

A TEORIA PURA DO DIREITO DE Kelsen VS. A INTERPRETAÇÃO LITERAL DA LETRA DA LEI

Iago Penha Maciel¹, Rafael Alem Mello Ferreira²

Resumo: A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen foi (e ainda é) uma grande influência nos entendimentos jurídicos a partir de sua publicação, no século XX. Membro do Círculo de Viena, Kelsen fez parte do movimento do neopositivismo lógico, utilizando da questão da linguística e da tendência em apartar os saberes das ciências para criar novas formas de compreensão do direito e se adequar às transformações sociais geradas após as mudanças das revoluções industriais e o crescimento do constitucionalismo a nível mundial. No entanto, a *pureza* do direito remeteu no senso comum que Kelsen defendeu a interpretação literal da letra da lei, característica do positivismo clássico, representado aqui pela Escola de Exegese. Sendo assim, neste artigo se objetiva demonstrar que não há ligação entre a interpretação apresentada por Kelsen na Teoria Pura do Direito e a interpretação literal do direito. Para tanto, será utilizada a metodologia analítica pela técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como principal referencial teórico a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Palavras-chave: Círculo de Viena; Interpretação do Direito; Hans Kelsen; Positivismo clássico; Teoria Pura do Direito.

Abstract: Hans Kelsen's Pure Theory of Law was (and still is) a major influence on legal understandings since its publication in the 20th century. A member of the Vienna Circle, Kelsen was part of the logical neopositivism movement, using the issue of linguistics and the tendency to separate knowledge from the sciences to create new ways of understanding law and adapt to the social transformations generated after the changes of the industrial revolutions and the growth of constitutionalism worldwide. However,

-
- 1 Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Pós-graduando "latu sensu" em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho (Legale). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).
 - 2 Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA/RJ (2018), Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM (2014), Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF (2011) e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora UFJF (2009), com disciplinas cursadas na Universität Passau - Alemanha. Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC/MG e Coordenador do Curso de Direito da Unidade Arcos/MG. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM.

the purity of the law led to the common understanding that Kelsen defended the literal interpretation of the letter of the law, a characteristic of classical positivism, represented here by the School of Exegesis. Therefore, the aim of this article is to demonstrate that there is no link between the interpretation presented by Kelsen in the Pure Theory of Law and the literal interpretation of the law. To this end, an analytical methodology will be used using the bibliographical research technique, with Hans Kelsen's Pure Theory of Law as the main theoretical reference.

Keywords: Vienna Circle; Interpretation of Law; Hans Kelsen; Classical Positivism; Pure Theory of Law.

1 INTRODUÇÃO

A interpretação jurídica é uma das matérias de direito de mais relevância para a compreensão do direito na atualidade. Ao estudarmos sobre, podemos entender que há uma enorme diversidade de teorias e entendimentos, algumas com mais amplitude, outras com menos. É de se esperar que haja influências das mais diversas formas desde quando o ser humano começou a se organizar política e juridicamente até hoje. Para este artigo, escolhemos duas teorias que exercem influência no direito brasileiro na contemporaneidade, que ultrapassaram séculos e décadas e se mantem firmes no pensamento jurídico, de uma forma ou de outra.

A Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, foi publicada no início do século XX. É fruto das tendências elaboradas pelo Círculo de Viena, considerando as revoluções da linguagem e o movimento do neopositivismo lógico. Determina que o direito deve ser compreendido e aplicado em sua *pureza*, separado de outras matérias, como política, sociologia, filosofia, etc. Uma das razões disso é que, nessa época, o movimento fascista da segunda guerra mundial já estava emergindo, e foi vista uma necessidade de tentar apartar o direito desta tendência política.

A Escola de Exegese, por outro lado, surgiu em um momento de tentativa de dominação e controle social, entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, com a ascensão dos ideais modernos e da Revolução Francesa. Para alcançar seus objetivos, utilizaram-se da Codificação da lei e do entendimento do direito como e tão somente a letra fria da lei, não havendo espaços para interpretação do direito pelos magistrados e a vontade do legislador sendo a única fonte de racionalidade aceitável naquele momento.

Se na época medieval o direito era consuetudinário, sendo as principais fontes de direito os costumes, as jurisprudências e até o direito canônico, com a Escola de Exegese e a tentativa de rompimento com o passado histórico o direito se limitada ao Código Napoleônico. Assim, surge a figura do juiz boca da lei a ideia de que a interpretação não pode ir além nem aquém do que está positivado, em sua literalidade.

Contudo, a olhos leigos, podemos encontrar confusões no imaginário do senso comum de que a *pureza* da Teoria Pura do Direito se trata da interpretação

sob a literalidade da lei, característica, conforme já mencionado, da Escola de Exegese. Ainda que no mundo acadêmico esta diferenciação seja bem clara, ou então que a matéria consista em uma obviedade, é importante reiterar o tema para que não haja confusões, sendo que nunca é redundante reafirmar a verdadeira autoria das coisas.

Neste artigo, portanto, buscaremos apresentar a interpretação da Teoria Pura do Direito e da Escola de Exegese, principalmente para desmitificar a ideia de que ambas se tratam da mesma coisa. Sendo assim, neste artigo se objetiva demonstrar que não há ligação entre a interpretação apresentada por Kelsen na Teoria Pura do Direito e a interpretação literal do direito. Para tanto, será utilizada a metodologia analítica pela técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como principal referencial teórico a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

2 A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

A Teoria Pura do Direito foi uma teoria escrita em obra do mesmo nome por Hans Kelsen no início do século XX. É conceituada como “teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação” (Kelsen, 1998, p. 1). Importa realizar considerações sobre esta teoria da interpretação nos dias atuais devido à sua importância nas ciências jurídicas e modo de compreensão do direito.

Portanto, primeiramente, vamos realizar uma análise sobre as perspectivas que os operadores do direito e a comunidade acadêmica possuem sobre Kelsen nos dias de hoje, para adentrarmos na Teoria Pura do Direito e, por fim, realizarmos considerações acerca da teoria com a interpretação literal da norma, objetivo deste artigo científico. Os pontos principais de estudo serão relativos à pureza do direito, seu contexto histórico, o conceito de norma, a separação entre direito e moral, o *ser x dever-ser*, as lacunas da interpretação, a moldura de possibilidades e a interpretação autêntica e inautêntica. Quanto ao conceito de pureza do direito, vê-se:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (Kelsen, 1998, p. 1).

Esta forma de apresentar o direito foi entendida como “a mais adequada para fundar uma concepção genuinamente moderna de direito” (Simioni, 2014, p. 151), sendo apropriada para as exigências que a modernidade trazida pelas

novas tecnologias produzidas na época, pois “a positividade do direito, para Kelsen, não está nem nos fatos sociais, tampouco nos fatos psíquicos, mas nas normas que existem ou não existem” (Simioni, 2014, p. 153).

A questão da interpretação na Teoria Pura do Direito por Kelsen foi descrita em pouquíssimas páginas de sua obra, porém segue sendo alvo de discussões jurídicas e acadêmicas, devido à sua relevância perante à onda (e permanência) do constitucionalismo. Diante de um cenário político em que o nazifascismo estava emergindo e interferindo no funcionamento jurídico dos estados, “a resposta de Kelsen tornou-se fonte inspiradora da formação, composição e competência dos tribunais constitucionais” (Lima, 2003).

A pureza do direito se encontra, portanto, “excluir deste conhecimento tudo o que não pertença ao seu objeto, tudo o que não se possa, rigorosamente, determinar como Direito” (Kelsen, 1998, p. 1) Diferentemente do que um primeiro contato com esta definição possa permitir que o leitor infira, em nada há relação com considerar a literalidade da norma. Esta concepção de Direito surge para afastar as demais ciências da ciência jurídica – política, sociologia, filosofia, etc.

A teoria pura do direito teve a virtude de, num período intenso de debate político-ideológico (os anos 30’ a 50’ do século XX), ter sublinhado a autonomia do saber jurídico e a sua relativa indisponibilidade aos projectos de poder. Nessa medida, culminou as preocupações na pandectística em estabelecer que nem tudo quanto é querido pelo poder, útil ao povo ou a uma classe, ou funcional em relação ao objectivo social, é automaticamente aceito como justo (*i. e* conforme ao direito). A jurisdição parece decorrer de valores internos ao discurso do direito, valores que a vontade política ou a utilidade social não podem substituir (Hespanha, 2003, p; 436).

Está aí a importância em trazermos ao entendimento da Teoria Pura do Direito o contexto histórico que ela foi escrita, para chegar às suas definições com mais clareza do que simplesmente apontar qual a sua classificação em uma categoria de interpretação. Por ter sido parte do Círculo de Viena, teve contato com outras personalidades relevantes para o mundo acadêmico de outras áreas, como Freud, conhecido como o pai da psicanálise, com quem, “além de trabalhar em seus seminários, dividia as férias de verão e algumas tardes de domingo, dedicadas à leitura de clássicos gregos no texto original³” (Herrera, 2024). Indubitavelmente, as influências da onda do neopositivismo lógico atingiram o pensamento e a forma de enxergar o direito de Kelsen, que procurou estabelecer uma definição mais objetiva sobre a ciência jurídica.

3 Tradução livre de: “Con él, además de trabajar en su seminario, compartió vacaciones estivales y algunas tardes de domingo, dedicadas a la lectura de los clásicos griegos en el texto original”.

Assim, uma conceituação de norma foi realizada por Kelsen, em que esta é designada como um ordenamento de condutas que se pretende que as pessoas sigam: “com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira” (Kelsen, 1998, p. 4). Isto é, o sistema normativo apresenta uma intenção de como a sociedade deve se comportar, e como o Estado deve reagir em casos de condutas antijurídicas (como determina o código penal e de processo penal, por exemplo).

A norma pode ser vista também como um esquema de interpretação, porém, a fim de melhor explicar esta conceituação, é preciso invadir o campo dos conhecimentos de linguagem, pois “os positivistas lógicos sustentam a ideia de que o conhecimento pode ser obscurecido por certas perplexidades de natureza estritamente linguística” (Warat, 2000, p. 37). Sendo um neopositivista lógico, Kelsen baseia a questão de um dos possíveis entendimentos sobre o conceito de norma – além do *dever-ser* – no campo da linguagem, como pode ser observado a seguir:

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 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 esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma (Kelsen, 1998, p. 3) (g.n.).

Ou seja, a norma enquanto esquema de interpretação é o resultado do entendimento do significado da legislação pelo magistrado e a maneira como ela é aplicada ao caso concreto gera uma normatização diferente, conforme o a discricionariedade do juiz. É nesse ponto que o positivismo recebe uma nova roupagem e recebe o rótulo de neopositivismo lógico, pois há uma abertura de possibilidades através da linguagem, no tocante à ideia de signo, significado e sentido, que antes o direito não possuía. “Inicialmente, o neopositivismo lógico vai trabalhar com a questão lógica no plano da sintaxe linguística, quer dizer, no plano da relação analítica entre símbolos linguísticos. Kelsen vai usar desses aportes” (Simioni, 2014, p. 154).

Com isso, é importante determinar os conceitos de ser x dever-ser e como eles influenciam na interpretação da norma. Ainda que Kelsen definitivamente

não chegue no campo da pragmática quando analisadas as perspectivas da linguagem, ele se importa com a perspectiva fática da norma, todavia, pairada na semântica. Sendo assim, a ideia do ser encontra com a facticidade da aplicação de uma norma, a partir da noção de que “os atos que têm por sentido uma norma podem ser realizados de diferentes maneiras” (Kelsen, 1998, p. 5), sendo exemplos apresentados por Kelsen o sinal de trânsito, em que as cores representam determinadas ações dos motoristas e pedestres e uma palavra de ordem escrita.

Ao dever-ser, portanto, atribui-se a noção de que é “o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta do outro” (Kelsen, 1998, p. 6). Ou seja, está no campo da sintaxe. No entanto, esta diferenciação não representa uma dualidade, mas sim possibilidades que o magistrado pode encontrar ao interpretar o direito diante de um caso concreto. Não é porque algo está no campo do dever-ser que necessariamente será contrariado no alcançar do ser:

No entanto, este dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação. Diz-se: um ser pode corresponder a um dever-ser, o que significa que algo pode ser da maneira como deve ser. Afirma-se, por outro lado, que o dever-ser é ‘dirigido’ a um “ser” (Kelsen, 1998, p. 6).

Esta concepção traz um limite ao direito, mas abre possibilidades para a discricionariedade judicial. Rompe com o problema da literalidade à mercê da vontade do legislador (que vamos ver no próximo capítulo), porém repassa essa arbitragem ao poder judiciário. Contudo, em razão disso, é preciso trazer à luz os conceitos de Direito (com letra maiúscula) e Ciência Jurídica, pois é nesse ponto que Kelsen abre as portas da discricionariedade. Isso tudo faz parte das características do Círculo de Viena:

Até então, percebe-se que a questão central do Círculo de Viena é estabelecer os limites do que pode efetivamente ser dito, com segurança, para que se possa alcançar, no âmbito da ciência, um discurso capaz de superar a metafísica através da lógica da linguagem, tomando-se a proposição como núcleo e expressão da significatividade do real (Luz, 2003).

A distinção entre Direito e ciência jurídica se dá em um principal ponto: quem interpreta a norma. Em uma explicação de forma simplória, o Direito é aquela norma interpretada por um órgão oficial aplicador do direito, e Kelsen dá ênfase ao Poder Judiciário. A ciência jurídica, por outro lado, é a interpretação da norma realizada por pessoa privada, como acadêmicos e membros da sociedade científica, distanciando-se de um órgão oficial. Por exemplo, se um Ministro do STF realiza uma interpretação enquanto Ministro, como relator

em um julgado, faz-se o Direito, mas se realizar enquanto professor ou em produções acadêmicas, é uma ciência jurídica.

Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica. Aqui começaremos por tomar em consideração apenas a interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito (Kelsen, 1998, p. 245).

Sendo assim, cremos que Kelsen abriu possibilidades para que o direito fosse aplicado sob o prisma de diversas interpretações, mas que somente é Direito aquilo que é efetivamente aplicado por órgão oficial. “A interpretação é, portanto, um ato de fixação de sentido às normas, com o objetivo específico de sua aplicação, seja pelo intérprete autêntico, seja pelo intérprete inautêntico” (Braga, 2022). Esta abertura de possibilidades vai novamente de encontro com a percepção do direito que predominava anteriormente, o positivismo clássico, e houve uma inovação de Kelsen em afirmar que “interpretar é compreender as possibilidades de sentido e não um único sentido” (Simioni, 2014, p. 195). A atribuição da tarefa de realizar as escolhas corretas para o Direito, no entanto, é dos magistrados:

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária (Kelsen, 1998, p. 249).

Faz-se relevante apresentarmos o conceito da moldura interpretativa, que é uma metáfora utilizada por Kelsen para ilustrar a sua ideia de interpretação, que se difere da decisão jurídica, uma vez que “a interpretação busca compreender as possibilidades abertas de sentido da norma jurídica. A decisão busca escolher uma dessas possibilidades resultantes da interpretação” (Simioni, 2014, p. 195). Imaginemos uma moldura, em que todas as possibilidades de aplicação da norma diante de um caso concreto estão inseridas; o magistrado, no momento de proferir uma decisão e em conformidade com o modo que interpretar tal situação, vai escolher uma dessas possibilidades e proferir sua decisão.

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (Kelsen, 1998, p. 247).

Importa ressaltar que essas possibilidades são indeterminadas, uma vez que podem ser criadas através da interpretação autêntica, que é aquela realizada pelos órgãos aplicadores do direito, havendo a possibilidade inclusive de criação do direito, preenchendo as lacunas existentes quando a legislação toca o mundo fático, produzindo uma norma geral que pode até estar fora da moldura, desde que criada por tribunal de última instância sem recursos:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (Kelsen, 1998, p. 250).

A interpretação inautêntica, que pertence ao âmbito da ciência jurídica, por outro lado, não cria Direito, não preenche lacunas, mas ajuda a alcançar um possível grau de segurança jurídica a partir do momento que estabelece possíveis significações de uma norma jurídica, fugindo da problemática da resposta correta, do dualismo certo x errado que as perspectivas modernas propuseram no decorrer dos séculos anteriores, paradigma que Kelsen busca romper: “a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’” (Kelsen, 1998, p. 251).

Kelsen trouxe novas perspectivas à teoria do direito quando apresentou essas possibilidades e ampliou o poder de decisão do juiz. Todavia, ao exercer este poder, é preciso observar a separação entre direito e moral, explorada pelo autor. Ele considera que o Direito possui bases morais, e por isso “admite que a interpretação autêntica possa ser contaminada por elementos não necessariamente jurídicos, tais como normas de moral e justiça e juízos valorativos” (Braga, 2022).

A influência de Kelsen foi muito mais ampla do que no tocante à interpretação apresentada na obra Teoria Pura do Direito, sendo significativa em outras áreas do direito, como a hierarquização das normas, elemento utilizado em ordenamentos jurídicos contemporâneos, a exemplo do Brasil com a Constituição Federal de 1988. “Kelsen, ao contrário do que se pode pensar em uma leitura preliminar da Teoria Pura do Direito, detinha consciência da

complexidade do mundo como um todo, procurando não pensar o Direito de uma maneira alheia aos aspectos éticos e políticos, por exemplo” (Grubba; Silveira, 2021).

Para este artigo importa ressaltar a relevância de Kelsen no âmbito da interpretação jurídica, e principalmente determinar que a pureza do direito é muito distante da interpretação literal da letra da lei. Por isso no próximo capítulo trataremos uma explicação sobre este tipo de interpretação, oriundo do positivismo clássico e representado comumente pela Escola de Exegese.

3 A INTERPRETAÇÃO LITERAL DA LETRA DA LEI

A Escola de Exegese surgiu com o preceito de romper com o passado histórico, devido às novas necessidades emergidas da Revolução Francesa em estabelecer um novo paradigma para a construção de um Estado Moderno que correspondesse às premissas que surgiram no movimento pós-absolutismo. “Isso porque, para assegurarem-se os três pilares do Iluminismo – liberdade, igualdade e fraternidade – era necessário colocar um ponto final na história de trevas que foi a Idade Média” (Simioni, 2014, p. 29).

Como um dos principais mecanismos de controle social, foi necessário alterar a forma de compreensão do direito – antes consuetudinário – para um elemento de dominação sobre as nações conquistadas, e esta pretensão foi muito bem-sucedida, tanto que “poucos acontecimentos tiveram maior impacto no desenvolvimento do pensamento jurídico contemporâneo quanto a promulgação do Código de Napoleão” (Trevisan, 2022). Segundo Simioni, a Escola de Exegese possuiu três significações prévias, e vamos falar sobre cada uma delas no decorrer deste capítulo:

No caso da Escola de exegese, podem ser sinalizadas três fundamentações prévias para os discursos práticos das decisões jurídicas: identificação do direito com a lei escrita; exclusividade da lei escrita como critério de orientação discursiva; e suficiência da lei escrita para simbolizar a unidade e a totalidade do direito (Simioni, 2014, p. 35).

O ponto mais importante para pôr em prática a mudança na concepção jurídica e do direito foi, portanto, a promulgação de um Código único entre os povos, pelo motivo de que “é indubitável que, existindo um Código, a via mais simples e mais curta consiste em procurar a solução no próprio código, desprezando as outras fontes das quais se poderia deduzir uma norma de decisão (costume, jurisprudência, doutrina, etc.)” (Bobbio, 1995, p. 78). Justificamos esta afirmação com o fato de que anteriormente a isso os fundamentos de decisão eram baseados em jurisprudências, cartas de recomendação e principalmente os costumes de cada região.

Como um dos principais objetivos era se desvincular do passado histórico, o Código Napoleônico representou um rompimento com as antigas formas de entender e aplicar o direito e se apresentou como uma nova perspectiva do futuro, do porvir. A lei escrita, portanto, “permitia que se desconsiderassem as razões históricas que justificaram as normas jurídicas” (Simioni, 2014, p. 29). Com a aplicação de uma lei escrita única, é possível aumentar o controle sobre a população, pois a partir desse momento os costumes e pormenores de cada região da Europa não eram mais a melhor forma de se interpretar o direito.

Inaugura-se, portanto, a era do positivismo clássico – que foi tão bem recepcionado pela sociedade e comunidade jurídica que possui fortes vínculos até os dias atuais, pelas razões adiante apresentadas. A base de uma codificação vem das premissas de Rousseau, principalmente no tocante ao pacto social:

Ora, como é impossível aos homens produzirem novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio para se conservarem senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-lo sobre a resistência, pô-los em movimento por um único meio e fazê-los agir de comum acordo (Rousseau, 2014, p. 30).

Ou seja, para a imposição de uma nova forma de governo, de um novo saber jurídico, é preciso que as leis sejam alteradas, junto à aplicação do direito. Desse modo, o Código Napoleônico surgiu para satisfazer a necessidade de uma repactuação social entre governo e sociedade, pois, as fontes de direito anteriores sendo costumes, jurisprudências, doutrinas e etc., são de manuseio “mais complexo e difícil do que o direito codificado” (Bobbio, 1995, p. 78). O direito se tornou sinônimo da lei escrita, e a lei escrita se tornou a representante do direito, a partir de sua positivação. Com isso, satisfaz-se a primeira fundamentação apontada anteriormente, que é a identificação do direito com a lei escrita.

Para a segunda fundamentação, a exclusividade da lei escrita como critério de orientação discursiva, é necessário trazermos sobre os procedimentos que a Escola de Exegese apontava como os corretos para a aplicação do direito. Bobbio denominava esta característica de *princípio da autoridade*, que estava relacionado com a vontade do legislador ao criar norma jurídica; “pois bem, com a codificação, a vontade do legislador é expressa de modo seguro e completo aos operadores do direito basta ater-se ao ditado pela autoridade soberana” (Bobbio, 1995, p. 79).

Isso significa que o legislador possui a legitimidade para perceber e criar normas, em conformidade com as necessidades da população, que estarão inseridas em um Código, que os magistrados deverão seguir à risca para a aplicação fática do direito. Com a confiança na racionalidade do legislador, o juiz não poderia decidir alguém nem além do que estava codificado, não sendo

aceitas interpretações ou fundamentações baseadas em outros elementos, como era no direito consuetudinário.

Essa não aceitação de outras fontes além do Código pode ser compreendida como uma determinação radical, porém necessária para a pretensão que havia na época:

É possível a percepção de que o *Code Civil* era extremamente radical, tendo em vista que é fruto de uma Revolução que, intencionada ao rompimento com o passado, partia da ideia de que a recusa com a história iria se bastar para instituição de uma ordem política/jurídica/social nova (Macedo Filha, 2022).

Apontar estas características é fator importantíssimo para que compreendamos a motivação de uma interpretação literal do direito. Ao verificar a necessidade de determinar o direito como sinônimo de lei escrita e que a lei escrita estaria positivada em um Código, é preciso a partir de agora estabelecer como irá funcionar a aplicação do direito a partir dessas informações.

A subsunção da norma se tornou a regra principal a ser seguida; assim, “a lei escrita só pode ser infalivelmente completa, suficiente e consistente, na sua sistematicidade lógico-analítica” (Simioni, 2014, p. 37). Daí adentramos no mérito da terceira fundamentação, que é a suficiência da lei escrita. Para tanto, determinou-se que não há viabilidade da existência de lacunas no direito, com a máxima de que se não há previsão legislativa de determinado fato, quando levado ao judiciário, não poderia ser considerado direito.

Assim, nasce a figura do juiz boca da lei. Aquele que somente irá aplicar a lei (subsunção) em cada caso concreto. Um dos fundamentos para tanto é a separação dos poderes, ideologia estruturadora do Estado Moderno, que, segundo Bobbio: “Com base nessa teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca da qual através fala a lei” (Bobbio, 1995, p. 79). Vale ressaltar que a questão de ser o porta-voz da lei vinha de uma proibição expressa em interpretar:

Os juízes estavam proibidos de sair dos limites estritamente gramaticais do texto da lei, para buscar em elementos exteriores ao texto os suplementos necessários para uma interpretação mais sofisticada. A interpretação gramatical não era apenas o método de interpretação possível na época, era também o método recomendado dogmaticamente (Simioni, 2014, p. 41).

No campo da linguagem, devido à estas características, a Escola de Exegese se encontra ainda na sintaxe, “neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a ‘obra sagrada’ (Código)

seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito” (Streck, 2010).

Observando os preceitos e fundamentos, pode-se encontrar um nascimento do que Kelsen irá propor posteriormente, dado que a Escola de Exegese representa o nascimento do positivismo, que surgiu como antítese ao jusnaturalismo, cuja “origem desta concepção é ligada à formação do Estado moderno que surge com a dissolução da sociedade medieval” (Bobbio, 1995, p. 26). Para além disso, devemos salientar que o positivismo não funcionar mais na sociedade contemporânea não significa que na época de sua criação foi necessariamente algo ruim, ou que não compensaria ainda falar sobre as suas origens no universo acadêmico – “explicando melhor: o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX” (Streck, 2010).

A Escola de Exegese é, portanto, um marco extremamente importante para a história do direito, criando séculos de precedentes e pesquisadores que seguiram pela linha do positivismo e seus deslindes. Nos dias de hoje ainda existem magistrados que se apaixonam erroneamente pela ideia da aplicação pura e fria da letra da lei, e a utilizam como se regra e correto fosse, o que não é compatível com o direito contemporâneo.

O problema, portanto, está na ingênua utilização desse método de interpretação no contexto da sociedade contemporânea. Pois apesar da sua sedutora simplicidade e segurança, as questões jurídicas do mundo contemporâneo exigem muito mais da interpretação jurídica do que apenas a explicitação do sentido gramatical das leis escritas (Simioni, 2014, p. 42).

Sendo assim, concluímos este capítulo com a consideração que a Escola de Exegese representa a interpretação da letra fria da lei, com o juiz boca da lei e a ideia de que o direito é sinônimo da legislação. O direito vem da vontade do legislador, e nela não se cria direito pelo judiciário, havendo uma separação de poderes muito bem delimitada. Foi consagrada com a aplicação efetiva do Código Napoleônico, pois seu principal objetivo foi romper com o passado histórico da era medieval e com o poder absolutista, instaurando o Estado Moderno. Por fim, resta realizar uma comparação entre a Escola Exegética e a Teoria Pura do Direito, para determinar diretamente as diferenças entre ambas.

4 AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE AS DUAS CONCEITUAÇÕES E AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO CONTEMPORÂNEO

A maior questão entre as duas conceituações da Escola de Exegese e a Teoria Pura do Direito é que ambas pertencem ao movimento positivista, positivismo clássico e neopositivismo lógico, respectivamente. Enquanto a primeira determina como interpretação jurídica a literalidade da lei, a segunda

dá ao juiz uma moldura de possibilidades para que uma delas seja escolhida. De discricionariedade em discricionariedade, do legislativo ao judiciário, esta se torna a principal característica do(s) positivismo(s), que não deve ser compreendido como a melhor forma de interpretação do direito na atualidade.

Parece não haver dúvida de que o positivismo – compreendido lato sensu (ou seja, as diversas facetas do positivismo) – não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito (invasão da filosofia pela linguagem) e suas conseqüências no plano da doutrina e da jurisprudência. Se isto é verdadeiro – e penso que é – a pergunta que cabe é: como é possível continuar a sustentar o positivismo nesta quadra da história? Como resistir ou obstaculizar o constitucionalismo que revolucionou o direito no século XX? Entre tantas perplexidades, parece não restar dúvida de que uma resposta mínima pode e deve ser dada a essas indagações: o constitucionalismo – nesta sua versão social, compromissória (e dirigente) – não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas (Streck, 2010).

No entanto, no mundo real, apesar de não ser a forma ideal de compreensão do direito, tanto a Escola de Exegese quanto a Teoria Pura do Direito ainda são utilizadas como fundamentação para a prática jurídica no Brasil. Quanto à Escola de Exegese e a simplificação do direito junto à proibição de interpretar do magistrado, “essa técnica de interpretação não se distancia muito das práticas contemporâneas de interpretação restritiva, como acontece especialmente no campo do direito tributário e do direito penal” (Simioni, 2014, p. 42).

Se levar em consideração a formação da cultura jurídica do Brasil que, devido à demora em receber a modernidade neste país, tanto a recepção da Codificação quanto o sistema adotado pelos juízes para interpretar e aplicar o direito possuem fortes influências do pensamento exegético: “Contudo, acerca das técnicas de hermenêutica utilizadas no Brasil no período de apogeu da Escola da Exegese é possível perceber que os métodos exegéticos influenciavam de forma significativa o modo de decidir no Brasil” (Macedo Filha, 2022).

Kelsen, por sua vez, devido à sua gama de interposições no direito, exerce uma maior influência no direito brasileiro, algumas sendo realmente importantes para a manutenção da democracia e do Estado Constitucional e outras que se encontram ultrapassadas no cenário atual. Dos tópicos que foram apresentados neste artigo, o primeiro que traremos é sobre a separação entre direito e moral nos dias atuais. A Constituição brasileira possui uma carga

valorativa moral, que baseia os princípios e os fundamentos elencados no art. 3º⁴, o que não exatamente contraria Kelsen, pois ele crê que

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física (Kelsen, 1998, p. 44).

Kelsen estabelece que é moral é positiva, assim como o Direito, porém sem caráter coercitivo, ou seja, a moral não poderia ditar regras ou estabelecer padrões de comportamento em uma sociedade. No entanto, de certo modo, isso muito se assemelha com o pensamento exegético, no tocante ao crer que é aceitável que o direito, e somente ele, seja a principal fonte de imposição social. Todavia, deve-se entender que a moral não está em um campo separado do direito, e desde que se obedeça aos princípios constitucionais, ela pode ser aplicada em casos jurídicos concretos para proteger determinados direitos.

A questão da hierarquização das normas é um dos fundamentos do Estado e da Constituição brasileira, como, por exemplo, a possibilidade de um controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário (e demais legitimados pelo art. 103⁵ da Constituição) frente a uma lei que não é compatível com o direito: “essas constituições pretendem, portanto, que os

4 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

5 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

atos praticados pelos órgãos representativos possam ser objetos de crítica e controle” (Mendes, 2024).

Esse é mais um dos exemplos que demonstram a incompatibilidade da comparação entre a Teoria Pura do Direito e a Escola de Exegese, visto que na segunda não há a possibilidade de questionamento de uma legislação pelo Poder Judiciário ou demais poderes, tendo em vista que a vontade do legislador é entendida como irrefutável, pois é ele que detém a racionalidade necessária para ser o porta voz do direito, denominado por Bobbio como a interpretação da lei fundada na intenção do legislador:

Trata-se de uma concepção da interpretação que tem uma grande importância na história e na prática da jurisprudência, sendo adotada até os nossos dias. É perfeitamente coerente com os postulados fundamentais da escola de exegese: se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como a busca da vontade do legislador [...] (Bobbio, 1995, p. 87).

Com isso, entendemos o que já era esperado do fato de que a Teoria Pura do Direito em nada se assemelha com a interpretação literal da Escola de Exegese. Ambas possuem características em comum, como a criação devido a uma necessidade do momento histórico em que foram criadas, serem parte do movimento positivista (clássico e neopositivismo lógico) e apostarem na discricionariedade de alguma figura de poder, sendo uma no legislador e outra no magistrado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Escola de Exegese foi um movimento importantíssimo na história do direito e da interpretação jurídica, pois dela resultou a Codificação das leis e a aplicação de uma lei única em todo um território, não podendo ser invalidada diante de costumes sociais. Fatos estes que utilizamos até hoje no direito brasileiro e pode ser facilmente observado diante dos códigos penal, civil, tributário, etc. Para validação de um casamento, por exemplo, as determinações são as mesmas em todo o Brasil, não havendo influência dos costumes para registro jurídico.

Kelsen, ao criar a Teoria Pura do Direito, também exerceu enorme importância e segue sendo figura relevante ao se tratar de interpretação jurídica, especialmente na hierarquização das normas, jurisdição constitucional, a possibilidade da discricionariedade do jurista e principalmente o poder de escolha que dá ao Supremo Tribunal Federal, seja nas próprias decisões ou no controle de constitucionalidade.

Ambas as teorias possuem pontos em comum, como o fato de pertencerem ao movimento positivista e apostarem na discricionariedade – a Escola de Exegese foi do positivismo clássico, que deu início à esta concepção do direito, e confiava na vontade e livre escolha do legislador para criar e definir o direito; a Teoria Pura do Direito pertence ao neopositivismo lógico, e criou a metáfora com a moldura de possibilidade em que o magistrado pode escolher a sua decisão.

Sendo assim e diante do apresentado neste trabalho, podemos considerar que a confusão entre a Teoria Pura do Direito e a interpretação literal da legislação se dá somente e tão somente pela nomenclatura, não havendo ligação da *pureza* do direito com a literalidade em sua aplicação. A importância de trazermos esse assunto sempre que possível ao universo acadêmico é de exatamente reafirmar essa diferenciação e não permitir que haja confusão dentre as teorias cuja tendência é ser superadas conforme a hermenêutica jurídica avançar.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Marcos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995.

BRAGA, Alessandro Batista. Teoria pura do direito: resenha crítica ao capítulo VIII da obra de Hans Kelsen. **Cadernos de Dereito Actual**, Nº 17. Núm. Extraordinario (2022), pp. 217-220.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Assembleia Constituinte. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

GRUBBA, Leilane Serratine; SILVEIRA, Alexandre Marques. Teoria pura do direito e positivismo jurídico: a influência do normativismo de Hans Kelsen e seus impactos. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 21, n. 2, p. 451-465, maio/agosto 2021.

HERRERA, Carlos Miguel. El legado de Hans Kelsen: reflexiones a 50 años de su muerte. **Revista de Economía Institucional**, vol. 26, n.º 50, primer semestre/2024, pp. 241-261

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Lisboa: Almedina, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A guarda da constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 1, jan./jun. – 2003.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e Teoria Pura do Direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. **Revista Seqüência**, n.º 47, p. 11-31, dez. de 2003.

MACEDO FILHA, Maurides Batista de; *et al.* A escola de exegese e a investigação científica livre: Reflexos Hermenêuticos Jurídicos no Brasil (1873 a 1887). *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 9188-9209, feb. 2022.

MENDES, Gilmar. A importância de Hans Kelsen para a jurisdição constitucional. **CONJUR**. Publicado em 19 de novembro de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-19/a-importancia-de-hans-kelsen-para-a-jurisdicao-constitucional/#sdfootnote1sym>. Acesso em 17 de fev 2024.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. – São Paulo: Hunterbooks, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.

TREVISAN, Leonardo Simchen. **O positivismo jurídico ante as origens autocráticas da Escola de Exegese na França napoleônica**. XVI Encontro Nacional de História ANPUH-RS. 2022.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2000.