

O Formalismo de Hans Kelsen e a realidade constitucional brasileira

Ives Granda da Silva Martins

Quando repensamos a teoria da imposição tributária, a partir de uma solução ontológica e ética ("Teoria da Imposição Tributária", Ed. Saraiva, 1983), examinamos diversos escritos de Hans Kelsen, principalmente seu livro mais conhecido ("Teoria Pura do Direito", Ed. Armênio Amádio, Coimbra, 4ª ed.), assim como os dois apêndices à edição provocados pelas críticas à formulação inicial, apêndices dedicados a rebatê-las.

O especial reestudo da obra de Kelsen embasava-se no fato de que, por termos sempre assumido posições jusnaturalistas, alicerçadas nas lições tomistas, não desejávamos apresentar avaliações precipitadas sobre o genial mestre de Viena, que, todavia, desvestira a Ciência Jurídica de seu conteúdo moral ou fático, em visão positivista.

Acrescia-se o fato de que, apesar de uma sensível redução de sua influência na atualidade europeia, os adeptos da doutrina no Brasil continuavam a crescer, muito embora ensinamentos reinterpretados por alguns professores de talento, não poucas vezes colocando em Kelsen idéias que não conseguimos em Kelsen ler.

Retomamos, agora, algumas daquelas considerações.

A teoria pura do direito por ele descoberta tem na estrutura da norma fundamental suas estacas maiores, mas, a nosso ver, também o ponto frágil do pretendido processo lógico, que a justificaria.

A norma fundamental, segundo Kelsen, é uma norma não escrita. É

uma norma pensada. É uma norma pressuposta. É aquela norma que dá a tonalidade essencial da primeira norma escrita ou positiva, que é a constitucional, mas dela derivada.

A Constituição de qualquer país é, portanto, segundo o jusfilósofo de Colônia, a primeira norma eficaz em que se veiculam princípios gerais, a serem explicitados, a nível de legislação inferior, por comandos primários e secundários (1). Não é, todavia, a regra originária, pois sua conformação ampla e absoluta nasce da norma fundamental, que lhe dá suporte.

Procura Kelsen, todavia, afastar do perfil de sua norma fundamental quaisquer conceitos éticos, sob a alegação ontológica de que a mesma constituir-se-ia numa solução descritiva ontogenescológica, ou seja um mero raciocínio de razão entre o ser que conhece e o objeto conhecido projetado no plano da ordenação jurídica do organismo social.

Desta forma, Kelsen elimina — ou pensa eliminar — de seu retrato da norma fundamental quaisquer considerações pré ou pós-jurídicas, quaisquer finalidades morais ou quaisquer ideais considerados dispiciendo e não componentes do Direito, como, por exemplo, o ideal de justiça.

Apesar da alentada justificação, que tenta apresentar, visando ficar nos estritos limites que escolheu, ou seja, de que a norma jurídica é mero continente de pressupostos que a fazem aplicadas, cujo conteúdo é lhe irrelevante, não consegue, o saudoso mestre, equacionar a objeção maior que

fazem à sua concepção qual seja de que, por ser pressuposta ou pensada, necessariamente implica a norma fundamental juízo axiológico e solução teleológica, não irrelevante sendo, no aspecto conceitual, a captação ôntica.

Se há uma norma fundamental, isto é, uma estrutura pressuposta, que justifica e dá origem ao sistema constitucional — este coativo — à evidência, tal norma fundamental representa uma formulação de origem que implica escolha entre alternativas e destinação organizacional do esquema a ser produzido, onde o elemento fático surge com relevância transcendental.

Ora, no Estado, a nível de soberania interna — e outro ponto frágil da doutrina kelseniana encontra-se no plano do direito internacional, cuja análise não pretendemos fazer neste curto artigo para o Digesto Econômico —, quando os detentores do poder legítimo ou assumido, a partir da norma fundamental, criam princípios constitucionais não podem deixar de considerar aqueles elementos, que necessariamente deságuam nas soluções tridimensionalista, trilateralista ou tripartida de conteúdo unitário, esta última excelentemente desenvolvida por Johannes Messner ("A Ética Social", Ed. Quadrante, S. Paulo), em que fato, valor e norma, com conteúdos,

(1) Hans Kelsen considera que as normas primárias são as sancionatórias e as secundárias as de comportamento, no que é contestado por Carlos Cossio ("Teoria Ecológica del Derecho", Ed. Abelardo Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1964), que entende serem primárias as de comportamento ou conduta e secundárias as apenadoras, denominando estas de perinormas e aquelas de endonormas.



conceitos e concepções diferentes são de importância incontestável, não obstante o prisma, sob o qual sejam examinados.

Sugere Kelsen que a norma fundamental não descortina a busca de um ideal de justiça (pode até visá-lo), mas apenas o pressuposto da organização da ordem jurídica, mediante a conformação dos que a idealizam, não conseguindo, entretanto, abalar o argumento de que por ser a norma fundamental (anterior) e a norma constitucional (decorrência), formuladas, não para a aplicação ao abstrato, mas na realidade social, terá sempre um mínimo ou um máximo de aproximação com as reais aspirações daqueles que se submeterão à sua imposição, como aliás já realçado por Rafael Gomez Perez ("Represión y Libertad", Ed. EUNSA, Espanha, 1975).

Em nosso estudo "A legitimidade do poder e uma teoria de alcance" (em Caderno de Estudos sobre o Amanhã nº 2, coordenação de Miguel Colasuonno e nossa, Ed. Resenha Universitária, Gabinete de Estudos sobre o Amanhã e IMEPA, 1978), procuramos desenvolver a teoria de que as aspirações populares estão sempre embasadas em leis naturais. São mais difíceis de detectação as leis naturais que regem o organismo social do que aquelas que ordenam o mundo da física, química ou biologia, embora estas também possam ser mal detectadas. Temos, por exemplo, aquelas que eram consideradas como verdadeiras para a origem do universo e que foram afastadas, após as explorações espaciais. O notável aliás é a explicação científica atual a respeito da grande explosão, que não difere do "FIAT LUX" do Antigo Testamento ou a possível absorção da Terra pelo Sol

dentro de cinco bilhões de anos, que não difere da declaração do apóstolo São Pedro quando disse: "Os céus passarão impetuosamente e os elementos se dissolverão pelo calor, e a terra e tudo quanto nela existe serão abrasados" (II Epístola de São Pedro - 3,10).

A detectação das leis naturais aplicáveis ao organismo social, como aquelas do mundo físico, é a permanente pesquisa que se exige do legislador, tendo demonstrado naquele ensaio que o Direito é mais ou menos permanente na medida em que a norma pressuposta do sistema esteja mais ou menos fundamentada no Direito Natural.

Kelsen, a fim de afastar considerações jusnaturalistas de sua formulação, insiste que a fragilidade do Direito Natural reside em existirem muitos conceitos jusnaturalistas, que inviabilizam saber qual seria o correto. Concluí que a pluridade de correntes é a prova inequívoca da inexistência de leis naturais, pela impossibilidade de admitir-se pluralidade conceitual, nessa matéria.

Ataca, portanto, a mecânica de detectação, pensando atacar a estruturalidade das leis naturais, atingindo a esta, por não entender a pluralidade daquela, que entre as diversas correntes terá apenas uma como correta.

Se utilizarmos o exemplo já ofertado da nova concepção cósmica surgida nos últimos 30 anos, teríamos que entender que não existe leis naturais no Universo, pois as correntes anteriores foram desmentidas pela concepção atual.

Ora, tanto nas leis naturais que regem o Universo, como naquelas que regem o organismo social, as correntes de interpretação das mesmas são meras categorias de raciocínio incapazes de alterá-las, podendo o diagnóstico científico de ambas ser mais ou menos

pertinente. Apenas no plano subjetivo a pluralidade poderá existir, pois no plano objetivo são elas imutáveis.

Ora, a confusão kelseniana da mecânica de detectação, que pode ser mais ou menos perfeita, com a própria estruturalidade das leis naturais, ou melhor, a confusão do elemento objetivo com a concepção subjetiva é que levou o mestre de Viena a não se dedicar a um estudo de maior profundidade, em seus escritos, sobre o jusnaturalismo. Sob esta perspectiva, de uma visão limitada e positivista, compreende-se que tenha preferido partir para a solução da norma posta, com Poder anterior para a fazer cumprida, afastando, por decorrência, a dificuldade inerente às pesquisas mais amplas, pois começando o raciocínio a partir de uma norma fundamental que surge, sem antecedentes lógicos, como uma estrutura ontogenesiológica. E é essa a razão por que reduz o Direito a uma Ciência teoricamente não valorativa, afática e meramente instrumental.

A sensível redução do campo de pesquisa científica que Kelsen proporcionou ao jurista, transformando-o de médico do organismo social em seu mero costureiro, evidentemente, passou a justificar, na plenitude, quaisquer soluções estatais aéticas.

Sendo o ideal de justiça e a procura de uma estrutura jurídica capaz de viabilizar o Estado como meio de realização social e não como fim de manutenção dos detentores do poder, com ou sem a aprovação comunitária, elementos de despicenda relevância

na concepção kelseniana, sua teoria resultou por justificar todos os excessos de soluções jurídicas, formalmente corretas, dos regimes de Hitler, Stalin, Mao ou Mussolini.

Em nosso livro "O Estado de Direito e o Direito do Estado" (Ed. Buschatsky, 1977), buscamos demonstrar que a assunção do poder, embora desejável por via de eleições diretas e com o máximo de participação popular, representava apenas o mecanismo formal para sua legitimação, pois o mecanismo estrutural dependeria do exercício do poder em consonância com as reais aspirações populares, sempre que não manipuladas. Mais importante que o acesso era a identificação dos governantes com as necessidades reais dos governados, a fim de que o direito posto, mesmo que com norma fundamental pressuposta, saísse do campo frio e distante da força imposta para o campo ético da legitimidade conquistada.

Kelsen, com sua norma fundamental e sua teoria pura do Direito, criou recipiente capaz de receber qualquer líquido, turvo ou não, justificando, sempre no plano formal, os regimes e os governos mais iníquos. Preocupado com os fatores da lei e seus executores, esqueceu-se dos que são obrigados a cumpri-la, sendo sua visão nascida a partir dos produtores da lei e não daqueles que as obedecerão. Aliás, H. L. Hart ("The concept of law", Ed. Clarendon, Oxford) esclarece que o Poder Legislativo raramente produz a lei para que nela se enquadre, mas apenas para que se enquadrem seus suseranados. O prisma inverso dos jusnaturalistas, que buscam na formulação legal o embasamento de sua legitimidade natural, gera, necessariamente, a procura do ideal de justiça e a permanente contestação e constatação da adequação das instituições com as aspirações populares. Kelsen vê, portanto, em última análise, na força a essência do Direito, enquanto vemos nós na legitimidade não formal, mas estrutural, sua espinha dorsal.

Como se percebe, a realidade nacional, a partir de uma concepção kelseniana, dissociou-se, desde a Constitui-

ção de 1969 imposta por um grupo limitado de pessoas e à revelia do povo brasileiro, de uma apreensão mais ampla do Direito. De instrumento do organismo social, passou a ser instrumento do Poder para subjugar-lo a seus padrões pessoais, o mais das vezes divorciados das reais necessidades e aspirações populares.

O modelo constitucional imposto por um grupo de pessoas conformou a própria maneira de ser do referido grupo e a fim de evitar que o povo da produção do Direito participasse, transformou o Poder Executivo, simultaneamente, em Poder Executivo, Legislativo e Judiciário nas matérias de seu peculiar interesse.

O grupo constituinte de 1969, sem outorga popular, em todos os assuntos considerados de urgência ou de relevância, entregou ao Poder Executivo o direito de legislar (art. 55 da Emenda Constitucional nº 1/69), retirando-o do Poder Legislativo, aquele que efetivamente, não obstante as limitações e casuismos eleitorais, recebera mandato nacional da população. Ficou, portanto, reduzido a aceitar ou rejeitar em bloco os decretos-leis gerados pelo Poder Executivo sem consulta à Nação, no curto prazo de 60 dias, risco de serem sempre aprovados, por decurso de prazo, as moções legislativas do despreparado Poder Executivo para exercê-las.

Outorgou, por outro lado, o grupo constituinte de 1969 ao advogado da União (Procurador-geral da República) o direito único de julgar os pedidos de arguição de inconstitucionalidade das leis federais, sem direito a recurso ao Supremo Tribunal Federal, razão pela qual constituindo, como Tribunal originário e único, a Procuradoria Geral da República, que, até por dever funcional, perdeu condições de aguir inconstitucionalidades dos decretos-leis gerados por seu mandante e senhor.

Nas funções, portanto, de Poder Legislativo e Poder Judiciário naquelas matérias de urgência e de relevância, o Poder Executivo, por outorga constitucional do grupo constituinte

de 1969, passou a ser senhor absoluto de dizer o Direito e de fazer o que julgasse útil a seus próprios interesses, sem necessidade de consulta de qualquer espécie à Nação, que não representava por escolha real, mas que governava, sem qualquer sistema de freios ou controles legais, por auto-assunção dos comandos políticos brasileiros.

Na concepção kelseniana tal colocação não pode ser contestada. Havendo poder e força para que a lei seja cumprida esta não necessita de ser justa. Para a concepção jusnaturalista, principalmente aquela embasada em Tomás de Aquino, nada de mais injusto, pois a lei formal tem que acobertar o conteúdo moral e o ideal de justiça é o pressuposto e a própria razão de ser do Direito. Mais do que a força para impô-lo, o Direito necessita da legitimidade para ser exigido. E essa legitimidade faltou, desde a origem, à concepção formalista e dissociada da nação do grupo constituinte de 1969.

Creemos que a essência da crise brasileira reside nesta insuficiente visão formalista. E continuará sendo tanto maior quanto mais o Direito brasileiro surgir da força e não da legitimidade. Entre a lição reduzida e aética de Kelsen e a doutrina ampla e justa de Messner, preferimos a deste último. A fadiga acentuada e irreversível do sistema, decorrente da formulação meramente instrumental do poder adotado pelo Governo Brasileiro, que se auto-outorgou o sistema constitucional vigente, é a prova inequívoca do que afirmávamos no estudo "A legitimidade do poder e uma teoria de alcance" (ob. cit.), pois quanto mais distante o Direito das reais aspirações da Nação tanto menos permanente. Que a desejada evolução definicional reverta, nas alterações institucionais necessárias, aquela concepção vazia de aspirações, para uma visão, ampla e necessária, objetivando a real consecução de um ideal superior de justiça. ●

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é professor titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.



ANO XI.
N.º 303
C\$ 2.000,00

REVISTA DE ECONOMIA

Digesto D'Amico

ORDE E PROGRESSO

000000B

FIDES:

O DESAFIO DA ESTABILIZ