

"Na verdade, embora com atividades restritas, os juízes possuem opiniões pessoais sobre assuntos políticos. O bom julgador, no entanto, é aquele que consegue deixar sua formação política em segundo plano, no momento do julgamento e colocar acima dela a preservação da ordem jurídica" (SANCHES, Sidney, Ministro- Presidente do STF, in O Judiciário deve cumprir e fazer cumprir a Constituição SM 25/6/92).

O Juiz não julga a lei; julga com a lei; aplica-a, se ela não é inconstitucional, mesmo discordando de sua possível injustiça. Salvo em mandado de injunção, o juiz brasileiro só tem função legislativa negativa (STF - Rp. 1451-7-DF, DJU 26.6.88, Pág. 16113). Somente se repelida, estreme de dúvida, a presunção juris tantum de constitucionalidade da lei, é que o juiz afasta a sua incidência mantendo a Constituição. Todavia, se a Constituição é iníqua, injusta e anacrônica, aqueles que a elaboraram/promulgaram (Deputados e Senadores) que a revoguem. Mas ninguém tenha a ousadia de pedir ao juiz que descumpra a Constituição de seu País.

A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA NA DOCTRINA DE Kelsen

Alcides Saldanha Lima
Procurador do Estado do Ceará, Professor
da UNIFOR.

RESUMO

O trabalho estuda a proposição de Kelsen sobre a norma fundamental, a qual passa a ser uma ficção, questionando assim a validade desta norma na TEORIA GERAL DAS NORMAS, de H. Kelsen.

ABSTRACT

The essay studies Kelsen's proposition about GRUNDSNORM, which becomes a fiction, questioning then the validity of this rule in the ALLGEMEINE THEORIE DEN NORMEN, by H. Kelsen.

1. INTRODUÇÃO

A questão da validade da norma jurídica de longa data vem interessando a doutrina. Esta, no entanto, nem sempre tem se manifestado de maneira uníssona. Diversos são os pressupostos à abordagem da matéria e, em corolário, diversas as conclusões. O problema, ainda que doutrinariamente bem formulado, não mereceu solução definitiva.

A Norma Jurídica é o meio através do qual o Direito se expressa. É o arquétipo determinante do padrão de conduta desejado. Não há relação jurídica que não decorra da incidência de norma sobre fato. Para que se tenha o aperfeiçoamento do vínculo jurídico materializado no "ter-que-ser-

para-o-outro" é necessário e suficiente que o fato "in concreto" ocorrido coincida com aquele descrito, genérica e abstratamente, na hipótese de incidência. O Direito pressupõe a Norma.

É da essência do ser Direito a obrigatoriedade e o Direito provém da Norma Jurídica (a partir da incidência), logo uma norma que veicule Direito (identificado pela bilateralidade atributiva, nos termos de MIGUEL REALE) não poderá deixar de ser, senão, também, obrigatória.

Válida é a norma reconhecida como jurídica, obrigatória, portanto. Mas, quando será uma norma reconhecida como de Direito, existente, capaz de regular juridicamente uma conduta?

A obrigatoriedade da norma para parte da doutrina é dada pelo valor justiça, plasmado na conduta descrita no enunciado normativo. É questão de conteúdo. Para os positivistas, por sua vez, a obrigatoriedade não se afigura como uma questão de conteúdo, mas de forma.

A multiplicidade de teorias dentro de cada uma das correntes de pensamento, bem como os inúmeros aspectos por elas valorizados, impedem a abordagem da complexa problemática da obrigatoriedade/validade nos estritos limites deste trabalho. Consciente desta limitação aborda-se o tema da validade, especificamente, na perspectiva positivista e formalista do eminente professor HANS KELSEN.

Busca-se tratar o tema na perspectiva do pensador, aceitando seus princípios e postulados, sem, no entanto, deixar de formular questões subjacentes às suas próprias afirmações. Questões estas que não resultam em respostas completas e definitivas, necessariamente, antes reabrem novas ou antigas discussões.

O trabalho é desenvolvido na perspectiva das considerações feitas pelo autor, fundamentalmente, em duas de suas obras: "Teoria Pura do Direito" e "Teoria Geral das Normas", merecendo destaque especial a transmutação da Norma Fundamental Hipotética em Norma Ficta.

2. VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

Segundo o jurista HANS KELSEN o fundamento de validade de uma norma jurídica é "o pressuposto sob o qual o fato constituinte e os fatos postos em harmonia com a constituição podem ser pensados como fatos de produção e da aplicação de norma jurídica".¹

A validade de uma norma jurídica, para KELSEN, é sua existência. Quando afirmado ou admitido que "uma norma vale" está-se aceitando-a

1 Teoria Pura do Direito, Armênio Amado Editora, Coimbra, 1984, pg. 291.

como existente. Validade é a específica existência da norma jurídica (validade pessoal, territorial, temporal). Conforme suas próprias palavras: "que uma norma que prescreve uma certa conduta vale, significa que uma tal norma existe".²³

Assim compreendida a validade, à luz dos postulados Kelsenianos, as expressões norma válida e norma não-válida são inaceitáveis. Explica-se: aquela é um pleonismo, isto é, se se trata de norma é porque existe como tal, portanto é válida por definição; esta é uma "contradictio in adjecto", pois se não é válida de norma não se trata.

Não há que se confundir validade com qualidade da norma. Tampouco é a validade qualidade da conduta descrita como devida na norma. A validade da norma não se confunde com a validade do enunciado por ela veiculado. A norma quando dita válida é sinônimo de existente. O enunciado quando dito válido é aceito como verdadeiro. Ressalte-se, porém, que a existência da norma é sua validade e a existência do enunciado não é sua verdade.⁴ Um enunciado pode ser falso, mas, existente; uma norma não-válida - termo empregado impropriamente, como afirmado acima - não pode ser existente.⁵

Dito o que se deve entender por validade de uma norma jurídica, ou melhor o que define a validade no tocante a norma, uma pergunta se impõe: que critérios podem ser usados para se reconhecer uma norma jurídica como válida? Que nota responderá pela sua existência enquanto tal? Ou, de forma mais objetiva, qual o fundamento de validade de uma norma jurídica?

No intuito de dar resposta à questão acima, o professor HANS KELSEN elabora toda uma teoria alicerçada na Norma Fundamental. Nos termos da sua Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre) a análise jurídica cinge-se à norma, desconsiderados todos os demais elementos

2 Teoria Geral das Normas, Fabris, Porto Alegre, 1986, pg. 216.

3 Em que pese a afirmação inicial de que trabalharíamos com as categorias propostas pelo autor (KELSEN), há que se destacar as inadequações ou impropriedades, por ventura constatadas. Efetivamente, para o eminente jurista austríaco, existência e validade fundem-se em uma mesma categoria. São a mesma coisa. Com efeito, não se apresenta tal entendimento com foros de adequação e precisão filosóficas. É que a validade é um plus, uma adjetivação atribuída à norma que, necessariamente, do ponto de vista lógico, já existe. Existência é o modo de ser da norma e há que anteceder qualquer coisa que se lhe agregue.

4 Segundo MARIA HELENA DINIZ, in A Ciência Jurídica, São Paulo, Edt. Resenha Universitária, 1982, pg. 135: "A norma jurídica nunca poderá ser qualificada de verdadeira ou falsa porque não é um juízo, não se encontrando, por essa razão, sujeita a lógica". E continua: "Segundo CARLOS COSSIO a proposição também pode ser válida ou inválida, enquanto possui algo (seu ser) que faz com que seja ou não proposição jurídica. A proposição vale como pensamento se tem uma determinada estrutura e se for compatível com os demais pensamentos do sistema mental a que pertence".

5 Reitera-se a consideração objeto de nota supra, no que tange às categorias existência e validade.

- fato e valor - objetos que são de outras ciências que não a do Direito.⁶ Seu objetivo é pureza, por isso autoconfina-se, estritamente, no estudo e na análise dos elementos prescritivos do Direito, quer considerados individualmente - norma -, quer conjuntamente - ordenamento -. Nesta perspectiva, o fundamento da norma não poderia deixar de ser senão uma norma: a Fundamental.

3. O FUNDAMENTO DE VALIDADE DA ORDEM JURÍDICA NACIONAL.

As normas que expressam o Direito de um país não se encontram soltas e desorganizadas, mas entrelaçadas por relações de derivação e fundamentação.⁷ Cada norma jurídica ocupa no ordenamento posição única e definida, retirando daquelas que lhe são superiores seu fundamento de existência - validade -. Por sua vez, funciona cada norma jurídica como fundamentadora daquelas que lhe são inferiores. Excetuam-se desta situação as normas que povoam a base da pirâmide jurídica, posto que são apenas fundamentadas e não fundamentadoras, e a norma que ocupa o ápice desta mesma pirâmide, pois, positivamente, é apenas fundamentadora, não retirando esta sua validade de nenhuma outra norma positivada.

Tomado o ordenamento jurídico como uma estrutura hierarquizada onde as relações de fundamentação ocorrem em sentido ascendente - cada norma é validada pela superior - depara-se com o complexo problema de saber-se de onde retirará sua validade a norma que no ordenamento ocupa o ápice.

Nos termos da pureza kelseniana, o fundamento para qualquer norma é normativo, isto é, decorrerá, sempre e inafastavelmente, de outra norma. Importa saber, isto posto, se a norma fundamentadora daquela que ocupa o ápice da pirâmide jurídica, norma que é, não careceria, ou melhor, não exigiria, ela mesma, norma outra superior que lhe imputasse fundamentação. Constatada a dificuldade proposta, não se haveria de concluir pela ocorrência de uma progressão de validações ao infinito?

6 Afirma Ma. HELENA DINIZ, ob. cit., pg. 51: "Para HANS KELSEN o Direito que constitui objeto do conhecimento jurídico-científico deve ser entendido como norma; de modo que a atividade da Ciência Jurídica esgota sua tarefa ao conhecer as normas de Direito. O objeto de investigação do verdadeiro jurista deve ser a norma jurídica, e a conduta humana só o será na medida em que constitui o conteúdo de comandos jurídicos. Por outras palavras: o objeto da Jurisprudência, segundo a Teoria Pura do Direito, consiste nas normas jurídicas determinantes da conduta humana ou a conduta humana determinada pelas normas jurídicas, isto é, enquanto contida nas normas de Direito, . . ."

7 Sobre a idéia de sistematização ordenada do Direito v. VANDYCK NÓBREGA DE ARAÚJO, *Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito*, Porto Alegre, Fabris, 1986. Para uma reflexão acerca dos pressupostos da problemática do conceito de sistema no pensamento jurídico, v. TERCIO SAMPAIO FERRAZ Jr., *Conceito de Sistema no Direito*, São Paulo Ed. Rev. dos Tribunais, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.

Para solucionar a questão ora suscitada, propõe KELSEN a aceitação da chamada Norma Fundamental (NF). Esta é apresentada como o ponto de partida para o processo de criação do Direito Positivo. Não se trata de uma norma posta, positiva⁸, mas sim de norma pressuposta. É a norma mais elevada por isso não recebe o poder constituinte - de criar as demais normas - de nenhuma outra norma.⁹

A Norma Fundamental não é decorrente de ato de vontade¹⁰ como as demais que compõem o ordenamento. É meramente pensada. É graças à sua existência pressuposta que os sentidos subjetivos do constituinte e dos atos criados de acordo com a Constituição podem ser pensados objetivamente, isto é, como Direito.

A função da Norma Fundamental é atribuir validade ao ordenamento jurídico positivo e interpretar o sentido subjetivo destes atos normativos com seu sentido objetivo. Enquanto condição lógico-transcendental desta interpretação a NF desconsidera toda metafísica consubstanciada em autoridade metajurídica seja de Deus¹¹, seja da natureza.¹² Conforme afirma o próprio KELSEN: "na pressuposição da NF não é afirmado qualquer valor transcendental ao Direito Positivo".¹³

Segundo a natureza do fundamento de validade, identifica KELSEN dois tipos diferentes de sistemas normativos: um estático, outro dinâmico.

No sistema estático a norma fundamental pressuposta determina não só a validade, mas também o conteúdo das demais normas dela decorrentes. Deste modo, as normas produzidas estão contidas na norma fundamental. Através de simples lógicas dedutivista pode-se, portanto, deduzir as normas que podem vir a ser criadas no ordenamento. Neste sentido assim se manifesta o mestre vienense: "As normas de um ordenamento do

8 Sobre a positividade manifesta-se ARNALDO VASCONCELOS, corroborado por M. REALE, in *Teoria da Norma Jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pg. 315: "Na verdade, a grande virtude da positividade consistiu não propriamente em fazer o Direito disponível através de normas, mas em tornar estas exigíveis, a saber, atualizáveis por intermédio do poder social institucionalizado. É nesse sentido a lição de Miguel Reale: '... Direito positivo é Direito posto, ... sendo positiva toda regra de direito suscetível de atualização coercitiva segundo uma forma prevista e organizada' (*Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes Edit., 1972, p. 201).

9 Para o aprofundamento desta discussão, há que se ter em mente a confluência da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Estado para um só ponto: a interrelação entre direito e poder político.

10 Sobre a norma como ato de vontade v. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, ob. cit. pg. 20 e s.; *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990, pg. 36 e s.

11 A fundamentação da norma jurídica para a teoria teocrática se dá a partir da superioridade da lei divina. O fundamento da norma é a vontade de Deus, ou melhor, a justiça enquanto vontade de Deus.

12 A teoria jusnaturalista parte da noção de que o Direito Natural (DN) está, de maneira indissolúvel, ligado ao conceito de natureza humana. Completa-se o DN com a realidade de sua existência positivada. O DN é o padrão do Direito Positivo (DP), sendo a norma deste validada pela norma daquele.

13 *Teoria Pura do Direito*, ob. cit., pg. 278.

primeiro tipo (estático), quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral".¹⁴

A espécie dinâmica caracteriza-se pelo fato de a norma fundamental deixar de fixar qualquer conteúdo específico para as normas dela produzidas. É estabelecida, apenas, a regra que determina como devem ser produzidas as demais normas. Isto é feito através da atribuição de poder, da investidura de alguém em autoridade, competência para produzir a norma. Nos termos do próprio KELSEN: "O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora, ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais".¹⁵ Ora, assim ocorrendo, os conteúdos normativos são determinados pelos atos da autoridade a quem a NF confere competência, e conseqüentemente, não mais poderão ser deduzidos logicamente, como no sistema estático.

O Ordenamento Jurídico é fundamentado segundo o princípio dinâmico. Uma vez observada a forma prevista pela NF para a criação das demais normas, e por esse só motivo, ter-se-á uma norma integrante do Ordenamento.

Neste ponto destaca-se de maneira categórica o caráter eminentemente formalista da doutrina kelseniana. Todo e qualquer conteúdo presta-se à juridicização, posto que a mera observância do trâmite constituinte somado à autoridade para produzir normas confere validade, tornando o ser criado existente e obrigatório.

4. O FUNDAMENTO DE VALIDADE DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

Analisando-se a ordem jurídica internacional diante das ordens jurídicas nacionais tem-se dois posicionamentos mais correntes: a) entende-se que o Direito Internacional (DI) somente é válido quando incorporado ao ordenamento nacional, e neste caso o seu fundamento de validade é a própria NF do ordenamento nacional; ou b) aceita-se que o DI não é parte integrante da ordem jurídica nacional, mas sim, ordem jurídica soberana (supra-ordenada), e nesta hipótese, carece ter seu próprio fundamento de validade.

14 Teoria Pura do Direito, ob. cit., pg. 270.

15 Teoria Pura do Direito, ob. cit., pg. 271.

Em face da primeira das opções disponíveis, nenhuma problematização especial é possível. O DI não vale por si próprio, logo não é capaz de apresentar-se como fonte validadora. Sua existência condiciona-se à incorporação pelo ordenamento nacional, e no momento em que tal ocorre não mais se tem DI, mas sim, Direito Nacional. A afirmação de sua existência se dá, apenas, para negá-la em seguida. A questão acerca do fundamento do DI é, nesta perspectiva, um pseudoproblema.

Em se admitindo a teoria que propõe a soberania do DI, contrariamente, este seria o fundamento de validade das ordens jurídicas nacionais. As constituições dos Estados - que compõem o nível hierárquico mais elevado nos ordenamentos nacionais - retirariam sua validade da ordem jurídica internacional. Suprime-se o caráter pressuposto que a NF assume à luz do exposto no item 2, supra. O DI fundamenta o Direito nacional na medida em que é o critério para o reconhecimento a um indivíduo, ou grupo, do poder de, com base em uma constituição eficaz, criar e aplicar uma ordem normativa. !16*

Como efeito, se assim ocorre - a ordem nacional é validada pela ordem internacional -, o questionamento anteriormente formulado persiste: qual o fundamento de validade, então, da ordem jurídica internacional?

Segundo a lição do jurista austríaco, o fundamento de validade da ordem jurídica internacional é dado pelo costume internacional, constituído a partir das condutas efetivas dos Estados. A NF do DI expressar-se-ia, sinteticamente, na máxima: **os Estados devem se conduzir como os demais, na firme convicção de que isto deve ser feito.**

O costume internacional apresenta-se, desta forma, como o grau mais alto de normas integrantes do direito positivo. Aqui, mais uma vez retorna-se à questão anteriormente formulada: não careceria a norma consuetudinária internacional, norma que é, de fundamentação superior? Resvala-se, deste modo, mais uma vez para a fundamentação ao infinito. A questão que se busca responder na doutrina kelseniana é, indubitavelmente, aporética. Como tal somente será resolvida, se é que de resolução se pode falar, através de crença e imaginação. Conclua-se com AFTALION, OLANO e VILANOVA: "... es necesario admitir que dicha validez debe aceptarse dogmáticamente: es un supuesto sobre el que descansa el conocimiento jurídico internacional. Ponemos de relieve, así, la norma fundamental del orden jurídica inter-

16 Corroborando este entendimento, afirma ENRIQUE R. AFTALION, FERNANDO GARCIA OLANO e JOSÉ VILANOVA, Introducción al Derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, pg. 198: "Desde el punto de vista de la validez (formal) cabe derivar la validez de las normas estatales del ordenamiento internacional, es decir, es posible hacerlas compatibles tomando como fundamento a este último. El orden internacional funcionaría, por lo tanto, como grada superior normativa".

nacional, es decir, la categoría gnoseológica trascendental que permite conocer jurídicamente el material de hecho de la convivencia de los Estados en el orden internacional. . . . Dicha norma . . . rezaría: los Estados deben conducirse en la forma en que han solido hacerlo."!17•

Conquanto não superada a dificuldade apresentada, resta o consolo de aceitar a NF, seja de direito interno ou internacional como um pressuposto racional para o conhecimento do direito.

5. A UNIDADE LÓGICA DA ORDEM JURÍDICA

Na pluralidade das normas de um mesmo Ordenamento Jurídico cumpre reconhecer unidade sistêmica. Assim não ocorrendo, jamais se poderá falar em verdadeira Ordem Jurídica. Ter-se-á um amontoado de normas, nunca, porém, um Ordenamento.

A NF constitui a unidade do sistema!¹⁸ hierárquica e normas possibilita a interpretação!¹⁹ da Ordem Jurídica como um todo provido de sentido, sem proposições logicamente contraditórias. Todas as normas, em última análise, são fundadas na NF, mesmo que imediatamente se nos apresentem como validadas por uma norma de escalão intermédio. Isto ocorre porque esta norma fundamentadora intermediária há que retirar sua validade imediata ou mediata da NF. Se todas as normas possuem referibilidade direta ou indireta à NF, esta responde pela unidade do sistema, pois expulsa da estrutura piramidal toda norma que com ela não guarde compatibilidade (no que tange à competência e procedimento de criação, conforme item 2, supra).

Na perspectiva da unidade proposta, a solução de antinomias!²⁰ é imprescindível para manter a coerência do sistema, pois a afirmação da validade de duas normas contraditórias acarreta, necessariamente, a incoerência e seu corolário inevitável: seu desaparecimento.

Os conflitos de normas (problema teórico das antinomias jurídicas) ensejam critérios a que o aplicador deverá recorrer para superá-los. No dizer de MARIA HELENA DINIZ: "Tais critérios (para a solução de antinomias) não são princípios lógicos, assim como o conflito norma-

tivo não é uma contradição lógica. São critérios normativos, princípios jurídico-positivos, pressupostos implicitamente pelo legislador, apesar de se aproximarem muito das presunções".!21•

São critérios para a solução de antinomias no direito interno: o hierárquico ("lex superior derogat legi inferiori"); o cronológico ("lex posterior derogat legi priori"); o da especialidade ("lex specialis derogat legi generali").

O critério hierárquico funda-se na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre outra. Quando conflitam normas de diferentes níveis, aquela de nível mais alto, independentemente da ordem cronológica, preferirá àquela de nível mais baixo. É de se destacar que, como apropriadamente observou Kelsen, não há que se falar em verdadeiro conflito entre normas de diferentes escalões. Isto por que a norma inferior retira sua validade daquela que lhe é hierarquicamente superior, e somente será válida se guardar harmonia com aquela. Se a própria existência da norma inferior condiciona-se à compatibilização com a norma superior de conflito entre elas não se pode falar.

A aplicação do critério cronológico restringe-se a normas pertencentes ao mesmo nível hierárquico. Quando duas normas estabelecidas por uma única fonte em momentos distintos conflitarem a validade da norma editada em último lugar sobreleva à da norma criada em primeiro. O mesmo princípio será aplicado se as fontes normativas forem diversas (detendo, porém, mesma competência normativa).

Para aplicação do princípio da especialidade é necessário considerar a matéria objeto da norma. Entre norma geral e especial há uma relação de gênero espécie. Segundo MARIA HELENA DINIZ: "Uma norma é especial se possui em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral (RJTJSP, 29:303).!"²² As normas especiais decorrem da necessidade de adequação da legalidade às peculiaridades decorrentes da realidade social. Nesta perspectiva serve este critério para superar antinomias a partir da diferenciação dos desiguais.

6. A NORMA FUNDAMENTAL NA "TEORIA GERAL DAS NORMAS"

21 Conflito de Normas, ob. cit., pg. 39.

22 Conflito de Normas, ob. cit., pg. 43/44.

17 Ob. cit., pg. 198.

18 Sobre unidade do sistema v. NORBERTO BOBBIO, Teoria do Ordenamento Jurídico, São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, especialmente capítulos 2 e 3.

19 Sobre interpretação v. Teoria Pura do Direito, ob. cit., pg. 463 e s.

20 TERCIO SAMPAIO FERRAZ Jr., Citado por Ma. HELENA DINIZ, in Conflito de Normas, São Paulo, Saraiva, 1987, pg. 23, define antinomia jurídica como: "a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado".

Na primeira fase científica vivida por HANS KELSEN, expressa na sua obra "Teoria Pura do Direito", a NF firmava-se como uma hipótese capaz de assegurar unicidade e coerência formal à Ordem Jurídica. O caráter hipotético explicava-se pela condição de a NF ser o pressuposto gnoseológico do Direito. Como destaca ARNALDO VASCONCELOS: "**É hipotética a norma básica, porque está pressuposta, enquanto as demais se encontram postas**".²³ Não reconhecia KELSEN a contradição intrínseca à sua formulação: como poderia a NF atribuir validade se ela própria pressupunha validação. A limitação própria à tentativa de fundamentação através de realidades de mesmo patamar não foi superada, até porque, em verdade, sequer foi admitida por KELSEN.

Em sua obra póstuma, Teoria Geral das Normas, publicada na Alemanha em 1979, a partir de suas anotações e rascunhos, muitas das antigas formulações foram recicladas à luz do amadurecimento teórico. Entre os conceitos repensados está o de Norma fundamental. Sua função na estrutura do ordenamento permanece a mesma - qual seja de validação última da ordem jurídica -, no entanto, seu caráter hipotético é, por assim dizer, redimensionado e melhor adaptado à realidade.

Nesta última fase, KELSEN encanta-se pela filosofia de VAIHINGER, do "Como-se", e conclui poder conhecer a NF, através de sua aplicação, como uma ficção.

A NF ficta caracteriza-se pelo fato de contradizer a realidade e ser contraditória em si mesma. Contradiz a realidade por que não existe como ato de vontade, embora se apresente como norma, e é contraditória porque sua validade confere autoridade o que, a rigor, pressupõe uma autoridade superior.

Como o próprio mestre de viena constata, "**a NF, no sentido Vaihingeriano, não é hipótese, é sim ficção que se distingue da hipótese por ser acompanhada pela consciência que ela não corresponde a realidade**".²⁴

Segundo HANS VAIHINGER, uma ficção é um recurso de pensamento que se pode utilizar quando não se alcança o fim do pensamento a que se nos propomos diante do substrato existente. Se assim ocorre, é-se premido a ponderar as afirmações de KELSEN/VAIHINGER, posto que, apesar dos esforços, jamais se manteve a noção de NF sem boas doses de incongruência e, conseqüentemente, fragilidade. A filosofia do "Como-se" surge para a doutrina kelseniana da validade da norma em boa hora, pois é

23 Ob. cit., pg. 164

24 Teoria Geral das Normas, ob. cit., pg. 329.

capaz de dar maior coerência à teoria da validade jurídica sob o aspecto formalístico, embora não a purifique de todos os seus equívocos.

A NF entendida como ficção não afasta a discussão em torno das limitações teóricas em torno da validação formal da Norma Jurídica proposta por KELSEN, porém, se constitui em substancial progresso, pois admite que a existência da NF não corresponde à realidade. Reabra-se, assim, nova discussão.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFTALION, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**, 12ª Edição (reimpresión), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.
- ARAÚJO, Wandycy Nóbrega de. **Idéia de Sistema e Ordenamento no Direito**. 1ª Edição, Porto Alegre, Fabris, 1986.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e M. Celeste C. J. Santos, 1ª Edição, São Paulo: Pólis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.
- DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 2ª edição, São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1982.
- _____ - **Conflito de Normas**. 1ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1987.
- _____ - **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1989.
- FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. trad. Manuel A. Domingues de Andrade, 3ª Edição, Coimbra, Armênio Amado, 1978.
- FERRAZ, Tércio Sampaio Ferraz. **Conceito de Sistema no Direito**. 1ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Editora da Universidade de São Paulo, 1976.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. trad. João Baptista Machado, 6ª Edição, Coimbra, Armênio Amado, 1984.
- _____ - **Teoria Geral das Normas**. trad. José Florentino Duarte, 1ª Edição, Porto Alegre, Fabris, 1986.
- _____ - **Teoria Geral do Direito e do Estado**. trad. Luís Carlos Borges, 1ª Edição, São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 1ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1978.