

A autoridade do Direito: os caminhos entre Hans Kelsen e Robert

Alexy



1. Uma breve introdução

A autoridade do Direito brasileiro está em crise. A afirmação, que tristemente já virou senso comum no contexto jurídico brasileiro, tem várias explicações. Poder-se-ia fundamentá-la com base na crise política pela qual passamos[1] ou, quiçá, nas recorrentes posturas iluministas do Judiciário[2]. Ainda, alguém, possível e acertadamente, poderia baseá-la no fraco ensino jurídico do país[3], num neopragmatismo realista ou na presença excessiva de leões[4] no ecossistema brasileiro.

O ponto é que o Direito tem perdido espaço para, conforme o professor Lenio Streck sempre adverte, seus predadores, como a moral, a política e a economia. Neste cenário, esta coluna tem o singelo objetivo de contribuir, um pouco, para demonstrar a (óbvia) importância de se manter a autoridade do Direito — afirmação com a qual tanto os positivistas como os não positivistas estão de acordo, apesar de chegarem a essa conclusão por referenciais, bases e argumentos distintos. Assim, essa é a temática, ou seja, uma aproximação entre expoentes das duas correntes que conseguem dialogar de forma razoável sobre a importância da autoridade do Direito.

Assim, encontram-se Robert Alexy e Hans Kelsen para demonstrar as linhas comuns que fundamentam a importância da autoridade do Direito. Espera-se, com isso, auxiliar na reflexão de algo tão singelo e, pelo menos em território pátrio, tão complexo como o efetivo respeito pelo Direito.

2. Robert Alexy e uma sucinta explicação sobre os princípios formais e a autoridade do Direito

Iniciamos, então, com Alexy. O polêmico autor alemão entende que o conceito do Direito é composto de três elementos: (i) a decretação de acordo com a ordem jurídica vigente; (ii) a eficácia social do Direito; e (iii) a correção quanto ao conteúdo. Na sua teoria, o decretado e o eficaz formam o lado fático e institucional do Direito. Já a correção, esta forma a sua dimensão ideal. Esses três elementos constituem uma dupla fundamentação do sistema jurídico[5].

Alexy indica que o positivismo jurídico compreende como Direito apenas os dois primeiros, ou seja, o estabelecimento em conformidade com o Direito posto e a eficácia social. Seu conceito, por sua vez, incorpora a correção moral.

A relação entre o ideal e o fático, para Alexy, é de destacada importância. Isso porque os elementos positivistas preponderam sobre o elemento ideal. A partir dessa prevalência, o autor assinala que, em situação dita normal, a decretação de decisões de acordo com a ordem jurídica e a sua eficácia social determinam um valor superior à segurança jurídica do que à correção do conteúdo[6].

Os elementos positivistas do Direito, para Alexy, originarão um conceito interessantíssimo e objeto de diversos debates relacionados à Teoria dos Princípios. Esse conceito é o dos princípios formais.

Na teoria alexyana, a divisão entre princípios substantivos e princípios formais possui um importante papel, visto que os princípios formais formam uma das bases da teoria. Ambos são princípios, então, ambos são mandamentos otimizáveis *prima facie* diante das possibilidades fáticas e jurídicas da situação concreta. A diferença entre eles virá dos objetos de otimização, enquanto os princípios substanciais otimizam direitos fundamentais como vida, liberdade de expressão e outros; os princípios formais visam à otimização de decisões legais legítimas independentemente de seu conteúdo[7]. Aqui cumpre citar que não se refere apenas a decisões judiciais, mas principalmente a decisões legislativas e provenientes do Executivo também, ou seja, decisões políticas sobre qual lei promulgar ou qual política pública seguir.

Assim, os princípios formais exigem que a autoridade das normas e sua eficácia social sejam otimizadas. Alexy desenvolve ativamente o princípio formal da democracia como forma de limitar o âmbito de controle dos tribunais — especialmente das cortes supremas.

Contudo, a ideia por trás da concepção dos princípios formais é de relevantíssimo valor para o Direito brasileiro, pois se trata do respeito pela autoridade do Direito — entendido num sentido amplo que engloba tanto o respeito pelas instituições democráticas como pelas decisões, sempre limitadas pelo Direito, que delas advém. Independentemente das consequências que a (má) recepção da tese alexyana teve no Brasil, é ilustrativo que a maior preocupação teórica atual do autor seja formas de (re)afirmar a autoridade do Direito perante questões como moral, política e economia.

3. A importância de se seguir o ordenamento jurídico na Teoria de Hans Kelsen

Aprofundamos a perspectiva de Hans Kelsen agora. O famoso autor austríaco é um dos principais expoentes do positivismo jurídico. Antes de iniciarmos na visão do autor sobre a autoridade do Direito, devemos lembrar que Kelsen desenvolve sua teoria a partir da compreensão de que há um vínculo inerente entre a democracia e o Direito de um lado, e o relativismo moral de outro. Segundo o autor[8], aceitar a existência de valores morais absolutos possibilitaria que detentores de poder reivindicassem a capacidade de assinalar quais eram os valores certos e quais não eram, o que desembocaria em regimes autoritários. Trata-se de uma compreensão completamente diversa do papel da moral na experiência jurídica na comparação com Alexy. Enquanto este defende um cognitivismo moral, aquele defende um emotivismo moral. Contudo, ambos os autores defendem e estabelecem instrumentos teóricos para fundamentar e proteger a autoridade do Direito.

Kelsen entende que o Direito é uma ordem de conduta humana composta de um sistema de normas cuja unidade é constituída pela pressuposição de todas elas terem o mesmo fundamento de validade[9], tendo tais normas, como conteúdo necessário, sanções socialmente imanentes e organizadas e, principalmente, globalmente eficazes. Reflexos da conceituação de Kelsen podem ser percebidos na sistematização alexyana.

Assim, dentro do próprio conceito de Direito de Kelsen, identificam-se os dois elementos que Alexy cunha de elementos positivistas, quais sejam: (i) a decretação de acordo com a ordem, presente na compreensão de que se trata de um sistema de normas com o mesmo fundamento de validade, assim, o decretado (as diversas normas para Kelsen) deve estar sempre em conformidade com a ordem jurídica vigente, que tem sua validade numa estrutura escalonada que finaliza na norma pressuposta fundamental; (ii) a eficácia social do Direito — presente na regulação da conduta humana, ou seja, o Direito só é Direito se consegue regular a atividade humana, sendo, portanto, a eficácia social um requisito elementar desse conceito.

A origem de toda autoridade do ordenamento jurídico na visão kelseniana é a noção da norma pressuposta fundamental. O sistema jurídico normativo será fundamentado pela recondução de validade de todas as normas jurídicas a essa *Grundnorm*. Ela é o fundamento de validade comum[10]. Essa norma pressuposta fundamental inaugura a cadeia de validade pela qual vai se estender a totalidade do sistema normativo.

Desse modo, o que atribui validade jurídica (sentido objetivo) para o ato de vontade posto por um juiz (sentença) para que determinado cidadão seja enforcado (pena de morte) é a existência de uma norma jurídica imediatamente superior que determina: “quando X elementos estiverem presentes, a pena por enforcamento deve ser decretada pela autoridade judiciária”. Em outras palavras, para Kelsen, nada difere, em termos subjetivos, o comando de um juiz para que se execute uma pena de morte e o comando de um criminoso para que se execute uma pessoa Y do seu interesse. A diferença repousa na existência de um elemento deontológico (norma jurídica) que atribui sentidos objetivos diversos a essas duas situações subjetivamente não diferenciáveis.

Assim estrutura-se todo o ordenamento jurídico: o comando X não terá autoridade jurídica com base em elementos da ordem do ser, mas apenas na medida em que corresponder a um comando Y imediatamente superior, por sua vez correspondente a um outro comando posto, até que se atinja o último comando posto de um dado ordenamento jurídico observável. Quando os elementos positivos não são mais identificáveis, deve-se pressupor a autoridade deste último comando pela norma (pressuposta) fundamental.

Pelo princípio dinâmico dos ordenamentos jurídicos[11], portanto, Kelsen estrutura um elemento formal de validade do Direito como forma de reforçar a própria autoridade do Direito. O provável erro de Kelsen é o de abranger a tal ponto a interpretação judicial de forma que incorpore argumentos morais, políticos e econômicos para dentro do Direito, tornando-os jurídicos a partir da criação de normas tanto pela via democrática como pela judicial. Contudo, parece-nos acertado entender como uma forma de reafirmação da autoridade do Direito.

4. Últimas palavras sobre autoridade

A concepção de Kelsen, por óbvio, é insuficiente num Estado Democrático de Direito como o brasileiro, uma vez que também o controle da decisão judicial (por intermédio de uma teoria da decisão) e a

perspectiva da validade material diante da supremacia da constituição são exigências inafastáveis. Contudo, o reforço de critérios formais aptos a reafirmar a autoridade do Direito, pelo menos no nosso contexto pátrio, é bem-vindo.

Esse é precisamente o sentido da elaboração dos princípios formais na Teoria dos Princípios, ou seja, uma maneira de reafirmar a autoridade do Direito, agora com o professor Streck, diante dos seus predadores naturais. Diante disso é que a aproximação dos dois autores pode trazer instrumentos interessantes para a ciência jurídica brasileira.

Por fim, lembramos que reafirmar a autoridade do Direito brasileiro é essencial para a própria ideia de democracia. Diante das crises política, jurídica, educacional e, acima de todas, institucional, o respeito pelo ordenamento jurídico apresenta-se como o melhor caminho para sairmos delas.

-
- [1] <https://exame.abril.com.br/brasil/brasil-enfrenta-maior-crise-politica-dos-ultimos-30-anos-diz-pesquisa> e <https://www.conjur.com.br/2016-jan-25/papel-jurista-face-crise-politica-institucional>.
- [2] <http://www.fundacaoastrojildo.com.br/2015/2018/12/22/oscar-vilhena-vieira-a-funcao-moderadora> e <https://www.conjur.com.br/2019-jan-03/lenio-streck-verdadeira-autoridade-supremo-tribunal-diante-crisis>.
- [3] <https://emporiadodireito.com.br/leitura/abdpro-91-professores-de-direito-sao-eunucos-num-harem-notas-sobre-academicos-e-praticos#.XRiu3w6RkNo.whatsapp>
- [4] <https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/senso-incomum-prova-direito-prova-qualquer-coisa>.
- [5] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4. Ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 19.
- [6] Ressalta-se, segundo Alexy, que há casos em que essa prioridade muda, por exemplo, na aplicação da fórmula de Radbruch, o que demonstra a complementação entre a ordem jurídica, a eficácia social e a pretensão de correção quanto ao conteúdo (Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, 2015). Assim, não se trata de uma proposta de vinculação absoluta entre Direito e moral ou de uma justificação moral para as manifestações do Direito. Trata-se, na perspectiva da Teoria dos Princípios, de aceitar que o Direito incorpora a moral como limite externo de modo a superar o juspositivismo acrítico. As críticas a essa concepção de Direito são diversas. Por todos, indica-se: Lenio Streck no *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito pela Casa do Direito e nas Lições de Crítica Hermenêutica do Direito pela Livraria do Advogado*.
- [7] ALEXY, Robert. *Formal principles: some replies to critics*. In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol 12, I. July of 2014, p. 511-524.
- [8] Kelsen, Hans. *Esencia y Valor de la democracia*. Trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934.
- [9] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 33.
- [10] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 217.
- [11] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 220.

Date Created

27/07/2019