

PIRÂMIDE NORMATIVA DE KELSEN: ANÁLISE SOB AS TEORIAS CONSTITUCIONALISTAS DE FERDINAND LASSALE E KONRAD HESSE

Rafael Souza Carvalho

Graduando em Direito pela UFRR
rafaelcarvalho@hotmail.com

RESUMO

No estudo do direito constitucional, mais do que em qualquer outro ramo, há a discussão da origem de validade e eficácia de normas jurídicas. A presente pesquisa procura analisar a validação da Constituição e leis individuais na famosa pirâmide jurídica de Hans Kelsen, conjugando-a com os entendimentos dos fatores reais de poder de Ferdinand Lassale e da teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse.

PALAVRAS CHAVE:

Direito. Constituição. Lassale. Hesse. Kelsen.

ABSTRACT

In the study of constitutional law, more than in any other field there is a discussion of the origin of validity and effectiveness of legal norms. This study attempts to examine the validation of the Constitution and individual laws in the famous Hans Kelsen's legal pyramid combining it with the understanding of the real factors of power by Ferdinand Lassalle and the theory of normative force of the Constitution by Konrad Hesse.

KEYWORDS:

Law. Constitution. Lassalle. Hesse. Kelsen.

INTRODUÇÃO

É pacífico o entendimento de que todas as leis infraconstitucionais devem buscar seu fundamento da Constituição do país, que assim atua e irradia-se por todo o ordenamento jurídico. Porém, no estudo do Direito Constitucional, a validação das normas encontra certa divergência doutrinária no que diz respeito a forma de legitimação da lei fundamental.

De onde a Constituição retira seu fundamento de validade e o que legitima seu poder absoluto na ordem interna de um país? Para encontrar a resposta, através da análise qualitativa (de conteúdo) dos dados da pesquisa bibliográfica, faço a comparação das teorias de três pensadores do Direito, conjugando a ideia da pirâmide normativa de Hans Kelsen com os entendimentos dos fatores reais de poder de Ferdinand Lassalle e a força normativa da Constituição de Konrad Hesse.

LASSALE E OS FATORES REAIS DE PODER

Ferdinand Lassalle, em sua exposição, critica os conceitos de Constituição por serem apenas a exposição da percepção externa, sem tocar na essência do que seria o fato em si. Este começa então a analisar comparativamente, primeiro expondo as semelhanças e diferenças entre a lei e o texto constitucional. Neste sentido, percebe que, como as normas jurídicas positivadas, a Constituição também precisa ser aprovada por um corpo legislativo e tem estrutura de lei, porém, seu tratamento é especial em todos os sentidos, sendo exigidos ritos diferenciados para sua alteração e tendo um prestígio e poder maiores. Ela é muito mais do que uma lei, podendo ser considerada como a lei fundamental.

Sendo fundamental, a Constituição deve ser a lei básica da qual o fundamento de todas as outras leis (ordinárias) é extraído. Ela atua e irradia-se por todas as demais. Surge pela exigência da necessidade das forças determinantes de que as instituições jurídicas sejam o que são.

Essas forças são o que o autor chama de fatores reais de poder. Elas atuam politicamente para conservação das instituições vigentes conforme suas aspirações, havendo uma relevante homogeneidade de interesses desses grupos

dominantes que legitimam a ordem constitucional. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder (HESSE, 1991).

A Constituição, de acordo com Lassale (2000), vai ser a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação. Além de se confundir com os fatores, a Constituição é uma exigência da necessidade deles. É pela positivação que os fatores reais se tornam fatores jurídicos. Atentar contra essa lei fundamental é ir de encontro aos valores máximos presentes e protegidos por uma sociedade.

Entretanto, é importante salientar que o autor estabelece uma clara distinção entre Constituição escrita e real. A primeira é a positivada, que não necessariamente estará conforme a segunda, que é efetivamente a soma dos valores reais de poder. A capacidade de regular e motivar da escrita estaria limitada a sua compatibilidade com a real. Uma boa lei fundamental corresponde à Constituição real, tendo suas raízes nos fatores reais de poder que regem o país, se não, é apenas um pedaço de papel. Afinal a legitimidade da lei fundamental provém de sua correspondência aos fatores reais do poder.

Portanto, problemas constitucionais não são de Direito, mas sim políticos. A Constituição é expressão da relação de poderes militar, econômico, social e intelectual.

KONRAD E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Konrad Hesse (1991), em sua resposta a Lassale, aceita a ideia dos fatores reais de poder que tem concretas provas na história do mundo. Porém, acredita ele existir uma força determinante no Direito Constitucional, de forma que há um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica (escrita) e a realidade político-social.

Na opinião de Hesse, a teoria de Ferdinand Lassale peca por considerar unilateralmente a realidade política e social, ignorando o significado da ordenação jurídica. Continuando seu raciocínio, ele percebe que ao contemplar apenas o ordenamento jurídico, como Kelsen, ou a norma está em vigor ou é derogada. A ênfase em uma ou outra direção leva quase inevitavelmente os extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. (HESSE, 1991)

A pretensão de eficácia da Constituição (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada de suas condições históricas de realização, devendo-se considerar a condição natural, econômica, técnica e social do povo. É preciso considerar também os valores que influenciam a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. (HESSE, 1991)

A lei fundamental não é apenas um reflexo das condições fáticas das relações de poder (forças sociais e políticas), ela procura imprimir ordem e conformação. “A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas” (HESSE, 1991)

Constituição real e jurídica condicionam-se mutuamente, mas não dependem exclusivamente uma da outra como Lassale pretendia ao dizer que a lei fundamental é apenas um pedaço de papel que não tem eficácia se não em conformidade com as relações fáticas dos fatores reais de poder.

HANS KELSEN E A PIRÂMIDE JURÍDICA

Para Kelsen (2005), a Constituição se aplica não por ser eficaz, mas por ser válida, pois a considera como norma pura, desprovida de essência expressiva ou representativa de forças ou pressupostos ideológicos. O fundamento de validade de uma norma seria outra norma, não um fato.

A norma hipotética fundamental é aquela cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior, ela é o vínculo entre todas as diferentes normas que constituem a ordem jurídica. Toda norma tem como fundamento uma outra superior, mas a procura dessa validade não é infinita na teoria de Hans Kelsen, “ela é limitada por uma norma mais alta que é o fundamento último de validade de uma norma dentro de um sistema normativo.” (KELSEN, 2005, p. 163)

Não se preocupando com eficácia, mas apenas validade, o autor propõe a inquestionabilidade da norma jurídica a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com valores morais ou políticos. A norma fundamental de uma ordem jurídica é a regra postulada como definitiva, de acordo com a qual as normas dessa ordem são estabelecidas e anuladas, recebendo ou perdendo sua validade (KELSEN, 2005).

Percebemos aqui que Kelsen não considera as relações fáticas e nem discute a eficácia, se preocupando apenas com a validade das normas com fundamento na norma superior. Mas, quando da criação do Direito, ele admite a possibilidade

em que “o Direito tem sua origem no costume, ou seja, em uma linha de conduta de observância generalizada, durante a qual os indivíduos atuantes não têm o propósito consciente de criar Direito” (KELSEN, 2005, p. 167)

Apesar de dar contornos teóricos amplos, o autor não confunde a norma hipotética fundamental com a Constituição, como Lassalle. São os pressupostos da primeira que dão validade às declarações daqueles a quem a Constituição confere poder criador de leis são normas de caráter obrigatório (KELSEN, 2005).

A norma hipotética fundamental

prescreve que devemos nos conduzir como os ‘pais’ da constituição e os indivíduos autorizados (delegados) – direta ou indiretamente – pela constituição ordenam. [...] A função integral dessa norma básica é conferir poder criador de Direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro. (KELSEN, 2005, p. 169 - 170)

Esquematisando a ideia de validação das normas por escalonamento, temos a figura da pirâmide normativa em que no topo está a Constituição, e abaixo toda a normatividade interna, acima da lei básica, está a norma hipotética fundamental.

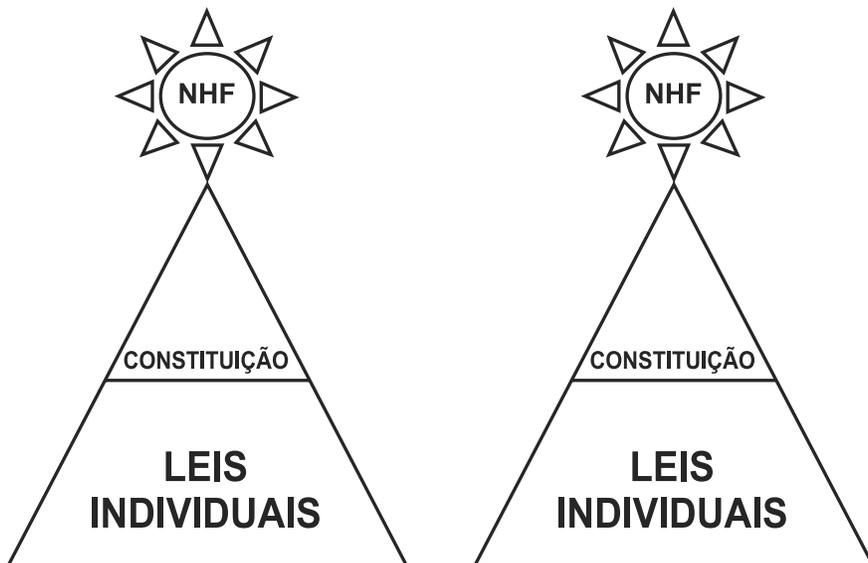


FIGURA 1: Pirâmide Normativa de Kelsen

CONCLUSÕES

Para Kelsen, a norma fundamental é um pressuposto que antecede a própria ordem jurídica que dela deriva, mas dela não é parte. Na pirâmide normativa, o topo é ocupado pela Constituição, e sob ela estão todas as chamadas leis individuais que devem buscar o seu fundamento último na carta magna. Acima da Constituição, porém, está a norma hipotética fundamental de Hans Kelsen.

A norma fundamental de Kelsen é a soma dos fatores reais de poder de Lassale, porém, enquanto o primeiro separa a norma básica da Constituição e considera apenas a validade, na teoria do segundo, as duas coisas se confundem. Hesse, como Kelsen, também as separa, não colocando a validade na conformidade com os fatores reais de poder, mas mostrando que a Constituição tem sua própria força para influenciar as relações fáticas.

REFERÊNCIAS

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. SA Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.