

Considerações sobre a qualificação jurídica

Considerations on the juridical qualification

Gilberto Bercovici*

Resumo

O artigo trata de um conceito tradicional da metodologia jurídica integrante do processo de seleção, tipificação e de aplicação das normas jurídicas. Discorre, ainda, a respeito das diversas compreensões da qualificação jurídica no plano das fontes do direito, da interpretação, e da contribuição da teoria do direito internacional privado, bem como do papel da vontade individual e da atuação do juiz para a compreensão de seus limites.

Palavras-chave: *Metodologia jurídica. Interpretação. Objeto do direito. Qualificação*

Abstract

The article deals with a traditional concept of juridical methodology, which is a part of selection, tipification and application of juridical norms. It also discourses about the many comprehensions of juridical qualification as part of law's sources, the contribution of private interational law's theory, and the interpretative role played by judges to the understanding of its limits.

Keywords: *Juridical methodology. Interpretation. Subject of law. Qualification.*

1 Conceito de Qualificação Jurídica

Tradicionalmente, as normas jurídicas são elaboradas sob a forma de proposição, contendo uma previsão genérica que não é uma situação de fato real (concreta), mas uma situação de fato representada como possível. Caso essa previsão se realize em uma situação concreta de fato, vigora a consequência jurídica, prevista genericamente na norma. Dessa maneira, cada situação concreta correspondente à previsão da norma, gera aquela determinada consequência jurídica. Desta forma, para o pensamento jurídico tradicional, ainda dominante, para sabermos se o fato concreto está ou não previsto, deve-se realizar uma operação de subsunção do fato

concreto à hipótese abstrata da norma.

Desse modo, o intérprete e aplicador do Direito analisa a situação concreta, de fato e, posteriormente, determina se a situação é ou não disciplinada juridicamente e, se for, qual a regra jurídica aplicável. Nessa segunda operação, a situação concreta não é mais examinada isoladamente, mas o é em face do Direito, submetendo-a à qualificação jurídica, também denominada por Vicente Ráo (1977, p. 443-445) diagnóstico jurídico.

A qualificação é a determinação da natureza de uma relação de direito com o fim de classificá-la dentro de uma das categorias jurídicas existentes, aparecendo como a confrontação de uma definição jurídica e de um caso concreto. A qualificação, para

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Terré (1957, p.570), possui papel análogo àquele que os filósofos conferem à linguagem. François Terré (1957, p.569) vai mais além, considerando as qualificações jurídicas a verdadeira “*grammaire du droit*”, concluindo que o aperfeiçoamento e a precisão das qualificações significam um imenso progresso para o Direito: *Le poète et le juriste s'emploient l'un et l'autre à la réduire, qui s'efforcent de poursuivre sans cesse un idéal de pureté*.

1.1 Pólos da Qualificação

Para François Terré (1957, p. 1-2), este é o trabalho cotidiano do jurista: determinar a categoria geral aplicável a um caso concreto, isto é, qualificar o caso concreto. A regra jurídica cria as várias distinções, como a dos bens móveis e a dos bens imóveis. Entretanto, ela permanecerá letra morta se, durante sua aplicação, o intérprete não determinar quais são os bens móveis e quais os imóveis, isto é, se não os qualificar. A qualificação, assim, é utilizada sempre que as normas jurídicas forem necessárias para regular uma situação concreta que interesse ao Direito (RÁO, 1977, p.443). A qualificação contribui para traduzir em termos de direito os fatos concretos, para que seja possível a aplicação de um determinado regime jurídico. O reconhecimento dos fatos concretos e a aplicação de um regime jurídico constituem, para Terré (1957, p.9-10 e 312), os dois pólos da qualificação: o de partida e o de chegada.

1.2 Elementos e Estrutura da Qualificação

Toda qualificação implica na existência de um ou mais elementos, unidos uns aos outros em uma determinada estrutura. Por exemplo, os elementos de uma venda são: coisa, preço e transferência de propriedade. Geralmente, as qualificações são compostas por dois ou mais elementos. Quanto mais elementos forem nomeados, mais a qualificação será complexa. A qualificação não somente supõe a existência destes elementos, mas também a existência de uma ligação entre eles. Ao lado dos elementos determinados, existe na qualificação uma estrutura particular (TERRE, 1957, p.311).

Qual a origem desses elementos? Eles podem ser provenientes da lei ou do costume, podem ser determinados pela jurisprudência e podem até ser fixados pelos indivíduos. O legislador precisa certas noções, qualificando ele mesmo a norma legal ou as situações que a norma vai reger. O legislador é livre para determinar ou modificar as qualificações existentes nos diversos diplomas legais. Sua liberdade no tocante às qualificações é muito maior do que a dos juízes ou dos particulares (TERRÉ, 1957).

Entretanto, as definições estabelecidas pelo legislador podem se tornar ultrapassadas rapidamente, fazendo com que a lei não seja a única fonte confiável para estabelecer os elementos das qualificações. As outras fontes do direito devem também ser levadas em consideração, pois, a partir do momento em que são fontes do direito, elas são suscetíveis de dar forma às qualificações. A jurisprudência, por exemplo, propõe e adota critérios, adapta e inventa novas qualificações constantemente. Para Terré (1957, p.3), os elementos da qualificação são determinados em parte pela lei e em parte pela jurisprudência. O juiz (o intérprete autêntico) deve qualificar os fatos concretos e o fato de nem sempre encontrar qualificações adequadas na legislação, em que deveriam estar discriminadas, o incita a criar novas qualificações. É ilusão acreditar que no momento em que o legislador estabeleceu uma definição, esta não será utilizada pelo intérprete de forma a adaptá-la na aplicação do Direito. Aparentemente, a definição permanecerá igual, mas seu conteúdo foi modificado.

No tocante à estrutura das qualificações jurídicas, não podemos limitá-la à ligação existente entre os diversos elementos da qualificação. Para Terré (1957, p.311 – 314), isso seria insuficiente. Essa estrutura depende, entre outras, da questão dos pólos da qualificação, que exercem maior ou menor influência sobre a estrutura da qualificação e da atuação da vontade individual.

1.3 Qualificação *Stricto Sensu* e Qualificação *Lato Sensu*

François Terré analisa dois conceitos possíveis para a qualificação: no *stricto sensu*, a qualificação não passa de uma noção intermediária influenciada pelos fatos concretos, por um lado, e pela comparação entre o fim almejado pelas vontades individuais das partes e aquele promovido pela regra jurídica existente, por outro. Já no *lato sensu*, a qualificação promove o equilíbrio entre as exigências dos fatos concretos e aquelas resultantes do regime jurídico em vigor.

1.4 Qualificação, Interpretação e Aplicação do Direito

A interpretação jurídica incumbe a necessidade de discernir, entre as normas que a disciplinam, aquelas que melhor correspondem ao tipo de ato a ser interpretado. Não basta qualificar o fato concreto. A interpretação não se resume à qualificação jurídica, como queriam os adeptos da Teoria da Subsunção (TERRÉ, 1957).

Para os autores tradicionais, como François Terré e Vicente Ráo, a estrutura de toda qualificação

está mais ou menos ligada ao fato de que sua adoção precede a aplicação de um regime jurídico. A qualificação seria necessária para submeter uma operação a uma regra jurídica. Logicamente, portanto, a qualificação seria preliminar à aplicação da regra jurídica.

No entanto, devemos fazer ressalvas a essa concepção clássica da qualificação jurídica. Não podemos afirmar categoricamente que a qualificação precede a aplicação ou a interpretação (com a possível exceção do direito internacional privado, conforme veremos a seguir). Na realidade, o intérprete autêntico, isto é, o juiz, irá interpretar e aplicar a lei juntamente ou antes de qualificar o caso concreto.

Podemos utilizar como fundamento dessa crítica à concepção clássica da qualificação jurídica o pensamento de Karl Engisch. Para Engisch, a chamada subsunção encontra-se, geralmente, ligada com a verificação dos fatos concretos. Isto é, a verificação do que o sujeito praticou do ponto de vista jurídico e o enquadramento dos fatos verificados no conceito jurídico desejado ou suposto. Esses fatos concretos devem ser verificados e subsumidos ao particular tipo legal. Entretanto, o juiz, enquanto intérprete autêntico, muitas vezes fica em dúvida se as características legais encontram-se nos fatos concretos apurados. A lei descreve o determinado conceito ou tipo legal, mas a realidade sócio-cultural constantemente muda.

Segundo Engisch (1988, p.92-94): *Deve no entanto acentuar-se que a subsunção de uma situação de facto concreta e real a um conceito pode ser entendida como enquadramento desta situação de facto, do <<caso>>, na classe dos casos designados pelo conceito jurídico ou pela hipótese abstracta da regra jurídica*. Esse enquadramento da situação de fato na classe designada pelo conceito jurídico fundamenta-se, para Engisch, numa equiparação do novo caso àqueles cuja pertinência à classe não é mais discutida: (...) *a interpretação do conceito jurídico é o pressuposto lógico da subsunção, a qual, por seu turno, uma vez realizada, representa um novo material de interpretação e pode posteriormente servir como material ou termo de comparação (...)*.

O enquadramento na classe de um novo objeto, até então não considerado como pertinente a ela, faz com que o juiz sempre procure saber se a divergência existente é ou não essencial. Saber a que se refere um conceito e se os seus aspectos são essenciais ou não é uma questão de interpretação.

Não podemos, portanto, afirmar, como o fizeram François Terré e Vicente Ráo que a qualificação precede a aplicação ou a interpretação: "A interpretação não só fornece o material de confronto para a subsunção como ainda os pontos de referência para a comparação. Desta

forma, ela decide ao mesmo tempo sobre aqueles momentos (aspectos) do material de confronto e da situação de facto a decidir que hão-de ser entre si comparados. Finalmente, é ela ainda que decide por que meios do espírito a comparação deve ser realizada: se com meios dos sentidos externos ou com meios do pensamento <<cognitivo>> ou do pensamento <<emocional>>".

2 O Direito Internacional Privado e a Questão da Qualificação Jurídica

No campo do direito internacional privado, torna-se de crucial importância o problema da qualificação da relação jurídica de caráter internacional a ser aplicada. Essa questão é preliminar a todas as outras na solução dos conflitos de leis, pois para ligar o fato ou ato jurídico a algum sistema jurídico é necessário qualificar a hipótese submetida à apreciação. Apenas depois de efetuada a qualificação, poderá ser utilizada a regra de conexão correspondente e será aplicado o direito de um ou outro sistema em conflito (AGO, 1936).

A origem da questão das qualificações se deve ao fato de a identidade da situação concreta considerada por duas ordens distintas não corresponder à identidade das relações jurídicas provenientes da mesma situação concreta que está em seu substrato. A mesma situação de fato é regulada e qualificada pelas duas ordens jurídicas distintas de uma maneira tal que o fato de acolher uma ou outra qualificação influi na determinação de regras aplicáveis diferentes no direito internacional privado (AGO, 1936).

Portanto, apesar da quase identidade de conceitos jurídicos entre as legislações de diversos Estados beneficiários de uma herança comum, existem inúmeras diferenças não somente de forma, mas de fundo, que afetam diretamente a classificação das relações jurídicas dentro das várias legislações. Essas considerações diversas, que constituem as qualificações, são de influência decisiva na busca da lei aplicável (BES, 1937).

A busca da qualificação jurídica não deve ser confundida com a da lei aplicável. A qualificação pode ser, por exemplo, obtida através da *lex fori*, e, a partir dela, se aplique a lei estrangeira, ou vice-versa. A qualificação também não pode ser confundida com a interpretação da lei estrangeira aplicável. São dois momentos diferentes. A qualificação é precedente. Somente após qualificada a questão, aplica-se a lei local ou a lei estrangeira, conforme os elementos de conexão vigentes. Somente no caso de a lei estrangeira ser adotada é que surge a questão de como interpretá-la (DOLINGER, 1997, p.318). O conflito das qualificações pode ser solucionado

através de três teorias distintas: a qualificação pela *lex fori*, a qualificação pela *lex causae* e a teoria de Ernst Rabel.

2.1 Qualificação pela Lex Fori

A tese da qualificação pela *lex fori* defende a aplicação da qualificação do direito do país onde a causa está sendo julgada, no caso de conflito entre as qualificações do direito local e do direito estrangeiro aplicável. A justificativa dessa teoria deve-se ao fato de que sempre que o juiz tem que decidir sobre a lei aplicável para a solução de um litígio envolvendo dois ou mais sistemas jurídicos, ele recorrerá ao direito internacional privado de seu país. São as normas internas que irão orientá-lo na escolha da lei aplicável. Como a qualificação precede essa escolha no direito internacional, ela deve ser realizada, logicamente, dentro do seu próprio sistema jurídico (AGO, 1936).

O fato de as qualificações serem deduzidas através da *lex fori* não pode, para o internacionalista italiano Roberto Ago (1930), ser considerado como algo arbitrário. É notório que a uniformidade dos sistemas normativos do direito internacional privado, pertencentes às distintas ordens jurídicas, não é condição suficiente para obter, dentro de duas ordens jurídicas, uma regulamentação idêntica de relações jurídicas da mesma natureza. Afinal, não é possível eliminar a autonomia recíproca das ordens jurídicas estatais. Dessa maneira, a competência da *lex fori* em matéria de qualificações ainda guarda todo o seu valor, mesmo no caso da interpretação das normas provenientes de uma convenção internacional.

2.2 A Teoria de Etienne Bartin

O grande defensor da teoria da qualificação pela *lex fori* foi o internacionalista francês Etienne-Adolphe Bartin (1936). Para ele, a questão das qualificações constituía um obstáculo ao sucesso da concepção universalista do direito internacional privado, impondo um método de solução de conflitos particularista e nacional. Bartin defendia que a regra da qual se originaria a qualificação dependeria invariavelmente, com poucas exceções, da *lex fori*. A justificativa se devia ao fato de cada Estado se reservar o direito de qualificar em sua própria legislação os institutos de caráter dúbio ou discutível, para depois determinar a lei aplicável, entendendo, assim, reservar também o controle da aplicação que ele reconhece das leis estrangeiras.

Apesar de o Estado estar submetido a obrigações internacionais, dentre as quais a de fazer as leis estrangeiras serem legitimamente aplicáveis em seu território, ele é, no entanto, o intérprete soberano de

suas próprias obrigações, fazendo com que o juiz, que atua em seu nome, decida a aplicação das leis estrangeiras em função das concepções, princípios e classificações de sua própria legislação. Dessa maneira, com algumas poucas exceções (nas quais se destacam os bens imóveis), o juiz deve sempre qualificar através da *lex fori*.

2.3 Qualificação pela Lex Causae

A teoria da qualificação pela *lex causae* defende que a qualificação deve ser procurada no direito estrangeiro eventualmente aplicável para a solução do litígio. Essa teoria contraria o fato de a qualificação preceder à escolha da lei competente. Como não há definição da lei competente (nacional ou estrangeira) antes da qualificação, esta deve ser determinada pela *lex fori* (BES, 1937; DOLINGER, 1994).

2.4 A Teoria de Ernst Rabel

A teoria de Ernst Rabel, denominada também de qualificação por referência a conceitos autônomos e universais, é pouco utilizada. Foi uma tentativa de superar as duas teorias anteriores. A proposta básica é a de o juiz não ter que se preocupar em qualificar através das leis nacionais ou estrangeiras, mas sim ter que compará-las, buscando conceitos dotados de caráter universal. Rabel buscou, nas palavras de Roberto Ago (1936), *émanciper le système des règles du droit international privé de cet ordre juridique du système des règles matérielles*.

Segundo essa teoria, não seriam mais as normas do direito interno de cada país, mas as normas próprias do direito internacional privado que constituiriam o sistema jurídico no qual o juiz determinaria as qualificações. As normas do direito internacional não se reportariam mais às instituições e conceitos jurídicos da *lex fori*, mas ao que houvesse de comum entre as instituições e conceitos das diferentes ordens jurídicas nacionais.

O significado das expressões empregadas pelas normas de direito internacional privado deve ser determinado, para Rabel, na dedução, não das normas internas, mas das uniformidades resultantes de um exame comparativo das instituições correspondentes nas diversas ordens jurídicas. Conforme os juízes dos vários países fossem adotando esse método, o conflito de qualificações estaria encerrado no campo do direito internacional privado (AGO, 1936).

2.5 A Preponderância da Teoria da Qualificação pela Lex Fori

A questão da qualificação aparece, assim, no campo do direito internacional privado, como uma

questão preliminar à da determinação da lei aplicável. Vários tratados internacionais cuidam dessa questão, como os tratados de bitributação, que devem qualificar institutos como domicílio, natureza de impostos etc. O Código de Bustamante, por exemplo, no seu artigo 6º, prevê que os Estados aplicarão suas próprias qualificações nos casos não previstos no seu texto. Sem sombra de dúvida, a doutrina predominante no mundo é a da qualificação pela *lex fori*. Segundo alguns autores, como Trias de Bes (1937), o conflito entre qualificações se confunde com o conflito de competências, justificando o predomínio da aplicação da *lex fori* para a determinação das qualificações.

O direito internacional privado brasileiro, através da Lei de Introdução ao Código Civil, consubstanciou a qualificação pela *lex fori*. Apenas são permitidas duas exceções à qualificação pela *lex causae*: nos casos que versam sobre bens (artigo 8º) e sobre contratos (artigo 9º). No caso dos bens, que devem ser qualificados pela lei do lugar em que estiverem situados, a exceção se justifica pelo fato de que apenas o legislador do local em que os bens se encontram é competente para classificá-los. Em relação aos contratos, a opção pela aplicação da lei do lugar em que o contrato se constituiu é decorrente do princípio da autonomia da vontade, pois não se concebe que as partes contratantes tenham optado por determinado regime jurídico apenas parcialmente e não em sua totalidade, o que inclui a qualificação (DOLINGER, 1994).

3 A VONTADE INDIVIDUAL E A QUALIFICAÇÃO

3.1 Atuação da Vontade Individual sobre as Qualificações

Em seu sentido básico, as qualificações podem reprimir a vontade individual. Um hiato as separa. A vontade individual vai se esforçar em utilizar esse hiato. As partes sabem que determinado ato é submetido a certas condições restritivas, não outro. Se o ato for submetido a condições restritivas, as partes poderão lhe dar outro nome, esperando modificar as exigências formuladas na legislação. A vontade individual age sobre a qualificação visando a um resultado específico (TERRÉ, 1957).

A vontade das partes não é apenas um sujeito passivo, ela também é um agente ativo que utiliza à sua maneira as brechas existentes para promover seus objetivos. De fato, quando a vontade individual age sobre a qualificação, não é sobre a operação de qualificação em si, mas sobre o resultado que ela

pode atingir, partindo do esforço despendido pelas partes.

Se as partes qualificam seu contrato de tal ou qual maneira, é precisamente porque subsiste um certo elemento de dúvida sobre a qualificação que lhes convém. Se as partes qualificam de venda um ato ocorrido, é precisamente porque um dos elementos que servem de base à qualificação de venda não aparece de maneira suficientemente clara no ato assim por elas qualificado. Existe uma noção abstrata de venda. A aplicação das regras jurídicas da venda pressupõe a existência de uma venda feita de acordo com elas. Os atos realizados vão ter comparadas suas estipulações concretas com o tipo abstrato. O que se situar na margem de incerteza vai ser utilizado pelos contratantes, dando-lhes a oportunidade de agir sobre as qualificações. O objeto da ação das vontades não é constituído pela operação de qualificação em si, que é apenas um meio, mas o resultado a que ela mesma conduz (TERRÉ, 1957).

A escolha de um “nome” determinado pode corresponder a uma modificação do conteúdo desejada, que também pode se dar através da substituição de um “nome” por outro. Esse caso é o mais patente da manifestação da vontade individual sobre a estrutura das qualificações, pois um mesmo conteúdo pode receber duas ou mais qualificações distintas.

Essa questão da nomeação pela vontade individual atinge, segundo François Terré (1957), a essência da qualificação. De acordo com sua teoria, a qualificação constitui a transposição jurídica dos fatos concretos. Dentre as diversas qualificações aplicáveis a um determinado conteúdo concreto, existe precisamente uma diferença. Diferença esta constituída pela distância, maior ou menor, que separa a qualificação do conteúdo qualificado. Para Terré (1957), no entanto, essa hipótese é nula, pois não há na realidade uma só qualificação possível, que seria a por ele denominada qualificação rígida. Por isso que o recurso das vontades individuais à escolha do “nome” se desenvolve, distinguindo-se as diversas qualificações umas das outras no seu destaque a aspectos distintos de um mesmo conteúdo.

3.2 Qualificação Jurídica X Simulação

É permitido às partes acordar como quiserem o conteúdo de suas convenções. Esse conteúdo será apenas classificado em uma definição preexistente. Todavia, o objetivo perseguido pelas partes deverá ser levado em consideração. Devemos diferenciar essa influência da vontade individual nas qualificações da simulação. A simulação pode ser absoluta (as partes simulam um ato, que não existe na realidade)

ou relativa (as partes simulam a celebração de um ato diferente daquele que ocorreu na realidade). Na simulação absoluta, não há sequer uma ação indireta da vontade sobre as qualificações. Na simulação relativa, há um ato aparente para terceiros e um ato real entre as partes. Elas sabem perfeitamente qual ato deve ter a natureza de um ato real.

No conflito de qualificações, não há para todos, partes ou terceiros, um só ato real, mas há a dúvida sobre sua qualificação, no fundo, sobre sua natureza jurídica. Nesse caso, o intérprete terá de escolher e dar ao ato a qualificação que lhe parece, de acordo com a sua natureza jurídica. Na simulação, a qualificação ocorre indiretamente pela ação dos indivíduos e do juiz. Na qualificação, a definição está sob ação direta da vontade individual. As partes podem qualificar móvel um imóvel, ou venda uma doação. O juiz, entre tantas qualificações, escolhe a sua, que prevalece. Sem dúvida, o procedimento empregado na qualificação não é mais do que um meio utilizado para chegar a um fim almejado pelas partes. Se as partes optaram por uma qualificação em preferência a uma outra, isso se deve ao fato de o regime jurídico que resulta da qualificação escolhida corresponder melhor a seus desejos. A licitude ou ilicitude desse objetivo cabe apenas ao juiz decidir (TERRÉ, 1957).

4 A ATUAÇÃO DO JUIZ SOBRE A QUALIFICAÇÃO

A vontade individual das partes irá sempre tentar influir sobre as qualificações, definidas ou não, e seu trabalho obterá resultados variáveis. Quem decidirá será o juiz. Ele também vai se utilizar da margem de incerteza existente. Uma qualificação será, em certa medida, utilizada pelo juiz em um determinado caso para atingir um objetivo almejado. Precisamos determinar até em que medida o juiz possui a liberdade de agir para qualificar à sua maneira um fato concreto que lhe foi apresentado.

Em primeiro lugar, o juiz deve procurar descobrir se o caráter lícito do objetivo pretendido pelas partes é incontestável. A dificuldade principal, para Terré (1957), decorre do fato de o juiz ter de se inspirar não somente em considerações técnicas, mas também em função do objetivo perseguido pelas partes. Mas o juiz não poderá ele mesmo utilizar esta margem de liberdade além de limites razoáveis¹. Há, à primeira vista, um limite do qual ele não poderá passar.

5 OS LIMITES DA QUALIFICAÇÃO

Hans Kelsen (1992) trata da interpretação no último capítulo de sua *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*. Para ele, a interpretação deve fixar o sentido das normas que vai aplicar, definindo qual o conteúdo que se vai dar à norma individual de uma sentença judicial, sentença esta deduzida da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. A questão colocada é a de saber se é possível uma teoria científica da interpretação jurídica, que permita separar uma interpretação verdadeira de uma falsa.

Os atos jurídicos em que o direito é aplicado são indeterminados. Essa indeterminação, que pode ser intencional (o ato jurídico é em parte determinado pelo direito e em parte indeterminado. Dessa forma, o estabelecimento ou fixação de uma norma geral opera-se sempre sob o pressuposto de que a norma individual resultante da sua aplicação continuará o processo de determinação, que constitui o sentido da escalação gradual das normas jurídicas) ou não (devido à pluralidade de significados das palavras, o sentido da norma não é unívoco, com vários significados possíveis), gera inúmeras possibilidades de aplicação, que podem corresponder a qualquer uma dessas possibilidades.

Kelsen (1992) diferencia a interpretação do direito pelo órgão que o aplica da interpretação do direito que não é realizada por órgão jurídico, mas por pessoa privada e, principalmente, pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é, para Kelsen, sempre autêntica, pois cria direito, produzindo uma norma jurídica individual a partir do momento em que transitou em julgado. Dessa forma, o juiz é criador do direito, sendo relativamente livre nessa função, pois a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é uma função voluntária. Mesmo que na aplicação do direito por órgão jurídico se utilize a interpretação cognoscitiva, isto é, a obtida por uma operação de conhecimento, o que prevalece, para Kelsen, é o ato de vontade do órgão aplicador ao efetuar uma escolha entre as várias possibilidades reveladas por essa interpretação. Já a interpretação jurídico-científica não é autêntica, pois, apesar de estabelecer os possíveis significados da norma jurídica, ela não toma nenhuma decisão. Esta compete ao ato de vontade dos órgãos competentes.

Para a jurisprudência tradicional, a interpretação deverá resolver um método que ofereça em todas as hipóteses uma única solução correta, com sua justeza fundada na lei. Para Kelsen (1992) e sua *Teoria*

¹ *En effet, il résulte de cet état de choses que la volonté individuelle n'est pas alors vraiment menacée par l'attitude du juge. (...) Bien entendu, il est nécessaire que le juge vienne consacrer ces résultats. Néanmoins il lui est difficile de trahir en ce domaine la volonté des particuliers (1936, p.562).*

Pura do Direito, não pode haver esse método, pois todos os métodos de interpretação conduzem a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto (KELSEN, 1992), ao contrário do defendido por Emilio Betti². E a necessidade da interpretação resulta justamente desse fato de existirem inúmeras possibilidades. Saber qual dessas possibilidades de aplicação é a correta não é uma questão de conhecimento do direito ou da teoria do direito, mas um problema de política do direito. Ou, como diz o próprio Kelsen: *Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa --- não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral*³. Kelsen afirma que a existência de uma interpretação correta é uma ficção construída para consolidar o ideal da segurança jurídica, que é um juízo de valor político, não jurídico. Dessa maneira, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr. (ANO, p.262–263), o que se faz a partir da plurivocidade da norma é política, pois tenta-se persuadir qual a saída mais favorável dentro de um contexto ideológico ou de poder. Esse seria o desafio kelseniano: buscar a univocidade da norma, procurar a verdade hermenêutica, em suma, os limites da interpretação.

Referências

- AGO, Roberto. **Règles Générales des Conflits de Lois**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, tome 58, 1936-IV.
- BARTIN, Etienne-Adolphe. **La Doctrine des Qualifications et ses Rapports avec le Caractère National du Conflit des Lois**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, tome 31, 1930-I.
- BES, J. M. Trias de. **Règles Générales des Conflits de Lois**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, tome 62, 1937-IV.
- BETTI, Emilio. **Interpretacion de la Ley e de los Actos Juridicos**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994..
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. v. I.
- TERRÉ, François. **L'Influence de la Volonté Individuelle sur les Qualifications**. Paris: LGDJ, 1957.
- ZICCARDI, Fabio. **Le Norme Interpretative Speciali**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972.

² Betti defende a busca da interpretação correta, acreditando na unidade da interpretação, embora admita ser essa univocidade teórica, conforme depreendemos do trecho a seguir: **univocidad, que conduce a reconocer exacta, al menos teóricamente, una sola solución (en aquel determinado momento histórico, o en aquella determinada situación de hecho)** in Emilio BETTI, *Interpretacion de la Ley e de los Actos Juridicos cit.*, p. 154.

³ No original: "Dass ein richterliches Urteil im Gesetz begründet ist, bedeutet in Wahrheit nichts anderes, als dass es sich innerhalb des Rahmens hält, den das Gesetz darstellt, bedeutet nicht, dass es **die**, sondern nur, dass es **eine** der individuellen Normen ist, die innerhalb des Rahmens der generellen Norm erzeugt werden können" (KELSEN, 1992, p.349).