

Ciência normativista do direito: normativismo formalista de Hans Kelsen

Positive science of law: formalist positivism by Hans Kelsen

Judicael Sudário de Pinho*

Uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em nenhuma das muitas normas de justiça – pois não pode dar a nenhuma delas preferência sobre as demais – mas, como já se mostrou, numa norma fundamental hipotética (isto é, pressuposta pelo pensamento jurídico) por força da qual nos devemos conduzir e por força da qual devemos tratar os homens conforme uma primeira constituição histórica, global e regularmente eficaz, sem importar a questão de saber se a ordem jurídica erigida em conformidade com esta constituição corresponde ou não a qualquer norma de justiça. Na medida em que esteja em causa a validade do direito positivo, não importa tomar em consideração nenhuma outra, além desta norma fundamental, e, especialmente, nenhuma norma de justiça há que deva ser levada em conta. Hans Kelsen.

Resumo

O trabalho revisita e dialeticamente reafirma os principais conceitos do normativismo jurídico formalista de Hans Kelsen, enquanto método, doutrina e ideologia. No tema mais polêmico que cerca o autor, demonstra que o juspositivismo por ele adotado não exclui a possibilidade de formulação de valores sobre o direito; apenas sustenta que tais valores estão fora do campo da ciência jurídica. O Articulista, em sua conclusão, advoga que a contenda com o jusnaturalismo pode ser solucionada pela adoção do valor 'legitimidade', entendida como a atuação político-jurídica adequada à vontade da maioria dos integrantes de específico corpo social ao qual a ordem jurídica se refere e aos valores que essa mesma sociedade reputa, em dado momento histórico, importante preservar.

Palavras-chave: *Ciência jurídica. Positivismo. Hans Kelsen. Valores. Legitimidade.*

Abstract

This article aims to revisit and dialectically reaffirms the main concepts of Hans Kelsen juridical formalist positivism, as a method, a doctrine and an ideology. Concerning the most polemic theme approached by Hans Kelsen, this article aims to demonstrate that the juspositivism adopted by Kelsen does not exclude the creation of values on law, but only sustains that such values are beyond the field of the legal science. The author, as a conclusion, affirms that the dispute with jusnaturalism may be solves through the adoption of the value "legitimacy", understood as the political-juridical action adequate to the will of the majority of a specific community to which the legal system refers and to the values that such a community considers important to protect, in a certain period of time.

Keywords: *Legal Science. Positivism. Hans Kelsen. Values. Legitimacy.*

* Mestre em Direito Constitucional. Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Juiz do Trabalho.

Preâmbulo

É com muito agrado que atendo ao convite dos Professores Francisco Otávio de Miranda Bezerra e Joyceane Bezerra de Menezes para participar, como articulista, da edição comemorativa do 15.º aniversário da Revista Pensar do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Maior é a minha honra por haver contribuído para a primeira edição deste periódico, acompanhando desde então a sua evolução. A grandeza da Revista reflete o crescimento deste Curso de Direito, do qual fui aluno e, posteriormente, seu Coordenador. Nos tempos atuais, o seu papel se revela de importância ímpar, pois forma para a ciência, para a tecnologia, para a direção política, os valores capazes de dar impulso nobre aos grandes ideais de progresso e de melhoria da humanidade. Se não possuímos a carga, a tradição, a força e o poder de outras Faculdades, é certo que, jovem, somos despreocupados das pompas e dos ouropéis que, em velhas instituições doutros tempos, prestam-se a ajaezar intolerâncias, quando não tentam colorir de aceitabilidade o palor de dogmatismos infecundos. Contrariamente, o nosso Curso de Direito sempre procurou inculcar em seus alunos o sólido convencimento de que a ignorância, embora opaca, serve para sinalizar a estrada da servidão. Aqui, vivemos a realidade permanente e universal da educação e procuramos dar ao nosso aluno não apenas os conhecimentos necessários ao seu bom desempenho profissional, mas também a formação para a vida pessoal e social, com o sentimento de transitoriedade do conhecimento, seja pela ânsia de galgar novos patamares de cognição, seja pela convicção de que nem a verdade científica é eterna. Eterna é tão-só a afeição que haveremos de dedicar à ciência.

Introdução

Dentre as ciências normativistas do Direito, escolhi o Normativismo Formalista de Hans Kelsen como tema do presente trabalho. Pretendi, com a escolha, voltar a tomar contacto com a obra de

Kelsen, novamente estudar os conceitos referentes ao positivismo jurídico e colocar em cheque crenças adquiridas ainda nos anos de juventude e que, com o passar do tempo, foram-se transformando em verdades absolutas à míngua de maiores questionamentos sobre tais e instigantes assuntos.

O trabalho está desenvolvido em cinco partes: 1) Positivismo Jurídico – Exclusão do Juízo de Valor do Direito; 2) Premissas para Compreensão do Pensamento de Hans Kelsen; 3) A Teoria do Ordenamento Jurídico; 4) O Fundamento de Validade da Ordem Jurídica na Visão de Kelsen; 5) A Teoria da Norma Fundamental.

Em cada uma dessas partes, procurei ser o mais possível fiel ao pensamento de Hans Kelsen, seja pela citação do próprio jusfilósofo austríaco, seja pela escolha de comentadores autorizados de sua obra.

No meu sentir, nenhuma é a importância das críticas daqueles que afirmam ser o presente tema ultrapassado. É bom não esquecer que, apesar de todos os modernos e fascinantes movimentos jurídicos e filosóficos surgidos nos últimos tempos, as bases fundamentais do positivismo jurídico resistiram e, pelo menos em nosso país, essa doutrina ainda exerce grande influência nos meios jurídicos e intelectuais.

1 O Positivismo Jurídico: exclusão do juízo de valor do direito

O positivismo jurídico representa um esforço no sentido de transformar o estudo do direito num modelo que apresentasse as mesmas características das ciências exatas, com o desprezo completo dos chamados *juízos de valor* (tomada de posição frente à realidade) para somente levar em consideração os *juízos de fato* (tomada de conhecimento da realidade). Justificar-se-ia essa *abordagem avaliativa*¹ pelo desejo da ciência de ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, o que não se consegue com os juízos de valor, que são sempre subjetivos ou pessoais e, portanto, contrários à exigência de objetividade.

¹ A expressão é de Norberto Bobbio (1995, p. 135-136), que formula a seguinte crítica a essa postura: O fato novo que assinala a ruptura do mundo moderno diante das épocas precedentes é exatamente representado pelo comportamento diverso que o homem assumiu perante a natureza: o cientista moderno renuncia a ser por diante da realidade com um atitude moralista ou metafísica, abandona a concepção teleológica (finalista) da natureza (segundo a qual a natureza deve ser compreendida como pré-ordenada por Deus a um certo fim) e aceita a realidade assim como é, procurando compreendê-la com base numa concepção puramente experimental (que nos seus primórdios é uma concepção mecanicista). A mesma atitude tornou-se própria também das ciências sociais (isto é, das ciências que estudam o comportamento humano: assim, por exemplo, o linguísta estuda as línguas assim como estas existem efetivamente na sociedade, sem a elas aplicar qualquer juízo de valor, sem se perguntar, por exemplo, se são perfeitas ou não, se são conformes ou não um modelo ideal de língua e assim por diante. Mesmo o historiador se esforça em ser objetivo, em reconstruir os fatos, despojando-se de suas paixões e de suas preferências políticas e ideológicas, de modo a explicar os eventos e não julga-los (neste sentido Croce dizia que 'a História não deve ser justiceira, mas justificadora').

Com esse entendimento, o positivismo jurídico assume uma atitude científica frente ao direito para estudá-lo tal como é, e não como deveria ser, ou seja, o estudo do direito é feito como fato, e não como valor, excluída toda e qualquer qualificação que possa conduzir à distinção do direito em bom e mau, justo e injusto. No dizer de Maria Helena Diniz (1998b, v. 3, p. 649-650), trata-se o positivismo jurídico de:

tentativa de amoralização completa do direito e da Ciência do Direito, purificando-a de qualquer fator, base ou fundamento moral ou jusnaturalístico, fazendo com que se limite aos fatos sem apreciar o valor. A eliminação do direito natural como fundamento moral do direito realizou-se pela: a) amoralização psicossocial do direito, feita por Rudolf von Ihering, que procurou eliminar a moral do direito, fundando este último no fator psicossocial do interesse geral garantido pelo poder coercitivo do Estado e por Henri de Page, que o funda na força social. Com isso o fator moral não foi excluído, por estar absorvido pelo fator interesse social e força social; b) amoralização político-estatal de Jellinek e Marcel Waline, que fundam o direito positivo no poder soberano do Estado que, por voluntária autolimitação e auto-regulamento, outorga aos cidadãos direitos subjetivos de ordem pública, que constituem a base de todos os direitos subjetivos de ordem privada; c) amoralização lógico-técnica de Hans Kelsen que, com sua Teoria Pura do Direito, o positivismo jurídico parece ter alcançado a mais completa eliminação da moral ou do direito natural.

Alcançado este ponto, cumpre necessariamente distinguir entre validade do direito e valor do direito, o que, de certa forma, explica a diversidade de atitudes do juspositivismo e do jusnaturalismo em relação ao direito e à Ciência do Direito.

Validade da norma, sob o ponto de vista pragmático, consiste na qualidade dessa mesma norma de existir no mundo do direito e cuja relação autoridade/sujeito (cometimento) é imune por estar ela conforme ao ordenamento, tanto quanto às condições como quanto aos fins por ele estabelecidos, donde se conclui que, para ser válida, a norma precisa estar integrada no ordenamento, retirando sua validade de outras normas que condicionam a competência e/ou determinam os fins.

Valor da norma consiste na sua conformidade com o direito ideal. Seria a norma, pois, nessa perspectiva, a síntese de todos os valores fundamentais nos quais o direito deve-se inspirar.

Considerando os dois conceitos, é imperioso considerar dois pares de termos: validade – invalidade; valor – desvalor, assim como as posições jusnaturalista e juspositivista a respeito do

assunto. Para os jusnaturalistas, validade e valor são conceitos idênticos, uma vez que reduzem o primeiro ao segundo. É dizer: uma norma, para ser válida, deve ser justa. No juspositivismo, inverte-se a lógica jusnaturalista. Aqui, o conceito de valor fica reduzido ao conceito de validade. Assim: uma norma jurídica é justa pelo único fato de ser válida (originar-se de uma autoridade legitimada pelo ordenamento jurídico para editar normas), embora, segundo Bobbio (1995), seja difícil encontrar um positivista que, conscientemente, assumira esta posição extrema.

Em suma: para o juspositivismo, é possível existir um direito válido que seja injusto e um direito, justo que seja inválido. Neste último caso, estaria incluído o direito natural. A esse respeito, tome-se por empréstimo as palavras de Kelsen (1998a, p. 222):

o valor de justiça não é da mesma natureza que o valor do Direito. Quando avaliamos uma ordem jurídica ou uma instituição jurídica particular como justas ou injustas, pretendemos dizer algo mais do que quando dizemos que um prato de comida é 'bom' ou 'ruim', no sentido de que o achamos saboroso ou não. O enunciado de que uma instituição jurídica, a escravidão ou a propriedade privada, por exemplo, é justa ou injusta não significa que alguém tenha um interesse nessa instituição ou no seu oposto. A teoria do interesse não oferece uma análise correta do que pretende expressar um enunciado desse tipo. Tal enunciado significa que a instituição em questão corresponde ou não a uma norma cuja validade é pressuposta pela pessoa que emite o enunciado. Um juízo que afirma que algo é justo ou injusto pretende afirmar um valor objetivo.

As normas que são efetivamente usadas como padrões de justiça variam de indivíduo para indivíduo. Por exemplo, enquanto o liberal considera a liberdade como o ideal da justiça (isto é, acredita na norma de que todos devem gozar de liberdade), o socialista vê o ideal na igualdade (isto é, acredita na norma de que todos devem gozar do mesmo bem-estar econômico). Quando se descobre que é impossível a realização simultânea desses dois ideais, o liberal prefere a liberdade ao custo da igualdade, ao passo que o socialista prefere a igualdade ao custo da liberdade. Uma ordem social que é justa do ponto de vista liberal é injusta do ponto de vista socialista. Algo é justo ou injusto apenas para um indivíduo para o qual a norma adequada de justiça existe, e essa norma existe apenas para os que, por um motivo ou outro, desejam o que a norma prescreve.

Como se observa, o juspositivismo não exclui a possibilidade de formulação de um juízo sobre valor do direito. Apenas sustenta que tal juízo se encontra

fora do campo da ciência jurídica, que se deve limitar a formular um juízo de validade do direito, isto é, um juízo atinente à sua existência jurídica. Assim, a partir da pressuposição de “uma norma geral que prescreve certo tipo de conduta humana”, é possível caracterizar “a conduta concreta que está em conformidade com a norma pressuposta como boa, certa, correta, e a conduta que não está em conformidade com a norma pressuposta como errada, má, incorreta. Esses enunciados são chamados juízos de valor, o termo sendo usado em um sentido objetivo. O valor, nesse sentido do termo, é a conformidade com uma norma pressuposta. (...) Sem a pressuposição de uma norma geral prescrevendo (ou proibindo) algo, não podemos fazer um juízo de valor no sentido objetivo desse termo”, sendo certo que “o valor não é inerente ao objeto julgado como valioso”, mas “a relação desse objeto com uma norma pressuposta” (KELSEN, 1998-a, p. 139-140).

Saliente-se que a distinção entre juízo de validade e juízo de valor constitui tão-somente uma espécie (referente ao direito) da distinção entre juízo de fato e juízo de valor e tornou-se o elemento capaz de delimitar as fronteiras entre a ciência do direito (estudo do direito sem levar em conta o valor) e a filosofia do direito (investigação sobre o fundamento, a justificação e o problema do valor do direito).

A partir dessas distinções, o positivismo jurídico define o direito como um conjunto de comandos editados pelo soberano, introduzindo na definição o elemento único da validade, considerando, pois, como jurídicas todas as normas editadas por um determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, não tendo qualquer importância a aplicação, ou não, destas normas na sociedade.

a conduta concreta que está em conformidade com a norma pressuposta como boa, certa, correta, e a conduta que não está em conformidade com a norma pressuposta como errada, má, incorreta. Esses enunciados são chamados juízos de valor, o termo sendo usado em um sentido objetivo. O valor, nesse sentido do termo, é a conformidade com uma norma pressuposta. [...] Sem a pressuposição de uma norma geral prescrevendo (ou proibindo) algo, não podemos fazer um juízo de valor no sentido objetivo desse termo”, sendo certo que “o valor não é inerente ao objeto julgado como valioso”, mas “a relação desse objeto com uma norma pressuposta” (KELSEN, 1998a, p. 139-140).

A definição positivista é antiideológica, pois não faz qualquer referência a valores ou a fins que seriam próprios do direito. A característica fundamental dessa definição é o fato de que procura estabelecer o que é direito sem levar em consideração o seu conteúdo, a matéria por ele regulada. Esse modo de definir o direito pode ser chamado de formalismo jurídico, teoria que confina o conhecimento científico-jurídico a uma perspectiva normativista, estabelecendo uma rigorosa atitude metódica que se deve manter alheia a aspectos axiológicos e sociais, tendo por objeto único a norma jurídica.

O formalismo jurídico, que define o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, independentemente de seu conteúdo, constitui a característica fundamental da definição juspositivista do direito – importa unicamente como o direito se produz e não o que ele estatui.

2 Premissas para compreensão do pensamento de Hans Kelsen

Na apreensão intelectual do direito pela Teoria Pura², a norma simboliza uma expressão de autoridade, cuja interpretação resulta em um dever. Não um dever moral, mas um dever jurídico, que é expressão de um sentimento de poder, e não expressão de consciência do dever. A norma de direito é, pois, “um dever ser, que é o sentido de um querer, de um ato de vontade” (KELSEN, 1986, p. 3). Esse ato de determinada vontade, estando em condições de se impor como regra obrigatória, passa a exigir, dos indivíduos sujeitos a sua esfera de atuação, que as condutas sejam pautadas pelo conjunto de significações das atitudes definidas pelas regras de direito.

Em outro passo, a norma representa, objetivamente, aquilo que interna ou subjetivamente se quer, desde que se entenda que o ‘querer’ é a vontade de quem está em condições de exigir uma determinada conduta. A concepção kelseniana de direito representa uma maneira original de justificar a validade, ou obrigatoriedade, das normas de um ordenamento jurídico.

A obra de Kelsen, especialmente a Teoria Pura do Direito, procura construir um modelo de ciência capaz de interpretar os comandos de autoridade a partir de dados objetivos, fornecidos pela fixação do objeto de conhecimento, bem como pela determinação de um método específico para a compreensão do sistema jurídico.

² A referência é à obra **Teoria Pura do Direito**, de Hans Kelsen.

Sem precedentes, o modelo teórico kelseniano representa um marco na teoria jurídica, uma vez que inaugura um novo período de racionalidade do direito, caracterizando uma nova forma de expressar o fenômeno jurídico, não mais pela vertente sociológica ou política, mas exclusivamente pela via da razão, tornando-o, no mais das vezes, absolutamente incompreensível, dada a tradição jurídica de costumeiramente buscar fundamentos para o ser Direito na razão prática, enquanto Kelsen procura fundamentar o dever ser jurídico no âmbito de uma razão pura.

Assim sendo, interpretar a obra de Kelsen constitui um desafio que acaba por implicar, muitas vezes, em distorção do seu pensamento. Tendo adquirido grande prestígio no Império Austro-Húngaro, após a Primeira Guerra Mundial, Kelsen exerceu influência política e deu contribuição muito importante para que a Constituição penetrasse no mundo jurídico com a mesma força com que existia no mundo político. Prossequindo na linha desenvolvida por vários juristas alemães, que procuraram enquadrar juridicamente as ações do governo e da administração pública - do que resultou a Teoria Geral do Estado, de Jellinek - Kelsen desenvolveu uma teoria constitucional tendo por base a Constituição como lei fundamental e suprema do Estado. E, complementando essa teorização, preocupou-se com a efetiva aplicação das normas constitucionais como superiores e condicionantes de toda a legislação. A contribuição político-jurídica de Kelsen completou-se com sua influência para a criação e a fixação das competências de uma Corte Constitucional. São inúmeros os autores que tratam desse aspecto da obra de Kelsen, como, por exemplo, Rudolf Machaek (1994).

Entretanto, apesar da importância dessa contribuição, o que se divulgou na América Latina, inclusive no Brasil, foi sua concepção "normativista" do direito, defendida e aplicada de modo apaixonado por juristas e profissionais do direito, muitos dos quais se revelaram mais radicais que o próprio autor da teoria. De toda sorte, criou-se e ainda se mantém um *kelsenianismo* que exerceu e continua exercendo grande influência, razão pela qual é importante conhecê-lo. Pretendendo *purificar* o pensamento jurídico e livrá-lo das antigas especulações filosóficas abstratas, bem como da influência então crescente da sociologia, Kelsen construiu uma *teoria pura do direito*, ou teoria normativista, que afastou os fundamentos filosóficos e sociais e reduziu o direito a uma simples forma, que aceita qualquer conteúdo. Esse aspecto é contraditório na obra de Kelsen, pois, em sua teoria, o fundamento primeiro do direito é uma *norma hipotética fundamental*, que, segundo

ele próprio, poderia ser a idéia de justiça. A partir daí se definem regras básicas para a sociedade, que compõem uma *constituição teórica*, a qual, por sua vez, será o fundamento da *constituição positiva*, que deve ser formalmente declarada e aprovada. O que não estiver nela ou for contra ela não existe para o direito e, por conseqüência, todo o direito se resume ao direito positivo.

Para os adeptos dessa linha de pensamento, o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico, que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América Latina. Sobre isso, vale destacar a seguinte passagem de Maria Helena Diniz (1998a, p. 118):

a ciência do direito foi, por ele, submetida a uma dupla depuração. A primeira procura afastá-la de quaisquer influências sociológicas, liberando-a da análise de aspectos fáticos que, porventura, estejam ligados ao direito, remetendo o estudo desses elementos sociais às ciências causais (sociologia, psicologia jurídica etc.), uma vez que, na sua concepção, ao jurista *stricto sensu* não interessa a explicação causal das instituições jurídicas. A sociologia jurídica estuda a origem do direito, investigando as causas ou fatores sociais que impulsionaram a autoridade jurídica a prescrever normas, os efeitos acarretados por esses mandamentos e as razões pelas quais os homens cumprem ou não tais preceitos. Todas essas investigações sociológicas nada têm que ver, segundo Kelsen, com a ciência jurídica, pois esta já recebe a norma feita. Os resultados obtidos pela sociologia jurídica apenas são importantes para o legislador, que tem por missão estabelecer normas reguladoras do comportamento humano no seio de uma sociedade. A segunda purificação retira do âmbito de apreciação da ciência jurídica a ideologia política, os aspectos valorativos, ou seja, toda e qualquer investigação moral e política, relegando-as à ética, à política, à religião e à filosofia da justiça. Segundo a doutrina em tela, a justiça é uma questão insuscetível de qualquer indagação teórico-científica, porque constitui um ideal a atingir, variável de acordo com as necessidades da época e de cada círculo social, dependendo sempre de uma avaliação fundada num sistema de valores. Dentro de um sistema de referência a justiça é uma e em outro é outra. Toda valoração supõe a própria aceitação de uma ideologia, assim sendo, cabe o seu estudo à filosofia, já que o conhecimento filosófico contém também uma natureza crítico-axiológica. O conhecimento jurídico é ciência e não política. A ciência do direito, a fim de manter seu valor objetivo e absoluto, não deve fazer considerações teleológicas e axiológicas, que são da alçada da política jurídica. Além disso, para Hans Kelsen,

a ciência tem por missão precípua conhecer seu objeto, daí a nítida tendência antiideológica da teoria pura do direito, uma vez que a ideologia emana da vontade e não do conhecimento.

Muitas são as críticas ao normativismo jurídico kelseniano. A primeira afirma que, para o positivismo jurídico, a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha.

Em outra impugnação, diz-se que essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juizes.

Para outros, ainda, a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética como pressuposto do direito ou integrante dele. E a partir daí a assunção da condição de juiz, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderes de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jogo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por esse caminho que os tribunais se reduzem a tribunais de legalidade, e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juizes realmente dedicassem sua vida a promover justiça.

Critica-se, ainda, o fato de que o excesso de apego à legalidade formal conduziria, consciente ou inconscientemente, a que as pessoas sirvam à lei, invertendo a proposição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos de humanidade e como tais devem basear-se na realidade social e serem conformes a esta.

De igual forma, diz-se que a valorização exagerada de autores e doutrinas, características de uma das expressões do racionalismo do século dezenove, denominada *dogmatismo*, induz a contradição semelhante à citada no parágrafo anterior, pois pretende que o homem se adapte à racionalidade intelectual, mesmo que isso represente uma agressão aos homens reais e concretos. Contrariamente a essas distorções, os juizes e todo o aparato judiciário devem atuar visando proteger e beneficiar a criatura humana, procurando assegurar a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais.

Arnaldo Vasconcelos (1998, p.19) refere-se, ainda, à crítica desferida por Hermann Heller contra a Teoria Pura do Direito, segundo a qual Kelsen teria formulado:

ensaio malogrado de construção de teoria jurídica sem Direito e teoria estatal sem Estado. De fato, a obsessão pela descoberta e aplicação do método puro levou Kelsen ao logicismo de cunho matemático, terreno da total abstração. Aí, o abstrato, de tanto apurar-se, define até o auto-aniquilamento. Do que resulta, enfim, um niilismo e, como todo niilismo conseqüente, uma forma disfarçada de alienação.

É, ainda, de Arnaldo Vasconcelos (1998, p. 19) a seguinte observação:

é interessante observar o outro lado da questão. Se Hans Kelsen, ao buscar a pureza a todo custo, exclui o fato, por sua condição natural de sujidade, deixando o Direito solto no espaço, Karl Marx, na margem oposta do espectro ideológico, ao privilegiar o fato, em desprezo pela abstratividade inerente à condição de ser-acidente do Direito, lança-o para fora da História. O anátema aparece em *A Ideologia Alemã*: o Direito, na sua qualidade de superestrutura, não tem história própria. Só os seres-substância a teriam, dada sua autonomia existencial.

E arremata Arnaldo Vasconcelos (1998, p. 19-20):

o equívoco dos dois eminentes pensadores brota da mesma fonte: o horror à Metafísica, a bruxa dissimulada da alienação. Ficou difícil, então, aceitar a relatividade do próprio ser-substância, já que só Deus, uma vez admitido, não teria necessidade de nada para existir. A suposição do contrário seria abominável heresia. Assim pareceu, por exemplo, aos inquisidores de Galileu, como aquele frei Ludovico Iacobini, entre cujas preocupações estava a de saber do depoente 'se ouviu o referido Senhor Galileu afirmar que Deus não é substância, mas acidente' (Pagani/Luciani, A, 79). A esse nível, a inferioridade do acidente é imensa. Marx, como Kelsen, foram vítimas das artimanhas da razão positivista, fortemente ancorada na ideologia do cientificismo, que transmitia superioridade e distinção ao pensamento intelectual vigente. Mas, ao fecharem de modo abrupto o círculo do cognoscível, circunscrevendo-o ao âmbito do fenomenologicamente verificável, mutilaram a realidade social, amesquinhando-a e empobrecendo-a. Tanto pela alienação, quanto pela dogmatização.

Para outros, ainda, o soberano não teria o direito de impor o seu pensamento, materializado pelo direito, às demais pessoas, tendo em vista principalmente os limites dos direitos individuais, emblematizados pela conhecida frase de que o direito de um termina quando começa o direito do outro.

Tenho para mim que Kelsen merece uma defesa em relação a essas inúmeras críticas que são feitas à teoria normativista. É bom de ver que ele jamais negou a utilidade sociológica do direito, tampouco sustentou a inexistência da justiça, chegando mesmo, em muitas passagens de suas obras, a admitir a possibilidade de considerações axiológicas, apenas não permitindo que tais considerações sejam feitas pela ciência jurídica. Observe-se que, ao construir sua metodologia jurídica, baseada no princípio da pureza metodológica, Kelsen estabeleceu também uma teoria de justiça e uma investigação sociológica do direito. Não quis, no entanto, uma ciência do direito permeada de sociologia e de política, tendo sido sua grande aspiração salvaguardar a autonomia, a neutralidade e a objetividade da ciência do direito.

Quanto aos limites dos direitos dos indivíduos, a afirmação (impressionante, como frase de efeito, e à primeira vista) não me parece verdadeira. Afinal, quem estaria autorizado a ditar, com exatidão, o limite extremo do “meu” direito e o início do direito do “próximo”? Eu mesmo ou o próximo? E se nossas opiniões não convergirem? O conjunto dos meus direitos (e o dos meus próximos) será, queira-se ou não, estabelecido pela ordem jurídica validamente editada, em certo momento e em certo lugar, por quem exerce o poder constituinte (e, após, o poder legiferante, de acordo com a Constituição). Pode ocorrer, admite-se, que esse ordenamento seja todo ele ruim, na opinião da imensa maioria dos membros de uma dada sociedade (cuja conduta o ordenamento busca regular). E aí é provável que, mediante uma ação político-revolucionária, tal sistema normativo seja substituído por outro, melhor. Mas se apenas para mim ele for bom, e para um certo meu próximo ele não o for, qual das opiniões deverá prevalecer? Qual o critério a ser utilizado para solver a questão?

Uma dada sociedade, democraticamente organizada, tem, indiscutivelmente, a prerrogativa política de postular a elaboração de um ordenamento jurídico-positivo de índole democrática, que privilegie valores que lhe sejam caros, como os da liberdade, da vida etc. Alguém, ou um dado grupo, que seja, por convicção, adepto da autocracia, terá igualmente a prerrogativa política de defender a existência de um Estado tirânico, que eles julgam melhor para o povo. Hoje, o sistema jurídico-constitucional brasileiro não confere a ninguém o direito de ferir a ordem constitucional e o Estado Democrático (CF/88, art. 5.º, inciso XLIV) e isso é bom. Mas se alguém der um golpe de estado, tiver sucesso na sua empreitada e impuser ao país uma nova Constituição, dir-se-á

que esta nova Constituição não é jurídica? Claro que o será, por pior que ela seja, na minha opinião ou na opinião do meu próximo. No pensar de quem a editou, no entanto, ela será excelente. Indaga-se, então: a aferição do que seja ou não jurídico vai depender sempre de uma apreciação pessoal, de caráter subjetivo?

3 A teoria do ordenamento jurídico

A teoria do ordenamento jurídico constitui elemento particularmente importante para a caracterização do positivismo jurídico, pois trata-se de concepção criada e introduzida como novidade pelo próprio positivismo jurídico. Cuida-se aqui do conjunto ou complexo de normas que constituem o ordenamento jurídico, considerando que as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si.

Segundo Bobbio (1995, p. 198), “a teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen”, razão por que é possível considerá-lo “como o clímax do movimento juspositivista, depois do que começa sua decadência, isto é (sem metáfora), sua crise”.

A teoria do ordenamento jurídico está fundada na unidade, na coerência e na completude³, elementos que fazem com o que o direito, no seu conjunto, se constitua num ordenamento, distinto das normas singulares que o compõem.

Pela unidade compreende-se o direito como um sistema unitário de normas e trata-se de uma unidade formal, relativa ao modo pelo qual as normas são postas, diferente da unidade preconizada pelo jusnaturalismo, que se refere à unidade substancial ou material, é dizer, relativa ao conteúdo das normas.

Para explicar essa diferença, Kelsen fala de dois tipos diferentes de ordenamentos normativos: o *estático* (ao qual pertencem a moral e o direito concebido pelo jusnaturalismo) e o *dinâmico* (próprio do direito concebido pelo positivismo jurídico). Em face disso, para Kelsen (*apud* DINIZ, 1998a, p.127),

o sistema de normas que constitui o ordenamento jurídico possui, essencialmente, o caráter dinâmico, pois uma norma não vale porque possui este ou aquele conteúdo, todo e qualquer conteúdo pode ser jurídico. Nesse tipo de sistema a norma hipotética fundamental só fornece o fundamento de validade. O conteúdo das normas pode ser determinado por meio dos atos das

³ A expressão utilizada por Norberto Bobbio (1995, p. 198) é *completitude*.

autoridades que estatuem as normas positivas do sistema. A norma hipotética fundamental pressuposta do sistema normativo dinâmico refere-se tão-somente às formas procedimentais, pois institui o fato produtor de normas, conferindo poder a uma autoridade para emitir comandos jurídicos, determinando, assim, como devem ser criadas as normas gerais e individuais.

A coerência e a completude são características estreitamente ligadas entre si, ainda que tal ligação nem sempre seja evidente. Carnelutti, citado por Bobbio (1995, p. 202), revela a relação entre coerência e completude do ordenamento, afirmando que, no direito, podem ocorrer dois vícios: um por excesso, quando há mais normas do que deveria haver (na incoerência há duas normas contraditórias, das quais somente uma pode estar contida no ordenamento) e outro por falta, quando há uma norma a menos (lacuna). Conclusão: a incoerência do ordenamento é a situação em que há duas normas, a segunda incompatível com a primeira; a incompletude é a situação em que não há qualquer norma a ser aplicada.

Assim, pode-se afirmar que a coerência consiste em não se admitirem no ordenamento normas incompatíveis entre si, o que é garantido por uma norma, implícita em todo o ordenamento, segundo a qual, existentes duas normas incompatíveis, somente uma delas pode fazer parte desse ordenamento, é dizer, somente uma delas pode ser válida. Aspecto interessante deste ponto é o que indicam as possíveis soluções para as eventuais antinomias verificadas no ordenamento. Resumidamente, pode-se afirmar que, diante de duas normas incompatíveis: a) segundo o critério cronológico, a norma posterior prevalece sobre a norma precedente (*lex posterior derogat priori*); b) segundo o critério hierárquico, a norma de grau superior (estabelecida por uma fonte de grau superior) prevalece sobre aquela de grau inferior (*lex superior derogat inferiori*); segundo o critério de especialidade, a norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*).

Importa não esquecer que estes critérios não são suficientes para resolver todas as antinomias, existindo casos em que eles não podem ser aplicados: a) caso de conflito entre os próprios critérios (a uma mesma antinomia podem-se aplicar dois critérios, cada um deles levando a um resultado diferente); b) caso em que não é possível aplicar nenhum dos três critérios.

No conflito entre o critério hierárquico e o critério cronológico, prevalece o hierárquico. No conflito entre o critério de especialidade e o critério cronológico, prevalece o critério de especialidade. No conflito entre o critério hierárquico e o critério de especialidade, que são os dois chamados critérios

fortes, torna-se difícil saber qual dos dois critérios prevalece. Para este último caso, aconselha e adverte Norberto Bobbio (1995, p. 206):

pode-se talvez recorrer ao critério fraco, o cronológico, como critério subsidiário para estabelecer a prevalência de um ou de outro dos dois critérios fortes: prevalece o critério hierárquico, isto é, é válida a norma superior geral, se esta for posterior à outra; prevalece, ao contrário, o critério de especialidade, a saber, é válida a norma inferior especial, se for esta a posterior. Em outros termos, uma norma superior geral precedente cede diante de uma norma inferior especial sucessiva; uma norma superior geral sucessiva vence no confronto com uma norma inferior especial precedente. Trata-se, entretanto, de uma solução que não é partilhada por toda a doutrina, como são partilhadas as soluções para os outros dois conflitos.

Outra dificuldade ocorre quando nenhum dos três critérios de solução das antinomias é aplicável ao caso concreto, como quando há duas normas antinômicas e que são contemporâneas, paritárias e gerais. Aqui a solução se dá por outro critério: a prevalência da *lex favorabilis* sobre a *lex odiosa*, considerando-se *lex favorabilis* aquela que estabelece uma permissão e *lex odiosa* aquela que estabelece um imperativo (comando ou proibição), isto porque a situação normal do súdito é o *status libertatis*, sendo, por isso, a norma imperativa uma exceção, pelo que deve ceder se entrar em conflito com uma norma permissiva.

Adverte, no entanto, Bobbio (1995, p. 207) que o critério acima descrito somente se aplica quando a antinomia verificada é entre duas normas de direito público, que regulam as relações entre o Estado e os cidadãos, sendo inservível quando o conflito se verificar entre duas normas de direito privado, que regulam relações entre cidadãos particulares. A eliminação de uma das normas, qualquer que seja ela, cria sempre uma vantagem em favor de um sujeito e um ônus em desfavor de um outro.

Adverte também Bobbio para outro caso não possível de ser solucionado pelo critério da *lex favorabilis*: quando ambas as normas são imperativas, uma comandando e outra proibindo o mesmo comportamento. Trata-se, segundo Bobbio, de normas contrárias, e não de normas contraditórias. Como normas contrárias, eliminam-se reciprocamente e nenhuma das duas é válida, sendo válida, em verdade, uma terceira possibilidade, ou seja, a norma que nem comanda, nem proíbe, mas permite o comportamento questionado (1995, p. 207).

A completude do ordenamento jurídico constitui o ponto central do positivismo jurídico, estreitamente

ligada ao princípio da certeza do direito, significando negar a existência de lacunas na lei, o que é demonstrável por duas teorias diversas: a *do espaço jurídico vazio* e a *da norma geral exclusiva*.

Pela *teoria do espaço jurídico vazio*, cujos expoentes são Karl Bergbohm e Santi Romano, fato não previsto em nenhuma norma é fato situado fora dos limites, do direito, sendo, pois, juridicamente irrelevante, inexistindo, dessa forma, lacuna na lei. Já a *teoria da norma geral exclusiva*, que encontra em Zitelmann, primeiro, e Donati, posteriormente, na Itália, os seus maiores expoentes, assevera que não existem fatos juridicamente irrelevantes e não existem lacunas, porque cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma nela contida implicitamente, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última e os submete a uma regulamentação jurídica antitética (por isto a segunda norma é dita geral e exclusiva) (BOBBIO, 1995, p. 209).

Admitindo-se a existência de lacunas da lei em outro sentido – normas jurídicas nas quais se verifica um descompasso entre a letra e o espírito da lei ou entre a vontade expressa e a vontade presumida do legislador – tais normas podem-se completar a partir do interior do sistema (auto-integração do direito), tudo mediante o recurso à analogia e aos princípios gerais do direito, recurso que é puramente interpretativo ou, mais precisamente, integrativo do direito.

4 O fundamento de validade do ordenamento jurídico na visão de Kelsen

Para Kelsen (1986, p.03), a afirmação da validade da norma reguladora da conduta humana significa ser a conduta do indivíduo conforme a prescrição normativa. Dessa maneira, “a norma é um dever ser, que é o sentido de um querer, de um ato de vontade”. Sendo a norma um dever ser, não é possível sustentar sua validade, senão pelo princípio da identidade, que é um dos princípios lógicos que servem à demonstração de que uma coisa é o que ela é (uma idéia é igual a ela mesma), segundo o conceito de Platão, citado por Edmundo Dantés Nascimento (1991, p. 20). Assim, “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma” (KELSEN, 1984, p. 267).

Excluindo a possibilidade lógica de justificar a validade de uma norma por um argumento de natureza diversa da natureza normativa, Kelsen

sustenta que a ordem jurídica é composta por normas cuja autoridade se fundamenta na autoridade de uma norma superior. Tal fundamento de validade da norma tem que pressupor uma norma última e mais elevada, afiançadora da obrigatoriedade de todas as normas de um sistema. A norma última, denominada norma fundamental, como resultado de um raciocínio, se eleva a um patamar que a razão não pode questionar ou mesmo tentar encontrar fundamento.

Utilizando-se desse raciocínio, Kelsen (1984, p. 269) demonstra a formação sistêmica do direito positivo, pois “todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”.

Considerando a natureza do fundamento de validade, Kelsen distingue dois tipos de sistemas de normas: o estático e o dinâmico.

Em um ordenamento qualificado como estático, as normas valem por força de seu conteúdo, isto é, a obrigatoriedade destas normas está relacionada à sua validade material.

A identificação do fundamento de validade da norma pertencente a um sistema estático deve considerar ser a norma última, pelo seu conteúdo, aceita e, por isso, obrigatória.

O conhecimento do conteúdo da regra fundante de um sistema estático se realiza por uma operação mental inversa ao modo de formação do sistema. Se, para a formação do sistema, o raciocínio parte do geral para o particular, pelo pressuposto de que todos os conteúdos normativos são referentes ao primeiro, na busca do fundamento de validade das regras postas, o retorno exige remontar os conteúdos até atingir o conteúdo último da regra fundamental. Uma tal norma fundamental que, pelo seu conteúdo, afirme a validade de todas as regras de um sistema, somente se pode sustentar se o seu conteúdo for tido como imediatamente evidente (KELSEN, 1984, p. 270). Sendo evidente algo manifesto, claro, incontestável, que não oferece dúvida, provado, certo, é possível afirmar que a evidência é o fundamento da certeza, a plena certeza com que a verdade se impõe à inteligência.

Considerando o rigor metodológico de Kelsen (1984, p. 270-271), não é possível afirmar a existência de qualquer norma cujo conteúdo seja imediatamente evidente porque “o conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito é ... insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade.”

Partindo-se da noção de que a norma jurídica é resultante de um ato de vontade, não se pode afirmar ser a sua validade advinda do seu conteúdo, pois este é passível de questionamento, máxime pela implicação dos valores vigentes, das ideologias, dos interesses. Dessa forma, a verificação do fundamento último de validade apenas pode-se referir ao aspecto formal, jamais ao aspecto material.

Um sistema de normas cujo fundamento de validade é referente à competência para produzir outras normas, ou impor conseqüências às condutas, sem determinação do conteúdo dessas normas, é, no dizer de Kelsen, um sistema jurídico dinâmico. Assim, em um sistema de normas que tenha por princípio o caráter dinâmico destas, a norma fundamental fornece apenas o fundamento e não o conteúdo de validade.

O conteúdo das normas de um sistema jurídico dinâmico é, todavia, resultado da autorização original da criação de normas de conduta. O dever de obediência ao direito, ou a obrigação de observar e se conduzir conforme os preceitos normativos é o sentido do ato de vontade que, por sua vez, é traduzido em uma norma fundamental.

Sendo o ordenamento jurídico um sistema de normas de caráter dinâmico, o fundamento de validade de tais normas não pode exigir ou condicionar um determinado conteúdo. Somente pode autorizar ou atribuir competências, para que sejam produzidas normas reguladoras de atos cujo sentido é fixado em razão de um contexto. Assim, todo e qualquer conteúdo ditado pela autoridade vale como direito, o que implica na inclusão de qualquer comportamento como jurídico, sem exclusão de algum, ou de alguns, pelo fato de não combinarem os conteúdos da norma com os da ação.

A norma fundamental do sistema de normas de caráter dinâmico se refere, pois, tão só às formas procedimentais, uma vez que institui o fato produtor de normas, atribuindo poder a uma autoridade para emitir comandos jurídicos, determinando, dessa maneira, como devem ser criadas as normas gerais e individuais. Por ser a norma fundamental a instauração do fato fundamental da criação jurídica, ela é designada por Kelsen (1984, p. 275) como *constituição no sentido lógico-jurídico*. Nesse sentido, ela significa o ponto de partida do processo de criação do direito positivo.

A representação da norma fundamental como ponto de partida do processo de criação das normas indica que ela constitui um referencial lógico para fundamentação da validade objetiva das regras constantes em uma ordem jurídica. Como princípio de um raciocínio, a norma fundamental é uma

pressuposição, e não o resultado de um ato de vontade. Constitui apenas a justificação lógica de tal ato de vontade.

Pressupondo que a justificativa da obrigatoriedade de cumprimento das normas jurídicas está contida na norma fundamental, todas as normas postas em conformidade com ela (ou dela derivadas), seja por um processo de criação, seja por um processo de execução, são tidas como válidas e, por isso, obrigam. Assim sendo, se é necessário buscar um argumento que, pela razão, fundamente a obediência às normas de direito, e tal argumento implica em pressuposição da norma fundamental, é possível construir o seguinte silogismo:

A norma fundamental é válida (deve ser obedecida).

As normas de uma ordem jurídica são derivadas da norma fundamental.

Logo, todas as normas de uma ordem jurídica são válidas (devem ser obedecidas).

Com esse raciocínio, Kelsen propõe a construção escalonada das normas de uma ordem jurídica, de tal modo que a norma de um patamar inferior é válida, quando aplicada em conformidade com uma norma superior que, por sua vez, vale porque a sua aplicação observa os preceitos de uma outra norma superior e esta tem sua validade confirmada por estar sendo aplicada de acordo com a norma fundamental.

No processo de produção, ou de execução da norma, a validade dos comandos emitidos sempre será reconduzida a uma norma última que irá garantir a legitimidade do sistema de normas. A construção escalonada do ordenamento jurídico é, freqüentemente, representada pela figura de uma pirâmide, cujo simbolismo indica hierarquia, poder, organização, entre outras traduções possíveis. A pirâmide, por sua forma, demarca os seus limites (a sua área) e aponta para o etéreo, para o não material, para o domínio que transcende: a norma fundamental.

5 A Teoria da norma fundamental

Alcançado este ponto, é possível afirmar que o modo kelseniano de justificar a obrigação de obedecer o direito implica em pressupor a existência de uma fonte original do ordenamento jurídico e reconhecer e aceitar a sua autoridade suprema. Assim, se existem normas determinando como devem ser as condutas, essas normas não devem ser questionadas em termos de justiça ou de correção, apenas devem ser obedecidas, pois são

fruto de uma autoridade cujo poder de editar normas válidas, legítimas, resulta da autoridade maior, que é a norma fundamental.

Na tentativa de ampliar a compreensão da norma hipotética fundamental, é indispensável saber o que ela é, qual a sua função, de onde se origina e qual o seu possível conteúdo. O próprio Kelsen, na sua Teoria Pura do Direito, oferece as respostas. Para ele, a norma fundamental é uma proposição, o enunciado de um juízo, um pressuposto lógico-transcendental, cujo sentido é o de estabelecer uma unidade do ordenamento jurídico, constituindo, dessa forma, um sistema único de normas jurídicas. Somente formulando “a teoria de uma norma fundamental que está na base do ordenamento jurídico [...], se pode fechar o sistema, assegurar a unidade formal do ordenamento” (BOBBIO, 1995, p. 200-201).

Sobre o que é a norma hipotética fundamental, é a seguinte a lição de Maria Helena Diniz (1998b, v. 3, p.369):

na teoria pura do direito de Hans Kelsen, é aquela que produz o direito como objeto de conhecimento jurídico-científico. É o instrumento de reconhecimento do direito, por ser a hipótese de trabalho lógico-técnico-jurídica que fundamenta a validade do sistema. Apenas por meio dela pode o jurista dizer se determinada lei, decreto ou regulamento é, ou não, parte integrante do sistema, isto é, se constitui ou não objeto de investigação jurídica-científica. O jurista é obrigado a admitir no plano das condições lógico-transcendentais uma norma básica que lhe garanta a possibilidade de conhecer o direito. A norma hipotética fundamental é uma hipótese lógica indispensável para que se possa considerar o direito como um sistema normativo, uma vez que fornece o fundamento de validade das normas sobre ele fundadas. É uma criação epistemológica, no sentido de que algo em virtude dela passa a ser objeto do conhecimento jurídico-científico. A norma hipotética fundamental não é positiva, não prescreve obrigações nem confere direitos. Também não constitui uma construção intelectual, porque não é criada pelo pensamento jurídico, mas sim pressuposta por ele, com o escopo de auxiliar o jurista a conhecer a ordem jurídica como um todo. Não é uma norma querida pelo teórico do direito, mas sim pensada ou ideada por ele como pressuposto logicamente indispensável para a cognoscibilidade do direito.

E completa a mesma Maria Helena Diniz (1998b, v. 3, p.369), acrescentando outros elementos capazes de precisar o conceito da norma hipotética fundamental, “a norma hipotética fundamental é metajurídica, no sentido de não ser positiva, criada por um ato real volitivo de um órgão jurídico. Por não ser positiva, não pertence ao sistema, sendo até mesmo anterior a ele, que dela depende.”

Partindo do pressuposto de que o sentido objetivo das normas de um ordenamento jurídico deve concordar com o sentido objetivo da norma original, é possível estabelecer não só a unidade do ordenamento, como também determinar a função da norma fundamental, que é a de justificar e fundamentar a obediência às normas do direito.

Para Maria Helena Diniz (1998b, v. 3, p.369), a norma hipotética fundamental,

fora do sistema, tem ela uma função apenas postulatória, já que consiste no ponto de partida necessário à investigação jurídico-científica. Todavia, ela é jurídica no sentido de ter funções jurídicas relevantes, tais como fundamentar a validade objetiva do significado subjetivo dos atos de vontade criadores de norma e estabelecer a unidade de uma pluralidade destas. Dentro do sistema, tem ela dupla função constitutiva: dar unidade e validade a um sistema de normas.

Segundo Bobbio (1995, p. 201), “a norma-base tem no sistema jurídico positivista concebido uma função diferente daquela que tem a norma-base no sistema moral [...]. Não se trata de norma de cujo conteúdo todas as outras normas são deduzidas, mas da norma que cria a suprema fonte do direito, isto é, a que autoriza ou legitima o supremo poder existente num dado ordenamento a produzir normas jurídicas”.

E, finalmente, no dizer de Kelsen (1984, p. 279), “a função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo.”

Saber a origem da norma hipotética fundamental constitui questão que impõe a necessidade de estabelecer um dogma, qual seja o de não poder questionar a sua origem, uma vez que a norma fundamental é uma pressuposição lógico-transcendental. Por outro lado, o questionamento sobre a origem da norma fundamental conduz a uma discussão infinda, dado que sempre é possível questionar a origem da origem. E, para evitar o regresso ao infinito, deve-se estabelecer, pela razão, um referencial último e não mais questionável. Sobre a interrupção desse processo de legitimação, fala o próprio Kelsen (1984, p. 269):

como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada, ela

tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito.

Constituindo um pressuposto lógico-transcendente, a ficção da norma fundamental resulta da razão. E, no domínio da razão, o que transcende é o que está além do físico, do empírico, ou seja, é o domínio da metafísica, da ontologia, de Deus, da alma, que enuncia uma verdade, a verdade da razão, estabelecadora de um preceito necessário, verdadeiro e universal. Partindo-se, pois, de um princípio de razão, sem correspondência com a realidade da experiência, porém, resultante de uma verdade histórica para além das aparências e das ilusões, é possível afirmar que a norma fundamental como um princípio de razão, historicamente determinado, é dada como norma necessária para que a razão possa interpretar objetivamente atos do mundo empírico como normativamente válidos e, por consequência, obrigatórios. Desse modo, a razão institui a validade das normas de uma ordem jurídica como uma ficção necessária, “que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade” (KELSEN, 1986, p. 329).

No tocante ao conteúdo da norma fundamental, a melhor indicação sobre o assunto é apresentada por Alfonso Catania (1991, p. 7), para quem o fascínio discreto da norma fundamental kelseniana está exatamente no fato de ela ser a um só tempo tudo e nada. Segundo Catania, pode-se afirmar que a norma fundamental é vazia de conteúdo, pois sua função, a razão de sua existência, é a de justificar os comandos da autoridade ordenadora das condutas. Em Kelsen (1984, p. 273-275), a questão está assim posta:

a norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como o particular do geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um acto especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva. Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente

do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o acto constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objectivamente interpretados como factos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do facto fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo.

O conteúdo da norma fundamental, por uma analogia, pode ser comparado a um gerador, sendo ela a força motriz da autoridade de instituir obrigações, é dizer, o seu conteúdo pode ser qualquer um, pois sendo uma norma pensada para justificar a validade das outras normas, ela apenas pode gerar a validade (obrigatoriedade) do ordenamento jurídico, sem determinar sobre quais matérias devem versar as normas desse ordenamento. Assim, pelo modo como é concebida a norma fundamental, torna-se possível justificar o poder de interpretar o sentido subjectivo de um ato humano como o seu sentido objetivo, vale dizer, por uma ficção, essa interpretação se torna formalmente válida e, por consequência, obrigatória. É o que afirma Kelsen (1984, p. 278-279):

na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjectivo do facto constituinte e dos factos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objectivo, quer dizer, como normas objectivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant –, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação.

A questão que se coloca imediatamente é como é possível uma interpretação, alheia a toda a metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos pelas leis naturais formuladas pela ciência da natureza. Responde Kelsen (1984, p. 279):

aresposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental. Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjectivo do acto de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a

validade objectiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de actos de vontade humana, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjectivo destes actos como seu sentido objectivo. A fundamentação da validade de uma norma positiva (isto é, estabelecida através de um acto de vontade) que prescreve uma determinada conduta, realiza-se através de um processo silogístico.

Conclusão

O presente trabalho, elaborado para constar da Revista PENSAR, em sua edição comemorativa do 30.º aniversário do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, ofereceu-me a oportunidade de, passadas quase duas décadas, visitar os principais conceitos atinentes ao normativismo jurídico formalista de Hans Kelsen e constatar, uma vez mais, que o domínio de mais de um século que o positivismo jurídico exerceu sobre a cultura jurídica não foi por acaso.

Tenho para mim que a grande questão, ainda hoje, em relação ao embate juspositivismo x jusnaturalismo, está exatamente em se saber se é possível reconhecer a existência de valores ou padrões morais imutáveis, no tempo e no espaço, aos quais toda a conduta humana se deve, hoje e sempre, compatibilizar.

Se existem tais valores universais e imutáveis, torna-se necessário saber quem os dita ou quem os revela para nós.

O mais adequado, talvez, seja defender a idéia – político-jurídica – de que a ordem jurídica deve-se mostrar legítima, ou seja, adequada à vontade da maioria dos integrantes daquele específico corpo social ao qual a ordem jurídica se refere e aos valores que essa mesma sociedade reputa, em dado momento histórico, importante preservar.

De qualquer sorte, a indicação espaço-temporal desses valores será, inegavelmente, algo relativo àquele povo e àquele espaço-tempo vivido. Mesmo ilegítimo e/ou injusto, o ordenamento será jurídico, se ditado por quem tem força política (poder constituinte, em suma) para tanto. O que restaria a quem com o ordenamento injusto/ilegítimo não concordasse seria a prerrogativa política, e inicialmente ilegal, de adotar uma atitude revolucionária, voltada à substituição dele por outro.

Veja-se, por outro lado, quais são os três aspectos fundamentais do positivismo jurídico conforme se configura: a) como método para o estudo do direito, como teoria do direito e como ideologia do direito. Ainda hoje, quando muitos afirmam superado

o positivismo jurídico, é possível, sem qualquer violentação intelectual, aceitar totalmente o método e, com respeito à teoria, o positivismo em sentido amplo, no sentido que lhe empresta Norberto Bobbio. Quanto à ideologia, também é possível aceitar, sem maiores reservas, o positivismo moderado, pois considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como os valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica a favor do Estado liberal, e não do Estado totalitário, conforme afirma a crítica mais infundada.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1989.

CATANIA, Alfonso. *Il problema del diritto e l'obbligatorietà: studio suella norma fondamentale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998a.

_____. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998b.

_____. *As lacunas no direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

_____. *O que é a justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

NASCIMENTO, Edmundo Dantés. *Lógica aplicada à advocacia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.