

3

A identidade do direito no positivismo analítico: Austin e Kelsen

3.1

Identificação com base no modo de origem

Como foi visto no segundo capítulo, uma das estratégias possíveis para identificar o direito toma por referência o modo como as normas jurídicas são produzidas. Para os teóricos que adotam um tal ponto de vista, o direito é direito porque foi produzido de uma maneira específica. Dois nomes são particularmente importantes nessa Escola: Austin e Kelsen. O primeiro sustentou que uma norma é jurídica porque proferida por um soberano que é habitualmente obedecido em uma comunidade política independente; o segundo afirmou que uma norma é jurídica porque pode ser reconduzida até a norma fundamental do sistema a que pertence, o que, em última análise significa que ela é direito porque foi produzida em conformidade com normas hierarquicamente superiores.

Neste capítulo, analisarei os critérios desenvolvidos por ambos para determinar a extensão dos sistemas jurídicos (momentâneos) e a continuidade dos sistemas jurídicos (não-momentâneos). Porque sua teoria é mais simples e foi formulada com antecedência, começarei por Austin.

3.1.1 Austin e o soberano

John Austin foi um dos fundadores do positivismo analítico. Essa maneira particular de focar o fenômeno jurídico foi inaugurada por Bentham, no final do século XVIII, e consistiu numa preocupação em determinar os contornos do direito e em analisar seus conceitos numa perspectiva que levasse em conta o contexto lingüístico em que estivessem inseridos (Sgarbi, p. 1). A partir de uma descrição das principais características dos sistemas jurídicos, obtida mediante uma redução formal e construtiva da linguagem jurídica ordinária, Austin propicia uma visão geral da estrutura formal do direito, entendida essa como a estrutura comum a todos os sistemas jurídicos existentes (Argüelles, 2002, pp. 25 e 26).

A opção por analisar a obra de Austin e não a de Bentham justifica-se na medida em que aquele foi o primeiro a desenvolver uma teoria dos sistemas jurídicos. Na verdade, sua teoria dos sistemas não é colocada de forma expressa, antes pode ser inferida do seu conceito de norma jurídica: “Austin in effect defines ‘a law’ as ‘a general command of a sovereign addressed to his subjects’. His theory of legal system is implicit in this definition” (Raz, 2003, p. 5).

No próximo item analisarei o critério austiniano para determinar a extensão dos sistemas jurídicos momentâneos. Em seguida (2.1.1.2), discutirei a forma como ele resolveu o problema da continuidade. Finalmente (2.1.1.3), apontarei algumas críticas a que se sujeitam suas posições.

3.1.1.1 Critério para determinar a extensão dos sistemas jurídicos

De acordo com John Austin, um sistema jurídico é o conjunto formado por todos os [1] comandos [2] emitidos pelo soberano e [3] direcionados aos súditos. Esse critério de identidade, aponta Raz, baseia-se no princípio da origem legislativa e assume que toda norma de um sistema jurídico tem uma única e persistente fonte (Raz, concept, p. 19).

[1] Comandos ou mandados são manifestações de desejos duplamente qualificadas. Distinguem-se das demais porque [a] *exigem* de alguém uma ação

ou uma abstenção e [b] são reforçadas pela *ameaça de um dano* em caso de desobediência. As duas características acima descritas relacionam-se da seguinte maneira: porque um mandado é uma exigência (e não um pedido ou uma atribuição de faculdades) a consequência de sua desobediência é um dano (e não uma recompensa). Ou, dito de outra forma, a verdade de *b* é condição necessária para a verdade de *a*. Essa última afirmação precisa ser demonstrada. A posição de Austin acerca do caráter necessariamente sancionador das normas jurídicas é o resultado da tentativa de explicar a obrigatoriedade do direito.

“Estar obligado a hacer o a abstenerse de algo, o estar bajo un deber u obligación de actuar o de abstenerse, es estar sujeto a una sanción en caso de desobedecer a un mandato. O lo que es lo mismo, estar bajo una obligación de actuar o de abstenerse, piensa Austin, es estar sujeto a un mal por parte del autor del mandato en caso de desobediencia. La parte está obligada a actuar o a abstenerse porque el mal le resulta odioso, porque le teme” (Farrell, pp. 274-275)

É certo que prêmios também são razões para cumprir o desejo dos outros, mas falar em recompensas que obrigam constituiria seguramente um desvio do significado desses termos. Se uma lei oferece um prêmio como incentivo para a realização de determinada ação, afirma Austin, é possível que ela confira a alguém um direito, mas dificilmente se poderá dizer que esta pessoa está obrigada a realizar a dita ação.

“Si tu expresas el deseo por el que yo deba prestar un servicio, y si tu propones una recompensa como el móvil o motivo para prestarlo, dificilmente se podrá decir que tu *ordenas* el servicio, ni que, al menos en lenguaje común, que yo estoy *obligado* a prestarlo. En el lenguaje común tu me *prometerías* un premio a condición de que preste el servicio, mientras que yo podría ser incitado o *persuadido* a prestarlo en función de la esperanza de obtener esa recompensa” (Austin, 2002, p. 39).

[2] Para Austin, soberano é [a] um indivíduo ou um conjunto de indivíduos [b] que é habitualmente obedecido [c] e não tem o hábito de obedecer a mais ninguém.

[a] A primeira parte do conceito de soberano pode ser reformulada da seguinte forma: o soberano é uma entidade *determinada*, seja ela corporificada em um único indivíduo ou em um grupo de indivíduos. A questão da determinação é importante porque será com base nela que Austin irá distinguir

as ordens jurídicas da moralidade. As primeiras, por serem expressão de um desejo, são sempre emitidas por uma entidade *determinada*, seja ela unitária ou coletiva; a segunda nada mais é do que “una opinión o sentimiento relacionado com un tipo de conducta mantenidos o sentidos por un grupo *indefinido* de personas o por un sujeto determinado” (Austin, 2002, p. 163. O grifo não está no original). Além de ser determinada, a soberania é uma instituição *unitária*. Isso significa que quem é habitualmente obedecido é um mesmo e único superior. Se assim não fosse, a sociedade se encontraria em um estado de natureza ou dividida em duas ou mais sociedades (Austin, 2002, p. 202).

[b] A habitualidade da obediência, segundo elemento do conceito de soberania, é importante para definir uma sociedade política independente. Um dado grupo de pessoas é uma sociedade política independente quando formado por um soberano que é habitualmente obedecido e por seus súditos que, em sua generalidade, habitualmente o obedecem. Em certos momentos históricos, é possível que autoridades de outros Estados assumam temporariamente o comando em Estados que não sejam os seus. Nesses casos, mesmo que a população obedeça às suas ordens, não se pode dizer que seu conjunto constitui uma sociedade política independente.

“En 1815 los ejércitos aliados ocuparon Francia, y mientras duró la ocupación los mandatos de los soberanos aliados fueron obedecidos por el gobierno francés, y por médio de él, por todo el pueblo. Pero como los mandatos y la obediência fueron relativamente ocasionales y transitórios, no fueron suficientes para constituir la relación de soberania y sujeción entre los soberanos aliados y los miembros de la nación invadida. A pesar de los mandatos y de la obediência, el gobierno francés y sus súbditos formaban una sociedad política independiente de la que los soberanos aliados *no* constituían la parte soberana” (Austin, 2002, pp. 200-201).

[c] O terceiro elemento utilizado por Austin para identificar a soberania também se baseia na idéia de sociedade política independente. Trata-se da não subordinação habitual do soberano a qualquer superior. Isso não significa que o soberano não possa ser influenciado pelas leis impostas pela opinião, ou que ele não se submeta ocasionalmente a ordens de determinado sujeito (Austin, 2002, p. 203). O que inviabiliza o reconhecimento da soberania é a habitualidade da subordinação. Afinal, não é possível conceber nenhuma sociedade política independente que se sujeite de forma habitual a uma vontade externa. A não subordinação habitual a qualquer superior implica a inexistência de restrições jurídicas ao poder de legislar do soberano. Isso porque a existência de uma

norma limitadora pressupõe uma autoridade superior capaz de exigir obediência do seu destinatário. Ou, como explica Austin, “um monarca ou corpo soberano obrigado por um dever legal seria soberano e não soberano ao mesmo tempo. Um poder supremo limitado pela lei positiva é uma clara contradição nos termos”¹ (Adrian, p. 11).

[3] Súdito e soberano são conceitos dependentes. Se, por um lado, soberano é aquele que é habitualmente obedecido pelos súditos, estes últimos são justamente os que obedecem àquele com habitualidade. A dependência conceitual existente entre eles poderia levar o leitor a pensar que Austin se vale de uma definição circular. Uma leitura mais atenta, porém, deixa claro que a intenção do autor é simplesmente ressaltar o desnível que caracteriza a relação entre o soberano (superior se comparado aos súditos) e os súditos (inferiores se comparados àquele).

3.1.1.2 Critério para determinar a continuidade dos sistemas jurídicos

Como se afirmou acima, a questão da continuidade é a busca por critérios, com base nos quais se possa determinar se dois sistemas jurídicos momentâneos pertencem a um único sistema não-momentâneo. Porque para Austin o direito é o conjunto dos comandos emanados por um soberano, determinado e habitualmente obedecido pelos súditos, a questão da continuidade dos sistemas jurídicos pode ser descrita como a questão da sucessão entre diferentes soberanos.

De acordo com Raz, Austin sugere que a identidade do legislador último de dois sistemas jurídicos momentâneos é critério necessário e suficiente para que as normas produzidas por eles pertençam a um único sistema jurídico não momentâneo (Raz, 2003, pp. 187-188). Nesses termos, dois ou mais sistemas

¹ De acordo com Raz, a visão de Austin sobre a soberania foi substancialmente influenciada pela concepção desenvolvida por Bentham (Raz, 2003, p. 06). Os dois autores destacam-se por terem introduzido um soberano cujo poder não se deixa explicar por nem pode ser derivado da moralidade, ou, dito de outra forma, um soberano cujo poder se baseia exclusivamente no fato social da obediência (Raz, 2002, pp. 06-07). Assim, vale para ambos a afirmação de que os conceitos de hábito e de obediência são determinantes (“key concepts”) na análise da soberania. Se, por um lado, ambos se aproximam nesses aspectos, diferenciam-se na medida em que Austin acrescenta à não subordinação e à unidade da soberania (características descritas por Bentham como suficientes para a compreensão do conceito) mais dois elementos: a impossibilidade de limitação e a determinação (Raz, 2002, p. 08).

jurídicos momentâneos pertencem ao mesmo sistema não-momentâneo na medida em que são a expressão da vontade de um mesmo e determinado soberano. Por outro lado, dois sistemas jurídicos momentâneos *não* pertencem ao mesmo sistema não momentâneo na medida em que não são a expressão da vontade de um mesmo e determinado soberano.

3.1.1.3 Avaliação crítica

Provavelmente o crítico mais contundente da obra de Austin é Herbert L. A. Hart. “O Conceito de Direito”, mais importante obra desse autor, é em grande parte dedicado a levantar objeções ao modelo austiniano das ordens coercitivas. O primeiro grupo de críticas diz respeito à plausibilidade desse modelo para determinar de modo preciso a extensão dos sistemas jurídicos [1]. O segundo grupo aponta sua incapacidade de explicar a continuidade dos sistemas jurídicos [2].

[1] De acordo com Hart, Austin errou porque, nos sistemas jurídicos atuais, há uma variedade de normas que, sob aspectos distintos, não se deixam descrever nos termos por ele propostos (Hart, 1994, p. 57). O modelo austiniano de direito, prossegue Hart, estaria sujeito a três grandes objeções, referentes [a] ao conteúdo das normas jurídicas; [b] ao seu campo de aplicação; e [c] ao seu modo de origem (Hart, 1994, p. 34).

[a] A primeira crítica de Hart a Austin tem como ponto de partida a função que o direito exerce na vida das pessoas. É certo que algumas normas – como aquelas que tipificam os crimes – podem funcionar como motivos para determinadas ações ou abstenções, e em relação a elas pode valer a definição de Austin, para quem, cabe lembrar, as normas são ordens que expressam a vontade do soberano e que, nessa medida, criam deveres para seus destinatários; mas é igualmente certo que o direito não é composto exclusivamente pelas normas de direito penal. Ao lado delas existem outras que cumprem uma função significativamente diferente. Em todo sistema jurídico moderno há normas que conferem poderes públicos ou privados. Tais normas não impõem a ninguém o dever de se portar de uma ou de outra maneira, mas fixam as condições sob as quais é possível criar direitos e deveres dentro da

estrutura coercitiva do direito (Hart, 1994, p. 57). Negar a existência dessas normas é privar o direito de conceitos importantes para a vida social, como casamento, contrato ou testamento; identificá-las com as ordens baseadas em ameaças é desconsiderar a função particular que cumprem na organização da vida social.

[b] A segunda crítica ao modelo de Austin aponta sua insuficiência para explicar o caráter autovinculativo do direito. Ou, colocado de outra forma, se as normas são ordens dadas pelo soberano aos súditos, como é possível explicar a vinculação do soberano às próprias ordens? Poderia se afirmar que, num estado absolutista, o soberano não está obrigado a seguir as diretrizes que fixa para o restante da população. Talvez em um estado com essas características, o modelo de Austin descreva com um pouco mais de fidelidade o fenômeno jurídico. Entretanto, se o compromisso da teoria do direito consiste em fornecer uma descrição geral, ou seja, que se pretenda válida para diferentes sistemas jurídicos, não é possível adotar o modelo das ordens baseadas em ameaças. Afinal, traço distintivo dos sistemas atuais é a inclusão do legislador entre aqueles que se sujeitam às imposições do direito. A permanecer o modelo de Austin, teríamos a curiosa situação de alguém que dá ordens a si mesmo.

[c] A terceira objeção dirige-se à incapacidade do modelo de Austin de reconhecer a juridicidade dos costumes. Muito embora desempenhe no direito moderno uma função subsidiária na determinação do comportamento das pessoas – ao menos nos sistemas continentais – o costume não pode ser desprezado como possível fonte do direito. E, na medida em que é parte dos sistemas jurídicos, não se pode deixar de reconhecê-los pelos critérios de identificação do direito. Ao contrário das leis, que pressupõem um ato consciente de criação, os costumes são práticas que surgem de modo involuntário dentro de uma sociedade e que, aos poucos, passam a ser vistas como obrigatórias pelos integrantes dessa comunidade. Costumes não são ordens dadas pelo soberano aos súditos, antes são hábitos dos próprios súditos reconhecidos como padrões para orientar suas condutas.

Em síntese, o critério para determinar a extensão dos sistemas jurídicos proposto por John Austin deve ser rejeitado porque não reconhece normas que conferem poderes (item a), normas que vinculem o soberano ao direito criado (item b) e normas consuetudinárias (item c).

[2] Se dois ou mais sistemas jurídicos momentâneos pertencem ao mesmo sistema não-momentâneo na medida em que são a expressão da vontade de um

mesmo e determinado soberano, o sistema jurídico parece quando parece o soberano. Duas classes distintas de dificuldades podem ser observadas aqui.

Em primeiro lugar, se a mudança de soberano implica a mudança de sistema jurídico, então a explicação de Austin afasta-se demasiadamente do sentido comum de sistema jurídico (não me parece plausível supor que tenha havido mudança de sistema jurídico, por exemplo, se o sucessor mantém em vigor as normas produzidas pelo antigo soberano, e principalmente se o sucessor dá continuidade aos projetos de seu antecessor e se baseia nos mesmos princípios políticos para orientar sua conduta como governante); se, por outro lado, a mudança de soberano não implica a mudança de sistema jurídico, a teoria de Austin é inconsistente porque, nesse caso, ao contrário do que ele afirma, o direito não é mais o conjunto de comandos emanados por uma única pessoa. Dessa forma, é forçoso assumir que [a] ou Austin afastou-se da sua estratégia metodológica e estipulou um significado absolutamente novo de sistema jurídico, desvinculado do uso comum da expressão (e da tradição analítica inaugurada por Bentham); ou [b] entrou em contradição ao explicar a continuidade em termos de mudança de soberano, porque, então, o direito passa a ser simultaneamente o conjunto de comandos emitidos por um único soberano e o conjunto de comandos emitidos por dois ou mais soberanos distintos.

Em segundo lugar, independentemente do fato da mudança de soberano acarretar a mudança de sistema jurídico, o caráter jurídico das normas produzidas pelo novo soberano não podem ser explicadas satisfatoriamente nos termos austinianos. Como salientou Hart, “os meros hábitos de obediência a ordens dadas por um legislador não podem conferir ao novo legislador qualquer direito à sucessão do anterior e a dar ordens no seu lugar”, assim como “a obediência habitual ao legislador antigo não pode, por si própria, tornar provável, ou fazer de algum modo presumir que as ordens do novo legislador serão obedecidas” (Hart, 1994, p. 64). Para que as ordens dadas pelo sucessor sejam vistas como direito, prossegue Hart, deve ter havido uma prática social mais complexa, a aceitação de uma regra, de acordo com a qual o novo legislador tem direito à sucessão (Hart, 1994, p. 64). Porque a estratégia austiniana de explicar os sistemas jurídicos a partir de comandos emitidos pelo soberano pressupõe um hábito geral de obediência, a mudança de soberano e o ainda inexistente hábito de obedecê-lo criam um espaço em que os novos comandos não podem ser vistos como normas jurídicas, a não ser que seja pressuposta uma regra que determine as condições da própria sucessão. A pressuposição de

uma tal regra, por seu turno, significa que o direito é direito não porque é um comando ou porque é habitualmente obedecido, mas sim porque satisfaz as condições estabelecidas em uma regra.

3.1.2

Kelsen e a norma fundamental

Hans Kelsen ficou particularmente conhecido pela produção de um livro chamado “Teoria Pura do Direito”. Contudo, teoria pura não é simplesmente o nome de um livro, mas sim de um projeto de vida, um projeto de elevar o direito à posição de ciência jurídica (Sgarbi, cap 2, p. 1). Sua construção teórica caracteriza-se por uma preocupação quase patológica de separar, de um lado, o conhecimento jurídico do direito, e, de outro, o conhecimento não jurídico do direito. Talvez essa característica seja a mais marcante em sua obra, e a que o individualize entre os demais pensadores que realizaram uma reflexão séria sobre o direito no marco do positivismo analítico.

Meu objetivo aqui, porém, não é analisar a originalidade do projeto kelseniano, mas sim inseri-lo em um grupo maior, formado por teóricos com visões semelhantes no que respeita a certos aspectos importantes do fenômeno jurídico. Kelsen pode ser colocado entre aqueles que identificam o direito a partir do modo como ele é feito. Numa perspectiva kelseniana, a chave para a compreensão da identidade do direito encontra-se na maneira particular como o próprio direito é produzido. Seguirei a mesma linha de argumentação utilizada para abordar a obra de Austin: em primeiro lugar apontarei o critério kelseniano para a determinação da extensão dos sistemas jurídicos momentâneos (2.1.2.1); em seguida, analisarei o modo como ele dá conta da questão da continuidade de sistemas jurídicos não-momentâneos (2.1.2.2); por fim, apontarei alguns problemas apresentados pelos critérios por ele propostos (2.1.2.3).

3.1.2.1

Critério para determinar a extensão dos sistemas jurídicos

De acordo com Kelsen, um sistema jurídico é o conjunto formado por uma norma fundamental e por todas aquelas outras normas cuja criação tenha sido autorizada direta ou indiretamente por ela.

A norma fundamental é seguramente o ponto mais controverso e obscuro da teoria de Kelsen, e, provavelmente por isso, tem ganhado atenção redobrada dos teóricos que se debruçam sobre sua obra. Muito embora já seja ampla a literatura sobre o tema, não posso deixar de abordá-la, pois se trata de idéia indispensável para a construção do conceito kelseniano de identidade dos sistemas jurídicos.

A norma fundamental diferencia-se das demais normas na medida em que possui estrutura e função próprias. Trata-se de uma norma que confere poderes (Raz, 1983b, p. 126) e que se propõe explicar a unidade e a normatividade dos sistemas jurídicos (Raz, 1983b p. 123), vale dizer, pretende dar conta de fornecer uma resposta satisfatória às duas seguintes perguntas: como é possível identificar entre todo o material normativo existente no mundo um conjunto de normas que se deixa descrever como um sistema jurídico determinado; e por que o direito obriga?

Kelsen sustenta que postular a existência de uma norma fundamental é uma necessidade lógica (Kelsen, 2003, p. 227). De acordo com Raz, Isso é o resultado da assunção de três proposições, tidas por Kelsen como auto-evidentes (Raz, 1983b, pp. 123 e 125): 1) Pertencem ao mesmo sistema jurídico duas normas, uma das quais autoriza direta ou indiretamente a criação da outra; 2) Todas as normas de um sistema jurídico são autorizadas direta ou indiretamente por uma norma; e 3) Normas não podem derivar sua existência de fatos. A terceira proposição, que será abordada ao final deste item, diz respeito à questão da normatividade do direito; as duas primeiras relacionam-se ao problema da identidade. Por serem consideradas auto-evidentes, essas proposições podem ser vistas como os três axiomas da teoria de Kelsen. O primeiro deles fornece somente um critério parcial de identificação do direito, pois não é capaz de identificar mais do que uma parte do material jurídico existente. Com base nele, é possível afirmar, por exemplo, que a lei que disciplina os juizados especiais cíveis e criminais (Lei 9.099/95), produzida pelo Congresso Nacional, e a norma constitucional que autoriza o Congresso a

produzir normas que tratam de direito civil, penal e processual (extraída dos artigos 22, inciso I, e 48 da Constituição Federal de 1988) pertencem ao mesmo sistema jurídico porque a segunda autoriza a criação da primeira. Contudo, não se pode, partindo dele, identificar a totalidade das normas existentes em qualquer sistema jurídico. Como será visto logo abaixo, sua utilização isolada não dá conta de resolver um problema típico dos países de tradição do Common Law.

Para complementá-lo é necessário recorrer ao segundo axioma, que, por sua vez, fornece um critério negativo de identificação. De acordo com ele, não pertencem a um mesmo sistema jurídico duas normas que não autorizam uma a criação da outra a não ser que exista uma terceira que autorize a criação de ambas. Não me preocuparei em provar a verdade do primeiro axioma porque suponho ser intuitiva sua aceitação. O segundo, porém, exige demonstração. É exatamente desse processo que surge a necessidade de se postular a norma fundamental. Uma primeira estratégia para demonstrar a verdade do segundo axioma consiste em afirmar que ele é uma generalização empírica, vale dizer, que, observados todos os sistemas jurídicos existentes, foi constatada a existência de uma norma autorizativa das demais normas componentes do sistema. Um exemplo, exposto pelo próprio Kelsen (apud Raz, 1983b, p 124), falseia essa afirmação: suponha-se um estado e sua constituição, que autoriza o parlamento a produzir normas jurídicas, mas não institui o costume como forma válida de criação de normas; suponha-se também que, nesse mesmo estado, a despeito da omissão constitucional, existam, ao lado das leis produzidas pelo parlamento, outras normas jurídicas, de natureza consuetudinária, efetivamente aplicadas pelos tribunais. Em um estado como esse, é necessário pressupor a existência de uma constituição não escrita, de acordo com a qual as normas gerais que vinculam a atuação dos órgãos aplicadores do direito possam ser também criadas pelo costume. Como aponta Raz (1983b, p. 124), em um tal sistema (e aqui ele tem em vista o sistema inglês), algumas normas serão autorizadas pela constituição escrita enquanto outras o serão pela constituição consuetudinária, não escrita, e não haverá nenhuma outra norma positiva que autorize ambas as constituições. Se a pretensão de Kelsen é fornecer uma descrição dos sistemas jurídicos, entendidos no seu sentido mais comum - e não introduzir um conceito completamente estranho à compreensão usual - não é possível sustentar que o primeiro axioma é uma generalização empírica.

Exatamente porque tem consciência de que, como uma generalização empírica, seu segundo axioma é falso, Kelsen postula a necessidade lógica da

norma fundamental (Raz, 1983b, p. 124). Será ela que irá autorizar a criação das demais normas que compõem o sistema jurídico. Com esse expediente, Kelsen dá conta de descrever um arranjo em que todas as normas que fazem parte de um sistema jurídico possuem em comum o fato de terem sido autorizadas direta ou indiretamente por uma mesma norma, a norma fundamental desse sistema específico. Assim, diante de todo o material normativo existente no mundo, é possível identificar e, portanto, separar conjuntos formados por um número finito e particular de normas, que assim consideradas, apresentam-se como sistemas jurídicos específicos. Ou, em outras palavras, é porque existe em cada sistema jurídico uma norma com essa característica agregadora que é possível identificar um conjunto de normas como um todo unitário.

Além de cumprir a função de conferir unidade aos sistemas jurídicos, a norma fundamental também desempenha o importante papel de explicar a normatividade do direito. Isso é decorrência da assunção do terceiro postulado. Como, para Kelsen, existe uma barreira intransponível entre o mundo do “ser” e o do “dever-ser”, uma norma só pode existir se autorizada por uma outra norma. Embora seja o resultado de uma ação humana, e toda ação humana seja um fato, uma norma não pode derivar sua existência de fatos (TP, p..., apud Raz, 1983b, p. 125). Sua validade, que nada mais é do que sua existência específica, não decorre do fato de ter sido produzida, mas sim de uma norma que autoriza sua produção. O princípio da autonomia, ou seja, o princípio segundo o qual uma norma só pode existir se autorizada por outra norma, é garantido no direito pela idéia de cadeia de validade (Raz, 1983b, p. 125). Duas normas pertencem a uma mesma cadeia de validade se uma delas autoriza a outra ou se existe uma terceira que autoriza ambas. Característica de todo ordenamento jurídico é que a norma fundamental encabeça uma cadeia de validade formada pelas demais normas do sistema.

“A derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. Para a questão de por que certo ato de coerção – por exemplo, o fato de um indivíduo privar outro de liberdade colocando-o na cadeia – é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de por que essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição, já que foi estabelecido pelo órgão competente da maneira que a constituição prescreve”.

“Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por

algum tipo de assembléia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração. O documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida.” (Kelsen, 2000, pp. 168 e 169)

Pelo que se viu até aqui, a teoria da norma fundamental oferece respostas às duas perguntas acima formuladas. Se me pergunto por que uma determinada norma obriga, obtenho a seguinte resposta: ela obriga porque é um elo que compõe uma cadeia de validade encabeçada pela norma fundamental, a qual é a instância primeira de atribuição de validade. E se pretendo saber como é possível identificar entre todo o material normativo existente no mundo um conjunto de normas que se deixa descrever como um sistema jurídico determinado, posso afirmar que é possível identificar, por exemplo, o sistema jurídico brasileiro porque ele, e somente ele, é formado por sua norma fundamental e por todas aquelas outras que tiveram sua produção autorizada por ela.

3.1.2.2

Critério para determinar a continuidade dos sistemas jurídicos

A questão da continuidade dos sistemas jurídicos, para Kelsen, também perpassa a teoria da norma fundamental. Numa leitura raziana de sua obra, dois sistemas jurídicos momentâneos pertencem a um mesmo sistema não-momentâneo quando tiverem sido autorizados, ambos, pela mesma norma fundamental. Portanto, a busca por critérios para determinar a continuidade dos sistemas jurídicos é a busca por um método capaz de determinar quando se dá a modificação da norma fundamental. Uma vez modificada, opera-se a substituição do sistema jurídico não-momentâneo.

O estudo da alteração da norma fundamental requer uma análise prévia de três elementos que envolvem a existência normativa: validade, eficácia e legitimidade. De acordo com Kelsen, uma norma jurídica existe se [1] foi criada da maneira estabelecida pela ordem jurídica; e [2] não foi excluída dessa mesma

ordem (o que pode ter ocorrido [a] em virtude de anulação [a.1] na forma prevista ou [a.2] por desuetude; ou [b] pelo fato de ter a ordem como um todo perdido sua eficácia global)².

O método kelseniano para determinar a validade de uma norma encontra-se descrito no item [1]: uma norma é válida se foi criada na forma estabelecida pela ordem jurídica, ou, o que dá no mesmo, se foi autorizada pela norma fundamental dessa ordem. Percebe-se, aqui, que se trata de condição de admissibilidade no sistema, condição essa necessária, mas não suficiente para determinar a existência de uma norma. Necessária porque somente posso interpretar um fato como criador e/ ou aplicador do direito se ele se deixa apreender como normativamente significante em virtude da norma fundamental desse sistema. Só posso interpretar o fato de o presidente da república ter baixado hoje, dia 05 de janeiro de 2006, uma medida provisória como criação e aplicação de uma norma se este fato tiver sido autorizado pela constituição vigente hoje, a qual, mesmo tendo sido alterada (e exatamente por isso deve ser vista como uma outra constituição), o foi em conformidade com a primeira constituição, aquela promulgada em 05 de outubro de 1988. O fato da promulgação da primeira constituição histórica, por sua vez, só é normativamente significante, ou seja, só é visto como fato criador de direito porque pressuponho válida uma norma fundamental que me impele a interpretar esse fato como tal. Em síntese, são admitidas no sistema jurídico brasileiro, e, portanto, passam a existir todas aquelas normas que forem produzidas em conformidade com a norma fundamental do sistema jurídico brasileiro, a qual torna possível interpretar determinados fatos – como, por exemplo, o ato presidencial de se baixar uma medida provisória – como fatos criadores e/ ou aplicadores de direito, fatos normativamente significantes.

Trata-se de condição necessária, mas não suficiente, porque é possível que uma norma criada de forma válida já tenha sido excluída do sistema jurídico, e, portanto, não mais exista. Como se depreende da leitura de [2], [a] e [a.1], uma norma validamente criada pode deixar de existir se for excluída do sistema por anulação na forma prevista pelo próprio sistema. A essa característica das normas de só permanecerem válidas enquanto não tenham sido invalidadas da maneira que a própria ordem jurídica determina, Kelsen dá o nome de princípio

² De acordo com RAZ, o critério kelseniano de existência pode ser assim reformulado: “A norm exists either from the moment an appropriate set of derivative conditions of creation obtains until the moment an appropriate derivative condition of termination obtains, or from the moment an appropriate set of original conditions of creation obtains until the moment an appropriate original condition of termination obtains, provided that the legal system to which it belongs exists.” (Raz, 2003, p. 60).

da legitimidade (Kelsen, 2000, p. 171). Percebe-se, assim, que a legitimidade limita a validade. Assim como a legitimidade, também a eficácia de uma norma específica – aqui denominada eficácia singular – pode limitar sua validade. Kelsen afirma que uma norma não deixa de ser válida pelo fato de não ser aplicada em alguns casos particulares, mas reconhece que não se pode predicar validade a uma norma que jamais é aplicada (Kelsen, 2003, p. 237). É o que se convencionou chamar de desuetude (descrita nos itens [2], [a] e [a.2]), ou costume negativo. Ora, se uma ordem jurídica reconhece o costume como fonte capaz de produzir direito, por que não haveria de tê-lo como meio hábil de revogar o mesmo direito (Kelsen, 2003, p. 237)?

Além da eficácia singular, Kelsen considera também a eficácia global de uma ordem jurídica e sua relação com a validade e a legitimidade. De acordo com ele, a eficácia (global) irá limitar o princípio da legitimidade. Antes de ver como isso ocorre, vejamos o que se entende por uma ordem globalmente eficaz. Uma ordem é globalmente eficaz se [1] suas normas servem de parâmetro de obediência; e/ ou [2] são aplicadas pelos funcionários (Adrian, Kelsen, p. 23).

[1] Uma norma serve de parâmetro de obediência se sua simples existência é suficiente para induzir os indivíduos de uma determinada comunidade a não se portarem da forma como desejam, mas sim em conformidade com o que a norma exige. Kelsen irá afirmar que o direito consegue atingir esse fim porque recorre a uma particular técnica de motivação, chamada indireta. Essa técnica consiste em vincular vantagens à observância das normas e desvantagens à sua não-observância (Kelsen, 2001, p. 225). Dessa forma, tanto o desejo da vantagem que se promete quanto o temor da desvantagem com que se ameaça funcionam como um motivo para a conduta humana (Kelsen, 2001, p. 226). Contudo, não se pode deixar de notar que tanto o que se entende por vantagem quanto por desvantagem são questões subjetivas. O que é visto por mim como muito vantajoso pode ser tido por outro indivíduo como pouco vantajoso ou mesmo desvantajoso. Porque somos diferentes uns dos outros, nossas reações diante das normas também são diferentes. Ademais, o número de fatores que podem servir como razões na hora de se tomar uma decisão é tão grande que dificilmente poderíamos dizer que uma conduta foi praticada ou evitada em virtude da só existência de uma norma que a estimula ou proíbe, o que não significa que essa norma não tenha influenciado em maior ou menor grau a tomada de decisão. O que pretendo marcar é que se, por um lado, o papel desempenhado pelas normas na determinação das condutas individuais é fundamental para se aferir a eficácia

global de uma ordem jurídica, por outro, é extremamente difícil de ser mensurado.

[2] Talvez por isso Kelsen tenha erigido ainda outro critério para medir a eficácia global de uma ordem jurídica, qual seja, a aplicação efetiva do direito por parte de seus funcionários. Com base nele, uma ordem será globalmente eficaz se suas normas, consideradas em sua totalidade, forem aplicadas pelos juízes e demais funcionários do Estado em caso de desobediência. É esse segundo critério que interessa particularmente a Kelsen para explicar a continuidade dos sistemas jurídicos, porque será ele o indicador do momento de mudança da norma fundamental. Um exemplo irá esclarecer: suponha-se um Estado e sua constituição republicana. Toda a legislação existente será válida na medida que houver sido produzida em conformidade com ela. Ela, por sua vez, será válida porque é pressuposta a existência de uma norma fundamental que ordena seja interpretado como ato criador de direito o ato dos indivíduos que a produziram. Suponha-se, então, que um grupo politicamente insatisfeito tome de forma violenta o poder e promulgue uma outra constituição e, com base nesse novo referencial normativo, comece a produzir leis. Imagine-se um juiz que é chamado a decidir uma questão qualquer que recebera nova disciplina em virtude da produção legislativa pós-golpe. A ele se apresentam duas alternativas: ou considera válido o novo referencial normativo, e, portanto, válida a legislação produzida com base nele; ou o rejeita, e considera inválida a legislação recém-criada porque desconforme com a constituição republicana. Será a decisão desse e dos demais juízes que irá determinar a sorte do regime anterior. Se, em sua totalidade, os funcionários aplicarem a nova constituição, terá havido alteração da norma fundamental e, dessa forma, criação de um novo sistema jurídico não-momentâneo. Do contrário, os atos do grupo usurpador serão vistos como ilegais, porque não-conformes à antiga constituição. Nesse último caso, não terá havido mudança da norma fundamental e, por conseguinte, o sistema não-momentâneo antigo terá continuado a existir (Kelsen, 2003, pp. 234 e 235) Cabe lembrar, aqui, que o princípio da efetividade limita o princípio da legitimidade (Kelsen, 2003, p. 235), uma vez que tem o condão de tornar válida uma alteração normativa realizada de forma não prescrita, ou seja, de modo ilegítimo.

O que se expôs até agora corrobora a afirmação inicial, de acordo com a qual um sistema jurídico não-momentâneo cessa de existir e dá lugar a um novo quando se modifica a norma fundamental. O método para determinar o momento dessa mudança consiste em avaliar a eficácia global da ordem jurídica. Se a

nova ordem se impõe, vale dizer, se é, como um todo, efetivamente aplicada pelos juízes e demais funcionários, ocorre a mudança da norma fundamental, e a conseqüente substituição do sistema jurídico não-momentâneo.

3.1.2.3 Avaliação crítica

Como apontei nos dois itens anteriores, a teoria da norma fundamental consiste em uma estratégia adotada por Kelsen não só para demonstrar a unidade e a normatividade dos sistemas jurídicos, mas também para explicar sua continuidade. Como também foi explicado, sua necessidade é decorrência da assunção como auto-evidentes de três proposições. Já que o intento do presente capítulo é apresentar os critérios utilizados por dois dos principais imperativistas para identificar sistemas jurídicos, não me preocuparei em criticar a necessidade da norma fundamental para dar conta da normatividade jurídica. Minha intenção é tão-somente indicar sua insuficiência para explicar a unidade e a continuidade dos sistemas jurídicos. Para tanto, procurarei, com base nas críticas empreendidas por Hart e Raz, demonstrar que os dois primeiros axiomas devem ser rejeitados. Porque a norma fundamental é um expediente utilizado para sustentar o segundo axioma, uma vez falseado, não há mais que se falar na sua necessidade, ao menos enquanto argumento para postular a unidade dos sistemas jurídicos. Quanto à continuidade, demonstrarei, com base em Sgarbi, que o critério kelseniano para determinar o momento de mudança da norma fundamental é impreciso e, portanto, de difícil utilização, em virtude do que deve ser igualmente rejeitado.

De acordo com o primeiro axioma kelseniano, pertencem ao mesmo sistema jurídico duas normas, uma das quais autoriza direta ou indiretamente a criação da outra. Um exemplo basta para apontar sua insuficiência:

“Suppose that country A had a colony B, and that both countries were governed by the same legal system. Suppose further that A has granted independence to B by a law conferring exclusive and unlimited legislative power over B to a representative assembly elected by the inhabitants of B. Finally, let it be assumed that this representative assembly has adopted a constitution which is generally recognized by the inhabitants of B, and according to which elections were held and further laws were made. The government, courts, and the population of B regard themselves as

an independent state with an independent legal system. They are recognized by all other nations including A. The courts of A regard the constitution and the laws of B as a separate legal system distinct from their own” (Raz, 1983b, pp. 127-8).

Como se depreende da leitura do citado exemplo, trata-se de um caso de concessão pacífica de independência a um estado “B” que antes integrava o estado concedente “A”, ato este consubstanciado em uma lei que confere poder exclusivo e ilimitado a uma assembléia formada pelos habitantes de “B”. Se seguirmos o modelo kelseniano de derivação de validade, poderemos dizer que uma decisão judicial tomada por um juiz de “B” é uma norma jurídica válida porque foi produzida em conformidade com a legislação de “B”. Se nos perguntarmos por que a legislação de “B” é válida, encontraremos seu fundamento de validade na própria constituição de “B”, mas, ao nos perguntarmos pela validade dessa constituição, seremos forçados a reconhecer na lei que concede a “B” independência seu fundamento, e na constituição do estado “A” o fundamento de validade dessa última lei, e na norma fundamental de “A” a norma primeira autorizadora. Ora, de acordo com Kelsen, pertencem ao mesmo sistema duas normas se uma delas autoriza a produção da outra. No exemplo citado, seríamos forçados a admitir que a sentença judicial emitida pelo juiz de “B” e a norma fundamental de “A” pertencem a um mesmo e único sistema jurídico, pois integram a mesma cadeia de validade, o que acaba por desmentir a concessão de independência empreendida por “A”. É, portanto, forçoso assumir que o primeiro axioma kelseniano deve ser rejeitado ³.

Conforme o segundo axioma, todas as normas de um sistema jurídico são autorizadas direta ou indiretamente por uma norma. Como é possível que num dado país exista, ao lado da constituição escrita, uma outra, consuetudinária, para que a proposição de Kelsen seja verdadeira, precisamos pressupor uma norma fundamental, autorizadora de ambas as constituições. Suponha-se, então, um observador kelseniano, recém-chegado ao citado país. Para determinar se ambas as constituições compõem um mesmo e único sistema jurídico, precisará encontrar a norma fundamental, o fundamento de validade de ambas as constituições. Mas, para determinar o conteúdo dessa norma fundamental, vale dizer, para descobrir se ela autoriza a criação de ambas as constituições ou somente de uma delas, deverá conhecer antes o modo como o direito é criado e aplicado dentro dessa ordem. Afinal,

³ Nesse sentido, Raz (1983b, p. 128) e Hart (2001, pp. 338 e 339).

“o conteúdo de uma norma fundamental é determinado pelos fatos através dos quais se cria e aplica uma ordem, aos quais se conforma, de uma maneira geral, a conduta dos indivíduos regulada por essa ordem. A norma fundamental de qualquer ordem jurídica positiva confere autoridade jurídica apenas aos fatos pelos quais uma ordem eficiente como um todo é criada e aplicada (Kelsen, 2000, p. 175).”

Nosso observador só poderá identificar o sistema jurídico com a ajuda da norma fundamental, e só poderá identificar a norma fundamental depois de estabelecida a identidade desse sistema (Raz, 1983b, p. 129). Exatamente porque a teoria da norma fundamental não torna possível reconhecer quando dois sistemas jurídicos existem em um mesmo estado, devemos rejeitá-la enquanto critério identificador do direito.

Finalmente, cumpre analisar a aptidão da teoria da norma fundamental para determinar a continuidade dos sistemas jurídicos. Foi dito acima que, de acordo com Kelsen, um sistema jurídico não-momentâneo cessa de existir e dá lugar a um novo quando ocorre a modificação da norma fundamental. Também se falou que a determinação do momento de alteração só pode ser feita com o recurso ao princípio da eficácia global da ordem jurídica. No item 2.1.2.2 (subitem [2]), ficou demonstrado que a eficácia global de uma ordem jurídica deve ser mensurada com base na sua aplicação por parte dos funcionários do estado. No exemplo então mencionado, a aplicação da nova constituição pela totalidade dos juízes e funcionários atestava a eficácia global da nova ordem, e, assim, a modificação da norma fundamental. Mas, como é fácil de se perceber, dificilmente haverá, num caso assim, tão grande acordo acerca do fundamento de validade da ordem jurídica. Pelo contrário, é de se esperar (ou ao menos de se aceitar como possível) que se prolongue no tempo a disputa entre os defensores da antiga ordem e os da nova, hipótese em que será difícil estabelecer quando se deu efetivamente a alteração da norma fundamental⁴. Se é certo que a norma fundamental não pode ser tomada como critério preciso para determinar a continuidade dos sistemas jurídicos, também é certo que, segundo o próprio Kelsen, essa questão era estranha à teoria pura, porque se tratava, em última análise, de assunto concernente à realidade política e à disputa militar (Sgarbi, Kelsen, p.24). De um ou outro modo, devemos rejeitá-la enquanto critério para determinar a continuidade dos sistemas jurídicos.

⁴ Nesse sentido, SGARBI (obra ainda não publicada), p. 24.