico pressupõe a norma fundamental da ordem jurídica posta.

As contribuições da teoria da norma fundamental para nossa investigação não param por aqui. Uma segunda sugestão aponta para o fato de que qualquer interrogação a respeito das condições de possibilidade da interpretação como interpretação jurídica exige uma interrogação quanto a gênese de um mundo do Direito. Trata-se de “um” mundo, e não de “o” mundo do Direito, porque a primeira constituição de uma ordem jurídica e o primeiro ato que determina o Direito nunca são, enquanto tais, absolutos no sentido do termo, quer dizer, como uma produção original do Direito. Não há nenhum limiar histórico em que o não-jurídico abre caminho para o jurídico, nenhuma fase pré-jurídica na história humana que possa ser identificada ou descrita; a “primeira” constituição da ordem jurídica sempre sucede através das ruínas de uma ordem jurídica anterior. Correspondentemente, a destruição e a produção da ordem jurídica são duas faces de um mesmo evento, nomeadamente, de uma ruptura normativa. De igual maneira, a análise concreta das condições de possibilidade da interpretação jurídica deve retrospectivamente se voltar para a gênese da ordem jurídica e prospectivamente para o ato fundante da ordem jurídica que a sucede.

Em sua análise memorável da revolução jurídica, Kelsen consegue capturar os elementos essenciais desse processo duplicado de destruição e produção. O contexto que ele imagina é a tentativa avançada por um grupo de revolucionário de derrubar uma monarquia e instaurar uma forma republicana de governo:



Se os revolucionários são bem-sucedidos, o sistema antigo deixa de ser efetivo, e o novo sistema passa a ser efetivo, porque o comportamento efetivo dos seres humanos em relação aos quais o sistema pretende ser válido corresponde não mais com o sistema antigo, e sim, de maneira generalizada, com o novo sistema. Se se trata esse novo sistema, então, como um sistema jurídico, quer dizer, se se interpreta como atos jurídicos os atos de aplicação do novo sistema, e como atos ilícitos os fatos materiais que o violam. Pressupõe-se, assim, uma nova norma fundamental, não mais aquela delegante da autoridade legislativa ao monarca, mas uma norma fundamental delegando a autoridade legislativa para o governo revolucionário. Se os revolucionários fracassassem porque o sistema então posto permaneceu inefetivo (...), então o ato inicial dos revolucionários não seria interpretado como a instauração de uma constituição, mas como um ato de traição, não como a produção de Direito, mas como a sua violação.⁴⁵

São vários os pontos entrelaçados nessa passagem que assumem uma importância ímpar para uma teoria da interpretação jurídica. Esses aspectos sugerem que, apesar da circularidade hermenêutica operante no Direito, a interpretação jurídica é irreduzível aos outros modos de interpretação considerados por Gadamer. Em outras palavras, a teoria da norma fundamental kelseniana coloca em dúvida a pressuposição gadameriana da interpretação jurídica como paradigmática do processo hermenêutico como um todo.

a) Incomensurabilidade interpretativa

Enquanto a subversão de uma ordem jurídica suscita uma dialética que muda a distinção entre o jurídico e o não-jurídico, algo fundamentalmente diferente vem à lume com a derrubada de uma ordem jurídica. O problema não diz respeito à impossibilidade de se interpretar da perspectiva da ordem jurídica os atos revolucionários que querem derrubá-la; e sim no fato de que esse fato material só pode ser interpretado como uma traição. A interpretabilidade do ato a partir da ordem jurídica – isto é, como traição – vai lado a lado com sua radical ininterpretabilidade – como a criação de uma constituição – a partir da mesma ordem jurídica. Correspondentemente, a interpretação revolucionária do ato de derrubada de uma ordem jurídica não pode ser interpretado senão como a criação de uma constituição, traindo, caso contrário, sua pretensão de ser o ato fundante de uma ordem jurídica. A revolução confronta uma ordem jurídica com um ato que é, ao mesmo tempo, inteiramente familiar – como a manifestação por excelência da

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 2ª ed. Trad. de Bonnie Littschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 59.



ilegalidade – e inteiramente estranho – como a forma extrema de perigo e possibilidade. Dessa perspectiva, Kelsen teria sido mais preciso se falasse em “terrorismo”, e não traição, na medida em que a primeira expressão se adequa melhor à condição revolucionária de familiaridade e estranhamento extremos a confrontar uma ordem jurídica.

Esse insight implica, por conseguinte, uma crítica radical da principal afirmação de Gadamer referente a universalidade da experiência hermenêutica. Segundo sua posição, a experiência hermenêutica suscita uma pretensão de universalidade na medida em que ela condiciona todas as formas de relação humana com o mundo:

Sempre já se tem um mundo interpretado, já organizado em suas relações fundamentais, no qual a experiência adentra como algo novo, perturbando aquilo que guiou nossas expectativas e suscitando uma reorganização de si própria nessa agitação. Incompreensão e estranhamento não são os fatores primários (...). Na verdade, o caso é o inverso. Apenas o suporte de uma compreensão familiar e comum torna possível o arriscar-se no estranho, supressando alguma coisa do estranho, e, assim, expandindo e enriquecendo nossa própria experiência do mundo.⁴⁶

A abordagem kelseniana da revolução como uma incomensurabilidade interpretativa sugere, pelo contrário, que não existe nenhum ponto de vista abrangente capaz de superar o abismo interpretativo entre traição e a criação de uma constituição; nenhuma dialética sucede em integrar o ato revolucionário a uma ordem jurídica. A revolução traz consigo a interrupção da experiência hermenêutica enquanto dialética da generalidade e da particularidade dentro de uma ordem jurídica.

b) Limites normativos

Em outras palavras, a revolução confronta a interpretação jurídica com seu limite, no sentido forte do termo. Conforme mencionado anteriormente, a dialética da interpretação jurídica aponta para um primeiro limite normativo, um limite que pode ser alterado, isto é, ampliado ou restringido. Essa noção de limite está relacionada com o espectro de possibilidades normativas concretas disponíveis para, e expostas ao, processo de interpretação jurídica. A incomensurabilidade interpretativa aponta para um segundo limite da interpretação, nomeadamente um limite normativo que não pode

⁴⁶ GADAMER, Hans Georg. *Philosophical Hermeneutics*. Trad. de David E. Linge. Berkeley: University of California Press, 1976, p. 15.



ser mudado, mas apenas ultrapassado e que, quando ultrapassado, leva a uma nova ordem jurídica. Interpretar o ato dos revolucionários republicanos como a criação de uma constituição ao invés de uma traição não é ampliar o escopo da legalidade através da exploração das possibilidades normativas de uma ordem jurídica monárquica que se quer derrubar; significa saltar de uma ordem jurídica para outra.⁴⁷ O vazio interpretativo separando traição e criação da constituição ilustra a ininteligibilidade radical que caracteriza uma ruptura normativa: o que não pode ser dito em uma ordem jurídica só pode ser dito adentrando em uma ordem jurídica completamente diferente. “Pressupor uma nova norma fundamental” é, assim como Alice, atravessar o espelho.

c) *Verdade e violência*

A análise kelseniana da revolução destaca outro limite à universalidade da experiência hermenêutica, um limite que acaba sendo um espelhamento do “fim” da interpretação em meio a uma ordem jurídica. Gadamer sugere, na passagem citada acima, que a familiaridade teria primazia em relação ao estranhamento. Na minha perspectiva, a discussão avançada por Kelsen a respeito do ato que determina a “primeira” constituição sugere que em “primeiro lugar” não se tem nem familiaridade nem estranhamento, mas um ato que diferencia entre o familiar e o estranho, entre o jurídico e o não jurídico, entre um “nós” e um “eles”. Por definição, esse “primeiro” ato não pode ser justificado, valendo-me das palavras de Gadamer, por referência “a um mundo [do Direito] já interpretado, já organizado em suas relações fundamentais.”

Esse insight levanta a delicada questão concernente à relação entre verdade e violência no Direito. Ao incluir certos valores e excluir outros, o ato fundante cria as condições para a interpretação jurídica e para a verdade. A interpretação pode desvelar os fatos materiais como possuindo “esse” ou “aquele” significado jurídico somente em razão do fechamento normativo que inaugura uma ordem jurídica. Não é segredo que a discussão acerca da verdade em *Verdade e Método* se baseia na sua caracterização heideggeriana como “desvelamento”, o que seria o significado fundamental da verdade, um significado que restaria subjacente da definição tradicional e posterior da verdade

⁴⁷ Cf. WALDENFELS, Bernhard. Auf der Schwelle zwischen Drinnen und Draußen: Phänomenologische Grenzbetrachtungen. In: *Der Stachel des Fremden*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 1990, p. 31.



como a “correspondência” entre realidade e juízo.⁴⁸ Consequentemente, cada ato de desvelamento de algo como algo dentro de uma ordem jurídica se volta para, e reitera, o ato de inclusão e exclusão normativas que funda essa ordem.

A conquista fundamental do ato inaugural de determinação jurídica não é um empreendimento inocente. Conforme notado por Kelsen a esse respeito, o *coup d'état* revolucionário ou sucede ou fracassa em sua tentativa de derrubada da ordem jurídica monárquica. A significância desse ponto vai bem além do exemplo específico apresentado por Kelsen: uma ordem de direito positivo nunca simplesmente desaparece; nem seus soldados, por evidente. Assim, a ordem jurídica é sempre, mais ou menos, forçada ao desaparecimento por uma nova ordem jurídica. Logo, muito embora o ato fundante pretenda expressar os valores fundamentais de uma comunidade e, assim, ser legítimo, essa pretensão não é e nem pode ser derivada da ordem jurídica substituída; pelo contrário, a nova ordem jurídica se distancia e se impõe contra a pretensão de legitimidade da ordem jurídica anterior.

Correspondentemente, eu vejo a teoria da norma fundamental como a iluminar a ambiguidade inerente à capacidade de inauguração do poder constituinte, em que essa “capacidade” precede qualquer avaliação positiva ou negativa do poder. Certamente, a ideia de um começo absoluto na política – uma *creatio ex nihilo* da ordem jurídica – é insustentável. Entretanto, o exercício do poder constituinte deve ser compreendido como um ato que toma para si a iniciativa. De um lado, o ato que origina uma ordem jurídica abre um espaço comum que permite aos indivíduos se reconhecerem como membros de uma e mesma comunidade; de outro, o ímpeto exigido para estabelecer algo novo sempre envolve uma ruptura, uma quebra e, nesse sentido, um momento inevitável de violência. Tomar para si e começar são as duas faces do ato que origina uma ordem jurídica.⁴⁹

Dessa perspectiva, pode-se ler Kelsen como a promover uma crítica radical do conceito gadameriano de autoridade. De acordo com Gadamer, “o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à ideia de que o que a autoridade diz não é uma

⁴⁸ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*. Trad. de Joan Stambaugh. Nova Iorque: SUNY Press, 1996, § 44. Cf. GADAMER, Hans-Georg. Vom Zirkel des Verstehens. In: *Hermeneutik II: Wahrheit und Methode: Ergänzungen*. Heidelberg: Mohr Siebeck Verlag, 1986, p. 44.

⁴⁹ Essas ideias foram por mim desenvolvidas de maneira considerável em duas outras oportunidades, cf. LINDAHL, Hans. Acquiring a Community: The Acquis and the Institution of European Legal Order. *European Law Journal*, v. 9, n. 4, p. 433-450, 2003.



arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser inspecionado principalmente.”⁵⁰ Essa perspectiva esconde a ambiguidade irredimível da autoridade jurídica. O insight profundo de Kelsen, como eu o leio, consiste em destacar o fato de que a violência reside na gênese da verdade jurídica, mesmo que a verdade no Direito não coincida simplesmente com a sua violência. Consequentemente, a violência não está restrita ao ato inaugural de uma ordem jurídica; ela permanece operante em todos os atos que autoritativamente determinam o Direito. A análise kelseniana da gênese da ordem jurídica mostra, contra Gadamer, que a ambiguidade da autoridade jurídica reside no fato de que violência e verdade não são nunca inteiramente separáveis no ato jurídico que desvela algo enquanto algo.

Considerações finais: evitando a reificação

A referência à relação entre violência e verdade no Direito leva ao cerne da contribuição de Kelsen à teoria da interpretação jurídica. Precisamente porque a força intervém no ato de determinação da primeira constituição, apenas a pressuposição da norma fundamental pode garantir a esse ato um caráter jurídico, de determinação do Direito. Kelsen se aproxima, então, daquilo que considero a dimensão defensável da crítica de Jacques Derrida a Hans-Georg Gadamer. Em sua resposta inicial, ao importante artigo *Texto e Interpretação*,⁵¹ Derrida se concentra, dentre outros pontos, na tese gadameriana quanto a uma “continuidade” entre os significados revelados no compreender. Em uma resposta extremamente ríspida, e que não é posteriormente elaborada, Derrida se pergunta se a interpretação não deveria ser abordada nos termos de uma ruptura, fratura ou descontinuidade.⁵² Talvez a análise de Kelsen dê credibilidade à crítica de Derrida, ao mostrar que toda ordem de direito positivo é radicalmente contingente, em razão do fato de que a interpretação jurídica sempre se move às margens de uma ruptura normativa, que não pode ser “fechada”

⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 420.

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. Text and Interpretation. In: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard. (eds.) *Dialogue and Deconstruction: The Gadamer-Derrida Encounter*. Nova Iorque: SUNY Press, 1989.

⁵² DERRIDA, Jacques. Three Questions to Hans-Georg Gadamer. In: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard. (eds.) *Dialogue and Deconstruction: The Gadamer-Derrida Encounter*. Nova Iorque: SUNY Press, 1989. Esse tema também está no centro do *Força de Lei*, Cf. DERRIDA, Jacques. Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 919, p. 921-1045, 1990.



interpretativamente a partir da ordem jurídica ela mesma. Nessa leitura da significância da norma fundamental, Kelsen está não apenas surpreendentemente próximo de Derrida, mas também de Heidegger, Merleau-Ponty e Foucault. De maneiras distintas, cada um desses pensadores mostrou que um evento que inaugura uma ordem não é parte dessa ordem ela mesma. Em minha leitura, Kelsen argumenta que a norma fundamenta é a condição que, retroativamente, permite enxergar o ato fundante como parte da ordem jurídica por ele constituída. Em última instância, a norma fundamental é um modo de destacar e lidar com a contradição interna envolvida na referência a uma “primeira constituição.”

A teoria da norma fundamental pode ser compreendida, portanto, como um antídoto à reificação da interpretação jurídica. De fato, o perigo da reificação se espreita desde a gênese da ordem jurídica. A interpretação se reifica quando um ato é compreendido como possuidor em si próprio do caráter fundante de uma ordem jurídica e quando o significado desse ato é interpretado como inerentemente jurídico, nomeadamente, a primeira constituição de uma ordem jurídica. A teoria kelseniana da norma fundamental é tudo menos a mera racionalização de uma ordem de direito positivo, em contrariedade a muito daquilo que seus críticos erroneamente sustentaram; pelo contrário, a norma fundamental é a maneira pela qual Kelsen chama a atenção para a irrefragável ambiguidade do ato fundante de uma ordem jurídica, uma ambiguidade que permanece operante em todos os atos jurídico-interpretativos subsequentes em meio a essa ordem.

A principal ironia de uma confrontação entre Gadamer e Kelsen pode ser definida nos seguintes termos: se a pergunta do primeiro, “O que define a interpretação jurídica como interpretação”, expõe as pressuposições positivistas da teoria da interpretação do segundo, a pergunta do segundo, “O que determina a interpretação como interpretação jurídica”, revela que o primeiro sucumbe, em última instância, a uma forma de positivismo jurídico.

Tradução

Ricardo Martins Spindola Diniz, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil.
E-mail: ricardo.ms.diniz@gmail.com



Referências bibliográficas

BORK, Robert H. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Nova Iorque: Free Press, 1990.

CHRISTODOULIDIS, Emiliós A. The Aporia of Sovereignty: On the Representation of the People in Constitutional Discourse. *King's Law Journal*, v. 12, n. 1, p. 111-135, 2001.

DERRIDA, Jacques. Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority". *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 919, p. 921-1045, 1990.

DERRIDA, Jacques. Three Questions to Hans-Georg Gadamer. In: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard. (eds.) *Dialogue and Deconstruction: The Gadamer-Derrida Encounter*. Nova Iorque: SUNY Press, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

GADAMER, Hans Georg. *Philosophical Hermeneutics*. Trad. de David E. Linge. Berkeley: University of California Press, 1976.

GADAMER, Hans-Georg. Text and Interpretation. In: MICHELFELDER, Diane; PALMER, Richard. (eds.) *Dialogue and Deconstruction: The Gadamer-Derrida Encounter*. Nova Iorque: SUNY Press, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. Vom Zirkel des Verstehens. In: *Hermeneutik II: Wahrheit und Methode: Ergänzungen*. Heidelberg: Mohr Siebeck Verlag, 1986, Registro 57.

GADAMER, Hans-Georg. Was ist Wahrheit? In: *Hermeneutik II: Wahrheit und Methode: Ergänzungen*. Heidelberg: Mohr Siebeck Verlag, 1986.

HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*. Trad. de Joan Stambaugh. Nova Iorque: SUNY Press, 1996.

HUSSERL, Edmund. *Experience and Judgment: Investigations in a Genealogy of Logic*. Trad. de James S. Churchill e Karl Ameriks. Nova Iorque: Northwestern University Press, 1975.

JOAS, Hans. *The Creativity of Action*. Trad. de Jeremy Gaines e Paul Keast. Cambridge: Polity Press, 1996.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Trad. por Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1970.



KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 2ª ed. Trad. de Bonnie Littschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LINDAHL, Hans. Acquiring a Community: The Acquis and the Institution of European Legal Order. *European Law Journal*, v. 9, n. 4, p. 433-450, 2003.

LINDAHL, Hans. Authority and Representation. *Law & Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, v. 19, n. 2, p. 223-246, 2000.

LINDAHL, Hans. Sovereignty and Representation in the European Union. In: WALKER, Neil. (ed.) *Sovereignty in Transition*. Londres: Bloomsbury, 2006.

MACCORMICK, Neil. Law as Institutional Fact. In: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Londres: Palgrave Macmillan, 1986.

PAULSON, Stanley L. Kelsen on Legal Interpretation. *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*, v. 10, n. 2, p. 136-152, 1990.

PAULSON, Stanley; LITSCHESKI PAULSON, Bonnie. (eds.) *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

RICOEUR, Paul. *The Conflict of Interpretations: Essays in Hermeneutics*. Nova Iorque: Northwestern University Press, 1974.

ROERMUND, Bert van. Authority and Authorisation. *Law & Philosophy*, v. 19, p. 2, p. 201-222, 2000.

ROERMUND, Bert van. *Law, Narrative and Reality: An Essay in Intercepting Politics*. Dordrecht: Springer, 1997.

SCHÜTZ, Alfred; LUCKMANN, Thomas. *The Structures of the Life World*. Trad. de Richard M. Zaner e H. Tristram Engelhardt Jr. Portsmouth: Heinemann, 1974.

TROPER, Michel. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique. *Revue Internationale de Philosophie*, v. 138, p. 518-529, 1981.

WALDENFELS, Bernhard. Auf der Schwelle zwischen Drinnen und Draußen: Phänomenologische Grenzbetrachtungen. In: *Der Stachel des Fremden*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 1990.

