

Norma Fundamental Kelseniana e Conceito de Direito

José Alcebíades de Oliveira Junior*

Um crítico ferrenho das correntes positivistas, Otfried Höffe,¹ sustenta que no quadro de sua teoria positivista, Kelsen acreditou poder fechar a lacuna da definição (do direito), pela introdução de uma assim chamada norma fundamental, segundo a qual se deve obedecer à constituição, respectivamente constituinte. Para Höffe, a norma fundamental chama, contudo, atenção para um problema, mas não pode resolvê-lo. O problema representa o caso particular teórico-jurídico de uma dificuldade geral lógico-argumentativa. A hierarquia das autorizações, que começa em Kelsen com prescrições concretas e termina com a historicamente primeira constituição, possui a estrutura lógica de uma série linear dedutiva. Para uma tal série somente existem, porém, três possibilidades que no conjunto não fornecem uma fundamentação: o regresso infinito, o círculo lógico e a interrupção do procedimento.

Como segue Höffe, com a constituição histórica primeira e a norma fundamental a ela acrescentada, evita Kelsen os primeiros dois erros argumentativos, o regresso e o círculo, mas cai no terceiro erro, o que significa uma interrupção dogmática do procedimento, que, por trás da fina tessitura da autorização, novamente emerge aquilo que escarnece de cada autorização: a cabeça das Górgonas do poder.² Com efeito, embora em grande medida uma tal afirmação possa ser correta, ainda assim gostaria de discutir nesse texto uma versão acerca de que o "ter-que imperativo" do "dever ser" kelseniano se assenta também, de alguma forma, num "querer", embora o seu conceito de direito a partir de uma norma fundamental continue a dever outros bons argumentos fundamentadores.³ Desde uma perspectiva fenomenológica, o mundo é um complexo de fatos, atos e eventos que vão adquirindo significado pelas diversas construções e intervenções dos sistemas culturais, normativos ou não, dentre os quais está o direito. Em outras palavras, desde que a sociedade se entende como tal, normas oriundas desses sistemas organizam de um modo ou de outro o seu funcionamento. Portanto, a questão que também se coloca no presente texto é a de saber como se origina e fundamenta essa normatividade, assim como a de saber como é possível distinguir uma normatividade jurídica de uma outra não jurídica, ou em que bases se pode falar de uma normatividade jurídica. Hans Kelsen considerando as idéias do filósofo inglês David Hume, teve presente o quanto existe uma complexidade no inter-relacionamento ou na interdependência entre o mundo fático e o mundo normativo, chegando mesmo a conclusão de que uma dessas realidades não se deduz da outra e vice-versa. Em outras palavras, de que de fatos não se extraem necessariamente normas, e que de normas não se extraem necessariamente fatos ou comportamentos.⁴ Com base nesse axioma Kelsen extraiu também, por princípio, que o objeto de uma ciência jurídica não poderia ser outra coisa do que normas, dando azo a um

primeiro entendimento do conceito de direito como um conjunto de normas. Ainda com base no teorema de Hume, pode-se dizer que o mestre da teoria pura ao estabelecer que o objeto da ciência jurídica são normas desfechou também um duríssimo golpe ao jusnaturalismo, não porque a visão jusnaturalista de direito não se articule através de normas, mas pelo motivo de seus cultores deduzirem essas normas diretamente dos próprios fatos ou de uma suposta natureza das coisas. Consoante Kelsen, os fatos, atos e eventos só possuem significado jurídico justamente devido as modalidades deonticas das normas jurídicas positivas que os vinculam, e de aí mais uma característica do conceito de direito kelseniano: entende-se por direito um conjunto de normas positivas emanadas do estado e que tem por conteúdo a sanção. Do exposto decorrem, dentre várias, duas questões: a) por que o conceito de direito passa pelo direito positivo? b) Se o direito não se deduz de fatos e sim de normas, que norma seria aquela que está além do direito histórico positivo que se manifesta via constituição-jurisdição?

Abrindo a reflexão do direito à filosofia, outra questão que caberia seria: tudo o que ocorre historicamente, os fatos, atos, normas, etc., o existir humano enfim, possui uma fundamentação, uma verdade que o produz? Em outras palavras, com base na filosofia clássica kantiana ao considerar-se o existir como um 'a posteriori', haveria um 'a priori' que o justificaria, um projeto originário? Em caso afirmativo, seria possível captar esse 'a priori'?

A questão de se existiria uma verdade, é a grande indagação da filosofia em todos os tempos. Poderia o homem conhecer a verdade? O que é que constitui essa verdade de modo geral e nas ciências em particular? Considerando que o projeto de ciência jurídica de Kelsen tentou conhecer e descrever o objeto da ciência do direito, e deixando de lado o aspecto polêmico e problemático do tema da verdade na teoria do conhecimento, desde Kant o conhecer depende de "juízos sintéticos a priori", que seriam fruto de uma dialética transcendental entre razão e experiência, entre "a priori" e "a posteriori" ou, ainda, entre a imaginação e a experiência sensível ou histórica. Para elucidar esses juízos, Martin Diego Farreló diz que quando se pede a alguém para pescar trutas, não basta que essa pessoa se utilize só de sua imaginação ou então só da experiência empírica. Se isto acontecer, não alcançará a finalidade. No primeiro caso, o ato poderá levar aos confins da mera especulação se tomado somente a partir da imaginação. Ou então, o ato poderá trazer conseqüências drásticas se, ao tentar distinguir a truta de uma piranha, o interessado colocar o dedo na boca desta última, em busca das características da truta. Com efeito, o ato de pescar a truta só será possível se tiver por princípio um "juízo sintético a priori", isto é, certo entendimento prévio do que seja truta, conhecimento esse que não é nem puramente analítico nem puramente empírico, senão que uma síntese desses juízos.

Essa idéia de que o conhecer depende desses "juízos sintéticos a priori" foi transportada para a ciência jurídica por Hans Kelsen quando tratou do conceito de direito. Ao afirmar que o direito é um conjunto de normas, distinguiu as jurídicas das não jurídicas pelo fato de as primeiras poderem ser deduzidas de um sistema que possuísse em seu vértice superior uma norma fundamental.⁷ O que é essa norma e como explicá-la, tem sido a dor de cabeça maior de todos os juristas. Segundo nosso entendimento, após 20 anos de estudos aprofundados, não resta mais dúvida: trata-se de um "juízo sintético a priori". A norma fundamental, como dizem os juristas de acordo com Kant, é a norma que empresta fundamento de validade a todo o sistema jurídico, além de lhe fornecer unidade. Ela não

existe empírica ou positivamente mas, sem ela, não poderia se constituir uma fenomenologia jurídica, uma ontologia do direito, enquanto um ser distinto de outro ser, como da moral e dos costumes, por exemplo, que também se exprimem por normas. Do exposto, pode-se afirmar que o conceito de direito depende de uma sofisticada relação entre "a priori" e "a posteriori", não podendo ser captado somente por uma investigação que privilegie um extremo ou outro. Diante desses pressupostos, que assinalam uma relação de interdependência entre um fundamento "a priori" e aquilo que ocorre empiricamente, "a posteriori", é que os juristas sempre se perguntaram porque a norma fundamental aponta para as constituições como sua projeção histórica e empírica, e as constituições, por sua vez, remetem a uma norma fundamental que assinala que é ela, a constituição, que deve ser respeitada.⁸ A resposta não é fácil de ser dada de modo racional, muito embora possa ser dada pela evidência. De qualquer modo, pairam muitas confusões e desconfianças sobre a existência ou não da norma fundamental. É de se insistir na opinião vacilante do próprio Kelsen com relação a essa norma já que, num primeiro momento, a classificou como uma pressuposição do cientista para pôr fim a seu sistema de validades recorrentes, pois senão iria ao infinito. Posteriormente, pelas pressões do sistema anglo-americano e pragmático de direito, a chamou de mera ficção, apoiado na idéia de que o direito se legitima e se fundamenta pela própria prática jurisprudencial, que a esse tempo observava nos EUA. De todas as maneiras, creio não ser excessivo dizer que essas normas fundantes existirão sempre, variando apenas o seu conteúdo, que oscilará a cada momento histórico,⁹ assim como sua função, que poderá ser simplesmente lógica ou deontológica. Independente da vacilação filosófica kantiana e posteriormente do neokantismo e neopositivismo vacilante de Kelsen, de se essa norma existe ou não, assim como a desconfiança dos juristas em geral, entende-se, como foi dito, não haver dúvidas sobre a sua existência, persistindo, isto sim, problemas de como ela se constitui, de como se poderia captá-la e torná-la evidente. Um exemplo vem da sala de aula.¹⁰ Quando um professor de direito constitucional inicia o seu curso, no primeiro dia de aula, fala aos seus alunos que iniciará estudos sobre uma das matérias fundamentais do direito, e todos concordam. Afirma que essa matéria é fundamental para o entendimento de todo o sistema jurídico, e também não recebe contestação. Por que isso ocorre? Indiscutivelmente, porque existe um "juízo sintético a priori" dessa validade ou, dependendo da interpretação, da legitimidade desse estudo. Embora a possível contestação dessa assertiva, o fato é que se a proposta fosse ao contrário, isto é, do professor sustentar que o direito constitucional não é importante para o estudo do direito, certamente seria rechaçada. Daí poder-se concluir que a construção de uma ciência jurídica não poderia prescindir do estudo do direito enquanto normas constitucionais positivadas. A existência desses pressupostos legitimadores de uma situação empírica de direito pode encontrar um excelente exemplo também com a obra do considerado jurista do século, no Brasil: Rui Barbosa.¹¹ Quem estuda Rui sabe o quanto a sua obra, que transformou-se em fonte do direito moderno no Brasil, articulou-se a partir de dois pressupostos fundamentais: o racionalismo e o humanismo. No primeiro caso, o de respeito a um poder jurídico coincidente com a razão que clamava por um direito de base legal face a um poder jurídico de base tradicional, ou fundado na tradição, o que é o mesmo que pensar que o direito se transfere de pai para filho. No segundo caso, embora o realismo político de Rui, para quem se fossem necessárias determinadas restrições às pessoas quando se trata de lutar para adquirir o poder, sobretudo a partir do voto, ainda assim o humanismo teria que ser um

pressuposto fundamental do direito, sobretudo no que se refere a liberdade e a possibilidade de se ver o direito como uma dialética argumentativa. Com efeito, em Rui assiste-se, já no início do século, a presença de um "juízo sintético a priori" básico e fundamental para o direito moderno: o princípio da liberdade e da autodeterminação do homem e da sociedade sobre o seu direito o que, aliás, já estava presente na obra de Kant e aparece na de Kelsen. De tudo o que foi dito, o que resta é a evidência desses pressupostos validadores e legitimadores de toda a realidade sensível e da realidade do direito em particular. Dentre as questões que se colocam, como já foi dito, estão a de como eles se formam e a de como captá-los e explicitá-los de maneira correta. De imediato, o ideal de neutralidade e/ou imparcialidade assumido pela ciência kelseniana não perseguiu outro que se não o objetivo de não deturpar a tese de que o direito põe o direito, isto é, de que a norma empírica seria a projeção de uma norma básica fundamental e vice-versa, o que permite antever já em Kelsen, uma visão de "autopoiesi" para o direito.¹² Aduzindo-se que para Kelsen a ciência jurídica não deve intervir no seu objeto e portanto deve apenas descrevê-lo, a norma fundamental para Kelsen cumpre, em primeiro lugar, como diria Höffe, um papel de fundamentação lógica do sistema jurídico e do conceito de direito, e somente subsidiariamente se poderia fazer uma leitura mais favorável a seu respeito. Entretanto, como diz Meneghetti, é preciso perceber que viemos de uma cultura clássica que já nos colocou diante de conceitos como *lex aeterna*, *jusnaturalismo*, opiniões, direito positivo, sistemismo de violência, e é necessário que se questione não só os fundamentos lógicos como os deontológicos dos sistemas jurídicos. Assim, se até aqui plantou-se a tese de que a norma fundamental pode receber a leitura que a identifica com os "juízos sintéticos a priori", que fundamentam a experiência histórica, seria preciso nos pormos a pergunta acerca de quem tem responsabilidade na formação desses juízos, entendendo-se que após Kant o homem constrói a sua ciência e por conseqüência delimita o seu objeto. Teriam os responsáveis pela formação dessas asserções tratado de modo equilibrado e proporcional os ângulos da razão e da natureza quando de sua dança para a formação dos referidos juízos ? Primeiro, é preciso dizer que indiscutivelmente esses "juízos sintéticos a priori" não são fruto de uma "pura" razão e sim erigidos por uma elite, e que portanto só de modo subliminar a sociedade como um todo toma parte de sua construção, funcionamento muito mais como uma caixa de ressonância dessas idéias, do que propriamente como fonte. Dessa elite fazem parte, pelo menos no que se refere ao tema aqui abordado, filósofos, cientistas, juristas, sociólogos e psicólogos. E, segundo o ponto de vista aqui sustentado, em função de certos preconceitos (tais como a suposta impossibilidade de se conhecer a coisa em si, de se conhecer a verdade), também oriundos de Kant, trataram de modo equivocado (ou simplesmente desde um prisma político) o problema do conhecimento e da ciência. Assim sucedeu com Freud que, muito embora tenha tido o mérito de ter detectado um projeto original intrínseco a existência humana e que denominou de inconsciente, o que redundou numa grande descoberta, porém estabeleceu um grande equívoco sobre suas funções, ao ressaltar unicamente o seu caráter problemático. Jung, dando prosseguimento aos trabalhos de Freud, falou desses projetos originários inconscientes como sendo formados também por um inconsciente coletivo, que divide as responsabilidades com a história individual de cada personagem, o que permitiu falar-se de aspectos bons e maus em relação ao inconsciente. Analisando alguns epistemólogos, Bachelard denominou a ciência como "a reforma de uma

ilusão", Popper sustentou que "o conhecimento científico para ser científico tem que ser passivo de falseamento" e Kuhn, em sua teoria dos paradigmas, sustentou que "um conhecimento é científico quando compartilhado por um conjunto de cientistas". Como se vê, para esses epistemólogos, o conceito de ciência atingiu um grau altíssimo de relativismo, o que seria o mesmo que dizer que eles não possuem nenhum critério para afirmar um tal conceito. No campo do direito, embora a lucidez kelseniana sobre a norma fundamental, o equivalente jurídico da visão científica e filosófica dominante desde Kant, o certo é que sua visão é também por demais relativista, conduzindo ao entendimento de que toda e qualquer norma empírica poderia vir a integrar o sistema de direito positivo, bastando que esteja formalmente de acordo com ele. É evidente que normas sem fundamento "a priori" podem ser e são promulgadas; mas isto não impede que se siga entendendo e defendendo a sua exclusão do plano de uma fundamentação "a priori" que tenha sido adequadamente edificada a partir de critérios transcendentais que não contradigam as condições inerentes a quem põem a regra. Enfim, como se vê, a formação dos "juízos sintéticos a priori" é duplamente problemática porque, além de possuir múltiplas fontes, existe o problema da distorção na percepção dos mesmos, às vezes consciente, às vezes inconsciente. Gostaria de assinalar considerando as idéias de Meneghetti que, em Kelsen, "siamo nel piú aperto pluralismo relativistico".¹³ Anche sul piano filosofico e scientifico, non esiste un'enciclopedia che formalizzi qual é il punto di riferimento critico, razionale, scientifico al nostro modo di fare ricerca".¹⁴ Em linhas gerais e não somente com Kelsen, o que se observa e preocupa é que a teoria jurídica subsequente não tem conseguido mais que sobrevoar o problema da necessidade de um critério para o conceito de direito. Kelsen falou, como se viu, em norma fundamental. Porém, com base em Kant, manteve-se distante da discussão sobre os conteúdos dessa norma, relegando essa concretização ao poder político. Hart de maneira análoga, falou em regra de reconhecimento, que embora tenha emprestado ênfase a uma ciência interpretativa, não conseguiu ultrapassar os pontos críticos gerados pelos casos difíceis, rendendo-se a decisões oriundas do poder discricionário do juiz. Dworkin, com seu direito como integridade ou direito como resposta correta, foi além. Sustentou que diante dos casos difíceis, principalmente nos conflitos de regras, o recurso aos princípios seria o caminho para a melhor solução, tendo ainda estipulado uma certa hierarquia entre os princípios, como é o caso daqueles que defendem direitos e aqueles que defendem políticas, atribuindo supremacia aos primeiros. Porém, não disse nada sobre qual o critério que deveria ser empregado quando de um conflito de princípios em sentido estrito. As soluções dos conflitos de princípios enfim, estão ainda diante de uma vazia que preocupa, porque mesmo as teorias alemãs mais modernas diante desses problemas, falam na aplicação de princípios ditos superiores como o da razoabilidade e o da proporcionalidade, que porém são tomados de modo absoluto e não circunstancial e assim perdem a sua função. Por exemplo, o princípio da proporcionalidade ao falar de uma "vedação do excesso" quer dizer exatamente

o

que?

Para finalizar, praticamente a grande maioria dos juristas ou reduzem o problema do conceito de direito à experiência histórica,¹⁵ isto é, a lei positiva ou a prática jurisprudencial, e aqui a diferença entre a civil law e a common law não é importante, ou então o remetem para um conjunto de princípios tidos de validade universal e sobre os quais muitas vezes não se discute em que bases são considerados jurídicos, e muito menos com quais critérios devem ser resolvidos os conflitos entre eles. Mas, enfim, esse tema do conceito de direito é secular, e seguramente outros autores de teoria jurídica merecem ser

estudados com mais vagar, a exemplo de Bobbio, Hart e Dworkin, e é o que se seguirá fazendo.

* Prof. Titular e Coord. do Mestrado
em Direito da Universidade Estácio de Sá
Prof. do Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí - SC
Prof. Titular da Universidade Federal de Santa Catarina – Licenciado

Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista2/artigo5.htm>

Acesso em: 15 de agosto de 2007