

“Ermächtigung”: proposta de leitura da hermenêutica na Teoria Pura do Direito

GLADSTON MAMEDE

Doutorando em Filosofia do Direito e
Pesquisador da UFMG

S U M Á R I O

1 — Introdução. 2 — “Ermächtigung”. 3 — Norma individual. 4 — Sentença “ilegal”.

1. Introdução

Indubitavelmente revolucionária para a Ciência do Direito foi a publicação, em 1934, da “Reine Rechtslehre” (“Teoria Pura do Direito”), do austríaco HANS Kelsen. A proposta de elaboração de uma teoria do Direito que fosse isenta de ideologia política e de elementos de ciência natural, transcendências filosóficas, dogmas religiosos etc., opôs-se às tendências que examinavam o Direito a partir de outros referenciais, como a sociologia, a psicologia, a política, entre outras.

O resultado obtido por Kelsen é fascinante. A Teoria Pura do Direito não se prende a qualquer consideração de conteúdo; é uma abordagem estrutural, considerando o Direito pela forma, pela função entre suas normas, pelo caráter de imperativo, de “dever-se”.

Bem a traduz Freitas, afirmando que “o direito é o que é e como tal nenhuma diferença existe entre o direito primitivo, o direito romano, o direito hitlerista e o direito moderno, não obstante o primeiro considerar os animais e as plantas como capazes de praticar atos ilícitos e sujeitos, portanto, a julgamento, o segundo caracterizar o escravo como *res mancipi*, o terceiro pôr os judeus à margem da vida e o último identificar ou confundir o conceito de homem, que é um conceito biológico, com o conceito

de pessoa, que é um conceito jurídico, estatuidando que todo o homem é pessoa, isto é, sujeito de direitos e obrigações.

E nenhuma diferença existe porque a noção do direito não tem aqui conteúdo moral, sentido ideológico ou político, já que é visto apenas como princípio de ordem, de certeza e de segurança nas relações humanas; (...) é a ordem da legalidade, toda fundada nos critérios do lícito e do ilícito (1).

A proposta de desenvolver o presente estudo acosta-se ao problema da interpretação numa teoria que desconhece o aspecto conteúdo da norma. Mais do que o resumo de uma obra, pretendo proceder a uma leitura que centra a análise em um ponto específico: a atribuição de poder e sua relação com a hermenêutica judicial, que permite a aplicação do Direito, que lhe garante a existência (a norma não cumprida deve ser aplicada, diz KELSEN).

É fundamental fixar-se, logo, nesta introdução ao tema, que para KELSEN uma ordem jurídica é justa e uma norma qualquer também o é. E é justa por ser uma norma jurídica válida (um comando emanado do Estado). Este "exceptismo", como o qualifica LEGAZ Y LACAMBRA (2), é alicerçado em uma compreensão da relatividade dos valores. "Não há valores absolutos mas valores relativos, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e colocamos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos" (3).

O que diferencia o justo de cada um daquele cujo sentido constitui uma norma jurídica, é que este último está garantido pela coercibilidade do Estado. Conseqüentemente, deve ser respeitado.

2. "Ermächtigung"

Para tratar da hermenêutica na Teoria Pura do Direito, alguns pontos são preliminares. Se se falará em hermenêutica para aplicação do Direito, ou seja, a hermenêutica a serviço do Poder Judiciário e que culmina com a sentença, há que se destacar que, segundo KELSEN, são normas jurídicas tanto as leis (quer constitucionais, quer complementares, quer ordinárias. . .) quanto as sentenças (normas individuais), e até mesmo os contratos. Outro

(1) FREITAS, Oswaldo de, in *Introdução à Ciência do Direito*. Uberlândia: s/ed., 1966.

(2) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, in *Filosofia del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1972; p. 338.

(3) KELSEN, Hans, in *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987; p. 73.

ponto é o problema da atribuição de poderes, ou "Ermächtigung", elemento que utilizarei para a leitura da Teoria Pura.

Em KELSEN, Estado e ordem jurídica se confundem; a ordem jurídica é o conjunto de normas em níveis escalonados hierarquicamente, fundamentando umas às outras e sendo fundamentadas por uma norma pressuposta. O Estado é esta coleção de normas que o define, que regula a sua existência, sua organização e funcionamento. Assim, Estado e ordem jurídica existem simultaneamente, pressupondo-se.

Diz GROPPALLI que "nem o direito é qualquer coisa que está por si mesmo fora e acima do Estado, uma vez que ele representa o procedimento e a forma através das quais o Estado se organiza e dá ordem; nem o Estado, por outro lado, pode agir independentemente do direito, porque é através do direito que ele forma, manifesta e faz atuar a própria vontade" (4).

Naturalmente, enquanto conjunto de imperativos hipotéticos, enquanto ordem jurídica, o Estado não possui vontade. Somente o indivíduo possui vontade e capacidade de compreensão e de ação voluntária. E por tal razão, somente através de um indivíduo, ou de um grupo de indivíduos, poderá o Estado "agir". Então, somente por intermédio de indivíduos pode o Estado criar normas, alterá-las ou revogá-las.

Seria aqui um bom espaço para, fugindo à Teoria Pura, introduzir a concepção de "Poder de Estado" e "Aparelho de Estado", muito bem tratada por ALTHUSSER, e que pode oferecer uma interessante análise deste ponto (a vontade do indivíduo elevada à qualidade de vontade do Estado). Entretanto, nossa pesquisa tomaria outros rumos, e nos afastaríamos em demasia da linha central proposta. Fica, portanto, apenas a referência, enquanto ao longo do artigo faremos pequenas incursões ao tema.

Voltando a KELSEN, para que a vontade de um indivíduo possa ser reconhecida como a vontade do Estado, capaz de criar deveres, é necessário que haja uma prévia atribuição de competência (atribuição de poder). Somente quando está presente o elemento da atribuição de poder para produzir a norma ("Ermächtigung") é que os atos de um indivíduo, ou de um sodalício, representam o Estado.

"Um indivíduo é órgão de uma comunidade na medida em que exerce uma função que pode ser atribuída à comunidade, uma função da qual por isso se diz que é exercida pela comunidade, pensada como pessoa, através do indivíduo que funciona como seu órgão" (5).

(4) GROPPALLI, Alessandro, in *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1952; p. 168.

(5) KELSEN, op. cit., p. 162.

Devo retirar deste ponto o conceito de hermenêutica que estou procurando; denominar-se-á interpretação autorizada somente o ato de exegese que é exercido pelo órgão do Estado que possui esta atribuição, que possui poderes para determinar, no caso que examina, o direito aplicável. Constitui-se em um ato interpretativo que possui, além do sentido subjetivo de apuração do “dever-ser” contido na norma, o sentido objetivo de norma individual válida de acordo com uma ordem jurídica estabelecida.

Encontro-me, assim, diante de tipos diferentes de interpretação no âmbito da Teoria Pura do Direito. Embora em todas as situações em que um sujeito cognoscente se depare com uma norma jurídica e, por processos determinados, procura determinar qual é o seu significado, o seu comando (“dever-ser”), poder-se-á afirmar que se trata de uma mesma operação, haverá uma distinção nestes procedimentos segundo sua natureza, partindo do conceito de “Ermächtigung”. KELSEN diz de uma interpretação autorizada, que foi já citada, que faz diferenciar da interpretação promovida pela ciência jurídica.

Assim, somente o ato autorizado é a constituição de um verdadeiro processo interpretativo, pois aplica o Direito, ou seja, diz de forma imperativa qual é o comando da norma examinada e que deve ser empregada para o caso concreto. A interpretação autorizada é, como demonstrará este trabalho, um processo criativo do Direito, enquanto o processo interpretativo emanado da Ciência do Direito determina apenas a produção de uma proposição jurídica, sem caráter imperativo. “É um juízo, a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento”⁽⁶⁾.

Nesta linha de raciocínio, é possível comparar, como faz KELSEN, a proposição jurídica (fruto desta hermenêutica doutrinária do Direito) com a lei natural, chamando-a de “lei jurídica”. Assim como a lei natural é um enunciado que procura traduzir uma relação que lhe é exterior e na qual não pode influir (p.ex.: o aquecimento de uma barra de metal provoca sua dilatação), a “lei jurídica” procura traduzir uma relação de “dever-ser”, aplicando-a a fatos hipotéticos; e mesmo que crie uma brilhante construção lógico-jurídica para este relacionamento entre pressuposto normativo e sanção, não poderá obstar uma sentença de sentido diverso, por mais contrários que sejam os argumentos nesta expendidos. Já a interpretação autorizada é como o fato natural, significando que possui eficácia (para aquele caso concreto).

Também neste ponto veremos uma discordância entre a doutrina tradicional e a Teoria Pura do Direito; enquanto que para muitos autores a doutrina é fonte do Direito (para alguns, apenas “fonte complementar”), principalmente no que concerne às chamadas “lacunas” do Direito, ela não

(6) KELSEN, op. cit., p. 89.

possui esta condição na Teoria Pura do Direito. Segundo KELSEN, somente a sentença, enquanto norma eficaz, aproveita-se das hipóteses não tratadas para criar Direito. E a sentença pode fundar-se ou não na doutrina.

“A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica” (7).

A propósito, a “lacuna” no Direito não é encarada como uma mera ausência de previsão, uma falha, mas como uma atribuição para que o aplicador da norma determine, na confecção da norma individual (a sentença), qual é o “dever-ser” aplicável à espécie.

Em face do que já está exposto, é o momento adequado este para tratar da função criativa do Direito que a sentença possui. Já de princípio eu encontro a oposição de diversos autores, entre os quais HERMES LIMA, para quem “o juiz não cria o direito, pois a lei é a garantia de todos os participantes do drama judiciário, mas é-lhe permitido interpretar a lei, adequando-a às circunstâncias e às modalidades do caso” (8).

Tão somente pelo que já foi estudado, e ainda mais pelo que adiante se verá, esta afirmação não encontra respaldo na Teoria Pura do Direito. E muitos outros autores com ela também não concordarão, como TORRE, ao afirmar que “la sentencia siempre agrega algo nuevo a la ley, siendo inexacto creer que puede aplicarse una norma jurídica, sin crear algo que no se encuentre en la norma aplicada. (...) Esta creación reconoce una serie de grados. En efecto, frente a una ley clara y sencilla, la sentencia agregará algo nuevo a ella (como dice Cossio, producirá cuando menos, cosa juzgada, lo que no ocurría con la ley); en cambio, el grado máximo lo tenemos en el caso de una “laguna” de la legislación en la que el juez se transforma en legislador del caso particular” (9).

Vou desenvolver por partes a controvérsia. Inicialmente, não se pode esquecer, pela leitura a que me propus, que na hermenêutica autorizada o intérprete, ou o grupo de intérpretes, está representando o Estado. Chego, por consequência, à conclusão que o Estado está interpretando suas normas (ou seja, interpreta-se), embora haja, *in casu*, uma diferenciação entre os órgãos da produção e da leitura: um legislativo, outro judicial. O ato de interpretação autêntica está, portanto, coordenado ao ato de legislar, de determinar uma obrigação, um “dever-ser”. Diferenciam-se, entretanto, os graus, provendo normas gerais e abstratas o processo de criação

(7) KELSEN, op. cit., p. 370.

(8) LIMA, Hermes, in *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983; p. 306.

(9) TORRE, Abelardo, in *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Perrot, 1975; p. 328.

legislativa, e normas individuais e concretas (específicas) o processo de criação judicial.

Observe-se que o processo interpretativo autorizado, enquanto aplicador do Direito, dá eficácia a uma norma geral vigente. A aplicação pelo Poder Judiciário é condição para eficácia de uma norma (que não esteja sendo voluntariamente cumprida), e a sentença pode, em muitos casos, iniciar ou contribuir para a consolidação de um processo de revogação informal de uma norma, não aplicando-a ou, mais tecnicamente, declarando-a incompatível com uma outra qualquer que tenha sido posteriormente editada. A interpretação em si, complementarmente, é uma forma de moldar a lei, ou seja, de "dizer o que ela quer dizer".

Poder-se-á observar que o processo hermenêutico judicial equipara-se, em autorização e autenticidade, aos processos interpretativos desenvolvidos por outros órgãos do poder público. Exemplos seriam o legislador ordinário que interpreta a norma constitucional para estatuir a lei ordinária que a regulamenta, ou os órgãos do Poder Executivo que observam o Direito ou que o regulamentam por portarias, circulares, decretos. Mas penso ser importante destacar o caráter específico da hermenêutica judicial por manipular a sanção, seja na forma de execução forçada, onde substitui a voluntariedade do cidadão no cumprimento de uma obrigação, seja na forma de pena ou outras quaisquer, como a desconstituição de um ato, a declaração de sua nulidade, etc.

Assim colocada a questão, há um ponto em que quero me deter e que pertine à relação entre a norma individual e os sujeitos de direitos e deveres. Quando se trata de contratos privados, é o cidadão quem define parte substancial das normas que deverão ser utilizadas pelo magistrado. Na celebração de um negócio, está-se diante de uma outra hipótese de atribuição de poder (ou, "Ermächtigung") para criar normas com âmbito de vigência, validade e eficácia específico e que, obedecendo a normas gerais do Estado, são por ele protegidas.

Por outro lado, não se pode esquecer da importância do sujeito de direitos e deveres enquanto órgão autorizado dentro do processo judicial. Há, também aqui, uma atribuição de poder; somente a parte interessada possui capacidade para provocar o processo hermenêutico e criador judicial. Deve-se, naturalmente, exceptuar as hipóteses em que a lei estabeleça que a parte possa ser representada, substituída, ou que o poder de litigar pertença a outro órgão do Estado, o Ministério Público.

3. *Norma individual*

Como foi visto, a sentença é a norma individualizada, o produto da hermenêutica autorizada cujo exame está-se procedendo. O Poder Judiciário não trabalha sobre hipóteses acadêmicas, como a doutrina, desdobrando-se sobre casos abstratos, construídos como dados de uma equação cien-

tífica. No mesmo sentido, não é função do Poder Judiciário ir à procura de situações desconformes ao Direito para corrigi-las, o que se tornaria em um retrocesso ao princípio inquisitório.

O processo hermenêutico judicial, portanto, parte da existência de um fato jurídico (o fenômeno dado aos nossos sentidos, processado no tempo e no espaço, ou o fenômeno dado à razão, verificado no tempo entre normas estatuídas, vontades, interesses, etc.) ao qual se pretende atribuir um valor positivo ou negativo, ou, por outro ângulo, um significado objetivo. E principia, igualmente, pela provocação de outro órgão do Estado, como vimos, com atribuição para tanto. Tal é o Ministério Público, tal é o sujeito de direitos subjetivos no que se refere à defesa destes (ou quem, por disposição legal, assumo o seu lugar).

O processo é o palco de contenda de interesses de peças do Estado (os sujeitos litigantes). “Ciò significa che nel processo non si trovano di fronte direttamente l'attore e il convenuto (o imputato), bensì, da una parte, l'attore e lo Stato e, dall'altra, lo Stato e il convenuto. Infatti dall'interposi dell'autorità statale tra i soggetti del rapporto deriva che il titolare del diritto no può agire direttamente contro l'obbligato che ha commesso il torto, mentre costui no può direttamente resistere al titolare del diritto” (10).

Uma vez acionado o juízo competente para o exame de uma questão de Direito, e cumpridas as formalidades legais para a instauração do processo (específica em cada ordenamento jurídico), este evoluirá, entre procedimentos determinados, em direção à solução da lide que é a sentença. Entretanto, ainda que sejam diferentes estes procedimentos nas diversas legislações, é certo que alguns momentos em comum o processo possui.

“Para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresenta, existem *inconcreto*, os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma geral. (...) O Tribunal não só tem de responder à *quaestio facti* como também à *quaestio iuris*.” (11)

O primeiro momento do processo judicial será, assim, a apuração da verdade dos fatos alegados. É o procedimento de instrução, como definido no processo brasileiro, e onde se procura encontrar uma verdade dos fatos (para os fatos?). É importante que se destaque tratar-se, na espécie, de uma verdade formal, ou seja, aquela que se pode apurar a partir das provas coletadas. Naturalmente, esta *dever-se-ia* assemelhar ao máximo à verdade real, isto é, a realidade dos fatos, mas nem sempre isto acontece (diria: nem sempre isto é possível, viável!). A lei não pode considerar

(10) SFORZA, W. Cesarini, in *Filosofia del Diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957; p. 166.

(11) KELSEN, op. cit.

esta problemática de forma minuciosa, motivo pelo qual a verdade formal do processo é considerada como suficiente para a sua instrução, prevendo, para alguns casos, a possibilidade de uma revisão (no caso brasileiro).

É importante anotar o papel da parte dentro deste procedimento. Sua posição, repito: de órgão do Estado no processo, ainda que na defesa de seus interesses pessoais, deve contribuir para a solução do litígio, sendo decisiva a sua atuação na instrução, oferecendo provas, requisitando perícias, procurando trazer à tona (numa forma dialética — uma parte em oposição à outra) a verdade que embasará a decisão judicial. Conclui-se que as partes são responsáveis pela verdade formal que fundamenta a decisão de um processo.

Determinada esta verdade processual formal, há que se verificar se estes fatos se ajustam a um imperativo jurídico, um “dever-ser”. Já se está numa das fases do processo hermenêutico. Leciona MAXIMILIANO que “verificado o fato e todas as circunstâncias respectivas, indaga-se a que tipo jurídico pertence. Nas linhas gerais antolha-se fácil a classificação; porém, quando se desce às particularidades, à determinação da espécie, as dificuldades surgem à medida das semelhanças freqüentes e embaraçadoras. Mais de um preceito parece adaptável à hipótese em apreço; entre as regras que se confundem, ou colidem, ao menos na aparência, de exclusão em exclusão, chegará, com o maior cuidado, à verdadeiramente aplicável, apropriada, preferível às demais” (12).

Lembre-se que a ordem jurídica pode restringir este processo de tipificação, estabelecendo que o magistrado deverá limitar-se aos dispositivos legais alegados pelas partes, ou impondo quaisquer outros limites à operação de determinação da norma que considere aplicável ao caso.

Mesmo este processo de apuração dos fatos possui um caráter constitutivo. O “dever-ser” estatuído na norma é uma previsão, ou seja, uma situação abstrata que precisa receber a adequação ao fato. No instante em que o magistrado procede a esta adequação, ou seja, no momento em que diz que um fato é, ou não, conforme a uma previsão legal, normativa, está constituindo Direito, não meramente declarando-o.

“Não é o fato em si de alguém ter cometido um homicídio que constitui o pressuposto estatuído pela ordem jurídica, mas o fato de um órgão competente segundo a ordem jurídica ter verificado, num processo determinado pela mesma ordem jurídica, que um indivíduo praticou um homicídio” (13).

(12) MAXIMILIANO, Carlos, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979; p. 7.

(13) KELSEN, op. cit., p. 257.

Ainda que a imputação deste órgão competente seja equivocada, isto é, que a verdade formal apurada no processo não corresponda à verdade real dos fatos, a sentença constitui uma ficção de "história" formal, à qual dará, ou não, o caráter de ilícito. Por estas razões torna-se possível que a alegação disconforme à verdade real receba do magistrado, pelo processo, outra "história", fundamentadora da constituição, pela norma individual, de um ilícito (até mesmo de um delito!).

Visto por outro ângulo, a verdade apurada dará o sentido objetivo dos fatos e sua adequação a uma norma pelo magistrado determinará seu sentido objetivo. O fato é o pressuposto desta adequação (tipificação); e esta adequação (tipificação) é o pressuposto de uma sanção (teremos: pena, execução forçada, anulação, declaração de nulidade, etc.). Note-se que o pressuposto mediato da sanção é o fato, tal qual apurado, enquanto que o pressuposto imediato da sanção é a tipificação, ou ainda, a constituição do fato em estrutura isomórfica ao preceito (tipo). Pode-se, ainda, (ao meu ver mais acertadamente) compreender esta operação como de subsunção: a tipificação constitui o fato em elemento componente de um grupo que é o preceito (o tipo).

Procedendo a um resumo, tenho que a norma individual determina se um fato é um ilícito ou não, aplicando-lhe, quando devido, a sanção respectiva, sendo que este fato é determinado pelo processo. Este fato só é ilícito pela constituição da norma.

Este último momento do processo hermenêutico autorizado pode ser examinado, como o faz KELSEN, por um ângulo axiológico: "O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo. Significa que a conduta real é "boa". O juízo segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, por que é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo. Significa que a conduta real é "má". Uma norma objetivamente válida que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo." (14)

Fugindo à Teoria Pura, posso afirmar que a norma traz em sua validade e em sua eficácia o sentido do ato de vontade dos detentores do poder de Estado (através dos comandos efetivamente aplicados nas normas individuais e suas execuções). Se se está num regime democrático, tais detentores são, por definição, o povo. O Direito é, nesta leitura, uma função de poder, ou melhor, um instrumento de exercício coercitivo do poder de Estado, e a norma é detentora de um valor daqueles, numa perspectiva

(14) KELSEN, op. cit., p. 18.

psicossociológica. KELSEN, entretanto, separa a norma do ato de vontade que a constitui.

Retomando a discussão axiológica, aclaro-a com uma citação de KELSEN: "na verdade, o conceito de 'bom' não pode ser determinado senão como 'o que deve ser', o que corresponde à norma." (15)

4. A sentença "ilegal"

Uma vez que a ordem jurídica é o conjunto de normas em níveis diferentes, que se fundamentam hierarquicamente, das mais gerais às mais específicas, numa operação de concretização do Direito, e são todas fundamentadas por uma norma hipotética, há que se tratar da hipótese de uma norma de escalão inferior divergir da norma de escalão superior que lhe fundamenta. Mais especificamente, quero perquirir sobre a hipótese da norma individual, fruto do processo hermenêutico autorizado segundo a Teoria Pura, divergir do preceito da norma que lhe fundamenta. É o que muitos denominam "sentença ilegal" e que TERAN assim enfoca:

"Cuando los actos (...) del juez contra toda justificación y contra todo derecho, no se trata estrictamente de una arbitrariedad, sino de un proceder antijurídico o ilegal. Es decir, un acto realizado contra un orden jurídico establecido, es antijurídico, antilegal y susceptible de reparación directa o indirecta conforme al régimen jurídico mismo." (16)

Entretanto, esta posição não é comungada por KELSEN, que descarta a possibilidade de se ter, como entendeu TERAN, um direito antijurídico, o que impede de se encontrar uma norma "ilegal", ainda que seja uma norma individual, isto é, uma sentença. Será proveitoso a este estudo proceder a um exame mais detalhado deste ponto.

A primeira categoria de atos que devo mencionar não pode receber sequer a denominação de norma. São atos juridicamente inexistentes por ausência de atribuição de poder para o exercício jurisdicional. Não se pode afirmar a existência jurídica de uma sentença proferida por quem não é magistrado, ou por quem o seja mas não possua, para o caso, poder jurisdicional; nesta última hipótese, encontro possibilidades de inexistência e de nulidade do ato. Exemplos: uma sentença que um magistrado italiano profira em um processo na comarca de Capelinha (MG) é juridicamente inexistente; entretanto, a sentença que um juiz comum profira em um processo trabalhista é nula.

(15) KELSEN, op. cit., p. 72.

(16) TERAN, Juan Manuel, in *Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1971; p. 72.

As discussões que nascem deste ponto são excessivamente complexas e, por pertinirem à teoria geral do processo, não irei aprofundar-me. Mas devo focar a matéria pelo ângulo da leitura que estou procedendo da Teoria Pura do Direito. Se um indivíduo não possui poder (não lhe foi atribuído poder pela ordem jurídica) para a resolução de litígios, não é capaz de criar normas individuais válidas; seus atos, ainda que fisicamente adequados, não possuirão o sentido objetivo de sentença. Se fujo um pouco da Teoria Pura, direi que este indivíduo não possui poder de Estado para sentenciar.

Vou me afastar ainda mais da Teoria Pura do Direito para procurar oferecer um outro ponto-de-vista para esta questão. Considero a possibilidade de um ato inexistente juridicamente ou um ato nulo (mais especificamente, para este estudo, uma norma) produzir efeitos jurídicos. O processo julgado pelo escrivão, por exemplo, ou o processo trabalhista julgado pelo juiz comum, que não foram declarados defeituosos e que são incorporados pelo sistema jurídico, executadas as suas disposições. Se examino tais hipóteses por uma perspectiva positivo-sociológica, usando como critério de juridicidade a efetividade do comando que se utiliza do poder de Estado e compromete o aparelho de Estado (*in casu*, arditosamente), encontrarei, aqui, um direito efetivo (ainda que, por um prisma positivo legalista, trate-se de um completo absurdo).

A proposta do trabalho impede-me de alongar esta discussão, mesmo porque o Direito efetivo é excessivamente controvertido, merecendo uma análise muito mais profunda, a ser produzida alhures.

Mas torno à discussão central deste artigo, encarando a hipótese de discrepância de conteúdo entre a norma individual e a norma geral correspondente. Recorrendo a um segundo grau, revisor, não estamos diante de uma declaração de inexistência jurídica ou de nulidade, mas de anulação. Axiologicamente, a norma individual é posta sob exame e, se considerada como “má”, ou seja, como não conforme ao Direito, será anulada, perderá sua validade; deixa de ser uma norma jurídica e uma outra norma é posta em seu lugar.

“Anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é sentido. Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em não-acontecido. Anular uma norma significa, portanto, retirar um ato que tem por sentido subjetivo uma norma, o sentido objetivo de uma norma. E isso significa pôr termo à validade desta norma através de outra norma. Se a ordem jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma, tem de considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme ao Direito.”⁽¹⁷⁾

(17) KELSEN, op. cit., p. 284.

Se princípio o exame deste ponto, de que a norma individual “disconforme” é válida até que seja anulada pelo órgão do Estado que possui competência para a sua revisão, vou chegar a uma conclusão que se refere a uma peculiaridade do processo hermenêutico autorizado, segundo a Teoria Pura. Se tomo esta norma individual “disconforme” entre os momentos de seu estabelecimento e de sua anulação, constato que, neste lapso de tempo, ela é válida, ou seja, é uma norma jurídica conforme ao Direito, como vimos em KELSEN.

Assim colocada a questão, posso construir uma outra situação hipotética. Em obediência ao princípio da demanda, ou seja, certo de que a manifestação do órgão judicial carece da provocação da parte vencida, se esta não lança mão dos instrumentos processuais de apelação que pode manejar segundo a ordem jurídica, a norma individual mantém sua validade. Tenho, então, uma norma individual “disconforme” mas válida e eficaz, passada em julgado.

O mesmo ocorreria se o sodalício revisor a ratificasse, ainda que desprezando o entendimento de todos os outros tribunais, ainda que superiores, da doutrina etc., e não houvesse ou não coubesse recurso. Os membros do Poder Judiciário, magistrados das diversas instâncias, possuem competência para dar validade à norma geral, como para escolher a norma aplicável e dizer qual é o seu conteúdo (interpretá-la), ainda que optem pelo emprego da equidade. Pelo referencial que adoto neste trabalho, a afirmação reduz-se à atribuição de poder para que aquele(s) indivíduo(s), e não outro(s), julgue.

Embora KELSEN não trate do tema, o limite deste exercício de natureza criativa da sentença seria uma “crise institucional”. O Poder Judiciário, distanciando-se em demasia dos seus limites, poderia provocar um processo político de estabelecimento de uma nova ordem, jurídica e política. É fácil, assim, perceber a extrema complexidade de um regime democrático, onde há um respeito a uma divisão de poderes, evitando estes excessos.

A Teoria Pura do Direito, entretanto, mantém-se alheia a estas considerações, relevando a importância da interpretação autorizada.

“O tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual, cujo conteúdo não se ache desse jeito predeterminado, mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância.” (18)

(18) KELSEN, op. cit., p. 286.