

POR QUE OBEDECER A LEIS QUE DESAPROVAMOS?

José N. Heck
UFG-CNPq/UCG

Resumo: Como monumentos da modernidade política, os Estados Nacionais configuraram os sistemas do positivismo jurídico. O discurso político no final do século XX gira em torno da confiabilidade dos ordenamentos jurídicos estatais. O presente texto enfoca a decomposição do Estado Nacional sob o prisma da obrigatoriedade que vincula o comportamento dos cidadãos à ordem legal vigente. O artigo desenvolve as conexões entre direito e dever no âmbito dos modernos sistemas jurídicos. À luz da doutrina kantiana do direito, o trabalho advoga a favor do caráter normativo da obrigação jurídica.

Palavras-chave: Filosofia do direito, Obrigação, Normas, Positivismo jurídico, Kant, Kelsen.

Abstract: As monuments of political modernity, national States configure the systems of juridical positivism. The political discourse at the end of the 20th Century revolves around the reliability of the State's juridical ordering. The present text focuses on the decomposition of the national State from the perspective of the obligatoriness that links citizen's behavior to the legal order. The article develops the relations that connect right and duty within the sphere of modern juridical systems. Under the light of the Kantian doctrine of right, the present paper advocates the normative character of juridical obligation.

Key-words: Philosophy of Right, Obligation, Norms, Juridical Positivism, Kant, Kelsen.

O título da obra habermasiana, *Direito e democracia*, assinala a *crux* das modernas concepções jurídicas. Habermas confia o binômio facticidade e validade à democracia. Como instrumentos de atuação do Estado, as leis positivas reivindicam e adquirem legitimidade por meio de mecanismos democráticos. A legitimação incide sobre um dado social que agrega receptividade do lado dos cidadãos e autoridade por parte do Estado. Segundo Habermas, a democracia funciona tanto melhor quanto menos o Estado precisa zelar pela observância das leis, uma vez que autor e destinatário da legislação são idênticos no Estado democrático de direito.

Reconhecer leis implica a possibilidade de não reconhecê-las. O universo do direito positivo sancionado pela acolhida dos indivíduos divide-se em leis dignas de serem reconhecidas e leis não merecedoras de aprovação. As últimas contradizem as primeiras. Enquanto estas conformam atitudes com o direito em vigor, àquelas resta a violência nua e crua como efetivação legal. Basta não aceitar uma lei positiva, cuja legitimidade depende do reconhecimento, para que o caráter normativo legal converta-se em causalidade coativa ilegal nas mãos do Estado. No momento em que o poder estatal exige, pela força, o cumprimento de leis não reconhecidas pelo cidadão, o Estado de direito comporta-se em relação ao último como um fora-da-lei, e cada destinatário recalcitrante personifica a vítima de um senhorio político injusto. Também uma democracia radical não esclarece por que leis vigentes num Estado devam ser observadas por quem lhes recusa a legitimação.

A obrigatoriedade está para a validade como o servilismo está para a eficácia. Uma coisa é perguntar pelo caráter normativo do direito positivo e outra é identificar as causas de efetividade dos ordenamentos jurídicos estatais. A doutrina jusnaturalista e o contratualismo político respondem à primeira pergunta, a teoria democrática do direito de Habermas responde à segunda.

De acordo com o direito natural clássico, a obrigatoriedade das prescrições do poder constituído é caudatária da justiça natural. A faculdade de vincular por parte do mando político é aceita sob a ressalva de que as leis positivas sejam justas. Caso contrário, a *corruptio legis* desobriga os súditos da obediência. Tomás de Aquino justifica a sedição contra o tirano *ex defectu tituli* ou *ex parte exercitii* com o argumento de que o tirano é um rebelde contra a ordem estabelecida, ou porque não tem a devida legitimação ou porque governa contra o bem comum. Em ambos os casos, o poder de distinguir entre direito e violência passa do titular do poder aos indivíduos que até então lhe estavam subordinados¹.

¹ TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologica*, II, IIae qu. 42, art. 2 ad 3, pp. 83-86.

O objetivo primordial do contratualismo é assegurar que as leis emanadas do Estado tenham validade para poderem ser aplicadas com eficácia e, eventualmente, impostas por coerção física. O argumento contratualista ancora a legitimação das leis positivas sobre um suposto consenso pré-estatal ou coetâneo ao surgimento do Estado. Sem um pacto primevo, nem a pior guerra civil teria acabado na criação da entidade política denominada pelo absolutista Hobbes de *Mortal God*. Em sua versão originária, o contratualismo moderno continua devedor ao jusnaturalismo, na medida em que a vontade do Leviatã pode ser sustentada pela autodefesa do contratante. A *pointe* contratualista do direito natural à sobrevivência está no fato de que o teórico político inglês desautoriza qualquer forma de rebelião ou direito à resistência durante a vigência do contrato. A não obediência às ordens do *Makros Anthropós* perfaz o contraditório da hipótese do contrato, a saber: a defesa do corpo. Para o materialista Hobbes, são nulos pactos que obrigam os contratantes a abster-se da defesa do próprio corpo².

A legitimação habermasiana do direito positivo, por meio do reconhecimento democrático dos cidadãos, afeta positivamente a validade factual do Estado de direito. Nenhuma ordem legal mantém-se estável por muito tempo se sua efetividade social não é ativamente apoiada pela maioria de seus integrantes. Quanto mais democracia uma sociedade se permite, tanto menos indefesa ela é contra o positivismo tautológico do aforismo *lex est lex*. A proposta de democratizar ao máximo o poder coercitivo do Estado de direito não deixa, porém, os membros da coletividade imunes ao antagonismo do domínio político totalmente livre (*Herrschaftsfreiheit*), vale dizer, um sistema legal que desiste do emprego da força corre riscos semelhantes ao ordenamento jurídico que apela preferencialmente à coerção física³.

A anuência legitimadora de estirpe weberiana não ampara a validade normativa dos modernos sistemas jurídicos. Pelo contrário, ela a pressupõe como *conditio sine qua non* da estabilidade social no Estado de direito.

A contraprova da tese de que ao direito positivado em lei é própria a indiferença entre validade normativa e validade factual tem caráter empírico. A consolidação da idéia segundo a qual a excelência do direito positivo está no efeito persuasivo que exerce sobre a coletividade é inversamente proporcional à possibilidade real de convencer cidadãos, que se esquivam de fazer coro com a opinião dominante, da justeza das leis no Estado de direito.

² THOMAS HOBBS, *Leviathan*, (Ed by R. Tuck), Cambridge/New York: Cambridge University Press, 1991, 151; versão portuguesa, p. 137. Cf. WOLFGANG KERSTING, *Thomas Hobbes*. Zur Einführung, 2. überarb. Aufl., Hamburg: Junius, 2002.

³ ROBERT SPAEMANN, Die Utopie der Herrschaftsfreiheit, in MANFRED RIEDEL, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Bd. I, Freiburg: Rombach, 1982, 215-241.

A recomposição *a posteriori* da paulatina efetivação de um sistema jurídico nada diz sobre a validade das leis que o compõem. Como, na ordem sequencial histórica, o uso da violência antecede ao universo das leis positivas, a reconstrução habermasiana da validade factual do direito moderno termina onde começa, ou seja, com a pergunta por que somente uma força incontestada tem condições de se autorregular por meio de leis ou, na terminologia da segunda *Crítica*, como provar a liberdade quando temos consciência dela apenas pela lei moral? A tese habermasiana da complementariedade não constitui resposta à pergunta acerca da compatibilidade entre moral e direito. O lugar da moral continua ocupado, em *Direito e democracia*, pela ética do discurso.

Habermas partilha com M. Weber do ceticismo em relação a posições normativas. “O direito positivo”, indaga Habermas, “ainda mantém um caráter de obrigação de qualquer natureza quando não mais deriva o seu modo de validade, como o direito senhoril no sistema jurídico tradicional, de um direito anterior e que lhe é sobreposto em ordem hierárquica?”⁴ Para Habermas, o descrédito de Weber quanto à possibilidade de estabelecer fora do contexto religioso um *vinculum iuris* moral deve-se ao fato de que o teórico social, “numa palavra, não toma a sério o formalismo ético”⁵. Segundo Habermas, o processo comunicativo evidencia que o reconhecimento intersubjetivo de regras morais produz obrigações recíprocas relevantes para as ações humanas. Habermas leva a sério, a seu modo, o princípio da obrigatoriedade formal como modelo de comunicação gerador de vínculos interativos estáveis⁶.

Tal procedimento refaz o caminho trilhado por Hegel ao longo da supressão da moralidade, via eticidade, por parte do Estado como efetiva realização da idéia ética. O ceticismo tão-somente não acaba consumado no “círculo da necessidade cujos momentos são os *poderes*

⁴ JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt/Main: Suhrkamp, 31993, 583: “Bewahrt das positive Recht überhaupt noch einen verpflichtende Charakter, wenn es seinen Geltungsmodus nicht mehr, wie das bürokratische Herrscherrecht im traditionellen Rechtssystem, einem vorgängigen und übergeordneten Recht entlehnen kann?”.

⁵ *Ibidem*, 549: “Er (M. Weber, J. Heck) hat, mit einem Wort, den ethischen Formalismus nicht ernstgenommen”.

⁶ Sobre a controvérsia moral acerca da ética discursiva, ALBRECHT WELLMER, *Ethik und Dialog*, Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1986; KLAUS GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit*. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1988, HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1991, 134-138; NILSON A. ALVARENGA, Verdade, contingência e falibilismo: a teoria discursiva da verdade de J. Habermas à luz das críticas de A. Wellmer, *Síntese Nova Fase*, v. 26, n. 86 (1999) 347-373.

éticos que governam a vida dos indivíduos”⁷, porque o empreendimento habermasiano é feito “no espírito kantiano”⁸.

Habermas retorna do universo ético estatal ao *principium obligationis* da razão prática kantiana, sem abandonar a crença no destino positivo das forças motivadoras dos modernos movimentos sociais. Graças ao espírito objetivo, a *ratio cognoscendi* do fato habermasiano da razão é jurídica, vale dizer, a terapia contra o ceticismo não é mais a moral e, sim, o direito. Transitando pelas veredas não transcendentalizadas da ética do discurso⁹, o homem moderno não somente pode racionalizar o cosmo ético, como também ajuizar as conseqüências da racionalização nos seus mundos da vida. À luz do ceticismo de Weber, a tese habermasiana da complementariedade entre moral e direito torna a distinção weberiana entre conhecer (*Erkennen*) e julgar (*Beurteilen*) um anacronismo filosófico. Habermas somente responde à pergunta cética de Weber – a saber: se o destino da Modernidade é “uma poderosa renascença de velhos pensamentos ou petrificação mecanizada”¹⁰ – depois de haver posta a crítica kantiana aos cuidados da filosofia hegeliana do direito. Impermeabilizado pelo espírito objetivo contra a corrosão cética, Habermas consegue deduzir na esfera do direito moderno o que na esfera da moralidade permanecera vedado a Kant. Com isso, Weber fica retrospectivamente desautorizado a tomar o fenômeno epocal dos tempos modernos como tipicidade cognitiva abrangente do capitalismo, sujeito a uma análise científica, mas infenso a qualquer juízo de valor.

Na contramão do hegeliano cético Weber, o capitalismo faz por intermédio do princípio habermasiano da democracia as pazes com a Modernidade.

⁷ GEORG W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, (Hrsg. von J. Hoffmeister), Hamburg: Meiner, 41955, (parágrafo 145), p. 143: “(...) Kreis der Notwendigkeit, dessen Momente die *sittlichen Mächte* sind, welche das Leben der Individuen regieren und in diesen als ihren Accidenzen, ihre Vorstellung, erscheinende Gestalt und Wirklichkeit haben”.

⁸ HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, 100: Die Diskursethik nimmt “Hegels Theorie der Anerkennung für eine intersubjektivistische Lesart des Kategorischen Imperativs in Anspruch, ohne dafür den Preis einer historistischen *Auflösung* von Moralität in Sittlichkeit zu entrichten. Sie beharrt wie Hegel auf dem internen Zusammenhang von Gerechtigkeit und Solidarität, aber im Kantischen Geiste”. Cf. DELAMAR V. DUTRA, *Kant e Habermas*. A reformulação discursiva da moral kantiana, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002 (Coleção Filosofia).

⁹ HABERMAS, *Wege der Detranszendentalisierung*. Von Kant zu Hegel und zurück, in *Wahrheit und Rechtfertigung*. Philosophische Aufsätze, Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1999, 186-229.

¹⁰ MAX WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Band 1, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1920, 204: “ (...) eine mächtige Wiedergeburt alter Gedanken (...) oder aber mechanisierte Versteinerung”.

Kant e Kelsen – uma comparação preliminar

Comparada com o juspositivismo kelseniano, a ciência kantiana do direito articula uma filosofia do direito que não se limita a estilizar, para a pirâmide fenomênica das decisões legiferantes, a posição cognitiva de um ato de pensar.

Segundo Kelsen, as normas individuais do direito contêm mandamentos, permissões e autorizações, oriundos de atos da vontade conectados com norma superior que lhes convalida o consequencialismo prescritivo regional. Como as normas do direito prescrevem habitualmente a aplicação de uma sanção – a ser aplicada tão logo o indivíduo se comporte de determinada maneira –, a objetividade normativa do direito positivo resume-se na prescrição da respectiva penalização. Com isso, Kelsen realoca semanticamente o sentido corrente do contraditório daquilo que chamamos de justo.

Um comportamento é injusto, segundo Kelsen, não porque contradiga o que é considerado justo, mas exclusivamente porque o direito positivo estabelece antecipadamente determinado comportamento humano como condição de aplicação subsequente da reação jurídica. O injusto não perfaz o contraditório do justo, e por isso deve ser coibido, mas é tal porque a ordem jurídica vincula certo agir a determinada sanção como consequência legal a ser aplicada ao agente que preenche as condições estatuídas pela norma. “A norma que fixa o ato coercitivo”, escreve K. Larenz, “é primária; a caracterização do ‘injusto’ como comportamento condicional da sanção é secundária, e em termos de linguagem, assim teria que se acrescentar, errônea”¹¹.

Kant separa nitidamente o que é de direito (*quid sit iuris*) daquilo que diz respeito ao justo e ao injusto (*iustum et iniustum*). O primeiro bloco aborda a *quaestio facti*, a saber, “o que as leis em um certo lugar e em certa época dizem ou disseram”, e o segundo trata do “critério universal pelo qual se possa conhecer tanto o justo quanto o injusto”¹².

A doutrina kantiana do direito se põe como tarefa “fornecer a toda legislação positiva os princípios imutáveis”¹³, estabelecendo o funda-

¹¹ KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer, 61995, 76.

¹² IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (parágrafo B 229), (Hrsg. von B. Ludwig), Hamburg: Meiner, 1986, 37-38: “(...) was die Gesetze an einem gewissen Ort und zu einer gewissen Zeit sagen oder gesagt haben (...)”; “(...) das allgemeine Kriterium, woran man überhaupt, Recht sowohl als Unrecht (*iustum et iniustum*), erkennen könne (...)”.

¹³ *Ibidem* (parágrafo A 229): “(...) wiewohl der Rechtskundige in der letzteren zu aller positiven Gesetzgebung die unwandelbaren Prinzipien hergeben muss”.

mento de uma possível legislação positiva. Já à luz dessa definição não é possível transmutar a concepção metafísico-racional da *Doutrina do direito* em um sistema epistêmico de porte kelseniano. Por mais pura que a teoria kelseniana do direito seja, os princípios do positivismo jurídico não são imutáveis, e Kelsen também não reivindica para sua posição normativista o *status* de um conhecimento sintético prático *a priori*.

A tentativa inversa de isolar as questões de fato do arcabouço metafísico, abandonando o complexo justo e injusto à prática jurídica, esbarra em dificuldades ainda maiores para sintonizar a doutrina kantiana do direito com a dogmática jurídica positivada. Os trabalhos de N. Luhmann sobre a interconexão societária entre poder e direito articulam o tecido social como um complexo de relações prescritivas estandardizadas. Tal conceito de positivismo legalizado descarta *a limine* toda formatação deontica para a investigação dos fenômenos jurídicos. A natureza contingencial do direito verbalizado não tolera, segundo Luhmann, nenhuma concepção de imprescindibilidade normativa que não esteja incorporada aos institutos dos sistemas simples que predefinem, para a função societária do direito, a estruturação do poder como indeclinável para as associações humanas”¹⁴.

A *quaestio facti* de Kant torna-se em Luhmann uma *quaestio juris* por definição, ou seja, um sistema autopoiético de produção jurídica, movido pelas mudanças evolutivas da complexidade social. À medida que o direito positivo é capaz de processar a sua própria mudança, o direito racional de proveniência kantiana e o positivismo com regência kelseniana perdem qualquer estatuto prospectivo. Confinados a sociedades pré-modernas, não passam de resíduos estamentais no seio das sociedades hodiernas.

Cotejado com a teoria do encadeamento sócio-jurídico, o princípio kelseniano da validade juspositivista mantém um parentesco programático com a doutrina kantiana do direito. Kelsen visualiza apodítico o círculo no qual se move uma fundamentação em cadeia de vinculações jurídicas. “O fato de que alguém ordene seja o que for”, observa Kelsen, “não é fundamento para encarar o comando como válido, quer dizer, ser considerado para os destinatários norma vinculante”¹⁵. Tal formulação reescreve a paródia jusfilosófica com que Kant ilustra a prioridade normativa do *ius naturae*: “Uma doutrina do

¹⁴ Cf. NIKLAS LUHMANN, *Poder*, (trad. do alemão por Martine C. de Rezende Martins), Brasília: UNB, 21985.

¹⁵ HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien: Franz Deutike, 21960, 197: “Die Tatsache, daß irgend jemand irgend etwas befiehlt, ist kein Grund, den Befehl als gültige, das heißt für den Normadressaten verbindliche Norm anzusehen”; versão portuguesa, p. 206.

direito simplesmente empírica (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) é uma cabeça que talvez seja bela, mas, que pena!, não tem cérebro”¹⁶.

A *Doutrina do direito* não está, porém, para o jusnaturalismo como a *Teoria pura do direito* está para o positivismo jurídico. “De fato”, escreve O. Höffe, “Kant dirige-se primariamente contra o próprio direito positivo, na medida em que não esteja submetido a princípios morais, e apenas secundariamente contra aquela teoria do direito positivista, que pretende deixar o direito livre de todas as pretensões morais”¹⁷. A doutrina kantiana do direito não independe da filosofia crítica. “As indicações de Kant para o entrelaçamento necessário e sistemático da doutrina do direito com a filosofia moral crítica devem”, segundo W. Kersting, “ser levadas a sério e cuidadosamente rastreadas”¹⁸. Em suma, Kant não concede direito de exclusividade nem ao dogmatismo teórico jusnaturalista nem à dogmática do juspositivismo, de modo que uma doutrina normativa do direito positivo pode, em princípio, preencher seu ideal crítico de ciência¹⁹.

A um resultado similar leva a comparação entre as posições kantiana e kelseniana relativas ao valor da justiça na tradição filosófica. Enquanto Kelsen dedica, entre outros²⁰, longos ensaios às doutrinas platoniana e aristotélica da justiça²¹, Kant prima pela abstinência no tratamento à virtude-mor da tradição ocidental. A crítica insistente de Kelsen às teorias tradicionais de justiça tem, na ética de Kant, antes uma aliada do que uma oponente. A justiça não mais integra, em Kant, o catálogo das virtudes, às quais o homem é obrigado pela doutrina dos deveres éticos. “Nem o homem justo nem a ação justa”, registra R.

¹⁶ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (parágrafo B 230), 38. “Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus’ Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat”.

¹⁷ OTFRIED HÖFFE, *Der kategorische Rechtsimperativ “Einleitung in die Rechtslehre”*. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, (Hrsg. von O. Höffe), Berlin: Akademie, 1999 (Klassiker Auslegen – Bd. 19), 43: “Tatsächlich wendet er (Kant, J. Heck) sich primär gegen das positive Recht selbst, sofern es sich moralischen Prinzipien entzieht, und bloß sekundär gegen eine positivistische Rechtstheorie, die das Recht von allen moralischen Ansprüchen freihält”; versão portuguesa, p. 207.

¹⁸ WOLFGANG KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1993, 90. “Die Hinweise Kants auf die notwendige systematische Verknüpfung der Rechtslehre mit der kritischen Moralphilosophie, (...) müssen ernstgenommen und sorgfältig verfolgt werden”.

¹⁹ HÖFFE, *op. cit.*, 45; versão portuguesa, p. 209.

²⁰ KELSEN. *The Idea of Justice in the Holy Scriptures*, in *What Is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1971, 25-81; *Was ist Gerechtigkeit*. Wien: Deuticke, 1953.

²¹ IDEM, *Platonic Justice – Aristotle’s Doctrine of Justice*, in *What Is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, 82-109 – 110-136, respectivamente.

Brandt, “são abordados nos escritos éticos de Kant”²². Tampouco há neles menção a valores éticos, quer dizer, como em Platão, Aristóteles ou Cícero, virtudes que pudessem ser conhecidas como coisas ou propriedades, e as quais devessem, uma vez mais, ser reefetivadas pelo homem. A doutrina kantiana do agir ético pode, segundo Brandt, ser diversificada em múltiplas relações, “mas com isso não chegamos, sem mais nem menos, à restituição do velho cânone da virtude, e tampouco à justiça”²³.

Mesmo no delicado problema da *lex iniusta sed lex*²⁴, o juspositivista Kelsen pode contar com um distanciamento kantiano frente ao jusnaturalismo. Kant não condiciona a vinculação do direito estatal à exigência de que as leis positivas sejam corretas, boas ou justas. “A *corruptio legis* não afeta”, segundo Kersting, “a pretensão do dever positivado em lei”, de maneira que a “teoria da validade do direito de Kant contém tanto uma crítica ao direito natural quanto ao juspositivismo”²⁵.

Moral e coerção – divergências e convergências

Kant tem um conceito de direito e uma lei geral do direito. O primeiro remete à vontade livre, e o segundo configura o livre-arbítrio. No âmbito da vontade livre, a definição do livre-arbítrio só é possível negativamente. A vontade é concebida livre por poder atuar independentemente de causas que lhe são estranhas²⁶, denominadas heterônomas. Kant acrescenta que tal “explicação da liberdade é *negativa* e, portanto, infecunda para entender sua essência”²⁷. A *via negationis*

²² REINHARD BRANDT, *Gerechtigkeit bei Kant*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 1, Berlin, 1993, 25: “Weder der gerechte Mensch noch die gerechte Handlung werden in Kants ethischen Schriften erörtert”.

²³ *Ibidem*, 27: “(...), aber dabei gelangen wir nicht ohne weiteres zur Restitution des alten Tugendkanons, also auch nicht zur Gerechtigkeit”.

²⁴ KELSEN, *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, in *What Is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, 1971, 137-173.

²⁵ KERSTING, *op. cit.*, 504: “(...) die corruptio legis berührt nicht den gesetzlichen Sollenanspruch”; “Insofern beinhaltet Kants Theorie der Rechtsgeltung sowohl eine Naturrechtskritik als auch eine Kritik des Rechtspositivismus”.

²⁶ KANT, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, (Hrsg von K. Vorländer), Hamburg: Meiner, 1965, 71: “Der *Wille* ist eine Art von Kausalität lebender Wesen, sofern sie vernünftig sind, und *Freiheit* würde diejenige Eigenschaft dieser Kausalität sein, da sie unabhängig von fremden sie *bestimmenden* Ursachen wirkend sein kann”; versão portuguesa, p. 93.

²⁷ *Ibidem*: “Die angeführte Erklärung der Freiheit ist *negativ* und daher, um ihr Wesen einzusehen, unfruchtbar”.

da definição não acaba em aporia, por não haver verdadeiras antinomias na razão pura prática, como há para a razão teórica, mas apenas antinomias aparentes, ou seja, é exatamente da liberdade negativa que “decorre um conceito *positivo* da mesma, tanto mais rico e fecundo”²⁸. Positiva, a liberdade é concebida por ser ativa de acordo com leis que a vontade confere a si própria. Para Kant, somente no segundo caso a vontade é autônoma, porque lhe é próprio “ser para si mesma uma lei”²⁹.

Kant corta o nó górdio que estrangula, desde Hobbes, o absolutismo da moderna ordem estatal. Para o teórico político inglês, a racionalidade do poder estatal não é suficiente para obrigar homens a aceitar as leis do Estado. Para tanto, faz-se necessário um gesto de autorização por parte dos sujeitos, a fim de que possam prestar contas de suas vontades. O contratualismo funda, em Hobbes, o axioma da moderna teoria do direito – *volenti non fit iniuria*. A vontade com a qual o Estado confronta o cidadão é a própria vontade do cidadão³⁰. A concepção kantiana de autonomia faz da razão humana, por assim dizer, uma *ratio* hobbesiana que produz, ela mesma, o que ainda é impossível de ser pensado em Hobbes sem o pacto³¹.

A solução de Kant ocorre à custa de uma metafísica cujo retorno ao sono dogmático encontra-se bloqueado pela primeira *Crítica*. Desfeita a coalescência entre valor e norma, e cindido o *ethos* que une o bom ao correto, o metafísico não volta à idéia secular de lei externa como pólo de unidade entre *ratio* (*lex indicans*) e *voluntas* (*lex praecipiens*) divinas, mas assume a vontade humana como referencial unitário do cosmo. “Cada coisa da natureza”, escreve Kant, “atua segundo leis. Somente um ser racional tem a faculdade de agir *de acordo com a representação* das leis, isto é, conforme princípios, ou só ele tem uma *vontade*”³². Em nenhum outro ponto de sua obra Kant é tão materialista quanto na resolução metafísica que dá ao impasse hobbesiano entre racionalidade e obrigatoriedade, subsumindo natureza e liberdade sob

²⁸ Ibidem: “allein es fließt aus ihr ein *positiver* Begriff derselben, der desto reichhaltiger und fruchtbarer ist”.

²⁹ Ibidem: “(...) was kann denn wohl die Freiheit des Willens sonst sein als Autonomie, d.h. die Eigenschaft des Willens, sich selbst ein Gesetz zu sein?”

³⁰ Cf. KERSTING, *Politik und Recht*. Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie, Göttingen: Velbrück Wissenschaft, 2000, 275-303.

³¹ BERND LUDWIG, *Hobbes-Kant-Höffe*. Eine moderne Renaissance des Naturrechtsdenkens?, in KERSTING (org.), *Gerechtigkeit als Tausch*. Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1997, 96-149.

³² KANT, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, 32: “Ein jedes Ding der Natur wirkt nach Gesetzen. Nur ein vernünftiges Wesen hat das Vermögen, *nach der Vorstellung* der Gesetze d.h. nach Prinzipien zu handeln, oder einen *Willen*”; versão portuguesa, p. 47.

uma única e mesma legislação³³, ou seja, “a vontade não é outra coisa do que razão prática”³⁴ e, como tal, “não pode ser chamada nem de livre nem de não livre”³⁵.

Kant pergunta: “mas por que a doutrina dos costumes (moral) comumente (notoriamente por Cícero) intitula-se a doutrina dos *deveres* e não também dos *direitos*, já que uns remetem aos outros?”³⁶ Enquanto Kant admite que não há uma justificativa imediatamente à mão para a ausência de um dever-ser uniforme, Kelsen ratifica a subsistência lado a lado da moral e do direito, ao considerar a primeira livre de coação e definir o segundo como um sistema coercitivo globalmente eficaz. A razão para a ausência de uma conceituação unitária e compacta de normatividade, justifica Kant, “é que nós conhecemos nossa própria liberdade (da qual provêm todas as leis morais e, com isso, também todos os direitos como deveres) apenas pelo *imperativo moral*, o qual é uma fórmula imperativa de dever (...)”³⁷.

O normativismo seletivo kantiano ancora sobre a doutrina da razão pura prática. O moralista Kant não tipifica um uniformismo normativo contraditório ao ponto de vista kelseniano. A imperatividade moral não preenche o lugar ocupado em Kelsen pela normatividade jurídica. Do imperativo moral, afiança Kant, “pode, depois, ser desenvolvida a faculdade de vincular outros, isto é, o conceito do direito”³⁸. Kelsen, ao contrário, aparta peremptoriamente a moral do direito por meio da *coerção*. Para o juspositivista, o mundo da moral perfaz uma ordem positiva *sem* caráter coercitivo. Kant distingue ética e direito pelo incentivo motivacional. Ambos os domínios são regidos por leis, mas somente na legislação ética a lei *motiva* o agir. De resto, Kant não concebe a esfera da moral isenta de qualquer forma de coação.

Mesmo se a lei moral auto-impositiva pudesse afirmar-se na esfera da teoria pura do direito, as descrições kelsenianas da moral continuariam pré-críticas, francamente ideológicas, na contramão daquilo que

³³ UWE J. WENZEL, “Metaphysik ohne Metaphysik”? Unsystematische Überlegungen zur Systematik der Kant-Interpretation Otfried Höffes, in KERSTING (org.), *op. cit.*, 160-161.

³⁴ KANT, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, 32; “(...) so ist der Wille nichts anderes als praktische Vernunft”; versão portuguesa, p. 47.

³⁵ IDEM, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (226), (Hrsg. von B. Ludwig), Hamburg: Meiner, 1986, 23: “Der Wille, der auf nichts anderes, als bloss auf Gesetze geht, kann weder frei noch unfrei genannt werden (...)”.

³⁶ *Ibidem* (239), 31: “Warum wird aber die Sittenlehre (Moral) gewöhnlich (namentlich von Cicero) die Lehre von den *Pflichten* und nicht auch von den *Rechten* betitelt?”

³⁷ *Ibidem*: “Der Grund ist dieser: Wir kennen unsere eigene Freiheit (von der alle moralischen Gesetze, mithin auch alle Rechte sowohl als Pflichten ausgehen) nur durch den *moralischen Imperativ* welcher ein pflichtgebietender Satz ist, (...)”.

³⁸ *Ibidem*: “(...) aus welchem nachher das Vermögen, andere zu verpflichten, d.i. der Begriff des Rechts, entwickelt werden kann”.

Kant entende por doutrina moral. Kelsen não apenas descreve normas morais como constituintes de um reino à parte do dualismo *Sein/Sollen*, “criadas pelo costume e por meio de uma elaboração consciente (por exemplo, por parte de um profeta ou fundador de uma religião, como Jesus)”³⁹, mas também as caracteriza à luz de um kantianismo estático equivocado. Kelsen discorre sobre a moral como ordenamento sócio-harmônico do universo, cujo conteúdo e validade seriam aparentemente deduzíveis de uma respectiva norma moral superior, imediatamente evidente, e conhecida mediante via lógica como conclusão do geral para o particular. A idéia de uma norma por si evidente opera, segundo Kelsen, com um conceito insustentável de razão prática, “pois a função da razão é conhecer e não querer (...)”⁴⁰. Essas e outras afirmações congêneres não só glosam uma versão corriqueira de moral, como também são caudatárias do neokantianismo fiscalista dominante na virada do século.

À primeira vista, o peso conferido por Kant e Kelsen à faculdade jurídica de coagir é menos desigual do que o descompasso evidenciado na comparação entre o senso normativo de um e de outro filósofo.

Kant concebe a idéia segundo a qual ninguém, ao ser indevidamente impedido em seu livre-arbítrio, rompe os limites impostos pela lei geral do direito e cerceia arbitrariamente o comportamento alheio, mas limita-se a neutralizar o impedimento indevido por meio de uma reação adequada à arbitrariedade sofrida. A concepção kelseniana de coercibilidade parece apta a positivar a dupla negação de Kant, assegurando por meio de normas positivas que a resistência contraposta ao obstáculo da liberdade não venha a constituir-se, por sua vez, num impedimento indevido à liberdade de outrem, excluindo que a lei geral do direito equivalha a uma dinâmica não menos racional do que circular e se evite que os ordenamentos jurídicos tenham conseqüências catastróficas na coexistência dos arbítrios uns com os outros.

Por um lado, a hipótese da complementariedade entre Kant e Kelsen em relação à faculdade de coagir tem à disposição similaridades metodológicas, e por outro, está amparada por textos kantianos que mantêm separados ética e direito. Ambos os autores se proíbem obstinadamente recorrer ao poder do fáctico para assegurar o caráter coercitivo do direito, e o jusfilósofo interdita textualmente a composição ético-jurídica como adequada à legitimação da coerção jurídica.

³⁹ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien: Franz Deuticke, 21960, 64: “(...) durch Gewohnheit und bewußte Satzung (etwa seitens eines Propheten oder Religionsstifters wie Jesus)”; versão portuguesa, p. 68.

⁴⁰ *Ibidem*, 203: “(...) weil die Funktion der Vernunft erkennen und nicht wollen ist”; versão portuguesa, p. 208.

De acordo com a posição de um e de outro, é a força bruta que impera na raiz do direito. O objetivo de convencer os destinatários do direito de suas obrigações por via genética não avança para além dos primórdios, obrigado que é a satisfazer-se com a reconstrução do caminho percorrido pelos sistemas jurídicos ao longo da história. Para o juspositivista Kelsen, o direito positivo identifica salteadores que se tornam Estado. O jusfilósofo Kant resiste, por sua vez, à tentação de moralizar a violência na fundação da soberania pública. Para ambos os doutrinadores, todo direito tem historicamente por base um ato de força, sobre o qual está erguido o respectivo império da lei. Abandonado uma vez o princípio paulino *non est potestas nisi a Deo*, inexistente um titular de direito cuja procedência não exiba o *defectus tituli* histórico. Não há soteriologia à vista, em Kant e Kelsen, que redima o direito moderno da morte violenta em suas origens.

De acordo com a doutrina kantiana do direito, o conceito do direito em sentido restrito não precisa ser (*darf*) pensado como composto de “duas peças”, mas pode ser vertido de imediato na possibilidade de se articular a coerção recíproca exaustiva com a liberdade de qualquer um e, como tal, está isento de qualquer aditivo ético, “pois então é puro e não se encontra misturado com prescrições da virtude”⁴¹. Para Kant, direito *estrito* (*enges*) pode ser designado somente o totalmente externo, para o qual “direito e faculdade de coagir significam, portanto, uma e mesma coisa”⁴², uma formulação que poderia servir de cartão de identidade para a pureza da teoria do direito de índole kelseniana.

Norma fundamental e obrigatoriedade jurídica

Um par de frases basta a Kelsen para mapear a *quaestio iuris*. O que distingue o ato administrativo de um funcionário da receita do comando emitido por um assaltante? O fim perseguido e o meio utilizado por ambos são materialmente idênticos. Os dois atores objetivam o repasse de uma porção de dinheiro e ameaçam com o emprego da força. A diferença do agir de um e de outro só é detectável formalmente, ou seja, pelo traçado jurídico que a ação de cada um deles deixa atrás de si.

⁴¹ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (232), 40: “(...) das Recht darf nicht als aus zwei Stücken (...) gedacht werden” – “(...) denn alsdann ist es rein und mit keinen Tugendvorschriften vermengt”.

⁴² *Ibidem*, 41: “Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei”.

A solução aparentemente banal descerra o pano para a *mise en scène* do teórico vienense. Num primeiro plano, o agir do funcionário tem o amparo do direito tributário, ao passo que o comportamento do assaltante fere o código penal, e, em segundo plano, ambas as legislações infraconstitucionais são convalidadas pela Lei Maior. A tarefa recorrente dos juristas pára comumente na Constituição em vigor. Kelsen, ao contrário, toma o ponto de chegada da dogmática jurídica como ignição teórica da ciência do direito, vale dizer, a resposta é assumida como objeto de investigação. O teórico do direito busca descobrir a matriz normativa que confere validade à respectiva Constituição⁴³. Tal labor teórico consumiu a vida do constitucionalista austriaco e fez dele um clássico da filosofia do direito.

A obra de Kelsen desqualifica a alternativa dogmática que dispensa qualquer investigação normativa na área das ciências jurídicas. Ao assumir que as leis positivas, a começar pela Constituição de cada país, têm vigência normativa porque a maioria dos cidadãos lhes empresta validade, o juspositivismo corrente se impõe uma indevida continência teórica. Tomado como *standard* de convivência e por critério habitual dos comportamentos individuais, o direito positivo consubstancia uma ordem normativa auto-referenciada. Kelsen não se satisfaz com esse tipo de recurso fundacional. Para o teórico do direito, recorrer à legitimidade factual das leis positivas não justifica o caráter vinculativo das normas de direito. Verificar que determinada Constituição conta com um maior ou menor número de adeptos, e que o ordenamento jurídico vigente é mais ou menos aceito pela população, não explica por que normas devem ser reconhecidas e são, como tais, observadas ou não pelo cidadão. À luz do caráter formal da teoria pura do direito, o cumprimento ou descumprimento da lei positiva não confirma nem revida uma norma jurídica e, inversamente, um dever só pode ser fundamentado por outro dever, assim como uma norma só é revogável por outra norma. A ciência kelseniana do direito assenta sobre uma divisão irrecurável, descartando o princípio da indução como critério do saber jurídico. “A distinção entre ser e dever”, escreve Kelsen, “não pode ser explicada mais pormenorizadamente. Ela é dada de imediato à nossa consciência”⁴⁴.

Pressuposto único da ciência jurídica kelseniana é o interesse pelo conhecimento do direito. Kelsen isola hermeticamente o direito positivo das demais ordens normativas. Sua teoria é pura, não porque

⁴³ ROBERT WALTER, *Hans Kelsens Rechtslehre*, Baden-Baden: Nomos, 1999, 27. Cf. HECK – CUBO, A norma fundamental e a organização científica do direito, *Fragments de Cultura*, v. 12 (especial) 210-225, 2002.

⁴⁴ KELSEN, *op. cit.*, 5: “Der Unterschied zwischen Sein und Sollen kann nicht näher erklärt werden. Er ist unsrem Bewusstsein unmittelbar gegeben”; versão portuguesa, p. 6.

exige um *legal man* como sujeito universal do direito, mas porque tem por objeto último um critério exclusivamente jurídico, à luz do qual cada homem deve ou não deve aceitar comandos alheios à sua vontade como objetivamente vinculantes ou não para o seu comportamento⁴⁵. Enquanto norma, tal referência confere qualificação normativa ao acervo disponível das leis positivas e, enquanto pressuposição, o mesmo referencial fundamenta a efetividade normativa do direito positivado em lei. Normatividade e positividade constituem os ingredientes conceituais da logomarca que identifica o edifício kelseniano da teoria pura do direito – a norma fundamental.

Na primeira fase de seu pensamento, Kelsen reconstrói a unidade dos complexos jurídicos positivos com base numa norma peculiar, à qual todas as leis positivas remetem sua vigência normativa. Na fase transcendental, o autor explicita que a *Grundnorm* não pode ser posta por uma autoridade cuja competência repousa sobre um princípio acima da norma fundamental, mas deve ser *pressuposta* pela ciência do direito. Kelsen parafraseia o viés kantiano da validação do direito positivo, observando que, *per analogiam* à teoria do conhecimento de Kant, a norma fundamental da teoria pura do direito pode ser vista como “a condição lógico-transcendental dessa interpretação”⁴⁶. Em ambas as fases, o teórico do direito nega terminantemente que a relação entre norma fundamental pressuposta e conteúdo posto, no tempo e no espaço, pela Constituição de determinada ordem jurídico-estatal seja de caráter material. Kelsen insiste que somente excluindo-se tal inferência conteudística é possível evitar que a ciência jurídica se veja obrigada a recorrer à metafísica, reconduzindo a ordem jurídica a autoridades metajurídicas, como Deus ou natureza.

A função de uma normatividade pressuposta condensa-se, na fase realista posterior, num processo silogístico cuja premissa maior é a postulação de uma norma considerada objetivamente válida, em virtude da qual deve-se obedecer aos atos subjetivos emitidos pela vontade de alguém, e cuja premissa menor é a afirmação do fato de que esse alguém ordenou que a conduta tem de ser levada a cabo dessa ou daquela maneira, sendo conclusiva a afirmação de que a norma emitida é válida porque o comportamento deve ser dessa ou daquela maneira. Kelsen acentua que a norma asserida como objetivamente válida na premissa maior não é de maneira alguma imediatamente evidente. A norma fundamental tão-somente sustenta o processo de fundamentação silogística se sua validade objetiva já não pode ser

⁴⁵ STANLEY PAULSON ET AL., *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Clarendon Press, 1998, 31.

⁴⁶ KELSEN, *op. cit.*, 205. “(...) die transzendental-logische Bedingung dieser Deutung”; versão portuguesa, p. 215.

posta em questão pelas ordens emanadas de uma autoridade ou instância suprema sobrepostas aos atos prescritivos dessa ou daquela vontade histórica constituinte. Como nas fases anteriores, a norma fundamental não expressa o sentido subjetivo de atos volitivos, mas constitui conteúdo normativo objetivamente eficaz de um ato de pensamento.

Finalmente, na fase lingüístico-analítica, a norma fundamental acaba adquirindo o estatuto de um ato simulado da vontade (*eines bloß fingierten Willensaktes*), ao qual se reporta tanto uma ordem moral positiva quanto um ordenamento jurídico positivado. De acordo com essa versão, “o fim pensado da norma fundamental é: a fundamentação da validade das normas constituintes de uma ordem positiva da moral ou do direito (...). Este objetivo somente é alcançável por meio de uma ficção”⁴⁷.

A despeito das diferentes fases doutrinárias⁴⁸, o enquadramento teórico da norma fundamental oscila entre o desempenho de uma lei autorizadora suprema e o desempenho de um pressuposto de validação silogística. No primeiro caso, a norma fundamental faz parte dos sistemas de direito positivo, mesmo que jamais seja aplicada na prática jurídica e sequer abordada nas teorias do direito. No segundo caso, a norma fundamental tem o papel de um princípio metateórico, que assegura o que os usuários do direito assumem de forma irrefletida, a saber: a validade normativa da Constituição.

A oscilação entre norma e premissa do direito positivo faz com que conteúdo e função da norma fundamental só se deixem definir de maneira aproximativa ou exploratória. Se o alcance conteudístico da norma fundamental vai além da objetivação da validade constitucional, sua positividade só pode ser simbólica, uma vez que ela não contém critérios de aplicabilidade para as normas constitucionais. Da mera função presuntiva de normatividade não segue a validade efetiva da respectiva Constituição. Quando na dogmática jurídica aplicam-se normas constitucionais, a validade da Constituição é simplesmente pressuposta por juristas. O papel fundante da validação constitucional somente pode ser reivindicado pela norma fundamental, na medida em que ela assegura à Constituição o princípio da efetividade jurídica.

⁴⁷ IDEM, *Allgemeine Theorie der Normen*, (Hrsg. von K. Ringhofer und R. Walter), Wien: Manz, 1979, 207: “Der Denzweck der Grundnorm ist: die Begründung der Geltung der eine positive Moral- und Rechtsordnung bildenden Normen, (...). Dieses Ziel ist nur im Wege einer Fiktion zu erreichen”. Trad. do alemão por José F. Duarte, Porto Alegre: Fabris Editor, 1986, 144.

⁴⁸ Um estudo sistemático da periodização doutrinária da norma fundamental oferece CARTENS HEIDEMANN, *Die Norm als Tatsache*. Zur Normentheorie Hans Kelsens. Baden-Baden: Nomos, 1997, 23-213.

Admitir tal papel como inerente à norma fundamental implica dizer que ela é usada pelas ciências jurídicas como silogismo de averiguação para o que é e não é de direito ou deve e não deve ser por direito. Bem mais plausível é, porém, afirmar que o direito positivo não pressupõe a validade de uma norma fundamental, mas postula sempre apenas a validade da respectiva Constituição.

O paradoxo do normativismo kelseniano está menos em sua precariedade filosófica do que no desamparo frente ao positivismo jurídico de teor constitucional. Devido a seu racionalismo conseqüente, o iluminista doutrinário Kelsen bate de frente com o essencialismo constitucional de C. Schmitt. Por haver dimensionado o Estado apenas como ordem jurídica, o universalismo esclarecido kelseniano é des-temperado pelo decisionismo schmittiano e fica responsável pela demolição do Estado político na Modernidade. Em sua repercussão cultural maior, a polêmica Schmitt-Kelsen assume feições paradigmáticas. Para o teólogo político e constitucionalista Schmitt, o normativismo de Kelsen constitui fruto extemporâneo do legalismo judaico, na contramão da doutrina neotestamentária da graça e do poder de implodir a bel-prazer qualquer lei consolidada pelo engenho das gerações⁴⁹.

Seja como for, a norma fundamental não garante a unitariedade normativa de determinado sistema de direito. Se a Constituição é alterada, o novo ordenamento jurídico permanece idêntico quando as mudanças são feitas de acordo com o previsto na Lei Maior anterior. No caso de a nova Constituição contradizer a antiga, dever-se-á pressupor uma nova norma fundamental, o que implica reconhecer que a norma fundamental kelseniana é ou supérflua ou inaproveitável para manter intacta a identidade de determinada ordem jurídica em vigor.

Kelsen afirma que uma autoridade competente só tem condições de estabelecer normas válidas se ela está embasada sobre uma norma que autorize tal procedimento. A autoridade competente está para a norma fundamental como os destinatários das normas estabelecidas estão para a instância autorizada em virtude da norma fundamental. Ambos devem obediência àquilo que os vincula por norma. Por ser pressuposta, a norma fundamental não é capaz de induzir o surgimento de Constituições, de modo que não há diferença entre a primeira e a última Constituição histórica; vale dizer, a norma fundamental não passa de uma anteposição imaginada da normatividade imanente a toda Constituição, na medida em que essa diz que é assim ou assado que nos devemos comportar, e não apenas expressa algo sobre o espaço social no qual tem vigência.

⁴⁹ DINER – STOLLEIS (orgs.), *“Hans Kelsen and Carl Schmitt”*. A juxtaposition, Gerlingen: Bleicher, 1999.

Todas as tentativas de Kelsen de converter obrigações em uma lógica de normas acabam na aporética impossibilidade de transformar uma teoria da obrigatoriedade em lógica normativa⁵⁰. Na teoria pura do direito, apostrofa K. Larenz, o *dever* “resulta de fato, por um desvio acerca do postulado cognitivo-teórico da ‘norma fundamental’, da (simples) facticidade”⁵¹. Kelsen fica não apenas devendo ao direito positivo a norma que ampara a autoridade do legislador ou, como Kant prefere, “a autorização de vincular outros por meio de seu simples arbítrio”⁵², mas também é forçado a introduzir normas secundárias com o objetivo de não ver a legislação do direito positivo reduzida a um elenco qualquer de medidas coercitivas, dispostas hierárquica e sistematicamente na forma da lei fundamental.

Estabelecida como norma guarda-chuva de validade sobre os sistemas do direito positivo, a norma fundamental não responde à pergunta elementar acerca do caráter vinculante da Constituição histórica, mas dá ensejo à repetição da pergunta, a saber: por que o cidadão de um Estado de direito é obrigado a obedecer a leis às quais recusa dar anuência?

Encaminhamento conclusivo

À indefinição do estatuto jurídico da norma fundamental corresponde, em Kelsen, a lacuna de um conceito de obrigatoriedade que não apenas impeça o comportamento estabelecido pela norma primária como condição de aplicabilidade da sanção legal. O normativismo da teoria pura do direito é de tal ordem que Kelsen imputa o dever jurídico à estrutura da própria norma, comprometendo positivamente qualquer antecedente com o conseqüente no respectivo juízo hipotético do dever jurídico. Com isso fica juridicamente descoberto o dever do agente em relação àquele comportamento que se situa contraditoriamente oposto ao agir previsto pela tipicidade da norma positivada. O apelo de Kelsen à norma secundária introduz no direito positivo uma duplicidade formal, de modo que o ordenamento jurídico tem por finalidade normativa o contraditório daquilo que constitui a condição de aplicabilidade do respectivo comando jurídico.

⁵⁰ KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, 141: “Die Logik ist keine normative Wissenschaft”; versão portuguesa, p. 137.

⁵¹ LARENZ, *op. cit.*, 74: “Das ‘Sollen’ ergibt sich damit in der Tat, auf dem Umweg über das erkenntnistheoretische Postulat der ‘Grundnorm’, aus dem als solchen für Kelsen sinn- und weltfremden Sein, der (blossen) Faktizität!”

⁵² KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (224), 26.

A falta do conceito de obrigatoriedade pode ser diagnosticada como carência de uma apropriada doutrina moral. A conversão da normatividade jurídica em prescritivismo legal seria o preço que Kelsen paga à ausência do imperativo categórico ou da lei geral do direito em sua teoria pura do direito. O diagnóstico não verifica, porém, o que supõe poder constatar. O que se ajuíza como falho no positivismo jurídico kelseniano constitui objeto de clássicas objeções à razão pura prática kantiana. A suposta crítica de Kelsen à moral kantiana teria, no caso, a seu favor as melhores cabeças do idealismo alemão. Hegel critica o suposto *imperativus tautologicus* por seu formalismo indiferente ao conteúdo, e que “acolhe em si tanto este conteúdo quanto o oposto”⁵³, quer dizer, a doutrina moral kantiana não é menos positivista do que formal para o pai da moderna dialética. Tampouco a pretendida imperatividade da lei geral do direito de Kant estabelece uma distinção marcante em relação ao positivismo jurídico kelseniano, uma vez que tal lei não perfaz nem um imperativo categórico nem um imperativo hipotético⁵⁴. Em suma, contrapor *in intentione recta* a doutrina moral kantiana à ciência kelseniana do direito passa ao largo da especificidade da *Doutrina do direito* e pouco caso faz do sistema de deveres jurídicos em Kant.

Kant conhece três tipos de obrigações jurídicas. O primeiro refere-se a uma obrigatoriedade especial na arquitetônica da *Metafísica dos costumes*. Embora assinala um dever jurídico, a *honestas iuridica* não é objeto de legislação externa, constituindo uma exceção da divisão geral dos deveres em *officia iuris*, para os quais é possível uma legislação exterior, e *officia virtutis*, para os quais tal legislação não é possível. Tal dever *iuridico*, definido por Kant como “obrigatoriedade advinda do direito da humanidade em nossa própria pessoa”⁵⁵, obriga a cada ser humano a não fazer-se a si mesmo de instrumento para os outros, mas ser-lhes ao mesmo tempo fim. A *lex iusti* vincula o homem ao dever de levar uma vida honesta, sendo pessoa para seus semelhantes. O segundo tipo de obrigatoriedade jurídica estabelece o preceito fundamental de precaver injustiças contra outros, impedindo que alguém saia lesado da convivência recíproca (*neminem laede*). A lei jurídica cardinal vincula o homem ao dever de evitar tudo o que fira o direito alheio, mesmo sob a condição de ter que renunciar a todo convívio

⁵³ HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, Hamburg: Meiner, 61952, 307: “Dies Prüfen reicht aber aus diesem Grunde nicht weit; eben indem der Maßstab die Tautologie und gleichgültig gegen den Inhalt ist, nimmt er ebensogut diesen als den entgegengesetzten in sich auf”; versão portuguesa, p. 264.

⁵⁴ KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1993, 103.

⁵⁵ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (236), 45-46: “Diese Pflicht wird (...) als Verbindlichkeit aus dem Rechte der Menschheit in unserer eigenen Person erklärt werden”.

com seus semelhantes. O terceiro tipo de obrigatoriedade jurídica prescreve ao indivíduo a entrar com os demais em uma sociedade na qual cada homem possa conservar o que lhe pertence (*suum cuique tribue*).

Na suposição de que a violação da *lex iuridica* é inevitável, Kant refaz a terceira fórmula ulpiana, preceituando a cada ser humano o mandamento de submeter-se às condições de uma convivência que propicie a cada um a segurança jurídica. Segundo Kant, tal lei da justiça contém por subsunção a dedução do segundo do primeiro tipo de obrigatoriedade, vale dizer, a *lex iuridica* e a *lex iusti* somente se complementam pela obrigação de ingressar num estado que assegure a cada um o seu perante qualquer outro” (*lex iustitiae*)⁵⁶.

Por ser mera explicitação do direito positivo, a teoria pura do direito de Kelsen é incapaz de localizar o ponto de inserção racional da obrigatoriedade jurídica com a normatização do direito estatal. De acordo com Kant, a autopoetização do direito racional legitima o Estado a cobrar dos cidadãos a observância das leis que normatizam o que um homem deve a outro homem e garante a cada um o poder de reivindicar do outro o que lhe cabe por direito.

À revelia de qualquer consideração moral, a obrigatoriedade jurídica de ser fim e não apenas meio, oriunda do direito da humanidade em nossa própria pessoa, exige que cada homem se submeta às leis do Estado no qual vive. Tal obrigação o homem a deve racionalmente a seu semelhante, e todo cidadão tem o direito de exigir seu cumprimento de cada concidadão. De acordo com a *Doutrina do direito*, a estabilidade do Estado de direito depende do cumprimento do dever jurídico de ser fim e não mero instrumento para os demais, ou seja, cada homem tem a obrigação de zelar pela honradez jurídica como condição subjetiva do ordenamento objetivo que afeta a todos.

A única maneira de viver honestamente, desobedecendo a leis estatais das quais se discorda, é abandonar a convivência humana e honrar, solitariamente, a *lex iuridica* que contradiz a injustiça praticada por quem quer que seja contra o semelhante.

⁵⁶ *Ibidem* (237): “Tritt in einen Zustand, worin jedermann das Seine gegen jeden anderen gesichert sein kann” (*lex iustitiae*).

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Alber, 1992.

ALLISON, Henry. Kants Doctrine of Obligatory Ends. In: *Idealism and Freedom*. Essays on Kant's Theoretical and Practical Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

AQUINO, Tomás de. *Summa theologica/Suma teológica*. Ed. bilingüe, v. 1. Trad. do latim por Alexandre Corrêa. Porto Alegre/Caxias do Sul: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes/Universidade de Caxias do Sul/Sulina, ²1980.

ALVARENGAA Nilson A. Verdade, contingência e falibilismo: a teoria discursiva da verdade de J. Habermas à luz das críticas de A. Wellmer. *Síntese Nova Fase* v. 26, n. 86 (1999) 347-373.

BRANDT, Reinhard. Gerechtigkeit bei Kant. *Jahrbuch für Recht und Ethik*. (Berlin), Bd. 1, 1993.

COELHO, Fábio U. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Limonad, 2000.

DINER – STOLLEIS (Hrsg.). "Hans Kelsen and Carl Schmitt". A juxtaposition. Gerlingen: Bleicher, 1999.

DÜMMETT, Paul. *The Logical Basis of Metaphysics*. London: Metuen, 1991.

DUTRA, Delamar V. *Kant e Habermas*. A reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002 (Coleção Filosofia).

GOMES, Alexandre T. *O fundamento de validade do Direito*. Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit*. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1988.

HABERMAS, Jürgen. Wege der Detranszendentalisierung. Von Kant zu Hegel und zurück. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Philosophische Aufsätze. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1999.

_____. *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt/Main: Suhrkamp, ³1993. Trad. do alemão por Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1991.

HEGEL, Georg W. F. *Phänomenologie des Geistes*. Hamburg: Meiner, ⁶1952. Trad. do alemão por Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, ²1992, vol. 1.

_____. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Hrsg. von J. Hoffmeister.

Hamburg: Meiner, ⁴1955. Trad. do alemão (parcial) por Marcos L. Müller. Campinas, IFCH/UNICAMP, 1998.

HECK & CUBO. A norma fundamental e a organização científica do direito. *Fragmentos de Cultura*. (Goiânia), v. 12 (especial), 2002.

HECK, José N. *Direito e moral: duas lições sobre Kant*. Goiânia: Editoras UFG/UCG, 2000.

HEIDEMANN, Cartens. *Die Norm als Tatsache*. Zur Normentheorie Hans Kelsens. Baden-Baden: Nomos, 1997.

HOBBS, Thomas, *Leviathan*. Ed by R. Tuck. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 1991. Trad. do inglês por João P. Monteiro e Maria Beatriz N. da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974 (Col. Os Pensadores).

HÖFFE, Otfried. Der kategorische Rechtsimperativ "Einleitung in die Rechtslehre". KANT. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Hrsg. von O. Höffe. Berlin: Akademie Verlag, 1999 (Klassiker Auslegen – Bd. 19). Trad. do alemão por Valério Rohden. *Studia Kantiana*. (Rio de Janeiro) vol. 1, n. 1, 1998.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin/Heidelberg/New York: Springer, ⁶1995.

LUDWIG, Bernd. Hobbes-Kant-Höffe. Eine moderne Renaissance des Naturrechtsdenkens? KERSTING (Hrsg.). *Gerechtigkeit als Tausch*. Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Poder*. Trad. do alemão por Martine C. de Rezende Martins. Brasília: EDUNB, ²1985.

KANT, Immanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Hrsg. von B. Ludwig. Hamburg: Meiner, 1986.

_____. *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*. Hrsg von K. Vorländer. Hamburg: Meiner, 1965. Trad. do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1992.

_____. *Kritik der praktischen Vernunft*. Hrsg. von K. Vorländer. Hamburg: Meiner, 1967. Trad. do alemão por Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1989.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl. Wien: Franz Deutike, 1960. Trad. do alemão por João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, ²1987.

_____. *Allgemeine Theorie der Normen*. Hrsg. von K. Ringhofer und R. Walter. Wien: Manz, 1979. Trad. do alemão por José F. Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986.

_____. The Idea of Justice in the Holy Scriptures. *What Is Justice?* Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1971.

_____. *Was ist Gerechtigkeit*. Wien: Deuticke, 1953.

_____. Platonic Justice. *What Is Justice?* Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1971.

_____. Aristotle's Doctrine of Justice. *What Is Justice?* Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1971.

_____. The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science. *What Is Justice?* Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1971.

_____. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1911.

KERSTING, Wolfgang. *Thomas Hobbes*. Zur Einführung. 2., überarb. Aufl. Hamburg: Junius, 2002.

_____. *Politik und Recht*. Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie. Göttingen: Velbrück Wissenschaft, 2000.

_____. *Wohlgeordnete Freiheit*. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1993.

_____. (Hrsg.). *Gerechtigkeit als Tausch*. Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1997.

_____. Die Verbindlichkeit des Rechts. *Recht, Gerechtigkeit und demokratischen Tugend*. Abhandlungen zur praktischen Philosophie der Gegenwart. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1997.

PAULSON, Stanley et al. *Normativity and Norms*. Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998.

_____. On Ideal Form, Empowering Norms, and "Normative Functions". *Ratio Juris* 3 (1990).

_____. Die unterschiedlichen Formulierungen der "Grundnorm". In: AARNIO, A. et al. (Hrsg.). *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. Festschrift für W. Krawietz zum 60. Geburtstag. Berlin, 1993.

SPAEMANN, Robert. Die Utopie der Herrschaftsfreiheit. RIEDEL, Manfred. *Rehabilitation der praktischen Philosophie*. Bd. I. Freiburg: Rombach Verlag, 1982.

WALTER, Robert. *Hans Kelsens Rechtslehre*. Baden-Baden: Nomos, 1999.

_____. Die Grundnorm im System der Reinen Rechtslehre. In: AARNIO, A. et al. (Hrsg.). *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. Festschrift für W. Krawietz zum 60. Geburtstag. Berlin, 1993.

WEBER, Max. *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*. Band 1. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1920.

WELLMER, Albrecht. *Ethik und Dialog*. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1986.

WENZEL, Uwe J. “Metaphysik ohne Metaphysik”? Unsystematische Überlegungen zur Systematik der Kant-Interpretation Otfried Höffes. KERSTING (Hrsg.). *Gerechtigkeit als Tausch*. Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1997.

Endereço do autor:

Av. T-4 c/ T-65 – Setor Bueno

Ed. B. Landeiro, 1077/A 903

74.230-120 Goiânia GO

e-mail heck@internacional.com.br