
A interpretação dos fatos no Direito na obra de Hans Kelsen

The interpretation of facts in Law in the work of Hans Kelsen

Adriualdo de Lima Catão

Professor da Faculdade de Direito de Alagoas e Docente do Programa de Pós-Graduação, na Universidade Federal de Alagoas.

1. Introdução

Este trabalho pretende desenvolver a ideia de que o pensamento kelseniano e, em especial, a Teoria Pura do Direito apresenta uma contradição com uma de suas possíveis bases filosóficas, que são os conceitos e propostas do “neopositivismo lógico”. Referida contradição diz respeito à questão da verdade dos fatos no direito, que, na Teoria Pura, aparece como tendo caráter estritamente normativo. O “valor de verdade” de uma proposição descritiva seria, portanto, dentro de um problema jurídico, não uma questão de verificação da realidade física, como pensavam os neopositivistas, mas sim, um aspecto normativo da interpretação das normas jurídicas.

A aparente contradição que se pretende apontar é aquela que resulta do fato de que a Teoria Pura, apesar de ser um projeto inserido no contexto do neopositivismo lógico e nas propostas do Círculo de Viena, termina por gerar um relativismo quanto à verdade dos fatos, enquanto que do projeto neopositivista

RESUMO: O trabalho pretende apresentar a ideia de que a teoria kelseniana do Direito leva a um relativismo quanto à interpretação dos fatos no âmbito da decisão judicial. Para Kelsen, o “valor de verdade” de uma proposição descritiva seria não uma questão de verificação da realidade física, mas um aspecto normativo da interpretação das normas jurídicas. A Teoria Pura, apesar de ser um projeto inserido no contexto do neopositivismo lógico e nas propostas do Círculo de Viena, termina por gerar um relativismo quanto à verdade dos fatos.
Palavras-chaves: Hans Kelsen; Faticidade; Teoria do Direito.

resultaria exatamente o inverso: a ideia de que as proposições fáticas seriam as únicas proposições com sentido, pois seriam as únicas proposições verificáveis empiricamente, pois fariam referência a um estado de coisas. Enquanto isso, sob o ponto de vista kelseniano, as proposições fáticas possuiriam caráter normativo, pelo que o valor de verdade de tais proposições seria indiferente à validade da norma individual.

O trabalho tenta, inicialmente, fazer a ligação da proposta kelseniana de uma teoria do direito pura com as ideias neopositivistas. Para fazê-lo, as noções wittgensteinianas de sua primeira fase, contidas no Tratado Lógico-Filosófico, são utilizadas como base da proposta neopositivista. Tais noções são, principalmente, aquelas que se referem à relação entre as proposições e o mundo, bem como ao fundamento do sentido e do significado da proposição referencial.

Depois, as bases da pureza da teoria kelseniana são explicitadas tomando como ponto de partida um conceito sintático-semântico de validade, e a dependência da pureza em relação à separação lógica entre ser e dever ser, além dos seus específicos resultados dentro da visão kelseniana. Tais resultados serão apresentados como o fundamento da visão relativista quanto aos fatos no processo judicial.

A visão sobre os fatos está ligada, justamente, ao caráter relativista que a interpretação assume em Kelsen. Neste ponto do trabalho, a visão sobre a interpretação será apresentada como intrinsecamente ligada à noção de validade e assumirá uma postura formalista que resulta num relativismo.

2. As influências do neopositivismo lógico no pensamento kelseniano

Inicialmente, pretende-se demonstrar a influência neopositivista na Teoria do Direito. Aqui se pretende demonstrar que a tentativa Kelseniana de encontrar um espaço de cientificidade pura para o Direito termina levando à exacerbação da

separação lógica entre ser e dever ser e o conseqüente relativismo na interpretação do Direito e dos fatos jurídicos.

Inicialmente, o trabalho vai demonstrar até que ponto o neopositivismo também influenciou o pensamento kelseniano e o quando a Teoria Pura do Direito herdou desse pensamento filosófico. Segundo Lourival Vilanova, trata-se da proposta de purificação da Teoria do Direito:

Um ponto comum entre a purificação kelseniana e às purificações kantiana e husserliana reside na separação entre os atos de consciência e os conteúdos, mais especificamente, entre os atos de pensar e pensado, entre o factual psicológico do processo da consciência empírica e os conteúdos lógicos da proposição¹.

Nesse sentido, a Teoria Pura do Direito é um projeto que pode ser inserido no contexto do neopositivismo lógico e nas propostas do Círculo de Viena.

Segundo Nelson Saldanha:

Efetivamente, Kelsen sentiu o atrativo metodológico do neokantismo, mas sua teoria foi-se afastando desta linha (9); enquanto isso, partilhava do monismo epistemológico e cosmológico do círculo de Viena, sem deixar porém de aceitar o dualismo neokantiano “ciências naturais-ciências normativas”².

Miguel Reale não aceita uma ligação direta e imediata entre a Teoria do Direito de Kelsen e o neopositivismo. Argumenta que a Escola de Viena de Kelsen não era aquela dos neopositivistas, mas uma ligada especificamente ao Direito. Para Reale, todavia, não se pode deixar de reconhecer que a teoria kelseniana e o neopositivismo apresentam pontos de contato.³

¹ VILANOVA, Lourival. “Teoria da norma fundamental”. In: **Anuário do Mestrado em Direito do Recife**. N. 1. Jan/dez. 1976, p. 144.

² SALDANHA, Nelson. “Situação histórica da Teoria Pura do Direito”. In: **Anuário do Mestrado em Direito do Recife**. N. 1. Jan/Dez. 1976, p. 100.

³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 458.

Por isso, Para Luiz Alberto Warat, é impossível dissociar o neopositivismo lógico do pensamento de Hans Kelsen: “As teses Kelsenianas sobre as definições jurídicas, aparentemente plausíveis, apenas podem ser aceitas após a concordância com os pressupostos epistemológicos do Neopositivismo e com os papéis que eles reservam às definições na ciência”⁴.

No âmbito desse trabalho, o que se quer é destacar da análise da proposta Kelseniana a necessidade de formular uma linguagem que sirva como parâmetro de cientificidade para o Direito. Essa linguagem teria de ser baseada na ideia de que o papel da Filosofia seria o de representar um critério, uma espécie de algoritmo, capaz de medir a cientificidade de uma disciplina.

Para isso a Filosofia precisava ser formulada em uma linguagem ideal, carente de ambiguidades e livre de toda valoração possível. A ligação com o neopositivismo se dá, portanto, porque suas bases estão justamente na crença de que a Filosofia tem um papel de clarificação, que reside na definição dos limites do sentido da linguagem.

Todavia, mesmo diante dessa relação entre o neopositivismo lógico e a Teoria Pura do Direito, também se quer enfatizar que os resultados teóricos são completamente diferentes na epistemologia kelseniana. Para Hans Kelsen, um enunciado de fato – no âmbito da linguagem da decisão jurídica – seria um dever ser e, portanto, decorreria de um ato de vontade, que não poderia ser confrontado com a realidade, pois já não se trataria de saber se é verdadeiro ou falso, mas sim se é válido ou inválido.

Sob o ponto de vista kelseniano, as proposições fáticas possuiriam caráter normativo, pelo que o valor de verdade de tais proposições seria indiferente à

⁴ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 59.

validade da norma individual. É o caminho inverso ao positivismo sociológico como apresentado por Pontes de Miranda⁵.

Ao tratar os fatos jurídicos como uma questão normativa e, portanto, não passível de determinação conteudística, Hans Kelsen termina por negar o representacionismo e a possibilidade de aplicar a Lógica formal ao Direito.

Por conseguinte, a visão kelseniana sobre a interpretação chega à conclusão de que as controvérsias fáticas podem chegar a qualquer resultado quando discutidas dentro de um processo judicial, pois a verdade ou falsidade dos enunciados de fato não terá influência na validade da norma individual resultante do processo de decisão jurídica.

Já se encontra em Hans Kelsen a postura que caracterizará, de certa forma, a guinada pragmática do segundo Wittgenstein, em que a noção de fato assume um caráter contextual. Essa aparente contradição entre a Teoria Pura do Direito e suas bases filosóficas neopositivistas pode ser explicada pela análise interna da visão kelseniana e dos artifícios utilizados para apontar, na linguagem jurídica, uma forma lógica capaz de identificá-la como objeto de uma ciência.

Para levar em consideração a possibilidade de tratar cientificamente proposições jurídicas que, a princípio não se enquadram no modelo referencial das ciências naturais, e, por conseguinte, não poderiam ser objeto de uma ciência para o neopositivismo, Hans Kelsen fundamenta-se na distinção lógica entre proposições do *ser* e do *dever ser*.

Para ser uma ciência, o Direito precisaria de uma teoria que lhe definisse os limites, esclarecesse seu objeto e encontrasse a forma da linguagem jurídica. A partir daí seria possível delimitar metodologicamente o campo do que seria próprio do Direito e do que seria âmbito de outros saberes.

⁵ VILANOVA. Op. cit., p. 144.

Para ser *pura*, portanto, a teoria teria de partir do que estaria na base da gramática formal do Direito, ou seja, daquilo que estaria presente em qualquer linguagem dita jurídica. A teoria seria legitimada como teoria purificada de elementos contingentes ou pragmáticos, o que resultaria numa espécie de “geometria jurídica”⁶.

Nos moldes do positivismo lógico, o que está na base da linguagem é o que forma seu sentido. De tal modo, enquanto a proposição das ciências naturais tem seu sentido na isomorfia com a forma lógica da realidade, tal não poderia acontecer com as normas jurídicas, eis que essas não teriam valor de verdade, não seriam empiricamente verificáveis, pois não retratariam um estado de coisas possível.

Para Kelsen, o que é necessário para uma teoria pura é identificar a forma da linguagem do Direito, pois estaria aí o sentido da norma jurídica. O ponto inicial é admitir que o modelo de sentido do enunciado de fato não pode servir para identificar o sentido da norma jurídica, dada a separação entre ser e dever ser⁷.

Mas o que significa essa separação entre ser e dever ser? Evidentemente que a dicotomia normas-fatos é fonte de diversas discussões filosóficas e tem diversos aspectos a serem questionados. Ela está obviamente presente no neopositivismo lógico e tem um significado semelhante ao que adquire na visão Kelseniana.⁸

Sob o ponto de vista do neopositivismo lógico e para os efeitos da análise aqui empreendida, a diferença entre fatos e normas aparece na linguagem. Nesse

⁶ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Kelsen: estudio crítico de la teoría pura del derecho y del estado de la escuela de Viena**. Barcelona: Librería Bosch, 1933, p. 23.

⁷ Para evitar problemas terminológicos, o trabalho usa a expressão norma jurídica no sentido da Teoria Pura, em que esta distingue entre “normas jurídicas” e “proposições jurídicas”, que são aquelas emanadas da ciência do Direito sobre as “normas jurídicas” e que são chamadas de “dever ser” descritivo. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 80. Ver também: TROPER, Michel. “The fact and the law”. NERHOT, Patrick (org.). **Law, interpretation and reality**. London: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 24.

⁸ Vide a discussão sobre a neutralidade axiológica resultante da dicotomia fato-valor. RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003.

sentido, as normas jurídicas não poderiam ser consideradas proposições científicas, pois elas não se coadunam com o modelo de sentido da proposição descritiva. As normas jurídicas não têm a qualidade de serem empiricamente verificáveis e, portanto, não podem ser analisadas do ponto de vista dos princípios lógicos tradicionais, como o princípio do terceiro excluído.

Em Hans Kelsen, essa visão se mantém apenas parcialmente, pois a Lógica tradicional e seus princípios não podem ser aplicados às proposições normativas em sua totalidade. Quanto ao princípio do terceiro excluído, tem-se que a norma não é verdadeira ou falsa, mas válida ou inválida e, mais importante, nenhum paralelo existe entre a validade da norma e a verdade de uma descrição fática⁹.

Não pode haver, portanto, contradição entre um enunciado descritivo de fato e uma norma jurídica. Por isso, diz Lourival Vilanova que “uma proposição descritiva não altera o valor da proposição normativa. São valores diferentes, que não se combinam (em função de valor). Por esta via, entendemos que diga Hans Kelsen que inexistente contradição entre uma proposição descritiva e a correspondente normativa”¹⁰.

A separação lógica entre ser e dever ser significa basicamente que de uma proposição fática (ser) não se pode inferir uma norma (dever ser) e vice-versa. Se uma não se pode inferir da outra, elas participam de linguagens diferentes e a lógica de cada uma delas é também diferente. Seguindo esse raciocínio, se o Direito é norma, o sentido da norma jurídica não pode ser o fato de ela poder ser verificada como verdadeira ou falsa.

Hans Kelsen defende a tese de que os princípios lógicos analisam o conhecimento da ciência e da vida cotidiana, no sentido de proporcionar critérios de verificabilidade das proposições. Quanto às normas morais, já que essas não

⁹ KELSEN, Hans. “Validez y eficacia del derecho”. KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugênio; WALTER, Robert. **Validez y eficacia del derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, p. 62.

¹⁰ VILLANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de Direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 74.

têm sentido teórico, não podem ser verificadas e, assim sendo, não podem ser consideradas verdadeiras nem falsas¹¹.

Desta forma, a relação entre o ato que estabelece a norma jurídica e a sua validade é fundamentalmente diferente da relação entre o ato que produz o enunciado de fato e a sua verdade:

Seguramente o enunciado é, como a norma, sentido de um ato; mas a verdade de um enunciado não é condicionada pelo ato com que ele se estabelece, enquanto a validade da norma é condicionada pelo ato com que ela é fixada. Ao mesmo tempo é bem de se observar que o ato com o qual a norma é estabelecida, o ato cujo sentido é a norma, é a *condição* da validade da norma, não é, porém, idêntico à validade da norma. O ato é um ser, a validade da norma um dever ser¹².

Para Hans Kelsen, no entanto, a falta de paralelismo indica que de uma proposição descritiva não se pode inferir uma norma, que não depende do ser, mas de um dever ser¹³.

Essa constatação de que a Lógica não pode ter todos os seus princípios aplicados ao Direito não impede, contudo, a visualização de um modelo teórico capaz de apontar a forma da linguagem jurídica e, portanto, a Teoria Pura do Direito pode indicar logicamente o sentido da norma jurídica.

É assim que a separação lógica entre ser e dever ser terá a função de incluir a linguagem normativa do Direito nas possibilidades de análise científica. No caso da Teoria Pura, Hans Kelsen tenta dissolver os problemas da Teoria do Direito, que estariam sempre engajadas “em raciocínios de política jurídica”¹⁴ apontando a

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 243.

¹² KELSEN. *Ibid.*, p. 215. Ressalte-se que o ato que produz a norma é condição de validade, mas não seu fundamento, que não pode estar num ser, mas sim num dever ser, que é, justamente a validade de outra norma.

¹³ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 73.

¹⁴ KELSEN. *Op. cit.*, p. XI.

essência da norma jurídica, ou seja, a forma da linguagem do Direito, que não está nos fatos ou em conteúdos jurídicos prévios.

De tal modo, a validade da norma é a sua existência específica como norma, sendo, justamente, o seu sentido normativo. Neste caso, os requisitos para que um enunciado descritivo de fato tenha sentido são completamente diferentes dos requisitos para a validade de uma norma jurídica.

E, para Hans Kelsen, reside justamente aí a diferença entre o fato de um sujeito escrever um texto em que condena um outro à prisão, e o seu sentido jurídico, qual seja, o pronunciamento de uma sentença judicial. Assim sendo, as palavras pronunciadas pela autoridade são normas jurídicas não porque descrevem um fato da realidade nem porque dizem algo sobre o mundo. São normas porque têm validade. A validade é o sentido da normatividade jurídica. Uma proposição é jurídica na medida em que é válida.

O sentido de uma norma jurídica, por conseguinte, não está na isomorfia com a forma da realidade empírica, já que as proposições do ser e do dever ser não são logicamente compatíveis. O sentido da norma jurídica está na sua relação sintático-semântica (formal) com uma norma superior e com o fato que a produziu. A norma é válida desde que exista uma relação de concordância semântica entre a norma e o critério fático de validade e uma relação sintática entre a norma e seu fundamento de validade¹⁵.

Por isso a execução de uma pena capital é diferente de um homicídio: o conteúdo do fato (execução) recebe significação jurídica de uma norma superior, que, por sua vez, foi produzida por um fato (ato de vontade) que recebe significado jurídico de outra norma. Esse escalonamento normativo é algo que, na Teoria Pura do Direito, serve de modelo para a forma da linguagem jurídica.

¹⁵ WARAT. Op. cit., p. 43.

Eis o caminho seguido por Hans Kelsen: mantendo o projeto neopositivista, tenta salvar a linguagem normativa do Direito e encontrar sua cientificidade. Encontra-se, com a Teoria Pura do Direito, algo que possa significar um modelo teórico capaz de identificar a forma da linguagem do Direito, e, ao mesmo tempo, servir de critério para cientificidade das proposições que respeitem a forma lógica da norma jurídica.

3. O problema da interpretação do direito em Hans Kelsen

Inicialmente, para Hans Kelsen, a interpretação de uma norma jurídica deve ser separada em duas espécies: a interpretação “autêntica” e a “não-autêntica”. A primeira é aquela que mais interessa nessa parte do trabalho, pois é a interpretação que os órgãos jurídicos conferem às normas superiores na criação de novas normas jurídicas. Aqui, o ato de interpretação é, ao mesmo tempo, ato de criação do Direito.

A interpretação não autêntica é aquela feita por todos aqueles que não constituem fontes normativas formais, desde o jurista ou cientista do Direito até o cidadão comum que interpreta as normas para saber como agir em sociedade. Em Hans Kelsen, a interpretação não autêntica não faz Direito e, portanto, as proposições produzidas a partir de uma interpretação não autêntica são proposições sobre normas jurídicas, mas não são elas mesmas normas jurídicas¹⁶.

O problema da interpretação no Direito em Hans Kelsen é que a norma jurídica está sempre indeterminada em seu conteúdo, já que há sempre um determinado grau de vagueza ou ambiguidade que proporcionará ao interprete autêntico uma espécie de liberdade na escolha das possibilidades interpretativas. Assim, seja quando a norma é intencionalmente vaga, seja quando o é por uma

¹⁶ KELSEN. Op. cit., p. 80.

circunstância pragmática da linguagem, ela nunca poderá proporcionar a previsibilidade de uma decisão determinada pelo órgão aplicador do Direito.

Isto está em evidente coerência com a ideia de pureza Kelseniana, já que uma teoria pura não pode estar preocupada com o conteúdo das normas jurídicas, nem pode pensar a interpretação a não ser de um ponto de vista sintático. Dessa maneira, uma Teoria Pura somente poderia concluir que o ato de interpretação do Direito (no caso da interpretação autêntica) é um ato de vontade e, por isso, arbitrário em relação ao conteúdo.

Isso resulta da noção segundo a qual a validade da norma jurídica não está imediatamente relacionada com seu conteúdo. A norma jurídica é válida porque o fato que a criou (ato de vontade) é autorizado por um outro dever ser (outra norma jurídica). Mas esse fato, que cria a norma jurídica, não é seu fundamento de validade. A relação entre a norma jurídica (superior) – que dá ao ato a qualidade de fonte normativa – e a norma jurídica criada (inferior) é que fundamenta a validade dessa mesma norma jurídica¹⁷.

Evidentemente, apesar de não poder discutir as razões para a fixação dos conteúdos das normas jurídicas, Hans Kelsen não deixa de se referir ao problema e afirma que é o ato de vontade que interpreta e confere conteúdo à norma. O argumento fundamental foi visto no ponto anterior. É que a norma jurídica não é válida porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque tem um sentido jurídico objetivo, conferido sintático-semanticamente na sua relação com a norma superior que confere à autoridade o poder de fixar novas normas jurídicas.

Essa visão sobre a validade indica que a Teoria Pura do Direito não pode resolver o problema fundamental da interpretação jurídica, qual seja, a fixação do conteúdo da norma jurídica a ser criada. Ela não pode ir além de apontar as formas lógicas da linguagem jurídica, abstendo-se de predefinir conteúdos, pois, assim, estaria ingressando na contingência pragmática da fixação material do ato de

¹⁷ TROPER. Op. cit., p. 27.

vontade. Se assim o fizesse, Hans Kelsen negaria a pureza de sua teoria, adentrando num campo que não mais se refere à proposta de encontrar uma linguagem pura. Portanto, a noção de validade não se refere ao conteúdo da norma.

Daí a metáfora da *moldura* ou *quadro*, segundo a qual a norma jurídica a ser interpretada formaria uma moldura, e, dentro dela, as diversas opções interpretativas estariam à disposição do intérprete. A formação dessa moldura seria papel da Ciência do Direito (não da Teoria Pura do Direito), que teria a função de encontrar possíveis interpretações da norma jurídica, e não de definir qual deveria ser a decisão interpretativa.

Todavia, a moldura não é um limite à decisão judicial. Sendo função da Ciência do Direito, a interpretação autêntica poderia, até mesmo, decidir por um conteúdo que estivesse fora da moldura, tendo em vista o fato de que a interpretação da Ciência do Direito não cria norma jurídica e, por isso, não pode vincular o órgão aplicador, esse sim, criador de norma jurídica.

Como afirma Kelsen:

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 representa¹⁸.

A moldura não deve ser tratada como um limite formal dentro da Teoria Pura do Direito. Como já mencionado, analisada contextualmente, a visão Kelseniana sobre a interpretação é um esquivar-se de definições conteudísticas. Se, no topo da pirâmide, a norma fundamental rejeita, logicamente, qualquer conteúdo predeterminado para o Direito, também na sua base o problema é

¹⁸ KELSEN. Op. cit., p. 394.

encarado sob ponto de vista sintático. Por isso a interpretação jurídica não é um problema da Teoria Pura do Direito, mas sim um problema da Ciência do Direito (pelo menos até a fixação da moldura).

O ato interpretativo tem, portanto, dois aspectos fundamentais: o aspecto formal, que se refere à validade, e o aspecto pragmático, que se refere à fixação de conteúdo da norma a ser criada. Referindo-se a estes dois aspectos, Michel Troper identifica uma ambiguidade na palavra *sentido*, no contexto da obra kelseniana.

Em primeiro lugar, a palavra *sentido* designaria a própria norma jurídica, o sentido objetivo de um ato de vontade. Esse sentido objetivo, como visto, é encontrado na estrutura sintático-semântica da linguagem do Direito, e não se confunde com o próprio ato de vontade, que faz parte do mundo do ser¹⁹.

A palavra *sentido* aparece também quando Hans Kelsen trata da “fixação de sentido” das normas jurídicas pelo ato interpretativo. Michel Troper sugere que a combinação destes dois usos do termo resulta na seguinte conclusão: quem define a norma jurídica é o intérprete autêntico no momento da interpretação²⁰.

Isto é evidente, já que na interpretação é o ato de vontade que formula a norma. Pode-se, por outro lado, pensar que a expressão “fixar o sentido” está relacionada à definição de conteúdo, porque as normas jurídicas são sempre indeterminadas, sendo papel do intérprete a *escolha* entre as várias possibilidades de conteúdo.

A opinião de Troper desconsidera, portanto, a questão da fixação de conteúdos, ao combinar a noção de “fixar o sentido” com o “sentido objetivo”. Termina por enfatizar que o problema não cabe na estrutura metodológica da Teoria Pura do Direito, pois a fixação de conteúdos pelo intérprete tem razões que não podem ser encontradas na sintaxe ou na semântica da linguagem jurídica.

¹⁹ KELSEN. “Validez y eficacia del derecho”. Op. cit., p. 60.

²⁰ TROPER. Op. cit., p. 27.

Assim, a conjugação de sentidos que Michel Troper propõe é o ponto até onde se pode chegar sem comprometer a pureza da teoria, tendo em vista que ela se concentra na análise sintático-semântica (formal) do Direito, enquanto o problema da interpretação – da fixação da moldura à escolha da decisão – é um problema pragmático, contextual. Aliás, para Hans Kelsen, após a fixação da moldura, o processo de escolha não conta sequer com dados jurídicos, pois envolve questões políticas, morais, e até psicológicas.

Toda a análise de fatos demanda qualificações e, portanto, valorações. Isso demonstraria que a Lógica é inaplicável ao processo de definição de conteúdos jurídicos, que seriam, destarte, axiológicos. Nesse sentido, “a lógica não é suficientemente potente para abranger o conteúdo referencial significativo das proposições jurídicas(...)”²¹.

Lourival Vilanova ainda afirma:

O dado de fato é susceptível de várias qualificações, ou seja, de subsunções dentro de diversos tipos. Para tanto, requer a *seleção de notas* do dado de fato, e tal seleção não se faz com juízos de percepção ou simples juízos descritivos. A descritividade do juridicamente relevante no fato é feita através de juízos de valor. A lógica, que é sintaxe das proposições, não alcança nem conteúdos fáticos, nem conteúdos axiológicos, que estão além do formal²².

Desta forma, uma abordagem pura do Direito não admitiria um limite à atividade interpretativa que não estivesse na forma da linguagem jurídica, e a limitação de conteúdo é incompatível com a visão formal proposta por Kelsen. Seguindo esse raciocínio, quanto à interpretação dos fatos, nem mesmo a experiência sensorial serviria como limite e como controle da interpretação autêntica da norma jurídica.

²¹ VILLANOVA. Op. cit., p. 318.

²² VILLANOVA. Op. cit., loc. cit.

Para Lourival Vilanova, a decisão jurídica não poderia ser verificada ou corrigida pela ciência: “A verdade legal, no último termo da cadeia de atos processuais é insusceptível de correção pela *scientific empricial proof*, ou insusceptível de desfazimento, pois vale como *res judicata*”²³.

Assim sendo, mesmo um enunciado de fato que, analisado fora do contexto processual, seja considerado falso, em sendo admitido como fundamento de uma decisão concreta, nem é falso nem verdadeiro, pois deixa de ser proposição descritiva para se tornar *dever ser*.

4. A descrição de fatos como condição formal de validade da decisão judicial

Diante de tudo que já foi dito é importante destacar que há uma importante relação entre a questão da interpretação dos fatos em Hans Kelsen e a sua visão sobre a aplicação de princípios da Lógica às normas jurídicas.

A visão da Teoria do Direito, baseada na Teoria do Fato Jurídico, fundamenta a ideia de que a decisão judicial deve ser formalizada com base numa espécie de silogismo, em que a premissa maior seria a norma jurídica, a premissa menor a situação fática subsumida ao caso geral previsto na norma, e conclusão seria a decisão.

Esse modelo demandaria a consideração de que a decisão seria uma inferência lógica, decorrente da relação entre a premissa maior e a menor, justificando a noção de incidência infalível e, portanto, a Teoria do Fato Jurídico como formalização do Direito²⁴.

Em Hans Kelsen, a aplicação do modelo lógico silogístico ao raciocínio judicial é contestada por dois motivos: inicialmente, pelo fato de que a regra geral

²³ VILLANOVA. Op. cit., p. 324.

²⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1991, 381.

(que seria a premissa maior) não é verdadeira ou falsa, mas sim, válida ou inválida e, portanto, não pode servir como premissa de um silogismo; e, em segundo lugar, a inferência de um silogismo demanda a obediência a regras lógicas segundo as quais a conclusão é necessária, dada a verdade das premissas. Contudo, no caso do Direito a regra individual (que também é norma e, portanto, não é verdadeira nem falsa) não é válida por decorrência necessária da validade da norma geral e da verdade da premissa fática. Por isso, a noção de incidência infalível não se aplica ao Direito.

A validade, como já foi afirmado, decorre da relação sintático-semântica entre a norma criada e outra norma jurídica. De tal modo, a validade da norma individual não decorre logicamente da validade da norma geral. Isto fica muito claro na observação de que, se uma pseudoautoridade escreve um texto que chama de sentença e condena um assassino à cadeia, mesmo que o conteúdo desta decisão esteja de acordo com o conteúdo da norma geral, e que a referência fática seja verdadeira, a referida decisão não será válida, pois falta a ela o fundamento de validade. De tal modo, para Kelsen, “a norma geral pode valer porque ela é o sentido de um real ato de vontade; mas a norma individual pode não valer se – por qualquer razão – não foi estabelecido um ato de vontade, cujo sentido é esta norma”²⁵.

Se a norma individual não decorre logicamente da norma geral, a formação da norma individual é um processo de fundamentação de validade que depende da vontade de uma autoridade.

Por isso, baseado no pensamento de Kelsen, podemos dizer que a premissa fática (suporte fático concreto), mesmo sendo falsa, pode servir de base para a validade da regra individual (fato jurídico). Seguindo esse raciocínio, a condição para a aplicação da norma geral não é a ocorrência efetiva de um fato, mas a

²⁵ KELSEN. Op. cit., p. 165.

simples enunciação desse fato por um órgão juridicamente competente. Por isso, é indiferente para o Direito se a descrição fática é verdadeira ou falsa. Essa seria uma terceira razão pela qual não se deve considerar a decisão judicial na forma de um silogismo, abandonando a noção de incidência infalível da norma jurídica.

Consequentemente, Hans Kelsen deixa evidente que a descrição fática, quando proferida num discurso jurídico, é parte da norma individual, e, portanto, não está sujeita a um questionamento empírico sobre sua correspondência com o real, pelo menos enquanto serve de premissa para uma decisão normativa.²⁶ O que ocorre é que a premissa menor do silogismo, mesmo tendo a forma gramatical de uma descrição, seria na verdade, uma prescrição, uma norma²⁷.

Hans Kelsen admite que a “declaração (sobre o fato do furto) é um ato, cujo sentido é um enunciado, que – como enunciado – pode ser verdadeiro ou falso”, todavia, explica que o que importa para a formação da norma jurídica concreta é a declaração em si mesma, e não seu valor de verdade²⁸.

Assim sendo, a condição para a formação da norma individual válida é a mera enunciação de fato dentro do processo judicial, e não a verdade ou falsidade do enunciado. Saber se uma declaração fática que serve de fundamento a uma sentença é verdadeira ou falsa não interessa para medir a validade da norma individual, pelo que o suporte fático concreto é construído no momento da decisão.

Esse pensamento está explícito na obra kelseniana:

Sim, o ato de declaração não é, no fundo, uma segunda condição que acresce à existência do fato do furto como à primeira condição, mas é a condição à qual a norma jurídica liga a sanção. Pois não é o fato do furto, ou como se diz em geral, o fato do delito em si, mas a declaração deste

²⁶ KELSEN. Op. cit., p. 310.

²⁷ VILLANOVA. Op. cit., p. 318.

²⁸ KELSEN. Op. cit., p. 165.

fato pelo órgão aplicador do Direito, a cujo ato a norma geral liga a sanção²⁹.

É nesse sentido que a separação entre questão de fato e questão de direito não faz sentido na visão Kelseniana, que não aceita a ideia de que o enunciado descritivo (suporte fático concreto) feito na decisão jurídica seja passível de ser verificado empiricamente, pois é parte da norma jurídica individual.

A separação entre questão de fato e questão de direito não encontra respaldo na visão Kelseniana, visto que os fatos, ao serem analisados no processo judicial, não são partes do mundo empírico, mas sim conteúdos normativos que se definem pela decisão de uma autoridade jurídica. Por isso, não existem questões de fato em contraposição às questões jurídicas, pois saber se alguém praticou um furto é, em Hans Kelsen, parte da interpretação da norma jurídica, sendo já uma questão jurídica.

Surge daí, portanto, uma espécie de relativismo por parte da linguagem jurídica. Como disse Nelson Saldanha, o pensamento de Kelsen abriga algumas coisas além da pureza formal, e uma delas é “uma importante valorização do relativismo filosófico”³⁰.

Tratada como requisito formal de validade da norma individual, o enunciado de fato deixa de ser verdadeiro ou falso e passa a ser simplesmente válido ou inválido, negando a tese neopositivista de correspondência entre as proposições e a realidade, radicalizando a separação entre a linguagem do ser e a do dever ser.

A ideia de ligar a Teoria Pura de Hans Kelsen ao relativismo normalmente é associada à inexistência de pautas valorativas na teoria positivista³¹, que o ligaria a

²⁹ KELSEN. Op. cit., p. 165.

³⁰ SALDANHA. Op. cit., p. 96.

³¹ LEGAZ Y LACAMBRA. Op. cit., p. 219. Ver também: SALDANHA. Op. cit., p. 101.

um liberalismo relativista, que justificaria um conceito de democracia formal relacionado à ideia de tolerância com condutas divergentes³².

Todavia, o relativismo em Kelsen também está relacionado com a questão da interpretação dos fatos, na medida em que é justamente na definição do conteúdo da norma individual que a Teoria Pura do Direito pára, e abre espaço ao pragmático, que não está ao seu alcance. Resta, portanto, um fundamento formal volitivo, no qual caberia qualquer conteúdo.

No que se refere aos fatos, Kelsen mais uma vez explicita seu relativismo de conteúdo:

No mundo do Direito não existe nenhum fato “em si”, nenhum fato “absoluto”, existem apenas fatos averiguados por um órgão competente num processo prescrito pelo Direito. Ao vincular a certos fatos certas consequências, a ordem jurídica deve também designar um órgão que tem de averiguar os fatos de um caso concreto e prescrever o processo que o órgão tem de observar ao fazê-lo³³.

Por isso, o enunciado de fato é parte de uma norma individual. Assim, quando “um juiz declara que um certo indivíduo praticou um furto, antes o juiz ordena numa norma individual, no caso *sub judice*, a sanção estatuída pela norma geral: uma pena de prisão”.³⁴ Juridicamente, a pergunta sobre se um fato ocorreu somente pode ser respondida com o trânsito em julgado de uma decisão judicial.

Tal concepção, por expressar uma desvinculação entre o enunciado sobre fatos e a realidade, leva a um relativismo quanto aos fatos no Direito, isolando a linguagem jurídica num discurso que pode até mesmo ignorar a realidade fática em favor de uma *realidade jurídica*.

³² REALE. Op. cit., p. 474.

³³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins fontes, 1998, p. 197.

³⁴ KELSEN. Op. cit., p. 164.

Evidentemente que o relativismo de conteúdo fica evidenciado pela análise de Kelsen da interpretação autêntica, que produz norma jurídica. A proposição jurídica, que é proposição descritiva sobre norma jurídica pode ser verdadeira ou falsa. Todavia, mesmo que se considere que a descrição fática é verificável, pois é descritiva e pode ser verdadeira ou falsa, tem-se que, também no âmbito da interpretação do Direito, a linguagem da Ciência do Direito só é capaz de apontar a moldura, dentro da qual, as várias decisões podem ser tomadas.

Como vimos, a escolha de uma entre tantas possibilidades não é mais papel da Ciência do Direito, o que resulta num problema ainda mais grave dentro da Teoria Pura do Direito, que é o limite da verificabilidade das descrições de fato por parte dos juristas, dentro ou fora do processo.

Pode-se, afirmar, portanto, que a postura kelseniana leva ao relativismo quanto aos fatos no Direito. Essa visão tem enorme influência no Direito brasileiro. Quando as premissas kelsenianas aparecem interligadas a certos pressupostos da filosofia hermenêutica, vemos a exacerbação do relativismo quanto aos fatos. Isso será analisado no próximo ponto.

5. Conclusão: o pensamento kelseniano e a sua influência no Direito brasileiro

A visão kelseniana, acrescida da noção filosófica de acordo com a qual os fatos não existem em si mesmos, forma a base da posição defendida por Paulo de Barros Carvalho, que leva até as últimas consequências a visão relativista quanto aos fatos no Direito.

Segundo essa visão, fatos não existem em si mesmos. O que existem são descrições linguísticas sobre eventos contingentes e tais descrições são as únicas coisas que estão ao alcance do homem. Tais eventos, por contingentes, seriam inalcançáveis a um conhecimento direto por parte do ser humano, e só

poderiam ser interpretados sob os diversos pontos de vista descritos em proposições.

As teorias que formam a “reviravolta linguístico-pragmática da Filosofia” levariam ao entendimento de que a verdade é criada pelo homem. A ideia de que o homem só conhece por meio da linguagem daria ensejo à visão segundo a qual a linguagem constrói a realidade³⁵.

O *fato* seria a formulação do *evento* em linguagem. O *evento* é contingente e se esvai no tempo. *Eventos* teriam, portanto, maior ligação com a natureza empírica dos *fatos*, enquanto *fatos* seriam as construções linguísticas denotativas dos *eventos*. Daí a distância entre *fato* e *evento*. O puro evento não entra no Direito por não ter linguagem³⁶.

Vejamos um exemplo do Direito Tributário. No dia 1º de janeiro o sujeito de direito é proprietário de bem imóvel (suporte fático da norma de instituir o IPTU), mas somente no dia 25 de maio recebeu a notificação de débito do referido imposto. Seguindo esse exemplo, Paulo de Barros Carvalho afirma:

O *factum* tributário constituiu-se em 25 de maio, fazendo nascer, por força da eficácia jurídica (predicado do fato), a correspondente obrigação tributária (relação jurídica). Para efeito de *constituição* do fato e da respectiva relação, pouco importa que o evento por ele referido tenha ocorrido no dia 1º de janeiro³⁷.

Seguindo essa trilha, afirma-se que, no Direito, enquanto os fatos não são narrados em linguagem da dogmática jurídica competente, permanecem meros eventos, inalcançáveis, não se podendo falar, ainda, em fatos jurídicos. Daí se dizer que o homem “constitui em linguagem a incidência”³⁸.

³⁵ Nem Richard Rorty aceita essa ideia.

³⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 110.

³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 137.

³⁸ IVO, Gabriel. A incidência da norma jurídica: o cerco da linguagem. **RTDC**, v. 4, 2000, p. 29.

A incidência, nesse sentido, se confundiria com a aplicação do direito, não se podendo falar num conceito de incidência independente da sua constituição por meio do procedimento jurídico. É necessária a participação humana para a constituição da incidência, contrariando a visão pontesiana que defende a infalibilidade da incidência³⁹. “Então, fato jurídico é o resultado da incidência da linguagem normativa sobre a linguagem da realidade social, só é possível pelo ato de aplicação do direito”⁴⁰.

A consequência disto é que o valor de verdade de uma descrição não seria uma questão de verificação da realidade física dentro de um ambiente linguístico jurídico, mas sim um aspecto normativo da interpretação das normas jurídicas no ambiente decisório.

A possibilidade da ocorrência da incidência normativa, nesse sentido, não se dá numa “perspectiva inteiramente realista, fora de um ato humano de interpretação”⁴¹. A incidência normativa seria algo que somente acontece com a aplicação do Direito pela linguagem competente.

Mais interessante ainda é o exemplo da constituição da personalidade civil. Já que o fato somente existiria enquanto interpretado por um órgão autorizado pelo Direito, não existiria uma *morte em si*, mas somente aquela prevista na norma jurídica, que será definida no caso concreto pelo órgão competente⁴².

Assim, para Paulo de Barros Carvalho, somente com o registro civil se constitui a personalidade civil, donde se conclui que uma pessoa, mesmo viva, se não estiver registrada devidamente, não tem personalidade civil. Ademais, se o

³⁹ CARVALHO. Op. cit., p. 44.

⁴⁰ MOUSSALLEM. Op. cit., p. 146.

⁴¹ GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. Eficácia de norma jurídica: uma proposta de conceituação e uma espiada nos caminhos abertos por Pontes de Miranda. **Conferências do III congresso brasileiro de filosofia do Direito: em homenagem a Pontes de Miranda**. João Pessoa: Edições Grafset, Jun. 1988, p. 117.

⁴² TROPER. Op. cit., p. 22.

registro civil diz que alguém está morto, nem mesmo a exibição da pessoa viva poderia elidir tal afirmação⁴³.

Tárek Moysés Moussallem propõe um outro exemplo que demonstraria a confusão entre incidência e aplicação do Direito. Ele destaca que muitas vezes cruzamos um sinal vermelho e nenhuma consequência jurídica nos atinge. Isso ocorre quando não há guarda de trânsito no local para aplicar a multa⁴⁴.

“Quantas pessoas matam sem serem presas”⁴⁵. Quando afirma isso, Moussallem trai a tese proposta, parecendo reconhecer que há uma diferença entre a aplicação do direito e da incidência normativa. Quando alguém mata e não sofre as consequências, algo certamente está errado no processo de decisão judicial.

Moussallem não pensa, ainda, na possibilidade de um acidente ocorrer e a aplicação do direito se dar sem a interferência de órgão do Estado. Imaginemos que um sujeito, ao cruzar o sinal vermelho, atinge outro veículo e, lá mesmo, indeniza a vítima, sem a necessidade de processo. Afinal de contas o que foi que aconteceu, a não ser o reconhecimento da verdade de um fato (cruzar o sinal vermelho) e da sua consequência jurídica?⁴⁶

Inúmeros problemas podem surgir de uma visão como essa, notadamente quando a linguagem não jurídica (científica, do senso comum, jornalística, religiosa, etc.) considera que o valor de verdade da descrição que serve de fundamento à decisão é falso e, portanto, não corresponde à previsão normativa.

Essa postura é relativista na medida em que não reconhece a relação do Direito com a realidade. Vejamos que, sendo falsa a afirmação de que o sujeito cruzou o sinal vermelho, não haveria razão para a punição. Ademais, esse seria justamente o argumento de defesa numa eventual aplicação de multa nesse caso.

⁴³ CARVALHO. Op. cit., p. 106.

⁴⁴ MOUSSALLEM. Op. cit., p. 112.

⁴⁵ MOUSSALLEM. Op. cit., p. 112.

⁴⁶ Esse exemplo também aparece em COSTA, Adriano Soares. **Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 47.

Ora, como se poderá criticar a consideração errada de um fato jurídico, a não ser pela referência ao que realmente aconteceu? A ideia de que a incidência se confunde com a aplicação nos deixa sem possibilidade de crítica. Se não é a incidência o que é infalível, a postura aqui apresentada considera ser a decisão do órgão jurídica infalível.

Como se vê, o relativismo leva ao absurdo, como no exemplo acima, em que se defende que a exibição da pessoa viva não é capaz de gerar direitos de personalidade no caso da falta do registro civil. Apesar da ressalva de que o registro civil poder ser modificado diante da falsidade comprovada, podemos perguntar: “Em que se baseia a argumentação de falsidade?” A resposta óbvia seria “No fato de a pessoa estar viva”.

Esse discurso, que leva a afirmações completamente destoadas do senso comum, decorre da radicalização da especificidade da linguagem jurídica, que seria a única competente para enunciar fatos jurídicos. Decorre do não reconhecimento de que, mesmo diante da complexidade pragmática da decisão judicial, não podemos abrir mão da noção de verdade, que aparece na forma da noção de incidência normativa.

Trata-se da radicalização da visão kelseniana, somada a um evidente exagero no manuseio das filosofias pragmáticas. Segundo Richard Rorty, esse tipo de inferência que liga teorias pragmáticas a um relativismo, advém de frases exageradas como esta de Thomas Kuhn. Quando explica a mudança de paradigmas, ele afirma: “É como se a comunidade profissional tivesse sido subitamente transportada para um novo planeta, onde objetos familiares são vistos sob uma luz diferente”⁴⁷.

Ligar a ideia de que o conhecimento ocorre na linguagem a ideia de que o homem constrói a verdade é uma posição rechaçada por Richard Rorty, que em

⁴⁷ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 146.

seus trabalhos constantemente se depara com a necessidade de negar o relativismo:

Kuhn tinha razão em dizer que ‘um paradigma filosófico iniciado por Descartes e desenvolvido ao mesmo tempo pela dinâmica newtoniana’ precisava ser derrubado, mas permitiu que esta noção do que contava como ‘paradigma filosófico’ fosse determinada pela noção kantiana de que o único substituto para uma descrição realista de um espelhar bem sucedido era uma descrição idealista da maleabilidade do mundo espelhado⁴⁸.

Ao criticar Thomas Kuhn, Rorty afirma que não quer substituir o paradigma filosófico cartesiano pela ideia da maleabilidade do mundo, que parece ser decorrente do fato de Thomas Kuhn utilizar expressões que levariam ao entendimento de que cientistas de diferentes paradigmas estariam em “mundos diferentes”.

No contexto deste trabalho, defende-se a ideia de que o relativismo não é a melhor forma de abordagem filosófica, já que com a aceitação do relativismo, “Na ordem moral, cada um fará o que lhe apraz”⁴⁹.

As discussões sobre a verdade das proposições factuais se encaixam no problema fundamental do dos limites da complexidade da verdade e da ideia de contexto no âmbito do Direito. Deve-se encarar o problema do ponto de vista da indagação: pode a noção de contexto e a complexidade da aferição dos fatos implicar o abandono da noção de verdade no Direito?

O Direito, apesar de ser uma linguagem específica, tem por objeto relações sociais que, como tais, são também objeto de outros utilizadores da linguagem, que não os órgãos ou cientistas jurídicos. Quando esses utilizadores da linguagem são simplesmente desconsiderados, percebe-se o quanto um relativismo jurídico seria perigoso. É o que acontece quando o contextualismo e a noção de esquema

⁴⁸ RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 254.

⁴⁹ ⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller. Tomo 3, 2005, p. 190.

conceitual são levados ao extremo, fazendo com que se chegue a conclusões relativistas ou céticas, como no caso do pensamento kelseniano.

The interpretation of facts in Law in the work of Hans Kelsen

ABSTRACT: The paper aims to present the idea that Kelsen's theory of law leads to relativism in the interpretation of facts in court decision. For Kelsen, the “truth value” of a descriptive proposition would be not a question of verification of physical reality, but a normative interpretation of legal rules. The Pure Theory, although it is a project set in the context of neopositivism and the proposals of the Vienna Circle, ends up generating relativism about the truth of the facts.

Keywords: Hans Kelsen; Facticity; Theory of Law.

Nota do Editor:

Submetido 10 mai. 2010. Aprovado em 29 set. 2010.

Prima Facie, 2009, jul-dez. Edição publicada em março de 2011.

<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/index>