

A norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental

*Jonathan Hernandez Marcantonio**

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo no ano de 2003; mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e professor titular da cadeira de Ciência Política e Teoria Geral do Estado da Faculdade Panamericana de Direito.

Resumo: O presente artigo visa a comprovação da aproximação teórica entre Hans Kelsen e Immanuel Kant tendo sob o enfoque o conceito de *dever* presente tanto na idéia de imperativo categórico, quanto, e principalmente, na norma fundamental. A idéia é demonstrar a mesma essência obrigacional em ambas, ressaltando a ausência de distinção entre direito e moral nesta esfera. Tal abordagem filosófica retrata uma preocupação com o resgate valorativo do direito e tenta trazer o leitor a uma compreensão maior do direito, que complemente a tecnicidade jurídica, inerente à tal ciência.

Palavras-chave: dever; direito; lógica; moral; pressuposição; transcendental; valor.

I. Introdução

“O notável esforço de Hans Kelsen de constituir uma ciência do direito, isenta de qualquer ideologia, de qualquer intervenção de considerações não jurídicas, que se concretizou com a elaboração de sua Teoria Pura do Direito talvez tenha sido aquele que suscitou mais controvérsias entre os teóricos do direito no último meio século”. (PERELMAN, 2002: 213)

Com tais palavras Perelman resumiu todo o legado da teoria kelseniana, trazendo-a até nossos tempos, onde tal teoria ainda suscita diversas e incansáveis discussões.

É certo que a “pureza” já demonstra os sinais de sua idade, sendo gradativamente superada por uma necessidade humana (que surge com a vida em sociedade, perde suas forças em alguns momentos históricos e teóricos, mas está constantemente presente nos homens, reforçada ainda mais por atos contrai a humanidade que assombrou parte do século passado) que obriga à todos nós, estudiosos, técnicos e teóricos do direito, buscarmos atos e comandos que justifiquem um direito voltado à um elemento que se traduz num simples desejo de segurança.

Segurança e garantia efetiva desta. Um direito que olhe por todos, para tudo. Que mesmo elaborado por homens, esteja à frente e acima de qualquer injustiça ou atrocidade possivelmente tipificada, mesmo se tal ilicitude ainda não tenha sido descoberta, ou criada, pelos mesmos homens que possuem o dever e prevê-las. E sancioná-las.

Aliás, o *dever* é que envolve todo o mundo jurídico. Herança aristotélica reforçada pelos contratualistas, o *dever* de garantia de algum direito, seja liberdade,

vida, manutenção das relações sociais, ou assemelhados. O fato é que o direito (a lei) foi criado para assegurar um *dever* e garantir um *direito* (humano, natural), tornando a vida em sociedade algo, ao menos, agradável.

Se formos refletir, por alguns segundos sobre o *dever*, ele é algo tão antigo quanto à crença que homens devem obedecer algo superior à eles, uma vez que é esse algo que trará à todos a tão esperada segurança. Esse algo pode ser Deus, para os religiosos, ou pode surgir de algo mais concreto, como o Estado. Se refletirmos, senhores, sobre essa ótica, qual a diferença entre Estado e Deus? Por que crer em um direito criado por algo sobrenatural (que, ao menos a princípio, não parece haver sido pré-questionado) e questionar, muitas vezes de forma primata, uma estrutura mandamental instituída por um órgão estatal, se a finalidade funcional de ambos é a mesma. Este transparece de forma incoerente, uma vez que, trazendo para a esfera do corpo humano, temos de tratar, os homens, uns aos outros de forma equitativa, uma vez que todos teremos o mesmo fim.

Desta forma, estudo e análise, mesmo que momentânea, do *dever* abarca nossas razões, puras e praticas e nos leva a tentar, tendo em vista a breve introdução, aproximar duas concepções de *dever*: uma jurídica (avalorativa), e outra moral (valorativa). A primeira presente em Kelsen, no conteúdo da norma fundamental; a última presente em Kant, no conteúdo do imperativo categórico.

Não visa-se aqui, nem por um breve momento, a abordagem completa das idéias tanto de Kant, quanto de Kelsen, o que visa-se aqui é a justificativa, da norma fundamental em cima dos ensinamentos de Kant partindo de alguns pontos já bem definidos, nas teorias de ambos.

2. A norma fundamental – O fundamento de validade de uma ordem jurídica

Antes de mais nada, é necessário que seja feito uma prévia, abrangendo aspectos gerais da norma fundamental.

De acordo com o caráter dinâmico do Direito dado por Kelsen, onde uma norma superior regula a produção de uma norma inferior que é produzida somente segundo às determinações daquela. Se a ciência Direito se resume apenas à avaliar como válida ou não uma norma, de acordo com a sua norma imediatamente superior, aonde isso se estanca ?

Nessa necessidade de estanca dentro desta cadeia de validação de uma norma inferior por uma norma superior é que surgiu a teoria da norma fundamental, onde Kelsen e estipula como *hipótese*, revisto esse caráter posteriormente, servindo como base ao estudo do ordenamento jurídico, sendo essa pressuposta, no sentido de termos de aceitá-la para aceitarmos a teoria pura do Direito. Assim como o cristão pressupõe Deus como “O todo poderoso e criador” para seguir a sua religião, o cientista do Direito deve pressupor a norma fundamental para desenvolver o estudo do Direito.

“(…)a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser ‘pressuposta’, visto que não pode ser ‘posta’ por uma autoridade,

cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental”. (KELSEN, 1997:206)

Então, para Kelsen, podemos estabelecer que constituem normas de um mesmo ordenamento jurídicos aquelas que estão sob a égide de uma mesma norma fundamental, sendo esta seu fundamento único.

“A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu fundamento último de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa fundamento de validade de todas as normas pertencentes à essa mesma ordem normativa”. (KELSEN, 1997: 207)

Sendo assim, podemos dizer que a norma fundamental é a norma constituidora de um determinado ordenamento jurídico, sendo seu fundamento último, pressuposto e constituído fora dos moldes do ordenamento, caracterizando-a como norma legalizadora de todo o ordenamento, sendo impossível a sua legitimação por outra norma superior, por não haver norma superior à ela.

A cientificidade dessa norma, na comparação com as demais, fora estipulada, além da idéia de pressuposição e supraposição, pelo fato dela carregar em si um *dever*: Não um dever objetivo, assim como as demais normas, mas sim, um dever subjetivo, não direto, trazido em seu conteúdo. Um conteúdo não expresso objetivamente, mas que traduz uma necessidade de obediência aos imperativos estatais e trazendo essa necessidade como algo impossível de ser questionado. O denominado Axioma.

3. Kant e a Fundamentação da Metafísica dos Costumes

"(...)limito-me a perguntar se a natureza da ciência não exige que se distinga sempre cuidadosamente a parte empírica da parte racional e que se anteponha à Física propriamente dita (empírica) uma Metafísica da Natureza, e à Antropologia prática uma Metafísica dos Costumes, que deveria ser cuidadosamente depurada de todos os elementos empíricos, para se chegar a saber de quanto é capaz em ambos os casos a razão pura e de que fontes ela própria tira seu ensino 'a priori'. Está última tarefa poderia, aliás ser levada a cabo por todos os moralistas (cujo nome é legião), ou só por alguns deles que sentissem com vocação para isso. Não tendo propriamente em vista por agora senão a Filosofia moral, restrinjo a questão posta ao ponto seguinte: — Não é verdade que é da mais extrema necessidade elaborar um dia uma pura Filosofia moral que seja completamente depurada de tudo o que possa ser somente empírico e pertença à Antropologia?".(KANT, 1948:202)

Nesta obra, Kant se predispõe à analisar a Moral de uma ótica diferente das demais análises feitas até então. Ele propõe uma abstração, ou seja, uma 'pureza' em seu significado mais amplo, que não traga à esta qualquer mescla com outras ciências, em especial com a Antropologia. Ele alega que é necessário, pois, sua purificação, dado o fato de toda e qualquer ciência ter essa necessidade, ou seja, ser filtrada, tanto da influência de outras ciências, como da influência de fatores sensíveis, ou seja, empíricos. Por ver a Filosofia Moral, como uma ciência, Kant propõe que esta deva ser estudada como tal, logo, deve-se depurá-la dos demais estudos científicos e privar seus estudos de base calcadas em experiências empíricas; para Kant, deve aplicar-se apenas a Razão Pura para se conhecer o objeto de forma *a priori*.

"As leis morais, com seus princípios, em todo o conhecimento prático, distinguem-se portanto de tudo o mais que exista qualquer coisa de empírico, e não só se distinguem essencialmente, como também toda Filosofia moral assenta inteiramente na sua parte pura, e aplicada ao homem, não recebe um mínimo que seja do conhecimento do homem (Antropologia) mas fornece-lhes como ser racional leis 'a priori'."(...)

"(...)Uma Metafísica dos Costumes é pois indispensavelmente necessária, não só por motivos de ordem especulativa para investigar a fonte dos princípios práticos que residem 'a priori' na nossa razão, mas também porque os próprios costumes ficam sujeitos à toda sorte de perversão enquanto lhes faltar aquele fio condutor...".(KANT, 1948:206)

Para alcançarmos o raciocínio do autor, devemos fazer algumas considerações.

A primeira é: o que deve ser tratado como Fundamentação da Metafísica dos Costumes ?

"(...)a Metafísica dos Costumes deve investigar a idéia e os princípios duma possível vontade pura, e não as ações e condições do querer humano em geral, as quais são tiradas na maior parte da Psicologia. O fato de na Filosofia prática universal se falar também em leis morais e de dever; não constitui objeção alguma ao que eu afirmo(...)"

"(...)A presente fundamentação nada mais é, porém do que a busca e fixação do princípios supremo da moralidade, o que constitui só por si no seu propósito uma tarefa completa e bem distinta de qualquer outra investigação moral.(...)".(KANT, 1948:207)

A Fundamentação da Metafísica dos Costumes seria, de modo inicial, aquilo que serve de fundamento para o estudo da Moral e das leis a que ela está submetida, levando em consideração apenas o caráter *a priori* de seus princípios, os quais devem funcionar como única fonte de conhecimento e entendimento. Seria, como já dito pelo autor, uma fio condutor, um meio formal que possibilite a compreensão da Moral e das leis que a norteiam.

"Deixo aqui de parte de todas as ações que são logo reconhecidas como contrárias ao dever; posto possam ser úteis sob este ou aquele aspecto; pois nelas nem sequer se põe a questão de saber se foram praticadas por dever; visto estarem até em contradição com ele. Ponho

de lado também as ações que são verdadeiramente conformes ao dever; mas para as quais os homens não sentem imediatamente nenhuma inclinação, embora se pratiquem porque a isso são levados por outra tendência.(...) quando as contrariedades e o desgosto sem esperança roubaram totalmente o gosto de viver; quando o infeliz, com fortaleza de alma, mais enfadado do que desalentado ou abatido, deseja a morte, e conserva contudo a vida sem a amar; não por inclinação ou medo, mas por dever; então a sua máxima tem um conceito moral".

Tais leis morais norteadoras, ou que norteiam a moral possuem, em seu conteúdo formas de conduta que, acima de qualquer coisa não possuem *inclinações sensíveis*. Assim, essa pureza traduz-se no *dever* e é esse *dever* que condiciona os aspectos Morais, as normas morais em si. Portanto, as normas morais, devem ser executadas, para Kant, não quando a situação lhe trazer benefícios ou vantagens, mas quando se faz esta por mero *dever*, à norma moral em questão, sem levar em conta a sua *inclinação*, princípio tão bem conhecido na teoria kantiana, mas sim outro fator diverso à esta.

Esse *dever* traduz-se, abordando de forma generalizada, nos denominados imperativos. Esses imperativos, servem para determinar a prática das condutas como sendo boas ou não, tendo como ponto de referência apenas o *dever*; sem envolver qualquer interesse ou *inclinação* por parte daquele que pratica a determinada conduta. Como o próprio Kant diz, esses imperativos são determinados pelo verbo *dever* que exprime por si só o respeito a uma lei objetiva, oriunda do intelecto, da razão.

"A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante para

uma vontade, chama-se um 'mandamento' (da razão) e a fórmula do mandamento chama-se 'imperativo'.

Todos os imperativos se exprimem pelo verbo dever (sollen), e mostram assim a relação de uma lei objetiva da razão para uma vontade que segundo a sua constituição subjetiva não é por ela necessariamente (uma obrigação). Eles dizem que seria bom praticar ou deixar de praticar qualquer coisa só porque lhe é representado que seria bom fazê-la." (KANT, 1948:124)

Imperativos é que podem delimitar o que é bom ou não, ou seja, somente os imperativos é que podem definir as leis morais.¹ Portanto, o dever contido nos imperativos também é uma obediência, assim como à norma fundamental; porém divergem no tocante à objetividade, presente apenas nos imperativos. Essa objetividade é identificável na observância *a priori* dos elementos que norteiam a Moral, diferente da subjetividade que acaba por apreciar elementos sensíveis. Essa objetividade está presente apenas nos imperativos morais, ou seja, os imperativos categóricos.

"Há por fim um imperativo que, sem se basear como condição em qualquer outra intenção a atingir por um certo comportamento, ordena imediatamente este comportamento. Este imperativo é 'categórico'. Não se relaciona com a matéria da ação e com o que dela deve resultar, mas com a forma e o princípio de que ela mesma deriva; e é essencialmente bom na

ação reside na disposição, seja qual for seu resultado. Este imperativo pode-se chamar o 'imperativo da moralidade'".

4. A norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental

Encarar a norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental, implica em aceitá-la como algo que se encontra fora do ordenamento jurídico positivado; pressuposta por ter sua obediência fundida em um *dever subjetivo*; e *lógica* por meramente estabelecer uma possibilidade de escalonamento hierárquico-normativo perceptível num âmbito racional, na esfera do pensamento. Porém, isso traz algumas conseqüências.

Fixemo-nos no rumo do presente estudo, que foi direcionado, de forma automática, ao *dever*. Esse *dever* subjetivo, presente na norma fundamental kelseniana está muito ligado ao *dever* kantiano do Imperativo categórico, mesmo que, de forma aparente, não seja possível verificar tal aproximação. A idéia principal, que está presente em ambos os *deveres*, e que será sustentada aqui, é a idéia da forma de *dever*, trazendo em si a obrigatoriedade unilateral, sem possibilidade de um questionamento de tais *deveres*.

Tal afirmação não se mostra de difícil demonstração, após o desenvolvimento teórico feito pelos senhores ao lerem o presente. Partamos do *dever* kantiano.

Assim como já analisado, o *dever* presente no imperativo categórico constitui-se sob a obrigatoriedade de uma conduta

¹ Podemos dizer, portanto, que o imperativo é a "roupagem" da lei moral. Isso é notório quando Kant afirma "Por isso os imperativos são apenas fórmulas para exprimir a relação entre leis objetivas do querer em geral e a imperfeição deste ou daquele ser racional, da vontade humana" subjetiva. Caímos aqui, novamente, no aspecto formal da norma Moral onde ressalto, novamente um elo de semelhança entre as obras e, portanto, entre os autores em questão.

imposta pela própria Moral, que ordena objetivamente, porém de forma subjetiva, a obediência à determinadas condutas que, utilizando da teoria kelseniana, constituem o ordenamento jurídico moral. Assim, o imperativo categórico não expressa a conduta e sim o dever de agir obedecendo tal conduta.

Da mesma forma ocorre com a norma fundamental². Ela não expressa uma conduta objetiva. Ela apenas estipula um dever (sem conteúdo) que, subjetivamente remete à obediência aos imperativos do Estado, o que traz a similaridade entre os deveres expostos e, conseqüentemente a aproximação teórica dos autores e questão.

5. Conclusão

Se ao longo do que foi exposto conseguimos fazer notar a essência da obediência presente em ambos os conceitos de dever, não há mais razão para duvidarmos das aproximações conceituais entre os dois autores em questão, no tocante ao que diz respeito aos seus conceitos de *dever*. Claro que seria exagero rotular Kelsen como kantiano em função disso, o que não fora, definitivamente, o proposto pelo presente trabalho. Porém, trazer os autores à um ponto convergente, levando em consideração os pontos de partida e proposição de cada um (Kant influenciado pela filosofia trabalhada com afincos pelos filósofos pontífices e Kelsen, na tradição maior da ceticidade valorativa germânica

causada pelo processo de codificação e pela “invasão científica” das demais ciências no direito), nos remete novamente à questão levantada no início deste trabalho: tendo em vista a segurança desejada pelos filhos, quer de Deus, quer do Estado, a função dos entes, quer divino, quer público, é a mesma. Não se pode demarcar com cargas valorativas e juízos entes abstratos cuja finalidade é atribuir segurança.

É claro que os direitos naturais são mais facilmente vistos e aceitos como ideais, uma vez que permanecem “puros” à corruptividade social, em detrimento do ordenamento jurídico estatal que sofre com excesso de individualismo e ganância, características humanas, presente naqueles que manuseiam o direito estatal e muito longe do órgão constituidor do Direito Natural.

De qualquer forma, a necessidade de segurança na vida humana está presente e paira sobre toda a sociedade. E essa segurança está intrinsecamente ligada ao aspecto de obediência e projeção de melhor visão do homem à um ente maior, quer seja Deus, quer seja o Estado. A necessidade do homem em crer que sua segurança estará garantida em mãos maiores, se frustra diariamente, mas se mantém o *status juris* acreditando na efetividade de uma vida pacífica que virá. Thomas Hobbes traz as palavras que traduzem a vida em sociedade, porém em um outro contexto: o medo e a esperança.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 1995.

² Creio, senhores, que a grande recusa experimentada pela Norma Fundamental deve-se, em parte, à sua denominação como “norma”, depois de já haver sido desenvolvido, pelo próprio Kelsen, na mesma obra, um conceito de norma, que traz em seu bojo uma ordem, um dever objetivo caracterizado pela hipótese normativa, acompanhado por uma sanção. A verdade é que Kelsen utiliza o símbolo *norma* para conceituar elementos claramente distintos.

- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo, Saraiva, 2001.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação*. São Paulo, Atlas, 2003.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Valério Rohden. São Paulo, Abril, 1987.
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Coimbra, 1948.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo, Atlas, 1999.