

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

PABLO ROAR JUSTINO GUEDES

CRÍTICA DA NORMA FUNDAMENTAL

**SOUSA - PB
2016**

PABLO ROAR JUSTINO GUEDES

CRÍTICA DA NORMA FUNDAMENTAL

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Epifanio Vieira Damasceno.

PABLO ROAR JUSTINO GUEDES

CRÍTICA DA NORMA FUNDAMENTAL

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Epifanio Vieira Damasceno.

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: ___/___/___.

Orientador: Prof. Epifanio Vieira Damasceno.

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

A Ronaldo e Geralda, meus pais, por todo esforço empreendido na minha formação moral e intelectual, dedico esta monografia.

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Arquiteto do Universo, princípio de toda inspiração, pelos muitos beneplácitos com que coroou minha caminhada.

Aos meus irmãos, Ronaldo e Alexandre, pelo amor e admiração que sempre me dispensaram, fazendo com que sempre quisesse caminhar de modo a ser digno deles.

Ao meu avô, Manoel Batista Guedes (*in memoriam*), por ter sempre me abrigado à sombra de sua memória e no exemplo que a fidalguia do seu caráter me deu.

Ao meu avô, Francisco Justino (*in memoriam*), que sonhou comigo tantas vezes a alegria de ter o primeiro neto formado, e não pode viver para tanto; que a conquista desta vitória honre o amor que lhe dedico.

Ao meu tio, Manoel Batista Guedes Filho, com amor e gratidão por todos os ensinamentos que me ofertou.

A Mirele, que iluminou minha jornada e dividiu comigo todos os frutos daí advindos.

A minha Família, pelos muitos valores que me ensinaram; pelo amor, o carinho e todo o apoio.

Ao meu Venerável Mestre, Dr. Antonio Pereira dos Anjos, que, desde muito cedo, teve paciência e zelo em me ensinar as mais preciosas lições na advocacia.

Ao meu orientador, Prof. Epifanio, por ser um instrutor, um amigo e um guia, desde os meus primeiros passos nos intrincados arcanos do normativismo.

A Haylemo, Gmael, Pedro e João, meus amigos, por trazerem, na companhia de cada um de vocês, a sensação de estar em família, ainda que longe de casa.

Aos Mestres, por todo o aprendizado adquirido e participação no meu processo de construção acadêmico e profissional.

“Toda indagação sobre algo procura antes de tudo legitimar-se por meio de um *como é permitido perguntar?*”

Hans Kelsen

RESUMO

Partindo da concepção de crítica em Kant, este libelo pretende escrutinar os elementos essenciais ao conceito da norma fundamental, dentro do projeto juspositivista de Hans Kelsen. Para consecutir as ambiciosas pretensões arguidas, faz-se imprescindível traçar uma breve análise sobre a concepção da ciência do direito no século XIX para, *ex negativo*, os postulados do positivismo do século XX. Por conseguinte, as concepções da norma fundamental na fase clássica da Teoria Pura do Direito (1920-1961) bem como na última fase de sua produção teórica (1961-1973 [1979]), precisam ser comparadas, de modo a permitir a correta compreensão da última concepção de Kelsen a respeito deste intrincado tema. Ademais, pelas sumárias exposições que o autor da Teoria Pura do Direito apresentou em suas obras, as raízes filosóficas das suas duas maiores teses, a norma fundamental como hipótese lógico-transcendental e ficção, foram minuciosamente expostas, a fim de permitir a edificação de críticas mais contundentes e apuradas, para, finalmente, eleger qual das concepções apresentadas é mais condizente com o projeto intelectual do normativismo jurídico.

Palavras-chave: Norma Fundamental. Hipótese. Lógico-Transcendental. Ficção.

ABSTRACT

Starting from the critical design in Kant, this work discusses the essential elements to the concept of basic norm, within the theory of the right of Hans Kelsen. To achieve these objectives, it is necessary to present a brief analysis of the concept of the right of science in the nineteenth century to, ex negative, the postulates of positivism of the twentieth century. Therefore, the concepts of the basic norm in the classical phase of the Pure Theory of Law (1920-1961) and in the last phase of his theoretical production (1961-1973 [1979]), need to be compared, in order to allow the correct understanding the latest design in Kelsen about this intricate subject. In addition, the summary explanations that the author of the Pure Theory of Law presented in his works, the philosophical roots of its two major theses, the basic norm as logical and transcendental hypothesis and fiction, have been thoroughly exposed in order to allow the building of critical more forceful and determined to finally elect which of the presented concepts is more consistent with the intellectual project of the legal normativism.

Keywords: Basic Norm. Hypothesis. Logical Transcendental. Fiction.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo;

I.E. – *Id est* (isto é);

S.D. – Sem data;

T.B. – também;

V.G. – *Verbi gratia* (por exemplo).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DE ORIGEM DA NORMA FUNDAMENTAL (GRUNDNORM)	13
2.1 OS PILARES DE SUSTENTAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	14
2.2 A ESTRUTURA ESTÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO	22
3 A NORMA FUNDAMENTAL EM PERSPECTIVA KANTIANA: A REVOLUÇÃO COPERNICANA	26
3.1 DA POSSIBILIDADE DOS JUÍZOS SINTÉTICOS <i>A PRIORI</i> E SUA INFLUÊNCIA SOBRE A TEORIA DA NORMA FUNDAMENTAL	29
3.1.1 A influência de Hermann Cohen	32
3.2 A NORMA FUNDAMENTAL NA FASE CLÁSSICA (1920-1961) DA TEORIA PURA DO DIREITO	33
4 A NORMA FUNDAMENTAL COMO FICÇÃO JURÍDICA	40
4.1 A FILOSOFIA DO “COMO SE” DE HANS VAHINGER	41
4.2 O SENTIDO DO PENSAMENTO KELSENIANO SOBRE A NATUREZA DA NORMA FUNDAMENTAL: DA FICÇÃO PARA A HIPÓTESE.....	45
4.3 A NORMA FUNDAMENTAL DE NATUREZA FICTÍCIA: A FASE FINAL DA TEORIA PURA DO DIREITO (1961-1973 [1979]).....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	56
REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES	58

1 INTRODUÇÃO

Em 19 de abril de 1973, expirava em Berkeley, EUA, Hans Kelsen, reputado por muitos, o maior jurista do século XX. Inspirador dos mais notáveis juristas que lhe sucederam, tanto nas ciências jurídicas, como também nas ciências sociais. Foi professor em Viena, Colônia, Genebra, Praga, Cambridge e Berkeley, além de magistrado na Corte Constitucional Austríaca entre 1921 e 1930. Todavia, seu nome se registraria pela posteridade como o criador da Teoria Pura do Direito.

Na edificação de sua teoria do Direito, Kelsen estabeleceu que a Teoria Pura do Direito é uma teoria positivista, pois encara o seu objeto de estudos, a norma jurídica, como o sentido objetivo de atos de vontade humanos, se opondo a todas as teorias do direito que pretendessem compreendê-lo como uma emanção da natureza, da razão, de Deus, etc.

Para a Teoria Pura do Direito, o fundamento derradeiro de validade de um ordenamento jurídico globalmente eficaz é a norma fundamental (*Grundnorm*) hipotética, pressuposta pelo jurista com a finalidade de descrever este ordenamento jurídico de maneira estritamente científica. A norma fundamental tem por finalidade precípua estabelecer as condições de apreensão intelectual da ciência do direito. Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem caráter eminentemente gnosiológico e epistemológico. Esta tese se originou da influência do pensamento de Immanuel Kant da Lógica Transcendental na Crítica da Razão Pura, considerando que, segundo ele, a atitude metodológica determina o objeto de análise.

Por outro turno, conforme maioria esmagadora dos jusfilósofos que se debruçam sobre a Teoria Pura do Direito, seu autor teria mudado sua opinião sobre o fundamento de validade de sua Teoria, ao abandonar Kant e adotar a teoria da ficção de Hans Vaihinger.

Este acontecimento foi de grande repercussão no meio jurídico, uma vez que tais considerações são posteriores a publicação da edição definitiva da Teoria Pura do Direito (1960), e foram reforçadas pela publicação pelo Instituto Hans Kelsen de Viena, da obra póstuma do autor, Teoria Geral das Normas (1979).

A despeito das divergências sobre a tese final de Kelsen, é imprescindível que se note e destaque as diferenças entre as mesmas, como também suas respectivas alterações na Teoria Geral do Direito.

Tendo em mãos a totalidade do projeto teórico de Kelsen, em suas máximas expressões, a Teoria Pura do Direito (1960) e a Teoria Geral das Normas (1979), é possível traçar um paralelo comparativo entre as concepções defendidas pelo autor, para, quiçá, esboçar, a nascente do pensamento que resguarda a derradeira fonte de validade no escalonamento vertical de normas proposto.

É preciso indagar aqui se a Teoria Pura do Direito evoluiu da tese kantiana para a vaihingeriana ou se o contrário é verdadeiro. Também se questiona, qual dessas teorias melhor defende os postulados metodológicos gerais da Teoria Pura do Direito e quais são as diferenças e semelhanças básicas que lhes guardam.

O primeiro passo que possibilita a resposta para as indagações levantadas é comparar a ciência do direito do século XIX com a do século XX, a fim de compreender quais as inovações metodológicas empreendidas por Kelsen e sua permanência ou alternância na sua Teoria Geral do Direito, haja vista que a ciência do direito do século XIX foi, para a Teoria Pura do Direito, uma influência *ex negativo*.

Não se trata, portanto, de uma análise minuciosa entre todos os elementos da ciência do direito nestas duas etapas históricas, mas, tão somente, daquelas características que o próprio Kelsen reputou como fundamentais para a edificação do projeto teórico do normativismo jurídico.

A bem da verdade, muitas das concepções propedêuticas defendidas por Kelsen e que resumem a Teoria Pura do Direito parecem, ao jurista contemporâneo, assaz óbvias; no entanto, até o início do século XX representavam inovações significativas no campo da Teoria Geral do Direito e confrontavam as concepções já solidificadas sobre o direito.

Para analisar as teorias apresentadas por Kelsen sobre a norma fundamental, e descortinar suas implicações sobre a ciência do direito, é preciso recorrer a alguns expoentes que precederam a Teoria Pura do Direito. Tal iniciativa se justifica pela exposição sumária das bases filosóficas do normativismo jurídico, vale dizer, Kelsen não se ocupava com a minúcia devida sobre o esteio filosófico que lhe sustentava, por não querer abrigar-se na condição de filósofo.

Outra não é a razão pela qual nomeou-se este trabalho de crítica da norma fundamental, uma vez que, na concepção da filosofia transcendental de Kant, crítica assume o significado de análise, estudo criterioso ou exame, muito superior a simples ideia de apontamentos sobre os aspectos negativos de algo. Outrossim, a

norma fundamental será vista sob este prisma, trazendo à baila explicações e fundamentos que a Teoria Pura do Direito extirpou do seu corpo textual.

Só se cogita, destarte, tal empreendimento, para consecutir com precisão qual das duas teses, da norma fundamental como hipótese lógico-transcendental ou como ficção, melhor se adequa ao arcabouço teórico da Teoria Pura do Direito.

2 OS PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DE ORIGEM DA NORMA FUNDAMENTAL (GRUNDNORM)

A Teoria Pura do Direito, longe de ser apenas um livro, é um projeto teórico trabalhado ao longo de mais de sessenta anos, compreendidos entre o período de 1911 a 1973, com a morte do seu principal expoente, Hans Kelsen. Sua obra, pela natureza intrinsecamente positivista que lhe cinge, foi chamada de normativista, adjetivo que pretendia enfatizar o corte epistemológico e axiológico necessário a edificação de uma Jurisprudência¹ independente e autônoma, concentrada no seu objeto de estudo, a norma jurídica.

Isto basta para evidenciar que a Teoria Pura do Direito, como projeto intelectual, não se desenvolveu de forma monolítica, vale dizer, não nasceu *ex machina*, como Minerva adulta e armada do cérebro de Júpiter, mas seus postulados foram, isto sim, escritos e reescritos, ao passo em que enfrentavam diversos percalços ao longo de sua trajetória.

É imprescindível à sua devida compreensão, a apresentação dos postulados fundamentais que lhes norteiam e que são, ao mesmo tempo, os elementos que se contrapõem ao jusnaturalismo e ao pseudo-positivismo² do século XIX.

Partindo da concepção física de que só aquilo que resiste e se opõe é que dá sustentação, Kelsen delimitou três pilares básicos que sustentavam as teorias do direito natural do século XIX contra os quais ele estabeleceu as bases axiais da Teoria Pura do Direito.

Ademais, no desenvolvimento da estrutura do projeto intelectual de Hans Kelsen, a norma fundamental surge apenas como resposta ao fundamento derradeiro de sua teoria dinâmica do ordenamento jurídico, o que implica dizer, que houve uma fase na Teoria Pura do Direito em que a norma fundamental não possuía os aspectos delimitados na sua fase clássica (1920-1960).

Pode-se tirar daí, desde logo, a premente necessidade em expor também o pensamento pretérito de Kelsen que, para além de um simples exercício de erudição ao estudante médio, permite a compreensão do pensamento jurídico-científico do

¹ O substantivo Jurisprudência, quando grafado com letra maiúscula, é sinônimo de Ciência do Direito, em respeito ao seu significado clássico (REALE, 2009, p. 9).

² Tal termo não foi empregado diretamente na obra de Hans Kelsen, mas está presente na obra do Dr. Gabriel Nogueira Dias para designar os pretensos juspositivistas que não foram fiéis aos postulados metodológicos de sua ciência (cf. DIAS, 2010, pp. 30 e ss.).

século XIX, e sua superação até o descobrimento da norma fundamental na ciência do direito.

2.1 OS PILARES DE SUSTENTAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

A Teoria Pura do Direito concebe como direito apenas o direito positivo (KELSEN, 1986, p. 6), i.e., um direito situado no espaço e no tempo criado por atos humanos, o que quer dizer, por órgãos dos poderes legislativo e judiciário, órgãos administrativos e pelos costumes estabelecidos dentro das sociedades. Não apenas o direito de uma ou outra nação isolada, mas o direito como fenômeno geral das nações, o direito em seu âmbito internacional. Temos, então, uma teoria universal do direito positivo:

[A Teoria Pura do Direito] é uma teoria geral do Direito Positivo. O Direito positivo é sempre o Direito de uma comunidade definida: o Direito dos Estados Unidos, o Direito da França, o Direito mexicano, o Direito internacional. **Conseguir uma exposição científica dessas ordens jurídicas parciais que constituem as comunidades jurídicas correspondentes é o intuito da teoria geral do Direito aqui exposta.** [...] São tema de uma teoria geral do Direito as normas jurídicas, os seus elementos, a sua inter-relação, a ordem jurídica como um todo, a relação entre as diferentes ordens jurídicas e, finalmente, a unidade do Direito na pluralidade das ordens jurídicas positivas (KELSEN, 2000, pp. XXVII-XXVIII) (Os grifos apusemos).

Assim, a Teoria Pura do Direito é uma teoria do positivismo jurídico, posto que desconsidera as normas emanadas de outras fontes, v.g., Deus, a razão, a natureza, etc., que não os atos humanos. Conforme inferimos da obra de Kelsen, ele se contrapõe a duas correntes de pensamento, a saber: o jusnaturalismo e o pseudo-positivismo.

A teoria do Direito natural ou jusnaturalismo, tem como principal característica a defesa de valores transcendentais absolutos (KELSEN, 2001, pp. 71-72), ao passo que também ataca a ideia de relatividade dos valores. Tais posições, portanto, são contrárias ao princípio basilar do positivismo jurídico, i.e., o entendimento de que o direito é produzido através de atos humanos.

Para melhor expor os fundamentos do jusnaturalismo, atribuíssse-lhes três características que lhes são essenciais, quais sejam: 1. A defesa do absolutismo dos valores; 2. A natureza é interpretada como legisladora e suas normas são vinculantes; e 3. A divisão dos planos do objeto de conhecimento.

Em princípio, para o jusnaturalismo, a validade do direito positivo reside em uma ordem imanente na natureza humana, que dita, de forma inequívoca, quais condutas são compatíveis com a natureza e a normalidade e quais não são (KELSEN, 2001, p. 68).

Essas normas são cognoscíveis mediante a análise minuciosa da natureza, que revelará quais normas o homem deve seguir; no entanto, são consideradas válidas prescindindo da aceitação dos sujeitos a quem elas se impõem. Sua validade é de natureza tão geral e invariável quanto às leis da física (KELSEN, 1986, p. 7). O que implica dizer que as normas jurídicas, por derivarem da natureza, jamais podem ser modificadas, sendo, portanto, válidas em todos os lugares, épocas e situações. Estas ideias, impedem os jusnaturalistas de aceitarem a transitoriedade da natureza, motivados, sobretudo, pelo desejo de estabelecer um conceito absoluto de justiça.

Em seguida, “assim como o homem extrai ouro da terra” (KELSEN, 2001, p. 65) os jusnaturalistas o fazem com o direito em relação à natureza. Dos fatos que se passam no plano do ser (*sein*), deduzem normas jurídicas para orientar a conduta humana. Partindo do princípio que toda norma relaciona-se a um ato de vontade que lhe deu origem, e que a natureza de *per si* estabelece prescrições deontológicas para os homens, concluem que a natureza tem vontade própria, e desta, e só desta, emanam as normas do direito positivo.

Como os antigos estoicos e, depois deles, os teólogos cristãos medievais, a vontade criadora do direito natural representa a vontade de Deus, manifesta através da natureza, Sua obra. De tal maneira, que essa concepção reafirma a crença da imutabilidade do direito natural em relação ao direito positivo; pois sua origem divina lhe confere perenidade e validade absoluta, como critério de justiça e injustiça.

Não obstante a pretensão de alguns teóricos em afastar o jusnaturalismo das bases religiosas,³ não lograram êxito em estabelecer as bases para edificar o fundamento de validade do direito natural. Afinal, se o jusnaturalismo elide a vontade de Deus como fundamento último do ordenamento jurídico, perde sua validade absoluta e imutável, de modo que força o jurista a conceber que, na realidade, os valores ditos “imutáveis e perenes” são manifestações de vontade dos próprios

³ *Exempli gratia*, Hugo Grocio que afirmou: “*Est autem jus naturale adeo inmutabile, ut ne quidem a Deo mutari potest*”, ou seja, “o Direito natural é tão imutável que nem Deus pode fazê-lo”. (cf. KELSEN, 2001, p. 66).

teóricos do direito natural, motivo que justifica satisfatoriamente os inúmeros equívocos e desacordos entre eles. Neste sentido, a costumeira erudição do Mestre de Viena, fornece exemplos mais notáveis do que aqueles que eventualmente se poderiam expor:

[...] Por ejemplo, Robert Filmer, enseñan que la autocracia es la forma natural, es decir, justa de gobierno. En tanto que otros, como John Locke, la reconocen em la democracia. Otros, *verbi gratia*, Richard Cumberland, afirman que sólo la propiedad individual está acorde con la naturaliza, ya que la propiedad colectiva es contraria a ella; en tanto que, todavía otros más, como por ejemplo, Morelly, sostienen que es precisamente a la inversa, que la propiedad individual, fuente de todos los males sociales, constituye una violación a la ley de la naturaliza, y que sólo la propiedad colectiva, o sea, el comunismo, es el orden justo y natural de la sociedad (KELSEN, 2001, p. 67).⁴

O derradeiro fundamento do jusnaturalismo afirma que o direito positivo só é considerado válido quando corresponde materialmente – i.e., ao conteúdo – às normas deduzidas do direito natural, pois estas encerram em si os píncaros da justiça. O direito, portanto, está atrelado aos valores de uma ordem supra-humana que, como já foi dito, pode ser derivada de Deus, da natureza, da razão, etc.

Assim, o jusnaturalismo divide a localização do seu objeto de estudo em um plano normativo, em que existem as normas; e em um plano transcendente, que serve como fundamento aos ordenamentos positivados com seus valores e normas.

Para as teorias positivistas, o fundamento dos ordenamentos jurídicos reside, em última análise, na norma fundamental (*Grundnorm*), objeto máximo deste estudo. As teorias do direito natural, entretanto, concebem a razão de validade do direito e dos ordenamentos jurídicos em um plano metafísico, considerado superior (KELSEN, 2001, pp. 64-65).

O Direito natural mantém sempre estes princípios como pedra angular para edificar seus fundamentos. A diferença entre as várias correntes dessa teoria, surgidas no decorrer da história, diz respeito à base gnosiológica utilizada como ponto de partida para sustentar sua edificação. Em outras palavras, as normas morais absolutas são sempre defendidas pelo jusnaturalismo, o que se altera é o

⁴ “Por exemplo, Robert Filmer, ensina que a autocracia é o caminho natural, isto é, o governo justo. Enquanto outros, como John Locke, reconhecem que é a democracia. Outros, *verbi gratia*, Richard Cumberland, afirma que só a propriedade individual está de acordo com a natureza, já que a propriedade coletiva é contrária a ela; considerando, ainda outros, como Morelly, argumentam que é precisamente o inverso, a propriedade individual é a fonte de todos os males sociais, é uma violação à lei da natureza, e só a propriedade coletiva, ou seja, o comunismo, é a ordem natural e justa da sociedade.” (Tradução livre).

fundamento que confere caráter perpétuo a essas normas; ora é a natureza em si, depois a natureza humana e, então, Deus.

Há evidente pretensão de limitação material das normas jurídicas baseada em um sistema de normas morais de valor absoluto, mas que são completamente alheias à ciência positivista e, por isso mesmo, não podem figurar nela.

O positivismo jurídico, entretanto, precisa ter sua espinha dorsal desenhada para melhor compreendê-lo. Antes, portanto, de estabelecer os pilares da Jurisprudência dentro da obra de Hans Kelsen, no que concerne à determinação do seu objeto de estudo, é de bom alvitre enunciar as características do juspositivismo, em outra linha de pensamento:

(1) [...] as leis são comandos de seres humanos; (2) [...] não existe uma conexão necessária entre o direito e a moral, ou entre o direito como é e o direito como deveria ser; (3) [...] a análise ou o estudo dos significados dos conceitos jurídicos é um estudo importante que deve distinguir-se (embora lhes não seja de forma alguma hostil) das pesquisas históricas, das pesquisas sociológicas e da apreciação crítica do direito em termos de moral, finalidades sociais, funções, etc.; (4) [...] um sistema jurídico é um “sistema lógico fechado” em que as decisões correctas só podem deduzir-se das regras jurídicas pré-determinadas através de meios lógicos; (5) [...] os juízos morais não podem determinar-se como podem as afirmações de facto, através de argumento racional, demonstração ou prova. [...] Kelsen sustenta os expressos em (2), (3) e (5), mas não os contemplados em (1) ou (4). (HART, 1994, pp. 287-288 Apud MATOS, 2006, pp. 25-26) *(Sic)*.

Cumprido destacar, todavia, que não existe consenso para o estabelecimento dos critérios axiais do positivismo jurídico, Bobbio (1999, p. 134), v.g., estabelece três, e não cinco características, que são: “a) um certo modo de abordar o estudo do direito [...]; b) uma certa teoria do direito [...]; c) uma certa ideologia do direito”.

Conforme Kelsen estabeleceu, todo Direito considerado cientificamente é direito positivo, e enquadra-se nos ramos do positivismo jurídico (KELSEN, 2001, p. 63). O termo positivismo foi utilizado pela primeira vez por Saint-Simon como expressão do método científico estendido para a filosofia; tendo sido adotado por Augusto Comte como nome para sua corrente filosófica que, na metade do século XIX, produziu inúmeras manifestações entre os países ocidentais (ABBAGNANO, 2007, pp. 776-777). O positivismo kelseniano, entretanto, não confunde-se com o positivismo de Augusto Comte, pois, na teoria deste – pelo menos em princípio –, o direito estaria reduzido as leis, i.e., aos textos legais editados pelos poderes competentes.

A Teoria Pura do Direito, por outro lado, é uma teoria voltada para a realidade que o direito pretende regular (KELSEN, 2009, p. 118); além disso, o direito positivo não é concebido apenas como os textos legais, como queriam os positivistas de Comte e, antes deles, a Escola da Exegese, mas as normas jurídicas em sua integralidade, abrangendo inclusive as normas consuetudinárias, ou seja, os costumes.

Faz-se mister, entretanto, ressaltar que tanto o positivismo desenvolvido por Comte, como o positivismo jurídico de Kelsen compreendem que o conhecimento verdadeiro é exclusivamente o conhecimento científico, que se apreende através da observação e da inferência.

A ciência do direito, recusa-se a valorar seu objeto de estudo, a fim de manter uma neutralidade objetiva de modo a evitar torná-lo um objeto de interesses políticos ou ideológicos:

Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo” (KELSEN, 2009, p. 118).

Por esse motivo – entre tantos outros – o normativismo jurídico é tão vituperado, pois, afastando a manifestação e defesa ideológica das tarefas da Jurisprudência, Kelsen limita, em muito, os poderes do jurista, que, conforme expressa o mestre de Viena, não deve prescrever conduta alguma, mas, tão somente, descrever as normas jurídicas, *verbis*:

[...] A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através das normas gerais ou individuais), *prescrever* seja o que for.

[...] Ela [predição de fatos] não constitui tarefa da ciência do Direito, a qual somente pode descrever normas individuais, produzidas pelos tribunais, e as normas gerais, produzidas pelos órgãos legislativos e pelo costume, depois de elas serem vigentes (KELSEN, 2009, p. 82, tb. 99).

O jurista, portanto, descreve, quer dizer, reconstrói epistemologicamente, a norma de dever-ser (*sollen*) através de proposições jurídicas, por meio de enunciados lógicos: Se A é, então B deve ser. A Jurisprudência não abarca em suas funções as elucubrações e teses que versem sobre questões metajurídicas, ou seja, à ciência do Direito não cabe criticar o direito, aventar como este deveria ser, de

qual modo seria mais justo; enfim, a concepção do positivismo é eminentemente técnica, pois preocupa-se com a descrição do seu objeto, independente dos valores ali insertos.

Traçadas estas linhas iniciais, cabe agora delimitar as bases do positivismo jurídico concebido pelo pensamento de Hans Kelsen. Temos, partindo daí, quatro características do normativismo jurídico:

Primeira, todo Direito é derivado exclusivamente de atos humanos (KELSEN, 2001, p. 63): apesar de parecer bastante óbvia, a primeira consideração desenvolveu-se em oposição às teorias do direito natural. As chamadas leis naturais para o jusnaturalismo, ou seja, as leis imanentes na natureza, não possuem caráter científico. A Teoria Pura do Direito é uma teoria formalista, atrelada essencialmente à organização e ao processo das autoridades legislativas, judiciais e administrativas para criação e aplicação do Direito, isso quer dizer que não se preocupa essencialmente com o conteúdo produzido nas normas jurídicas, posto que o conteúdo não está intrinsecamente imbricado à Jurisprudência. Em outros termos, a Teoria Pura do Direito não aceita as leis naturais, pois o conteúdo das normas é mutável no tempo e no espaço e, por isso, não constitui *conditio sine qua non* para o estabelecimento de um direito cientificamente apreensível.

As normas jurídicas derivam-se umas das outras pela forma e não pelo conteúdo. Essa ideia é chamada de dinâmica jurídica na Teoria Pura do Direito.

Em seguida, observa-se o relativismo de valores (KELSEN, 2001, pp. 63-64): conforme o Direito é concebido como um fenômeno mutável no tempo e no espaço, não pode-se atribuir-lhe perenidade no tocante ao seu conteúdo. Afinal, ordenamentos jurídicos não só podem, mas têm normas que são contrárias entre si; ou ainda, um mesmo ordenamento pode hoje permitir uma conduta que anteriormente proibia. Podemos citar como exemplo o crime de adultério, hoje extinto no ordenamento penal brasileiro; e, em sentido inverso, a fraude em certames de interesse público, que passou de conduta moralmente reprovável para crime.

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana, atualmente presente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, e os regimes escravocratas, que aqui persistiram por centenas de anos, são exemplos que servem para demonstrar que as normas jurídicas são criadas por homens em

suas respectivas épocas, com sua cultura e hábitos, olvidando a tese de que existem limitações materiais para formulação das normas de Direito positivo.

Não é possível identificar e apreender um arcabouço de valores utilizados para estabelecimento de um ordenamento jurídico absolutamente justo. A natureza humana, por exemplo, tão difundida pelos teóricos do direito natural, não pode servir para dedução de normas por dois motivos. O primeiro é a dificuldade – para não dizer a impossibilidade – de estabelecer-se uma natureza humana, pois é evidente que há homens que agem movidos pelo altruísmo, pela solidariedade e a paz para gerir e direcionar sua existência e comportamento. E, em sentido contrário, há outros que são naturalmente violentos, pouco razoáveis e egoístas; e, como os anteriores, passam suas existências seguindo os ditames que seus impulsos determinam (KELSEN, 2001, p. 68). Além disso, se leis naturais existissem, de nada serviriam, pois prescreveriam um comportamento que o homem tomaria já por sua própria natureza:

Aun si fuera posible, que en realidad no lo es, establecer reglas de conducta humana que fueran efectivas siempre, en todos lados y sin excepción, como lo son las leyes de la causalidad, las leyes de la Física, la Química, la Biología, las verdaderas leyes de la naturaleza, resultaría sin fundamento el interpretar estas reglas como normas de conducta humana, como leyes conforme a las que los hombres debieran comportarse como en realidad se comportaban. Es que, aparte del hecho de que semejantes normas serían completamente supérfluas, porque no tiene sentido el ordenar que los hombres deben comportarse como por su verdadera naturaleza en realidad se comportan siempre en todos lados y sin excepción, es lógicamente imposible inferir una norma de un hecho, el argumentar que algo deba hacerse porque en realidad se hace (KELSEN, 2001, pp. 69-70).⁵

O segundo motivo reside na impossibilidade lógica de deduzir-se algo que deva ser, de algo que se é, efetivamente; corroborando com o pensamento em comento, nas palavras do próprio Kelsen, “[...] a natureza, do ponto de vista da ciência, é um conjunto de fatos relacionados entre si pela lei da causalidade, e inferir ou deduzir normas de fatos é logicamente impossível” (KELSEN, 2001, p. 65).

⁵ “Mesmo se fosse possível, o que realmente não é, estabelecer regras de conduta humanas que foram sempre efetivas, em toda parte e sem exceção, como são as leis da causalidade, da física, química, biologia, verdaderas leis da natureza, resultariam infundadas as interpretações destas regras como normas de condutas humanas, tais como as leis conforme que os homens deveriam se comportar como realmente se comportam. É que além do fato de que estas normas seriam absolutamente supérfluas, porque não faz sentido ordenar aos homens que se comportem como se comportam em todos os lugares e sem exceção, conforme sua verdadeira natureza, é logicamente impossível inferir uma norma de um fato, ao argumentar que algo deve ser feito porque em realidade se faz.” (Tradução livre).

Terceiro, a divisão entre categorias de fatos e normas: da impossibilidade da dedução entre os fatos da ordem do ser (*sein*) e as normas do dever-ser (*sollen*), se extrai uma das mais importantes e elementares lições do positivismo jurídico, a saber: dentro de uma das categorias, deduz-se apenas do que nela está contido, seus idênticos. Assim, de um fato só derivam-se fatos, bem como de uma norma derivam-se apenas normas.

Pode-se argumentar que as normas são criadas pela ação dos legisladores, ao levantarem os braços e as aprovarem. No entanto, tal concepção é errônea. O que cria a norma não é o fato do mundo do ser, i.e., os homens votando através do levantar das mãos, mas, sim, a norma que dá o sentido a este fato específico. Sem a norma para conferir autoridade aos votantes e para disciplinar que o estender da mão corresponda um voto favorável e o permanecer imóvel, um voto contrário, não teríamos um exemplo de processo legislativo, mas, homens simplesmente erguendo ou não suas mãos.

Por derradeiro, a separação entre Direito e política (DIAS, 2010, pp. 155 e ss.): como herança weberiana, essa separação constituiu o ponto de apoio para Kelsen erigir uma metodologia pura do direito. O Ensaio de 1904 de Weber sobre a “objetividade” do conhecimento sócio-científico fez com que Kelsen idealizasse o mesmo para a ciência do direito, extirpando-lhe a política, por-lhe compreender avessa aos postulados que sua cruzada metodológica pretendia atacar. Neste sentido Kelsen se expressava desde o prólogo de sua livre docência em 1911:

A situação insuportável na qual se encontram os conceitos básicos da ciência do direito deve-se em grande parte ao fato de que por trás de uma mesma palavra, embora ela seja utilizada para os resultados de duas concepções totalmente diferentes, se procura um conceito único, que naturalmente só se forma do modo mais violento. Aqui também reside uma fonte de ficção. E se me é permitido precisar meu ponto de vista a esse respeito com as palavras de Max Weber [...], **a peculiaridade do objetivo epistemológico de meu trabalho repousa no fato de que ele não procura extrapolar uma concepção puramente formal da norma jurídica** (KELSEN, 1911, p. IX apud DIAS, 2010, p. 155) (Os grifos apusemos).

A ciência do direito não possui competência para estatuir deveres, prescrever, permitir ou proibir condutas; tais atribuições referem-se ao próprio direito e não à sua ciência. Como dito anteriormente, a função da Jurisprudência é descrever o seu objeto de estudos, importa dizer, descrever não é julgar ou

qualificar, mas tão somente expor os valores insertos nas normas dentro de determinada sociedade.

Não é a pretensão da Teoria Pura do Direito que o jurista renuncie à sua criticidade, mas, enquanto jurista, é mister que ele se atenha ao objeto e métodos de sua ciência. Fora dos campos da dogmática jurídica, é perfeitamente plausível que o jurista teça juízos de valor, morais ou religiosos sobre quaisquer normas jurídicas. Neste caso, porém, não estaria fazendo ciência do direito, mas política do direito.

Muitas das acusações dirigidas à Teoria Pura do Direito se originam da limitação que ela impõe ao jurista. No entanto, quando o jurista ocupa-se de ordenar em vez de descrever, está tomando para si a política em detrimento da Jurisprudência. Para o político, as ideologias são necessárias na defesa de interesses; para o jurista, entretanto, seu único comprometimento deve ser com a verdade, e esta prescinde de toda ideologia.

A Jurisprudência não serve para justificar a realidade, mas apenas descrevê-la. Se assim não fosse, o direito passaria ao campo da metafísica e da ideologia, em lugar da objetiva análise e descrição das normas jurídicas.

2.2 A ESTRUTURA ESTÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Depois de criticar as bases metodológicas da ciência do direito de seu tempo, Kelsen precisou edificar novas bases em substituição àquelas que ele atacou, afastando em suas conclusões, a unidade entre moral e direito, bem como à defesa ao método causal empírico no seio da Jurisprudência (DIAS, 2010, p. 164).

A teoria do direito de Kelsen alterou, desde o seu surgimento na obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*,⁶ os componentes que ela cinge, i.e., os tipos de relação normativa se alteram substancialmente.

Tal Procusto, nos mitos helênicos, que adequava o tamanho dos seus hóspedes as proporções de sua cama, cortando o que lhes excediam, Kelsen extirpa da Jurisprudência aquilo que não lhe comporta. A fase inicial do normativismo jurídico ainda estava amplamente assentada no pensamento jurídico-científico do século XIX, de modo a compreender o direito como um sistema pronto de normas

⁶ “Problemas Fundamentais do Direito Público”, doravante apenas “Problemas Fundamentais”.

postas, o que exclui, evidentemente, o processo de geração de normas do objeto do seu alcance epistemológico:

[...] Nessa primeira fase de sua obra Kelsen exclui o processo de geração (criação) de normas do objeto a ser considerado por uma teoria geral do direito. Nesta fase, Kelsen não vê de forma alguma o ordenamento jurídico a ser apreendido de modo jurídico-científico como um ordenamento normativo em produção contínua. O ordenamento jurídico deveria ser compreendido tão somente como um agregado pronto de ordens e proibições, vertido em preceitos jurídicos positivos, a cujas experiências os interessados devem adaptar o seu comportamento – suas ações e omissões. Por conseguinte, o direito ainda não é considerado como algo *dinâmico*, mas tão somente na sua porção *estática* (DIAS, 2010, p. 165) (grifo do autor).

A justificativa na apresentação de uma abordagem já superada reside também, na sua permanência nas obras da fase madura da Teoria Pura do Direito. A apresentação de um modelo estático das normas é o pátio externo ou o pórtico do edifício que abriga os intrincados arcanos do normativismo jurídico e, mais precisamente, da sua concepção dinâmica do ordenamento jurídico.

Este preâmbulo necessário, despidendo enfatizar, não está explícito na obra de Kelsen; mas uma análise minimamente apurada permite inferir que, pela presença de elementos partilhados pelos dois sistemas – ainda que expostos e estribados sobre outros fundamentos – a elucidação das proposições do sistema estático constituem o preâmbulo do sistema dinâmico.

Sob pena de anacronismo histórico, não é possível defender a superação da visão científica da época de Kelsen, sem sua anterior filiação àquela mesma visão. O direito, conforme compreendido à época, era reduzido a um agregado de proibições e ordens, isto talvez, herdado da concepção estática das normas morais, e a unidade entre estas normas e as pertencentes ao ordenamento jurídico (DIAS, p. 164, nota 4).

Lippold advoga pela classificação do ordenamento moral no sistema estático, quando afirma que mediante a indagação do comportamento “o que devo fazer?” tem em sua resposta o estabelecimento de um vínculo obrigacional, i.e., de dever ser. Assim, a moral se reduz a um agregado de ordens e proibições e o direito *idem* (DIAS, pp. 164-165, nota de rodapé 4).

Neste sentido, a teoria geral do direito basta oferecer ao jurista o suficiente para a compreensão da cadeia de obrigações direcionadas ao comportamento humano, para a realização de suas funções. Para tanto, Kelsen desenvolveu duas

teorias essenciais a consecução destes objetivos: a teoria da imputação e a da proposição normativa.

Na primeira teoria, se estabelece um *dever-ser-objeto*, aquilo que deve ser, para um dever-ser-sujeito, um indivíduo, a fim de filiá-lo a uma obrigação (DIAS, 2010, p. 168). Isto evidencia a pretensão teórica em atribuir um fato material a um sujeito, sem a necessidade de recorrer as operações causais e teleológicas.

Por esta teoria, o indivíduo só existe para o direito na medida em que ele é um sujeito de direitos, na medida em que está sujeito a obrigações. O dever-ser-objeto só pode ser determinado sobre alguém mediante a imputação jurídica (DIAS, 2010, p. 170).

Na segunda teoria, pela compreensão da norma como expressão de vontade do Estado, o normativismo afirma que a capacidade de obrigar, proibir e prescrever um dever-ser jurídico é uma proposição advinda da norma jurídica (DIAS, 2010, pp. 174-175). *Exempli gratia*, o art. 121 do Código Penal atribui a pena de 6 a 20 anos, àquele que se adequar a conduta “matar alguém”, que deve ser lida cientificamente como: “se um indivíduo assassinar o outro, o Estado deve submetê-lo a uma sanção, conforme a prescrição legal”.

Kelsen desenvolve na obra “O Problema da Soberania e a Teoria do Direito Internacional”, de 1920, pela primeira vez, a separação entre a norma fundamental de um sistema estático da norma fundamental de um sistema dinâmico.

A validade de um ordenamento estático se baseia sobre alguns aspectos fundamentais, como seja, a união entre fundamento de validade e conteúdo de validade. A norma só é considerada válida quando submetida e aprovada a um exame do seu conteúdo, i.e., a validade de uma norma necessita impreterivelmente que seu conteúdo esteja previsto em uma norma que lhe anteceda (DIAS, 2010, p. 238).

Há, portanto, uma “norma fundamental” estática, de onde as demais normas derivam os seus respectivos conteúdos, sob pena de invalidade. Através da dedução lógica, se extrai de uma norma o seu conteúdo, partindo do geral para o particular. A título de exemplo, da norma geral “deve-se amar ao próximo”, é possível inferir as normas particulares “não matar”, “não lesionar”, “não expor a perigo”. Ademais, em sentido inverso, é possível inferir que as normas particulares “não mentir”, “não enganar”, “manter a palavra dada”, são logicamente derivadas da norma geral “deve-se estar comprometido com a verdade”.

Não é demais lembrar que esta concepção de validade guarda outra consequência de grande importância, posto que, se a “norma fundamental estática” cinge todas as outras normas de um ordenamento jurídico, é imprescindível concluir que o ato de vontade empírico do legislador tem sua liberdade criativa tolhida. Isto porque, ao invés de criar a norma jurídica, sua função se reduziria a simplesmente extrair ou mesmo declarar, em um nível hierarquicamente inferior, aquilo que a norma superior já garante e, em última instância, está contido na norma fundamental estática (DIAS, 2010, p. 240).

Todas as normas de um ordenamento, portanto, derivam seu conteúdo de uma “norma fundamental” que, por óbvio, deve cingir todos os conteúdos possíveis para tanto. Assim, para a compreensão integral de um ordenamento jurídico é necessário conhecer, tão somente, a norma fundamental sob a qual ele se assenta, uma vez que dela decorre todo o conteúdo das demais normas.

Sob esta base, é assaz evidente a impossibilidade de tais postulados serem absorvidos pelo normativismo jurídico. Em primeiro lugar, porque Kelsen pretendia, aos moldes de Aristóteles, fazer ciência do universal para o particular, máxime porque o último dista da capacidade abrangente e sintetizante necessária as assertivas científicas (COSTA MATOS, 2011, p. 46).

Em segundo lugar, porque a adoção de valores universais, de onde se derivam outros tantos igualmente impostos aos homens universalmente, contraria expressamente um dos pilares axiais do normativismo jurídico, o relativismo dos valores.

Era necessário, então, empreender por novos caminhos em busca de bases metodológicas mais sólidas e adequadas a edificação do seu projeto teórico.

3 A NORMA FUNDAMENTAL EM PERSPECTIVA KANTIANA: A REVOLUÇÃO COPERNICANA

Quando David Hume atacou o centro teórico da metafísica clássica, colocando em xeque a presumida necessidade do princípio da razão suficiente para, em lugar disto, defender a tese de que a imaginação, e não o entendimento, que responderia pelo princípio da causalidade, não poderia supor que sua influência correspondesse ao despertar do “sono dogmático” de um dos mais emblemáticos filósofos ocidentais, Immanuel Kant (FIGUEIREDO, 2005, p. 20).

Kant admitiu abertamente a influência do pensamento de Hume sobre a sua filosofia:

Confesso abertamente haver sido a advertência de David Hume que, já lá vão muitos anos, pela primeira vez me despertou do meu sono dogmático e incutiu a minhas pesquisas no domínio da filosofia especulativa orientação inteiramente diferente (KANT, 1959, p. 28 apud PASCAL, 2011, p. 30).

Em linhas breves, Hume chegou a esta conclusão pela seguinte lógica:

1) temos ideias complexas, que podem ser decompostas em ideias simples; 2) ideias simples reportam-se a impressões simples, das quais são cópias; 3) toda ideia para a qual não se possa encontrar uma impressão simples é destituída de valor objetivo; 4) este é o caso da ideia de causalidade, visto que, na experiência, nada responde pela ligação *necessária* entre dois eventos. Qual é, então, a origem da ideia que fazemos da causalidade? Conforme Hume, esta origina-se nas operações que a imaginação efetua a partir da regularidade apresentada pela natureza. Observamos que a incidência do evento A é sempre seguida da incidência do evento B; a construção da conjunção frequente entre A e B indelevelmente produz sobre nós a ideia de que a ocorrência de A será *necessariamente* seguida de B. Mas nada, objetivamente, dá respaldo a essa expectativa. Logo, conclui Hume, a causalidade não é mais que uma expectativa que possui sua origem em um sentimento gerado pelo hábito (FIGUEIREDO, 2005, pp. 20-21).

Para Hume nossas ideias sempre podem ser reduzidas a ideias simples que, por sua vez, podem ser igualmente reduzidas a impressões simples. Daí se estabelece um critério de significação, na medida em que toda a ideia apreensível à mente humana significa na medida em que se identifique a impressão da qual ela deriva. Hume, desta forma, edifica sua crítica à conexão necessária da causalidade estribada sobre a tese de uma acepção de experiência que se resume às impressões simples, e ambas são independentes entre si. A experiência fornece, tão

somente, impressões descontínuas, que impossibilitam a indagação do real motivo, e que estão presentes em uma conjunção constante. A metafísica clássica interpretou esta regularidade como a ordem natural do universo, por pura presunção. Divorciando-se das noções vigentes ao seu tempo, que defendiam a ligação causal entre dois eventos como expressão de uma necessidade objetiva apta a ser escrutinada pela razão, base sob a qual a metafísica clássica subordinava a experiência à cosmologia racional, Hume levanta a tese de que todo o conhecimento da natureza está associado à ciência experimental promovida pelo raciocínio indutivo (FIGUEIREDO, 2005, pp. 21-22).

Apesar de ter sido desperto do seu sono dogmático por Hume, Kant não aceita a totalidade de suas teses. Na verdade, Kant está convicto de que a metafísica clássica tinha outras pretensões, do que a investigação da fonte do conhecimento admite como possível, e este é o único ponto em perfeita harmonia entre os dois filósofos. Quando Kant faz a sua própria cruzada contra a metafísica clássica, em sentido diametralmente oposto a Hume, ele se conservou um racionalista (FIGUEIREDO, p. 22).

Apesar do desenvolvimento da Crítica de Kant se instituir em nome da razão, isso não implica um regresso ao dogmatismo, mas, sim, num estabelecimento “[do] que é a experiência e qual a natureza da totalidade sobre o fundo da qual ela se determina como conjuntos de objetos possíveis” (FIGUEIREDO, 2005, p. 23).

Pensar, neste sentido, transcende o ato de perceber ou ligar percepções; a inteligibilidade de qualquer percepção só é possível na medida em que essa se subordina à linhas metodológicas prévias que determinam o que é experiência, dentro de um sistema racionalmente imposto. Neste sentido:

É sob essa orientação “copernicana” que transcorre a abordagem kantiana da experiência, e, por referência a ela, pode-se vislumbrar, na divisão interna na Doutrina dos Elementos exposta na *Crítica* – “a lógica da verdade” e “a crítica da ilusão dialética” –, as duas etapas principais da epistemologia kantiana. Visto não haver experiência sem razão, qualquer determinação objetiva é marcada, em sua origem, pelo modo como algo nos afeta na sensibilidade (Estética transcendental) e pela maneira como o que é dado pelos sentidos é pensado pelo entendimento (Lógica transcendental). É disso que se incumbe a lógica da verdade: investigar a *origem da determinação*, partindo da premissa de que, embora nosso conhecimento comece com as percepções sensíveis, nem por isso deriva delas. Ao contrário, **só há conhecimento na medida em que o que nos é dado pelos sentidos for determinado como objeto de experiência, e tal determinação envolve condições subjetivas a priori relativas à forma como percebemos fenômenos e como tais fenômenos são pensados enquanto natureza** (FIGUEIREDO, 2005, pp. 23-24) (Os grifos apusemos).

A experiência e o plano de fundo que lhe confere finalidade não são realidades em si, mas, sim, resultados oriundos do processo pelo qual a razão conhece aquilo que ela não é, i.e., a natureza. O centro do idealismo transcendental é o reconhecimento da faculdade racional de reunir em si a pluralidade de fenômenos da natureza possibilitando sua apreensão. “A natureza que podemos conhecer é antecipada em sua estrutura geral por nossas faculdades de conhecimento” (FIGUEIREDO, 2005, p. 24).

Hume refutou a causalidade por discordar das relações necessárias entre dois elementos, objetivamente apreensíveis, uma vez que tais filiações se dão apenas na medida em que a análise lhes atribui. Kant, por outro lado, atribui uma estrutura prévia a toda experiência; não por ela própria, mas, sim, pela razão que se debruça sobre os fenômenos reunindo a pluralidade das percepções por suas próprias regras. A ontologia se esgota e supera, à medida em que a razão não busca uma verdade intrínseca e insuperável das matérias que se submetem à razão, mas, apenas, ao modo como é possível conhecer essas matérias, escrutinando pelo entendimento puro. Daí advém que os juízos de experiência, longe do que defendia Hume, estão cingidos de uma necessidade racional, que afasta um esteio transcendente da ordem natural (FIGUEIREDO, 2005, p. 25).

Kant compreende que só há conhecimento na experiência que, por sua vez, só é cognoscível através de condições transcendentais, i.e., para além da própria experiência, algo *a priori*, nas puras formas mentais, que são as leis do pensamento e do objeto (DINIZ, 1982, p. 36).

A atitude metodológica determina o objeto científico, conforme defende o neokantismo. Kant operou uma “Revolução Copernicana” na filosofia do conhecimento quando concebeu o objeto como um planeta a girar em torno do sujeito, sol, sempre fixo, de maneira que o objeto depende da posição do sujeito. O objeto é tal porque é posto pelo sujeito.

A ciência é condicionalmente constitutiva do objeto, ou seja, o objeto só é cognoscível na medida em que a ciência lhe dá forma, unificando os dados e eliminando contradições.

O método transcendental pretende demonstrar como as condições do conhecimento são as mesmas do objeto, porque este é criado por aquele. Assim, o

cientista do direito encontra as condições de possibilidade do direito e como é possível conhecê-lo (DINIZ, 1982, pp. 36-37).

Kant apresenta a tese de que o objeto (como objeto dos sentidos) se orienta de acordo com a natureza da nossa faculdade de raciocínio. Conforme a “revolução copernicana da maneira de pensar” almejada por Kant o conhecimento não deve mais se orientar pelo observador, mas – exatamente o contrário – o objeto deve se orientar pelo nosso conhecimento. Os objetos do conhecimento objetivo não aparecem por si mesmos. É o sujeito (transcendental) que tem que fazê-los aparecer e por isso eles não devem mais ser vistos como coisas em si. Isso significa que o *objeto não é um em-si independente do sujeito; ele é constituído pelas condições a priori do sujeito cognoscente, de modo que a razão se torna por assim dizer a “autora da experiência”* (DIAS, 2010, p. 249).

Kant concebe o “eu transcendental” ou a consciência absoluta como o princípio da unidade de sensações que torna possível o conhecimento e o objeto; é o observador que gira, enquanto as estrelas permanecem imóveis, i.e., os objetos se conservam estáticos, enquanto o investigador se movimenta; analogamente, Kelsen concebe a norma fundamental como a unidade central e fundadora do direito, que permite concebê-lo intelectualmente (DINIZ, 1982, pp. 37-38).

3.1 DA POSSIBILIDADE DOS JUÍZOS SINTÉTICOS *A PRIORI* E SUA INFLUÊNCIA SOBRE A TEORIA DA NORMA FUNDAMENTAL

Entre 1913 e 1920, Kelsen se propõe a revisar sua teoria do direito, submetendo-lhe ao crivo de novas ideias para identificar eventuais falhas estruturais no seu pensamento. Nesta época se desenvolvem, entre outras ideias, a da hierarquia das normas, a visão dinâmica do direito e a norma fundamental (DIAS, 2010, p. 193 e ss.).

A partir de 1920, Kelsen, influenciado pela teoria da hierarquia das normas, desenvolvida por seu discípulo, Adolf Julius Merkl, ele se convence da necessidade epistemológica da norma fundamental, para, finalmente, começar a lidar com o problema da validade derradeira de um ordenamento jurídico e romper, definitivamente, com o modelo estático do direito (DIAS, 2010, p. 234).

Em um primeiro momento, Kelsen procura trabalhar a visão dinâmica do direito, sob a égide da influência de Merkl, haja vista sua estreita ligação com a teoria da hierarquia das normas. Ademais, Kelsen edifica o seu mais famoso

postulado metodológico, a norma fundamental, como fundamento último da validade do direito, sob a influência do pensamento de Immanuel Kant e sua Crítica da Razão Pura, bem como os neokantianos da escola de Marburgo, máxime Hermann Cohen (DIAS, 2010, pp. 194-196).

As pretensões kantianas da Crítica da Razão Pura se situavam na busca por conhecimentos além da experiência, i.e., que dela fossem independentes; vale dizer conhecimentos *a priori*.⁷ Neste sentido a divisão:

Em todos os juízos em que for pensada a relação de um sujeito com o predicado (se considerado apenas os juízos afirmativos, pois a aplicação aos negativos é posteriormente fácil), essa relação é possível de dois modos. Ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo contido (ocultamente) nesse conceito A, ou B jaz completamente fora do conceito A, embora esteja em conexão com o mesmo. No primeiro caso denomino o juízo *analítico*, no outro *sintético*. **Juízos analíticos (os afirmativos) são, portanto, aqueles em que a conexão do predicado com o sujeito for pensada por identidade, aqueles, porém, em que essa conexão for pensada sem identidade, devem denominar-se juízos sintéticos. Os primeiros poderiam também denominar-se *juízos de elucidação* e os outros *juízos de ampliação*.** Com efeito, por meio do predicado **aqueles nada acrescentam ao conceito do sujeito, mas somente o dividem por desmembramento em seus conceitos parciais que já eram (embora confusamente) pensados nele, enquanto os últimos ao contrário acrescentam ao conceito do sujeito um predicado que de modo algum era pensado nele nem poderia ter sido extraído dele por desmembramento algum.** Se por exemplo digo: todos os corpos são extensos, então este é um juízo analítico. De fato, não preciso ir além do conceito que ligo ao corpo para encontrar a extensão enquanto conexa com tal conceito, mas apenas desmembrar aquele conceito, quer dizer, tornar-me apenas consciente do múltiplo que sempre penso nele, para encontrar aí esse predicado; é, pois, um juízo analítico. Do contrário, quando digo: todos os corpos são pesados, então o predicado é algo bem diverso daquilo que penso no mero conceito de um corpo em geral. O acréscimo de um tal predicado fornece, portanto, um juízo sintético (KANT, 1999, p. 58) (Os grifos apusemos).

O conhecimento *a priori* pode levar o investigador a um juízo analítico; “todos os corpos são extensos” (KANT, 1999, p. 58), para usar um exemplo do próprio Kant. O sujeito e o predicado se reúnem num mesmo juízo analítico. Um juízo sintético, por outro lado, é composto, na medida em que o sujeito e o predicado não coincidem, i.e., são diversos. O predicado, nestes casos, não está necessariamente atribuído ao sujeito. O conceito de peso elucida muito bem a questão: por mais que seja possível concluir a extensão de um corpo, afastando a

⁷ A expressão é vulgarmente empregada como sinônimo de “em princípio”, filosoficamente, nada obstante, significa o conhecimento anterior a experiência, i.e., que não depende de experimentação e dispensa observação empírica, v.g., círculos perfeitos, na matemática, ou a norma fundamental, no direito.

observação, pois o predicado já está incorporado no seu conceito, o peso agrega um dado empírico ao sujeito analisado (KANT, 1999, pp. 58-59); o predicado se extrai por análise.

Existem, contudo, também juízos sintéticos *a priori*, i.e., existem juízos que, dissociados da experiência e anteriores a ela, adicionam novos predicados ao conceito de sujeito:

Todo juízo de experiência é sintético, porque a experiência nos ensina a acrescentar certos atributos aos nossos conceitos, por exemplo, o peso ao conceito de corpo. Os juízos analíticos, ao invés, são *a priori*, pois não há nenhuma necessidade de recorrer à experiência para determinar o que penso num dado conceito. **Mas a grande descoberta de Kant, a que confere todo o seu alcance à sua “revolução copernicana”, é a da existência de uma terceira classe de juízos, os juízos sintéticos *a priori*. Estes são universais e necessários, como os juízos analíticos, mas, além disso, nos permitem ampliar os nossos conhecimentos, enquanto os juízos analíticos apenas podem explicá-los ou esclarecê-los** (PASCAL, 2011, p. 39) (Os grifos apusemos).

Ao passo que os conhecimentos da física e da matemática são juízos sintéticos *a priori*, os da metafísica são juízos analíticos. Ao se considerar a proposição matemática: $7 + 5 = 12$, temos um juízo sintético *a priori*. Isto porque, o resultado é necessariamente e universalmente válido (PASCAL, 2011, p. 39), como também, os números 7 e 5 não são necessariamente atribuídos ao resultado 12; estes poderiam ser 3 e 9, v.g., obtendo, igualmente o mesmo resultado, 12.

Apesar da certeza dos juízos sintéticos *a priori* no tocante aos conhecimentos racionais da física e da matemática, a dúvida se levanta se estes são possíveis no tocante a metafísica, isto porque, nela não há qualquer experiência possível, o que gera necessariamente, a impossibilidade de averiguação objetiva do conhecimento dela advindo (PASCAL, 2011, p. 41).

Quando Kant indagou “como são possíveis juízos sintéticos *a priori*?” (KANT, 1968, p. 22 apud DIAS, 2010, p. 244) ele indagou, por outras palavras: “podem os juízos sintéticos serem anteriores a experiência?”. Sua intenção é afastar-se tanto da dogmática-racional, que Hume lhe despertou, mas também do pensamento cético-empírico, como será visto adiante. É neste sentido que Hans Kelsen, sob a influência de Kant indaga “como é possível o direito positivo como objeto do conhecimento, como objeto da ciência do direito?” (KELSEN, 1928, p. 339 apud DIAS, 2010, pp. 244-245) ou ainda:

Como é possível uma interpretação independente de autoridades metajurídicas como Deus ou a natureza para o sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? (KELSEN, 1960, p. 205 apud DIAS, 2010, p. 244)

A resposta de Kelsen a essa pergunta é a sua tese da norma fundamental.

3.1.1 A influência de Hermann Cohen

Hermann Cohen (1842-1918) foi o maior expoente intelectual da Escola neokantiana de Marburgo, uma vez que sua obra *Kants Theorie der Erfahrung* (1885) foi o trabalho básico desta Escola, servindo, tanto para estabelecer as diretrizes interpretativas da obra de Kant, como também de programa teórico dela (EDEL, 1998, p. 202). Em linhas gerais, sua teoria da hipótese constituiu uma tentativa de superação do psicologismo cingido na Crítica da Razão Pura de Kant. Para Cohen, a Filosofia se encerra na epistemologia, uma vez que o seu objeto não são as matérias do mundo sensível, mas o conhecimento deste mundo, inferindo daí que o conhecimento racional e científico se estriba em um fundamento criado por ele mesmo para legitimar-se epistemologicamente, i.e., a própria razão é o fundamento que legitima a forma que é possível indagar e conhecer (MATOS, 2011, p. 55 tb. EDER, 1998, p. 202-204).

Conforme Kant, considerando a dependência de todo conhecimento das intuições puras de espaço e tempo, criando uma separação entre a coisa em si incognoscível (*noumenon*) e a coisa percebida pelo sujeito (fenômeno), negou a possibilidade de qualquer cognição objetiva da realidade, Cohen levanta sua tese contra esta mesma impossibilidade. Para validar objetivamente juízos científicos, Cohen se vale do conceito de hipótese de Platão, i.e., “as hipóteses científicas são imunes à testagem empírica, refletindo, tal e qual as definições e os axiomas matemáticos, certas pressuposições necessárias a todo e qualquer juízo ulterior” (MATOS, 2011, p. 56).

O que diferencia Platão de Cohen, entretanto, é a tese de que as hipóteses não são de natureza metafísica, estando sempre em *perpetuum mobile*. Tal característica evidencia que não se tratam de pressupostos irretocáveis, mas, sim, de produtos do pensamento que fundamentam o conhecimento científico. Assim, o

mais elevado princípio científico é o que torna possível e estabelece a si próprio. Sob esta influência, que Kelsen argumenta e defende a natureza lógico-transcendental da norma fundamental, pois, considerando que todas as tentativas neokantianas em fundar um projeto de epistemologia jurídica falharam, Kelsen se vê forçado a empreender um esforço pessoal neste sentido: a Teoria Pura do Direito (MATOS, 2011, pp. 55-56 tb. EDER, 1998, p. 204).

3.2 A NORMA FUNDAMENTAL NA FASE CLÁSSICAS (1920-1961) DA TEORIA PURA DO DIREITO

O ordenamento jurídico constitui um sistema normativo, i.e., que prescreve condutas para aqueles que estão submetidos ao seu poder. Kelsen defende a existência de duas espécies de ordenamentos prescritivos, diga-se uma vez mais: o estático e o dinâmico.

O sistema estático é próprio das condutas morais, pois suas normas são estabelecidas através de proposições dedutivas de seu conteúdo. Assim, do conteúdo de uma norma primária e superior, deriva-se o conteúdo das demais e inferiores, que não podem ser contrários àquela (KELSEN, 2009, pp. 217-218).

O próprio Kelsen, no início da construção de sua teoria, defendeu o Direito dentro de um sistema estático:

No início de sua produção, Kelsen atribui à teoria do direito uma função, até então usual, de apreender as relações de obrigatoriedade entre sujeitos do direito. Ou seja, nessa primeira fase de sua obra Kelsen exclui o processo de geração (criação) de normas de objeto a ser considerado por uma teoria geral do direito. Nesta fase, Kelsen não vê de forma alguma o ordenamento jurídico a ser apreendido de modo jurídico-científico como um ordenamento normativo de produção científica. O ordenamento jurídico deveria ser compreendido tão somente como um agregado pronto de ordens e proibições, vertido em preceitos jurídicos positivos, a cujas exigências os interessados devem adaptar o seu comportamento – suas ações e omissões. Por conseguinte, o direito não é considerado como algo *dinâmico*, mas tão somente, como uma porção *estática* (DIAS, 2010, pp. 164-165).

No sistema dinâmico, as normas não se relacionam através do seu conteúdo, mas, sim, de delegações sucessivas de poder. Posto que qualquer matéria pode ser direito, entretanto, o sentido que o ordenamento jurídico deve

possuir internamente, i.e., não ter normas que se contradigam (KELSEN, 2009, p. 219).

No normativismo jurídico as normas se vinculam formalmente entre si em um sistema dinâmico, conforme a teoria de Merkl. Sua validade, portanto, está atrelada a forma de produção – o respeito ao devido processo legal – e não ao seu conteúdo.

Através do sistema dinâmico, pode-se compreender a norma como um esquema de interpretação dos fatos. *Exempli gratia*: uma execução legal: do ponto de vista da faticidade (*Tatsächlichkeit*), não há diferença entre um homicídio e uma execução legal; o que diferencia a última é a autoridade ofertada pela norma jurídica (*rechtsnorm*) para efetuar-la. Se uma sociedade criminosa resolve assassinar um dos seus membros por qualquer motivo, não se tratará de uma execução, tendo em vista que eles não possuem amparo legal.

As normas jurídicas se escalonam verticalmente, de maneira onde a norma inferior obtém validade da superior, culminando na Constituição. Ao analisar, por exemplo, uma execução fiscal, deve-se saber porque as ordens do Estado são válidas e as de um simples ladrão não são. As ações realizadas por agentes estatais estão embasadas por normas jurídicas que lhes conferem autoridade, diferente dos ladrões. A autoridade se funda em uma norma, que, por sua vez, deriva de outra de nível superior, até chegar a Constituição. O problema enfrentado por Kelsen é o fundamento da referida Constituição, pois não é posto, ou seja, não é direito positivo. O direito compreendido cientificamente não pode resolver este problema para alguma apelação jusnaturalista, encontrando as bases para o ordenamento jurídico em Deus, na natureza ou similares; pois crenças em entidades transcendentais são incompatíveis com a Jurisprudência.

É possível atribuir a validade da Constituição a outra Constituição historicamente anterior, ou, ainda, à primeira Constituição, que estabeleceu as bases das Constituições seguintes. Ainda assim, é mister questionar a validade da primeira Constituição histórica, sem estribar-se nas teorias do direito natural para justificá-la. É preciso compreender que os primeiros legisladores que firmaram a primeira Constituição histórica eram dotados de máximos poderes legais, tais poderes, por sua vez, devem estar fundados em uma norma para lhes conferir objetividade; no entanto, que norma iria conferir poderes para os fundadores da primeira Constituição? Para atingir esse desiderato, é necessário pressupor que os

homens devem se comportar segundo as ordens da primeira Constituição; assim, é absolutamente necessário pressupor uma norma fundamental.

A norma fundamental é a base de validade das normas de todo o ordenamento jurídico:

Numa consideração infra-sistemática, pode-se atribuir a cada norma jurídica válida outra norma, que fundamenta sua validade – a validade da sentença judicial, a autorização do juiz, por meio da lei, a validade da lei, a autorização do Parlamento, através da Constituição. Essa interação contínua de relações de validade atinge, entretanto, um limite. Este reside onde, sem autorização jurídica, uma pessoa ou um grupo de pessoas “toma o poder” – de maneira típica, como através de uma revolução ou um golpe de Estado – e convoca, por exemplo, um conselho ou assembleia constituinte. Se se pretende interpretar, como sistema válido de normas, um sistema de ordens, que se tornou efetivo, ter-se-á de supor, então, que o primeiro ato – puramente fático – se apoia numa autorização. Essa suposição é a norma fundamental (WALTER, 2003, p. 23).

Assim, a norma fundamental não se trata de uma norma posta, mas pressuposta. Sem conteúdo específico, ou seja, é uma condição puramente formal sem sentido objetivo, servindo como pressuposto lógico-transcendental para explicar o estudo do direito (WALTER, 2003, p. 26). De se registrar, pela máxima importância, que transcendental, conforme estabelecido por Kant, diz respeito a um conhecimento, em oposição a empírico – *a priori* ou que não é dado de experiência –, transcendente e metafísico. Transcendente, por seu turno, está além de toda a experiência possível, seja ela fática ou ideal (MATOS, 2011, pp. 57-58).

Do mesmo modo que as categorias de sensibilidade (espaço e tempo) e do entendimento (quantidade, qualidade, relação e modalidade) de Kant são formas puras, ou seja, conceitos sem qualquer conteúdo, que nada prescrevem em termos materiais às leis naturais, mas todavia, as tornam possíveis, *i. e.*, pensáveis, a norma fundamental dinâmica, própria de ordens jurídicas contemporâneas, também é vazia de conteúdo e não determina nenhuma prescrição jurídica específica, ao contrário das normas fundamentais estáticas que orientam os ordenamentos de matriz jusnaturalista (MATOS, 2011, pp. 57-58).

Tenha-se em conta, todavia, de que a norma fundamental não foi inventada, mas descoberta. A norma é uma pressuposição necessária à Jurisprudência para tornar inteligível o conhecimento jurídico dentro de uma metodologia científica. Vale dizer que a norma fundamental é um recurso gnosiológico. As demais normas que existem no ordenamento jurídico são postas através de atos de vontade humanos, que, por sua vez, se fundam em uma norma. O mesmo processo não pode ocorrer com a norma fundamental, posto que, sobre ela, não existem outras normas para lhe

conferir fundamento, o que evidencia que o seu modo de ser só pode ser pressuposto.

Como as categorias lógicas do ser (*sein*) e o dever-ser (*sollen*) estão separados em suas respectivas esferas, uma norma (*sollen*) só pode encontrar seu fundamento de validade estribado em outra norma (*sollen*), jamais em um fato exterior (*tatbestand*), situado no mundo do ser (*sein*).

As normas, ainda, não estão fundamentadas em nenhuma autoridade, mas em um dever-ser (*sollen*) (KELSEN, 2009, p. 9), o que quer dizer: em outra norma, pois se uma norma estiver fundamentada em uma pessoa P1, a autoridade desta deve estar fundamentada em uma norma (*sollen*) N1, o que reduz o processo de validade da pessoa à norma (*sollen*). Não se obedece ao guarda de trânsito por ele mesmo, mas pela norma (*sollen*) que lhe confere autoridade.

Ainda assim, não existem normas auto evidentes, não existe razão prática, pois, se assim o fosse, a razão legislaria e haveria uma moral universal.

Normas do chamado Direito da Razão não podem ser fixadas pela razão, porque a razão humana é faculdade de conhecimento, a saber: uma faculdade de pensamento.

Por meio da razão podem-se conhecer as normas estabelecidas por uma autoridade através de atos da vontade, podem-se produzir conceitos, mas não podem produzir normas (KELSEN, 1986, p. 10).

O direito, como ordenamento dinâmico, não aceita normas (*sollen*) pela simples compatibilidade de seu conteúdo, mas, tão somente, através de delegações de poder; se existissem normas (*sollen*) autoevidentes imperaria a insegurança jurídica.

Escalonando a pirâmide normativa com este pensamento, pode-se conceber, claramente, que um fato, em si, jamais poderá ofertar obrigatoriedade a uma norma (*sollen*), salvo se estiver fundamentado em outra norma (*sollen*). Assim, para fundamentar um fato será sempre necessária uma norma (*sollen*), que requer, por sua vez, a fundamentação em outra normas (*sollen*), de tal maneira que não pode-se fundamentar o ordenamento jurídico em um “fato fundamental”, por coerência lógica, o que torna indispensável para o estudo científico do Direito pressupormos a existência de uma norma fundamental.

Sem a suposição, a Jurisprudência estaria fadada a escolher entre dois caminhos: em primeiro lugar, o regresso ao infinito, em que toda norma buscaria validade em uma norma superior e esta em outra norma superior, continuamente,

até o infinito. Por essa razão, a norma fundamental é hipotética, pois comporta-se segundo a lógica-apodíctica, própria da hipótese. O que significa, em apertada síntese, que os juristas pressupõem a norma fundamental pela necessidade de estabelecer um estudo científico do direito, que se tornaria impossível sem ela (MATOS, 2011, p. 61). A segunda possibilidade era fundamentar todo o ordenamento jurídico em uma norma transcendente jusnaturalista, v.g., a natureza humana. A Teoria Pura do Direito sustenta, por sua vez, que a norma fundamental carece de validade positiva – pela ausência de norma superior que lhe confira essa validade, não obstante, ser jurídica – e não estar fundada no mundo do ser (*sein*), mas, no dever ser (*sollen*), funcionando como a *prima causa* do sistema normativo; a fonte inicial de onde emanam formalmente as normas jurídicas de um ordenamento. Sobre as diferenças entre a pressuposição da norma fundamental da Teoria Pura do Direito em relação à das teorias do Direito natural:

Es una norma presupuesta en el pensamiento jurídico. Se trata, así, de encontrar la validez del Derecho positivo en un sentido hipotético y no, como lo pretenden el Derecho divino o natural de conformidad con la intención de una doctrina jurídica teológica o natural, em um sentido de categorías (KELSEN, 2001, p. 76).⁸

A influência do pensamento kantiano em Kelsen permite que se compreenda mais nitidamente o significado da norma fundamental e seu papel na ciência do direito. Sua finalidade precípua é a de transformar determinadas ideias em conhecimento, funcionando, assim, como um “conceito de razão pura”.

É possível alinhar, ainda, que a norma fundamental, é pressuposta com finalidades científicas, destituindo-se de finalidades práticas para quaisquer outros fins. O ativista político, o servidor público, o comunista ou o anarquista não precisam pressupor a norma fundamental, pois não pretendem fazer Jurisprudência, mas, sim, política.

O caráter da norma fundamental como pressuposto necessário para o conhecimento e representação da validade jurídica dispõe de um estatuto epistemológico totalmente específico. Apoiando-se na nomenclatura kantiana Kelsen caracteriza-a como “*condição lógico-transcendental*” para o cumprimento da tarefa de conhecimento jurídico-científico; ela própria seria desprovida de conteúdo e apenas imaginada. Nesse sentido, **ela não teria**

⁸ Tradução livre: “É uma norma pressuposta no pensamento jurídico. Se trata, assim, de encontrar a validade do direito positivo em um sentido hipotético e não, como pretendem o direito divino ou natural, que se filiam as intenções de uma doutrina jurídica teológica natural, em um sentido de categorías”.

função ética nem política, mas exclusivamente uma função epistemológica. Em outras palavras: a norma fundamental não é o sentido de um ato de vontade empírico; ela é apenas o conteúdo de um ato de pensamento cuja tarefa é dar ao jurista condições de poder interpretar o *sentido subjetivo* da hipótese normativa de um sistema normativo como seu *sentido objetivo* (DIAS, 2010, pp. 246-247) (Os grifos apusemos).

É indispensável ressaltar que é necessário um mínimo de eficácia para que seja possível pressupor a norma fundamental. Isto, entretanto, não significa um rompimento entre as esferas do ser (*sein*) e do dever-ser (*sollen*), ou estabelecer como fundamento de validade do ordenamento jurídico um fato da ordem do ser (*sein*), mas, tão somente, que a validade global de um ordenamento jurídico é condição para continuidade da vigência. A validade do ordenamento jurídico existe se ele é eficaz e não porque ele é eficaz.

A Teoria Pura do Direito defende que a validade das normas jurídicas se diferencia da sua eficácia, da mesma maneira que o ato que põe a norma não se confunde com a própria norma. Dito de maneira mais simples: um mínimo de eficácia é condição para vigência da norma, não para sua existência.

A norma já existe, mas para continuar existindo, não pode tornar-se absolutamente ineficaz. As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) *porque* a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apoia, como um todo, perde sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas perdem sua validade (vigência) (KELSEN, 2009, p. 236).

O fundamento da validade de uma norma jurídica, entretanto, não é sua eficácia, i.e., do fato de uma norma ser eficaz, não podemos deduzir que seja válida. O que determina a obediência de uma norma jurídica é sua derivação formal da norma hipotética fundamental. Para usar de um exemplo do próprio Kelsen: o fato de que um homem nasce (fundamento) lhe dá a vida; para continuar vivendo, no entanto, é mister que o indivíduo se alimente (condição); da mesma maneira que a norma é válida se posta segundo o devido processo legal – em conformidade com a norma hipotética fundamental – (fundamento), mas para continuar sendo válida é preciso que seja eficaz (condição) (KELSEN, 2009, p. 236).

Por derradeiro, a norma fundamental tem um caráter constitutivo, permitindo o conhecimento do seu objeto, ou seja, o direito. Como um “conceito puro da razão”

ou uma “categoria kantiana”, sua função máxima é a de transformar o caos das ideias que se apresentam diante do investigador e jurista, e transformá-los em conhecimento, atribuindo-lhes uma ordem, conforme Kelsen advertiu: “é o próprio conhecimento que produz seus objetos segundo leis imanentes a partir do material fornecido a ele pelos sentidos” (KELSEN, 1928, p. 335 apud DIAS, 2010, p. 250).

A unidade ordenada do direito, produto indelével da norma fundamental, faz com que a ciência do direito constitua o seu próprio objeto de estudos, na medida em que ele se firma como uma unidade ordenada. Assim como o conhecimento racional da natureza pressupõe necessariamente da reunião da pluralidade das percepções sensoriais em uma ordem; a ciência do direito necessita, para sê-lo de fato, ordenar em um sistema homogêneo isento de contradições, e tal só se verifica pela pressuposição da norma fundamental.

4 A NORMA FUNDAMENTAL COMO FICÇÃO JURÍDICA

Quando da publicação da edição derradeira da Teoria Pura do Direito (1960) em língua alemã, Hans Kelsen já contava com 80 anos de idade e, em razão do notável avanço dos anos – ainda que mantida inalterada sua “frieza e exatidão de patologista” – o Mestre de Viena, com notável humildade, decide afastar-se das publicações acadêmicas, conforme entrevista dada a revista “Rechtstheorie”, em 20 de setembro de 1968: “minha memória enfraqueceu-se muito e devido à minha idade avançada e temo que outras capacidades intelectuais também tenham sido afetadas. Por isso creio não dever publicar mais nada” (KELSEN, 1973, p. 129 apud DIAS, 2010, p. 292, nota de rodapé n. 2).

Está implícito no desejo de Kelsen, a preservação do arcabouço teórico da fase clássica de sua Teoria Pura do Direito, quando, por livre iniciativa, ele próprio se furta a publicar o que quer que fosse sobre sua Teoria. Assim, a Teoria Geral das Normas, livro póstumo publicado em 1979, não tinha, pelo menos em princípio, a pretensão de reformular o seu pensamento, servindo, tão somente, como “continuação crítica da Teoria Pura do Direito” (DIAS, 2010, p. 293).

Isto indica, tão somente, que as alterações presentes na Teoria Geral das Normas não são definitivas, nem, tampouco, a última palavra de Kelsen sobre os temas abordados, mas, sim, elucubrações sobre as bases do seu pensamento, que visavam abrir caminho para os juristas que lhe sucederiam. Nesse esteio, é que as expressões sumárias dos escritos precedentes de Kelsen foram ampliadas na sua obra póstuma e, em parte, reformuladas em três pontos.

Kelsen primeiro se debruça sobre a possibilidade da aplicação da lógica ao direito. Ainda que o tema tenha surgido na Teoria Pura do Direito, Kelsen conclui pela inaplicabilidade da lógica no direito, tanto quanto o princípio da não-contradição no que concerne à dedução lógica (DIAS, 2010, p. 293).

Ademais, se evidenciou a pretensão de desenvolver a teoria da hierarquia das normas de Adolf Julius Merkl; fazendo surgir, por isto, modelos de argumentação derivados desta teoria, a exemplo da ênfase no *modus operandi* do processo de produção das normas jurídicas singularmente consideradas (DIAS, 2010, p. 293).

Finalmente, Kelsen concluí os esforços empreendidos nos ensaios publicados entre 1963 e 1965, em que pretende desvencilhar a sua Teoria do Direito

da concepção de uma norma fundamental lógico-transcendental, por considerá-la, incompatível com sua epistemologia jurídico-científica. O fulcro agora é a “*Philosophie des Als Ob*” (filosofia do “como se” ou filosofia da ficção jurídica) de Hans Vaihinger: “no lugar da interpretação da norma fundamental como pressuposto lógico-transcendental da consideração jurídica entra a interpretação da norma fundamental como ficção epistemológica” (DIAS, 2010, p. 293).

4.1 A FILOSOFIA DO “COMO SE” DE HANS VAIHINGER

Hans Vaihinger publicou em 1911 sua obra a “*Philosophie des Als Ob*”, a filosofia do “como se”. Neokantiano explícito, Vaihinger fundou e dirigiu o *Kant-Studien*, bem como organizou os *Congressos do Como Se*, onde promoviam-se debates entre cientistas de diversas áreas sobre o papel da ficção nas ciências e nas demais áreas do conhecimento humano; pretendendo, através destes, desenvolver o sistema epistemológico de Kant (BERNARDO, 2003, pp. 78-79).

Cumprido destacar que Vaihinger aceita a lei formulada por Gruppe: “a nossa investigação científica é uma constante *regula falsi*, para empreender sua tarefa, ela precisa partir de algum pressuposto ou de alguma suposição que na sequência procura corrigir e modificar” (VAIHINGER, s.d., p. 325 apud BERNARDO, 2003, p. 79).

Cumprido antecipar que Vaihinger emprega a expressão ficção para expressar as ficções científicas, i.e., aquelas criadas pelas ciências, tais como a Física, a Matemática e o Direito, para a edificação dos seus postulados, enquanto que reserva a expressão fingimentos para as ficções mitológicas e estéticas:

Fictio significa em primeiro lugar atividade de *fingere*, ou seja, criar (*bilden*), configurar (*gestalten*), elaborar, apresentar, dar forma artística; representar-se, pensar, imaginar, pressupor, esboçar, idear (*ersinnen*), inventar. Em segundo lugar, o termo significa o *produto* destas atividades, a pressuposição fingida, a invenção (*Erdichtung*), criação (*Dichtung*), o caso fingido (VAIHINGER, s.d., p. 142 apud BARNARDO, 2003, p. 79).

Em análise externa, é de bom alvitre perscrutar o conceito sob o prisma de um comentarista:

FIÇÃO [...] Uma filosofia da ficção, ou ficcionismo (*Fiktionalismus*), é a “Filosofia” do “como se” (1911) de Vaihinger, que **se propõe demonstrar que todos os conceitos, as categorias, os princípios e as hipóteses de**

que lançam mão o saber comum, as ciências e a filosofia são ficções destituídas de qualquer validade teórica, frequentemente contraditórias, que são aceitas e conservadas enquanto úteis. Vaihinger não acha que essa situação seja patológica, mas normal, e que a única alternativa viável é utilizar as ficções conscienciosamente. Está claro que, nesse sentido, a ficção não é uma hipótese, pois não exige verificação (ABBAGNANO, 2007, p. 440) (Os grifos apusemos).

Para o benefício da exposição, é de bom alvitre apontar, desde logo, as características destas ficções: a) Descompromisso com o real: as ficções são contrariam a realidade e a si próprias; b) aplicação provisória: o valor da ficção consiste na sua utilidade finita, devendo ser substituída por outros métodos; c) consciência ficcional: aqueles que lidam com um ente ficcional sabem que ele não é, mas é como se fosse; d) conformidade a fins: a ficção é um meio para atingir determinado desiderato.

A partir de Kant, como já verificado, a filosofia do conhecimento considera a impossibilidade de investigação do mundo objetivo, restando apenas a possibilidade de “calcular, por meio de produtos lógicos, acontecimentos externos, de modo a provocar, na ação, o efeito desejado” (BERNARDO, 2003, p. 79). Assim, pela impossibilidade do exercício de influências sobre o objeto, a ficção atua sobre os fenômenos de determinados objetos, produzindo-os. Por óbvio, não existe qualquer correspondência direta entre a ficção e o seu objeto real, mas o oposto: a ficção contradiz e se opõe a realidade ou é autocontraditória. As representações, portanto, são dotadas de valor prático.

A título de exemplo, a pressuposição de Adam Smith, de que o egoísmo é a mola propulsora do comportamento humano, servirá para demonstrar as pretensões levantadas. A ideia de “egoísmo” conjugada à de “mola”, permite a Smith uma análise das relações sociais, enfatizando o egoísmo, mantidas inalteradas todas as outras circunstâncias (*ceteris paribus*) outros fatores. Não obstante, o assentimento ou negativa ao pensamento de Smith, é certo que tal pressuposto encerra e produz conhecimento. É mister, por outro lado, que se tenha sempre em mente a condição ficcional deste conhecimento, sob pena de lhe degenerar, extirpando todos os benefícios que dele poderiam advir; transformando-o em um dogma irretocável, aleijando seu poder criativo e, conseqüentemente, a essência da ficção original (BERNARDO, 2003, pp. 79-80).

A partir do exemplo, fundamenta-se o pensamento de Vaihinger, quando ele advoga pela derivação do pensamento científico enquanto função da psique. Isto se

justifica, porque a consciência humana modela por si própria todas as impressões que recebe; vale dizer, cria o seu objeto, ao reorganizar as impressões colhidas. Assim, o conhecimento é compreendido como um resultado provisório da ficção:

As ficções são formações psíquicas. A psique tece esses meios auxiliares a partir de si mesma, pois a alma é criativa. Empenhada em razão da necessidade, estimulada pelo mundo externo, ela descobre o tesouro de meios auxiliares que nela se encontra. O organismo se vê posto em um mundo repleto de sensações contraditórias e exposto aos ataques de um mundo externo que lhe é hostil; desse modo, ele se obriga, para sua própria preservação, a procurar todos os possíveis meios auxiliares, tanto externa quanto internamente. É pela necessidade e pela dor que se ascende na evolução do espírito, é pela contradição e pela oposição que a consciência desperta. O homem deve a formação de seu espírito antes a seus inimigos que aos amigos. (VAIHINGER, s.d., p. 41 apud BERNARDO, 2003, p. 80).

Convém observar as libertadoras consequências daí advindas:

Vaihinger entende que vê-la [a verdade] como ficção não apenas se revela positivo como libertador, na medida em que responsabiliza diretamente o sujeito que, de dentro, elabora suas necessárias ficções auxiliares. Para ele, todas as representações “não são imagens do que acontece, elas próprias são acontecimentos”; por ser o mundo de representações *produto* do mundo real, “ele não pode ser reflexo do ser” (Vaihinger: 119). Mas Vaihinger concordará que a aceitação das ficções como tal não se afigura tarefa fácil para a maioria das pessoas, na medida em que desestabilizar a realidade implica deixar igualmente inseguros corpo e mente. Como único meio de estabilizar um corpo em equilíbrio instável é apoiar o corpo em questão sobre uma superfície que não seja ela mesma instável, ou seja fictícia, passa a se ver como comum a transformação de ficções e hipóteses em dogmas absolutos (BERNARDO, 2003, p. 81).

O mundo das representações não se destina a ser uma cópia do mundo real, posto ser impossível; assim sua função é a de servir de instrumento que facilite a orientação neste mundo. Esta facilidade, todavia, não se dá de pronto, haja vista que as ficções contradizem a realidade e são, em essência, autocontraditórias. Conforme sua filosofia, o pensamento diverge pouco da realidade no início, através das semificções⁹ (*Halbfiktionen*), para, posteriormente, precisar operar com estruturas que, para além de contradizer a realidade dada, também seja contraditória em si mesma (VAIHINGER, s.d., pp. 44-45 apud BERNARDO, 2003, p. 81).

A análise do conceito de espaço é extremamente esclarecedor no que concerne ao aspecto contraditório das ficções. Essa concepção teria sido inventada

⁹ Despiciendo destacar, portanto, que as semificções só contradizem a realidade, e não são autocontraditórias, sendo, por isso, apenas “semi” ficções.

para organizar os acontecimentos, i.e., o espaço tridimensional representaria uma construção de representações com as quais os seres humanos se familiarizaram; ademais, a impossibilidade de acesso aos acontecimentos reais, torna necessária a projeção para dentro desse espaço, a fim de que as relações reais se espelhem nele.

Isso não quer dizer, entretanto, que as contradições devem ser negadas; ao contrário, elas devem ser admitidas, uma vez que são meios necessários ao progresso do pensamento: “o pensamento corrige os erros que comete: nesta asserção simples, expressa-se todo o princípio das ficções” (VAIHINGER, s.d., p. 114 apud BERNARDO, 2003, p. 82).

A “classificação artificial” parece ser a mais difundida das semificções. Diga-se, uma vez mais, que, para Vaihinger, o cientista não lida diretamente com a realidade, mas, apenas, com representações e formas de pensamento de natureza “provisória” e “indireta”. Por não saber como funciona o mundo físico e natural, o cientista formula ideias, divisões e subdivisões, a partir das vagas concepções que possui, a fim de dar ao caos desordenado dos fenômenos uma ordem, mesmo que esta seja superficial e provisória. A ciência, portanto, progride ao passo em que torna admissível a necessidade das ficções para aproximação da realidade, e não como uma cópia perfeita da realidade.

Enquanto estas ficções são estabelecidas como hipóteses, sem que se faça valer a consciência de que são ficções, elas representam, pois, hipóteses falsas. **Elas só ganham valor propriamente dito quando são acompanhadas pela consciência de que foram criadas intencionalmente como formas provisórias de representação** e que um dia darão seu lugar a sistemas melhores e mais naturais (VAIHINGER, s.d., p. 49 apud BERNARDO, 2003, p. 82) (Os grifos apusemos).

Vaihinger empreendeu esforços em aplicar sua filosofia do “como se” as várias ciências; para tanto, classificou as ficções em: abstrativas, esquemáticas, pragmáticas, utópicas, típicas, galantes, simbólicas, jurídicas, personificativas, sumatórias, heurísticas, práticas e matemáticas:

Assim como o Direito, a Matemática também assume suas ficções, considerando-as, mais do que necessárias, indispensáveis. Concebe, por exemplo, a linha curva como um número infinito de linhas retas, de modo a poder efetuar cálculos com as linhas curvas *como se* fossem retas. Inventa quantidades absolutamente imaginárias, como aquela suposta pela expressão $v-1$. Seus conceitos básicos são o ponto, a linha, a superfície, “nomeadamente pontos sem extensão, linhas sem largura, superfícies sem profundidade, espaços sem conteúdo”, ou seja, ficções contraditórias.

Concede-se existência ao Zero, por definição uma não-entidade, e assim se garante o desenvolvimento vertiginoso dessa ciência [...] (BERNARDO, 2003, p. 87).

Entre todas elas, as jurídicas são as que merecem maior atenção neste trabalho, ainda que Kelsen rejeitasse o exemplo dado por Vaihinger. Para a filosofia do “como se”, as ficções jurídicas são imprescindíveis à edificação da Jurisprudência. Elas consideram o não-acontecido como se tivesse acontecido, podendo também presumir o contrário, além de, em outros casos, subsumir um caso em uma analogia contrária a própria realidade. O Marquês de Beccaria, na obra “Dos Delitos e das Penas”, ao compreender a justiça, não como uma força física ou um indivíduo, mas como uma forma de conceber dos homens, anteviu as ficções no direito, tão em voga na Jurisprudência contemporânea (BERNARDO, 2003, p. 84).

4.2 O SENTIDO DO PENSAMENTO KELSENIANO SOBRE A NATUREZA DA NORMA FUNDAMENTAL: DA FICÇÃO PARA A HIPÓTESE

Quando em 1986 se publicou no Brasil a tradução da obra *Teoria Geral das Normas* de Hans Kelsen, grande foi a euforia e o entusiasmo de muitos juristas ao constatarem a aparente mudança no pensamento de Kelsen, a exemplo do exposto na Introdução da obra:

Um dos pontos retificados por Kelsen, e de grande repercussão, refere-se à norma fundamental, porque muito já se explicou sobre esta matéria, e tudo o que disseram está, agora, revogado. Assim, a norma fundamental, neste tratado, recebeu conceituação nova e definitiva, corrigindo, o autor mesmo, o que escrevera anteriormente ao tratá-la como hipótese.
[...] No novo conceito, a norma fundamental – a que fundamenta a validade de um ordenamento jurídico – passou a ser vista como uma norma fictícia, meramente pensada, produto de um mero ato de vontade também fictício (DUARTE, João Florentino, 1986, p. VIII).

Contudo, no ano seguinte à publicação brasileira da *Teoria Geral das Normas*, uma carta de Hans Kelsen a Renato Treves, datada de 03 de agosto de 1933, veio a público, onde o mestre de Viena afirmou que seu pensamento evoluiu da ficção para a hipótese, e não de maneira inversa.

Même si, dans un certain sens, il est exact d'affirmer que la théorie de la norme fondamentale trouve son origine dans le principe de l'économie de la pensée de Mach et dans la théorie de la fiction de Vaihinger, je préfère renoncer, à la suite de nombreux malentendus, à m'inspirer de ces deux auteurs. L'essentiel est que la théorie de la norme fondamentale découle

entièrement de la méthode de l'hypothèse développée par Cohen (TREVES, 1987, p. 335 apud MATOS, 2006, p. 67).¹⁰

A Teoria Geral das Normas, como toda obra póstuma, deve ser avaliada com o máximo de cuidado, pois não se pode determinar com precisão se ali estava contido o pensamento final do autor. De modo que existem diversas teses em ambos os sentidos, advogando pela norma hipotética ou pela norma fictícia.

Apesar da formulação da *Grundnorm* enquanto ficção estar presente na “Teoria Geral das Normas” – em tese a última obra de Kelsen –, considera-la como definitiva ou como signo da pretensa mudança de posição de Kelsen – da hipótese lógico-transcendental à ficção – parece-nos errôneo. A “Teoria Geral das Normas” foi editada pelo Instituto Hans Kelsen em 1979 e reúne vários textos de Kelsen, alguns deles não destinados à publicação, conforme se pode ler na introdução de Ringhofer e Walter. Muitos dos textos que compõem a obra têm data incerta e não se sabe exatamente quando Kelsen pensou a *Grundnorm* enquanto ficção jurídica [...] (MATOS, 2011, pp. 51-52).

Um último dado relevante é a publicação de um artigo na Revista Austríaca de Direito Público, em 1963, posterior, portanto, à edição final da Teoria Pura do Direito, com a seguinte redação:

Em obras anteriores, tenho me referido a normas que não são conteúdo de um ato de vontade. Mas sim que era pressuposta por nosso pensamento. Devo confessar agora que não posso continuar mantendo esta doutrina; que devo abandoná-la. Podem crer-me, não tem sido fácil renunciar a uma doutrina que tenho defendido durante décadas. Abandonei-a ao comprovar que uma norma (*sollen*) deve ser o correlato de um uma vontade (*wollen*). Minha norma básica é uma fictícia baseada em um ato de vontade fictício; relativamente à norma fundamental se confere um ato de vontade fictício, que realmente não existe (KELSEN, 1963, pp. 119-120 apud BURITY, 1987, pp. 8-9).

Contudo, conforme já exposto, Kelsen decide não publicar mais o que quer que seja sobre sua Teoria do direito, de modo a fazer crer que, para além das limitações físicas impostas pela idade, havia o desejo de preservar sua versão clássica da Teoria Pura do Direito (KELSEN, RT 2 [1973], p. 129 apud DIAS, 2010, p. 292, nota de rodapé n. 2).

Kelsen conhecia bem o pensamento de Hans Vaihinger. Em 1919, no artigo “*Zur Theorie der juristischen Fiktionen*”, ele denuncia inúmeros inconvenientes na

¹⁰ “Mesmo se, em um certo sentido, é exato afirmar que a teoria da norma fundamental encontra sua origem no princípio da economia do pensamento de Mach e na teoria da ficção de Vaihinger, prefiro desistir, em razão de numerosos mal-entendidos, de me inspirar nesses dois autores. O essencial é que a teoria da norma fundamental deriva inteiramente do método da hipótese desenvolvido por Cohen” (Tradução livre em MATOS, 2006, p. 67).

qualificação fictícia de construções normativas, haja vista que em hipótese alguma elas poderiam ser contraditórias a realidade, conforme pressuposto vaihingeriano necessário já exposto, isso porque o ser da realidade e o dever-ser das normas “não se confundem e existem concomitantemente enquanto esferas óticas diversas” (MATOS, 2011, p. 53).

Ademais, em 1923, no prefácio da segunda edição dos *Problemas Capitais*, Kelsen se refere mais uma vez a “esclarecedora” teoria de Vaihinger, mas muito mais timidamente do que faz com as teorias de Cohen, com quem admite filiar o seu pensamento. Assim, Kelsen conhecia a obra de Vaihinger e a de Cohen, preferindo a deste em detrimento à daquele (MATOS, 2011, p. 53).

É preciso dizer expressamente, *data maxima venia*, que a compreensão dos partidários da norma fundamental de natureza fictícia em Hans Kelsen foi prematura, uma vez que, as evidências levam a crer, que sua pretensão nos seus trabalhos póstumos eram críticos e não atentatórios as bases de sua teoria ou de refundição da mesma.

4.3 A NORMA FUNDAMENTAL DE NATUREZA FICTÍCIA: A FASE FINAL DA TEORIA PURA DO DIREITO (1961-1973 [1979])

A fase final do desenvolvimento teórico do projeto juspositivista de Hans Kelsen é notadamente marcado pelas mesmas bases intelectuais expostas nas suas obras precedentes.

Em um primeiro momento, Kelsen continua a promover o distanciamento da sua teoria com o modelo estático da validade. Ele rejeita, uma vez mais, a aplicação dos princípios da lógica no direito, i.e., que a validade de uma norma pode ser deduzida logicamente da validade de outra norma. Por conseguinte, a norma fundamental não é instrumento hábil a oferecer um conteúdo para preencher as normas que estão sob sua ordem através de um processo dedutivo (DIAS, 2010, p. 295).

A norma fundamental é pressuposta e desprovida de conteúdo; a derivação das demais normas é, por isso mesmo, formal, não material. Ela simplesmente confere poderes aos indivíduos que promulgaram a primeira Constituição histórica e a partir dela as normas subsequentes. Além disso, Kelsen descreve o ordenamento jurídico dentro dos preceitos da teoria da hierarquia de normas de Merkl, como um

“contexto de criação”. Sob o esteio desta teoria, as normas se ligam formalmente, em que a inferior extrai sua validade da superior, que a cria, até chegar à norma fundamental. Dito de forma sumária, a norma inferior é criada em conformidade as prescrições estabelecidas pela norma superior e assim sucessivamente, até ser remetida a primeira Constituição histórica, que extrai sua validade, em última instância da norma fundamental, concluindo o sistema. A partir destes pressupostos, Kelsen se debruça sobre o modelo dinâmico de validade, defendendo a norma fundamental e a teoria da hierarquia das normas como pináculo de sustentação de sua teoria. A norma fundamental deve ser pressuposta epistemologicamente, uma vez que ela é considerada o fundamento último de validade de um ordenamento jurídico. A norma fundamental é o elemento que possibilita identificar uma norma como válida, em última instância, na medida em que o sentido subjetivo de um determinado ato é também o seu sentido objetivo (DIAS, 2003, pp. 295-296).

[...] Uma norma está em relação com uma outra norma; a superior em relação com uma inferior, se a validade desta é fundamentada pela validade daquela. A validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior pela circunstância de que a norma inferior foi *produzida* como prescreve a norma superior, pois a norma superior, em relação com a inferior, tem caráter de Constituição, pois a natureza da Constituição existe na regulação da produção de normas [...]

Se a norma superior só determina o ato de estabelecimento da norma inferior, não, porém o conteúdo da norma deve ser estabelecida, i.e., autoriza o estabelecimento de normas de todo e qualquer conteúdo, a validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior, contanto que o ato de estabelecimento da norma inferior corresponda à norma superior [...] (KELSEN, 1986, pp. 329-330).

É imprescindível destacar que, não obstante a filiação da fase derradeira (1962-1973 [1979]) do seu projeto juspositivista com a fase clássica (1920-1961) existem oposições entre ambas que precisam ser exploradas.

O pressuposto epistemológico jurídico-científico da norma fundamental tem em suas bases uma concepção diversa da anterior. Em 1963 Kelsen desenvolve uma afirmação de 1941, em que afirma que a norma fundamental seria apenas possível de se pressupor e não obrigatoriamente pressuposta; rompendo, assim, com o fundamento da norma fundamental na teoria do conhecimento de Kant, considerando que, se a Jurisprudência prescinde da norma fundamental não existe uma razão obrigatória para a pressuposição da mesma. O objeto cognoscível – o direito – poderia ser apreendido por uma pluralidade de métodos, i.e., mediante o

método normativo, defendido por Kelsen, como também pelo método causal, mormente defendido pelas ciências sociológicas (DIAS, 2010, pp. 296-297).

Tais concepções são absolutamente rechaçadas pela filosofia do conhecimento de Kant. Para ela, a tese de Kelsen de que é possível o conhecimento de um determinado objeto através de diversos métodos é indefensável, afastando as novas concepções de Kelsen das de Kant.

De acordo com essa corrente filosófica, a extinção das formas de percepção e categorias de entendimento implica não apenas subtrair às ciências exatas o chão sobre o qual se apoiam, mas também impossibilitar completamente qualquer experiência ordenada do mundo exterior. Mas se não existe de forma alguma a possibilidade e de escolha na fundamentação da teoria do conhecimento de Kant e se, portanto, a filosofia transcendental não tolera a tese de Kelsen segundo a qual existiriam diferentes opções para o conhecimento do mesmo objeto, então é evidente que a tentativa de apoiar a norma fundamental – mesmo que somente por analogia – nas categorias de entendimento e nas formas puras da percepção kantianas não pode mais ter êxito (DIAS, 2010, p. 297).

A Jurisprudência é como a tapeçaria de Penélope, feita de dia para ser desfeita a noite. Kelsen volta a se preocupar com o problema de validade que se ocupou na década de 20, mas com novas complicações. Afastada a condição lógico-transcendental sem conteúdo e pressuposta apenas com pretensões epistemológicas, Kelsen regressa as possibilidades que se afiguraram no início de sua cruzada metodológica: reconhecer como fundamento último do direito uma solução metafísica ou empírica-causal (DIAS, 2010, pp. 297-298).

Não obstante, Kelsen se recusa a fundamentar a epistemologia e a validade do direito em métodos metafísicos ou empírico-causais. A solução para evitar que Kelsen viesse a advogar em favor do que ele mesmo combatia foi refugiar-se sob a filosofia da ficção de Hans Vaihinger. Já em 1919 Kelsen se mostra demasiado impressionado com a filosofia do “como se” de Vaihinger, apesar de criticar os exemplos de ficção que ele apresenta em sua obra:

Com efeito, a maior parte do que o próprio Vaihinger trata como “ficção jurídica” e tina como base de sua notável teoria não é ficção nenhuma, ou pelo menos não é a imagem conceitual à qual correspondem aquelas características peculiares que ele determinou com propriedade. Assim como podemos concordar sem reservas com os resultados obtidos em princípio pela filosofia da ficção jurídica vaihingeriana, também temos que caracterizar a ficção jurídica selecionada com especial predileção por ele como argumento improcedente (KELSEN, 1919, p. 1216 apud DIAS, 2010, p. 298).

Em 1964, quatro anos após a publicação da segunda edição da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen caracteriza a norma fundamental como ficção, fazendo-o, também em outros dois momentos, a saber, quando da publicação do ensaio *On the Pure Theory of Law* (1966) e na Teoria Geral das Normas (1979):

A norma fundamental *pode* ser, mas *não tem que ser* pressuposta. O que a ética e a ciência do direito dizem sobre ela é que somente se ela for pressuposta o sentido subjetivo dos atos de vontade dirigidos ao comportamento de outrem pode ser interpretado também como seu sentido objetivo e o conteúdo dos mesmos pode ser interpretado como normas morais ou jurídicas vinculantes. Como essa interpretação é condicionada pelo pressuposto da norma fundamental, é necessário admitir que os preceitos de dever-ser só podem ser interpretados nesse sentido condicionado como normas morais ou jurídicas objetivamente válidas. Conta a hipótese de uma norma não promulgada por um ato de vontade real mas apenas pressuposta no pensamento jurídico pode-se afirmar que uma norma só poder ser o sentido de um ato de vontade, não de um ato de pensamento [...]. só se pode enfrentar tal objeção admitindo-se que, com a norma fundamental pensada, também se deve pensar numa autoridade imaginária cujo ato de vontade *fictício* tem por sentido a norma fundamental. Com essa ficção a hipótese da norma fundamental entra em contradição com a hipótese de que a constituição, cuja validade se baseia na norma fundamental, é o sentido do ato de vontade de uma autoridade suprema acima da qual não existe autoridade. Com isso *a norma fundamental se torna uma ficção autêntica* no sentido da filosofia vaihingeriana da ficção jurídica (KELSEN, 1964, p. 1977 apud DIAS, 2010, pp. 298-300).

Com a norma fundamental fictícia (*Als-Ob-Grundnorm*) Kelsen estatui que o fundamento último de validade de um ordenamento jurídico deve ser compreendido como um recurso mental, utilizado quando o material real existente não é suficiente para a consecução da compreensão do objeto que o pensamento pretende escrutinar.

Neste sentido, como a Jurisprudência não dispõe de material existente para alcançar um conhecimento científico do Direito, ela faz uso da ficção como recurso necessário para essa apreensão. Este fim, por seu turno, é o mesmo da norma hipotética fundamental, a saber: estabelecer o fundamento de validade do ordenamento jurídico (KELSEN, 1986, p. 328-329).

Quando Kelsen classifica a norma fundamental como uma “ficção autêntica” ele pretende distingui-la das semificções, i.e., aquelas ficções que só contradizem a realidade em si, mas não são autocontraditórias. Kelsen, também, pretende diferenciar a norma fundamental das hipóteses, posto que estas se caracterizam pela sua pretensão de excederem a classificação de “figuras de pensamento” ou

“veículos de ilustração”; para serem, isto, sim, declarações sobre um fato (DIAS, 2010, p. 300, nota de rodapé n. 20).

A norma fundamental fictícia é classificada por Kelsen como uma “ficção autêntica”, por contrariar a realidade, porque não foi posta por qualquer autoridade e, por conseguinte, não existe objetivamente; como também, por ser autocontraditória, porque representa a autorização de uma autoridade jurídica suprema, que deriva formalmente de uma autoridade acima desta já referida, tida como fictícia pela sua própria natureza:

A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas – como evidente do que se precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é pura ou “verdadeira” ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma. Pois a suposição de uma norma fundamental – como porventura a norma fundamental de uma ordem moral religiosa: “Deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, como determina historicamente a primeira Constituição” – não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma, porque descreve a conferição de poder de uma suprema autoridade Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade – com certeza apenas fictícia – que está mais acima dessa autoridade (KELSEN, 1986, pp. 328-329).

De se registrar, pela importância, as diferenças entre as duas normas fundamentais, lógico-transcendental e fictícia, no pensamento kelseniano. Considerando a forma que cada uma foi pensada, Kelsen procurou estabelecer em sua obra que toda norma é criada por um ato de vontade humano, enquanto que a norma fundamental (*Grundnorm*) era apenas hipotética, portanto, destituída de um ato de vontade criadora. A ficção, por sua vez, determina que a norma (*sollen*) tenha um ato de vontade correlato (*wollen*), para sua concepção fictícia. De maneira tal que a norma fundamental (*Grundnorm*) é concebida como um correlato de um ato de vontade (*wollen*) (KELSEN, 1963, pp. 119-120 apud BURITY, 1987, pp. 8-9).

As normas positivas têm seus atos de vontade presentes na esfera do ser (*sein*), ou seja, são atos de vontade humanos reais. Quando a norma jurídica é pensada – ou fictícia – não têm como sentido atos de pensamento, mas atos de vontade que não existem na esfera do ser (*sein*), mas em uma realidade que se imagina; ou mais simplesmente, uma norma jurídica fictícia, tem como correlato um ato de vontade igualmente fictício.

De um ponto de vista prático, a norma fundamental fictícia se diferencia da norma fundamental de natureza lógico-transcendental, pela sua natureza passiva em relação ao seu objeto de estudo. A norma fundamental fictícia cumpre sua função ao conferir validade autorizando a primeira Constituição histórica e se extinguindo em seguida. Assim, a finalidade da revolução copernicana da filosofia transcendental de Kant perde sua razão de ser no projeto juspositivista de Hans Kelsen; o direito não é mais compreendido como criador do seu objeto de estudos; dito de outro modo, não é mais a Jurisprudência quem cria o ordenamento jurídico homogêneo em meio ao caos dos fenômenos (DIAS, 2010, p. 301).

Kelsen, que compreendia durante sua fase clássica, a unidade do ordenamento jurídico sob um viés bifurcado, i.e., a produção de normas jurídicas em conformidade aos critérios estabelecidos pela primeira Constituição histórica, derivados, em última análise, da norma fundamental; e a “unidade epistemológica provida de sentido” do objeto de estudos da ciência do direito, geratriz do ordenamento jurídico, conserva apenas o primeiro destes pensamentos, por considerar o segundo insustentável frente aos novos postulados da sua Teoria Pura do Direito.

Expostos os principais fundamentos da norma fundamental fictícia, não convém deixar escapar que Kelsen se ocupa de três características principais da ficção de Hans Vaihinger: 1) sobre a conformidade do recurso mental, 2) o reconhecimento da dupla contrariedade das ficções, i.e., com a realidade e com elas próprias, e 3) a imprescindível necessidade da consciência sobre a natureza fictícia da norma fundamental, i.e., que ela serve tão somente como instrumento a apreensão do conhecimento jurídico-científico (DIAS, 2010, pp. 300-301, nota de rodapé n. 21). Kelsen, entretanto, não observa uma característica essencial ao conceito de ficção de Vaihinger: seu caráter provisório. O Mestre de Viena não apresenta a possibilidade de progresso de sua teoria geral do direito, elidindo de seu arcabouço teórico a norma fundamental fictícia, descaracterizando, portanto, a perfeita subsunção das suas ideias, àquelas classificações estabelecidas por Hans Vaihinger na filosofia do “como se”. Kelsen se recusa a fundamentar, ainda, sua Teoria Pura do Direito sobre a metafísica ou a base empírico-causal.

Seja pela própria intuição de Kelsen em preservar a fase clássica de sua Teoria Pura do Direito, abandonando a vida acadêmica e não publicando em vida sua última obra, ou ainda, pelos problemas filosóficos decorrentes da defesa da

norma fundamental fictícia, a despeito da erudição de seus defensores, parece ser mais plausível e harmônico ao projeto juspositivista do normativismo jurídico, compreender sua concepção fictícia como continuação crítica a título de apontamento intelectual aos futuros juristas, e a defesa da norma fundamental enquanto hipótese epistemológica fundamental e necessária para a criação e o exercício da Jurisprudência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando, em 1960, Kelsen proferiu uma palestra sobre a Teoria Pura do Direito, na Universidade Nacional Autónoma de México, Recaséns Siches discorreu sobre a importância do projeto juspositivista de Kelsen para a ciência do Direito. Afirmou que existem três tipos de leitores da obra de Kelsen:

Hay un grupo de kelsenianos fanáticos, devotos integralmente, en un ciento por ciento, a la teoría pura del derecho, para los cuales esta doctrina representa la última palabra y la definitiva. Hay también muchos juristas y filósofos que combaten a usted encarnizadamente, sin cuartel, considerándole como un espíritu maligno que hay que desterrar por entero en el campo de nuestros estudios; y tiene usted un nutrido grupo de discípulos críticos, que han aprendido mucho de usted, pero que aspiran a encontrar algunos ángulos nuevos desde los cuales quepa superar alguna de las perspectivas de la teoría pura del derecho. A esto añadí, que yo pertenezco a ese tercer grupo, el de los discípulos críticos (RECASÉNS SICHES, 1974, p. 166).¹¹

A esta afirmação, Kelsen, com a amabilidade e cordialidade que lhe eram caras, respondeu que também integrava o terceiro grupo. A Teoria Pura do Direito, conforme o próprio autor aceitava, não é a última palavra sobre a ciência do Direito, mas, sim, estava passível de críticas e, mais importante, de continuidade teórica, observados os cuidados e a preparação necessária para tal empreendimento.

Foi com este espírito que o Mestre de Viena renunciou a continuidade da atuação concreta na sua obra, após a publicação definitiva da Teoria Pura do Direito, em 1960. Por mais que ele tenha fundido a origem da norma fundamental na filosofia Lógico Transcendental de Kant, sob os auspícios do seu mais eminente discípulo, Hermann Cohen, havia, como foi provado, o desejo e a pretensão em estabelecer as bases filosóficas do fundamento último de validade do direito na filosofia do “como se” de Hans Vaihinger.

Todavia, tal pretensão foi abandonada a partir de 1933, para ser retomada depois de 1960, mas, desta vez, não com a pretensão de retificar o seu projeto teórico. A intenção era, segundo os apontamentos colhidos, o levantamento de uma

¹¹ “Há um grupo de kelsenianos fanáticos, devotos integralmente, em cem por cento, a Teoria Pura do Direito, para os quais essa doutrina representa a última e definitiva palavra. Há também muitos juristas e filósofos que lhe combatem [a Kelsen] ferozmente, sem trégua, considerando-lhe como um espírito maligno que deve ser banido integralmente do nosso campo de estudos; e você tem nutrido um grupo de discípulos, que tem aprendido muito com você, mas que desejam encontrar alguns novos ângulos, a partir dos quais possam superar alguma das perspectivas da Teoria Pura do Direito. Acrescento que eu pertenço ao terceiro grupo, o dos discípulos críticos” (Tradução livre).

antítese, que perturbava o próprio Hans Kelsen, de modo a legar aos seus futuros discípulos, um caminho para a crítica e a continuidade do desenvolvimento da Teoria Pura do Direito.

A filosofia de Cohen apresenta uma solução para o problema do fundamento último da validade do direito e embora não seja a única, foi a escolhida por Kelsen. Isto porque, na filosofia do “como se”, há uma impossibilidade de uniformização entre as características estabelecidas por Vaihinger para as suas ficções, e o desenvolvimento da norma fundamental, a saber: a utilização provisória deste recurso.

Por evidente, isto não significa que a norma hipotética fundamental esteja livre de quaisquer críticas, uma vez que, em suas possibilidades, ela não contempla uma vontade hipotética correlata a ela.

Despiciendo enfatizar, portanto, que tal afirmação aleija a possibilidade de afirmar, sob um aspecto científico, qual das teses melhor se enquadra ao arcabouço teórico do projeto normativista. É possível, simplesmente, afirmar que Kelsen escolheu o modelo lógico transcendental, por serem menores os riscos de ruína do seu projeto.

Ambas as teses, é verdade, se encontram ao oferecer à Jurisprudência, o recurso epistemológico necessário ao seu estabelecimento. Por outro turno, se apartam e polarizam, ao considerar que, enquanto a norma hipotética fundamental, cria o direito, a norma fundamental fictícia, apenas lhe confere validade, sendo consideradas, por esse motivo, respectivamente, ativa e passiva.

A divergência que existe sobre a norma fundamental é um campo que abre inúmeras possibilidades de desenvolvimento da Jurisprudência; seja na defesa da filosofia lógico transcendental; na possibilidade de erguer, inferindo da norma fundamental fictícia (*Als-Ob-Grundnorm*), uma vontade fundamental (*Grundwille*) e um fato fundamental (*Grundtatsache*); ou do surgimento de um fundamento outro, capaz de soçobrar e tornar obsoletos os modelos anteriores.

Seja como for, os discípulos críticos do normativismo jurídico podem encontrar alento nas páginas deste trabalho, e a partir das análises mais elementares da norma fundamental, apresentar críticas fundadas em novas bases que, talvez, sejam a aurora de uma nova Jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BERNARDO, Gustavo. Como se. In: **Revista IPOTESI**, revista de estudos literários da Universidade Federal de Juiz de Fora, v. 6 n. 2, jul/dez 2002. ISSN 1415-2525. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2003.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

BURITY, Tarcísio de Miranda. **Kelsen e o direito internacional consuetudinário**. (Conferência Pronunciada no Encontro Nacional de Filosofia do Direito na Universidade Estadual de Maringá, de 9 a 15 de novembro de 1981). João Pessoa, A União, 1988a.

BURITY, Tarcísio de Miranda. **Kelsen e o pensamento conjectural**. (Conferência Pronunciada na Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis, 25/11/1987). João Pessoa, A União, 1988b.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DUARTE, José Florentino. **Introdução à obra teoria geral das normas de Hans Kelsen**. pp. I-XII. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

EDEL, Geert. The hypothesis of the basic norm. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford: Clarendon Press, 1998.

FIGUEIREDO, Vinícius de. **Kant & a crítica da razão pura**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

KELSEN, Hans. **Introducción a la teoría pura del derecho**. Trad. de Emílio O. Rabasa. 3. ed. México: Lima, 2001.

_____. **Teoria geral das normas**. Estudo introdutório e tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, pp. 41-84, jan./jun. 2011.

_____. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Martin Claret, 2012.

PASCAL, Geroges. **Compreender Kant**. Introdução e Tradução de Raimundo Vier. 7. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECASÉNS SICHES, Luis. Balance de la teoría pura del derecho. In: **Boletim Mexicano de Derecho Comparado**, ano VII, nº 19, pp. 165-178. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

WALTER, Robert. **A teoria pura do direito**. In: "Teoria Pura do Direito", de Hans Kelsen. pp. 19-45. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999a.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Por que ler Kelsen hoje**. Prólogo à obra “Para Entender Kelsen”, de Fábio Ulhoa Coelho, pp.13-21. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**. Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2000.

KELSEN, Hans. **El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho**. Trad. Luis Legaz y Lacambra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933.

_____. **La idea del derecho natural y otros ensayos**. Traducción de Francisco Ayala. Buenos Aires: Losada, 1946.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito**: Introdução à problemática científica do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. **Kelsen**: estudio crítico de la teoría pura del derecho y del estado de la escuela de Viena. Barcelona: Librería Bosch, 1933.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Decisionismo e hermenêutica negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e afirmação do poder no ato interpretativo do direito. **Rev. Sequência** (Florianópolis), n. 67, pp. 111-137, dez. 2013.

_____. estado de exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, pp. 11-48, jan./jun. 2009.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. exposición y crítica**. México: Editorial Porrúa S.A., 1978.

PÍTSICA, Nicolau Apóstolo; PÍTSICA, Diogo Nicolau. **Introdução à ciência jurídica de Hans Kelsen**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo xx**. Tomo I. México: Porrúa, 1963.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. 2. ed., rev., e ampliada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

WALTER, Robert. **La estructura del orden jurídico**: disertación jurídico-teórica basada em la teoría pura del derecho. Trad. de Ernesto Volkening. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984.

WARAT, Luiz Alberto. La norma fundamental kelseniana como critério de significación. In: **Estudios del Derecho**, ano XLII, vol. XL, nº 99, pp. 39-62. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de La Universidad de Antioquia, marzo de 1981.