

A importância teórica e prática da norma fundamental

ALAN IBN CHAHRUR

Resumo: Este trabalho exporá breves notas acerca da importância teórica e prática do conceito de norma fundamental como elemento estruturante de todo o sistema da Teoria Pura do Direito desenvolvido por Hans Kelsen no princípio do século XX. De início, será pontuada a posição da Teoria Geral das Normas no contexto da produção de Kelsen, como obra que congrega textos esparsos oriundos de distintos momentos de seu trabalho intelectual, os quais não necessariamente refletem de modo uniforme o pensamento do autor naquela que ficou conhecida como sua fase “cética” ou “crítica”, iniciada após 1960, com a edição da segunda versão da Teoria Pura do Direito. No entanto, além das reconhecidas dificuldades histórico-filológicas no tratamento das fontes, pretende-se demonstrar alguns impactos teóricos e práticos desse conceito basilar para a prática judiciária, com o objetivo de realçar a importância da Teoria Geral do Direito como campo de sustentação metodológica para as demais disciplinas da ciência jurídica.

Palavras-chave: Norma Fundamental. Teoria. Prática.

1. Introdução

O presente trabalho pretende, em síntese, desenvolver brevemente algumas notas acerca da relevância teórica e prática do conceito da norma fundamental, tal como articulada por Hans Kelsen (1881-1973) no programa de sua *Teoria Pura do Direito* (TPD), a qual permanece, na esfera da tradição ocidental, como um dos grandes pilares de toda a ciência jurídica originada no século XX. A necessidade da tarefa impõe-se na medida em que boa parte do debate contemporâneo no Brasil se afasta diuturnamente dos pressupostos teóricos e filosóficos essenciais à compreensão do fenômeno jurídico, redundando numa discussão esté-

Recebido em 8/9/15
Aprovado em 29/9/15

ril e superficial, a ponto de termos como *positivismo* ou *pós-positivismo* serem utilizados com frequência e sem maiores delimitações, pois que transfigurados em expressões ou designações “não problemáticas” que descrevem um estado de coisas já estabelecido e de todos conhecido – uma prática judiciária em relação à qual os juristas podem debater e refletir no “plano teórico”, desde que conformados “na prática” ao sistema, uma vez que este simplesmente “é assim”.

Em virtude disso, afigura-se sempre oportuno o retorno a um dos fundadores da ciência jurídica como sistema de direito positivo, ainda mais em se tratando de um jurista da estatura do tão citado e paradoxalmente pouco conhecido Hans Kelsen. O célebre autor de *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 2006) imprimiu de tal forma sua marca indelével ao longo de todo o pensamento jurídico do século XX, que referências conceituais como a própria noção de norma jurídica ou mesmo a “pirâmide kelseniana” acabaram elevadas a verdadeiros lugares-comuns do conteúdo programático dos cursos de formação dos agora bacharéis em Direito – e não mais graduados em ciências jurídicas e sociais, uma designação que diz muito sobre a mentalidade do nosso tempo. Um conteúdo, porém, que permanece obviamente restrito à diminuta carga de poucas horas num semestre reservada à disciplina Filosofia do Direito, incapaz de conscientizar os juristas a respeito do profundo vínculo dessa temática com sua futura prática profissional.

Assim se justifica o propósito do presente trabalho: lembrar, com um jurista do gabarito de Hans Kelsen, que não se faz teoria do direito relativamente a quaisquer das múltiplas disciplinas específicas do mundo jurídico sem a consequente mobilização de certos pressupostos de ordem ética, política e epistemológica, visto que todos esses campos de reflexão em particular correspondem a verdadeiras condições de possibilidade da prática judiciária em si, que não se resumem a reflexões superficiais sobre um sistema já posto, mas, ao contrário, legitimam e viabilizam a permanência ou a derrocada do ordenamento posto.

Nesse sentido, muito mais que um estudo para filósofos, a TPD (KELSEN, 2006) apresentou ao século XX problemas que demandam atenção e resposta dos juristas, dado o impacto direto das teorizações de Kelsen na prática cotidiana da atividade judiciária. Quando despidos desse preconceito epistemológico, que exclui como “não jurídica” a reflexão sobre as bases das ciências humanas, podemos então conhecer a magnitude do pensamento de Kelsen. Não do teórico “nazista” cuja teoria “formalista” teria possibilitado a hecatombe do totalitarismo alemão e italiano, no curso da Segunda Grande Guerra, conforme acreditam aqueles que o conhecem de manuais mal lidos. Poderemos sim conhecer o filósofo e teórico da democracia, segundo a feliz expressão que

intitula o brilhante artigo de Caio Henrique Lopes Ramiro e Luiz Henrique Martim Herrera (2015), os quais demonstram com propriedade a falácia do argumento antikelseniano do assim chamado *reductio ad hitlerum*.

Contra a limitada leitura corrente, esclarecem os autores:

Diante dessa compreensão, seu nome é invocado irresponsavelmente para tão somente dar estética e autoridade (verdade) a afirmações relativas a tudo o que se refere a “aplicação da letra (fria) da lei”, “recusa à aplicação de princípios”, “totalitarismo, sobretudo do regime nazista”, “não reconhecimento de valores”, entre outras que serão expostas adiante. Deduz-se, portanto, do contexto de que Hans Kelsen é um normativista que seria ele, na mesma medida, um pensador dedicado apenas ao direito positivo e ao exercício da aplicação autômata do fato correspondente ao texto. Diariamente o que vemos, pois, é um “epistemicídio” da teoria desenvolvida por Hans Kelsen, na medida em que se desconhece sua proposta (RAMIRO; HERRERA, 2015, p. 243).

Buscaremos, então, colocar-nos na esteira de ambos, para encontrar o teórico que “[...] arquiteta a estrutura do sistema normativo a partir de um senso de interdisciplinaridade e transdisciplinaridade monumental” (RAMIRO; HERRERA, 2015, p. 243); tudo com o objetivo de explicitar certos impactos teóricos e práticos de um dos conceitos cardinais do pensamento kelseniano: a norma fundamental. E, nesse particular, não são poucas as dificuldades levantadas desde a publicação da *Teoria Geral das Normas* (TGN), editada em 1979, sob os auspícios do Instituto Hans Kelsen, de Viena. A tal ponto que o professor José Florentino Duarte, da Universidade Federal da Paraíba, responsável pela tradução e revisão da obra no Brasil, posteriormente publicada pelo Editor Sérgio Antonio Fabris (KELSEN, 1986), es-

creveu em entusiasmada introdução que “[...] a norma fundamental, neste tratado, recebeu conceituação nova e definitiva, corrigindo, o autor mesmo, o que escrevera anteriormente ao tratá-la como hipótese” (KELSEN, 1986, p. VIII).

Do teórico brasileiro também mereceu transcrição integral a memorável passagem, na qual Kelsen supostamente subverte quatro décadas de intenso trabalho intelectual, para dar início ao dito período¹ “cético” ou “crítico” de suas reflexões:

No novo conceito, a norma fundamental – a que fundamenta a validade de um ordenamento jurídico – passou a ser vista como uma norma fictícia, meramente pensada, produto de um mero ato de vontade também fictício: “... uma autêntica ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da Filosofia do Como-Se vaihingeriana... Por conseguinte, é de se considerar que a norma fundamental no sentido da Filosofia do Como-Se vaihingeriana não é uma hipótese – como eu mesmo ocasionalmente a qualifiquei – e sim uma ficção que se diferencia de uma hipótese pelo fato de que ela é acompanhada pela consciência ou, digo, deve ser acompanhada; pelo fato de que a realidade não lhe corresponde” (KELSEN, 1986, p. VIII-IX).

Trata-se de uma mudança de relevância ímpar, que atinge em suas bases a construção da TPD, com a qual o autor trabalhou ao menos desde 1920, quando – efetivamente “armado” com a teoria da hierarquia das normas de Merkl² (*Stufenbaulehre*), segundo a oportuna

¹ Para possíveis periodizações da obra de Hans Kelsen, ver Paulson e Paulson (1999), bem como Dias (2010).

² Adolf Julius Merkl (1890-1970), publicista, formou-se em 1913 na Universidade de Viena, onde se doutorou em 1919, com a tese *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich* (A Constituição da República da Áustria Germânica), lecionando nessa instituição entre 1920 e 1965. É considerado o mais antigo e mais genial dos alunos de Kelsen, sendo descrito por ele como “cofundador” da TPD, tamanha a influência de sua contribuição, notadamente

expressão de Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 234) e de fato convenci- do da necessidade epistemológica da norma fundamental – Kelsen já antecipava os fundamentos de seu sistema conceitual, que encontra a diagramação inicial na primeira edição da TPD³ em 1934.

2. As bases da norma fundamental

A partir de então, as bases do normativismo kelseniano são amplamente conhecidas, desde o seu posicionamento entre os extremos de um direito natural metafísico, pautado na regulação das normas jurídicas por valores transcendentais, e o de um juspositivismo cientificista do século XIX, na esteira do qual os grandes nomes do Direito, como Georg Jellinek (1954, p. 326), defendiam ser dever do jurista a descrição das conexões de causa e efeito dos fatos sociais à maneira da ciência natural, devido à “força normativa” inerente às relações fáticas de dominação.

Por outro lado, desde o início, a perspectiva clássica da TPD (KELSEN, 1992, p.10) concebe a norma jurídica como um esquema de interpretação das condutas humanas que, em termos lógicos, outorga um sentido objetivo a determinados atos de vontade dos indivíduos. Desse modo, o elemento primordial que transforma um evento particular em *fato jurídico* não é mais sua facticidade propriamente dita, o seu “ser natural”, mas sim um ato da *razão*, a saber, o procedimento intelectual que confronta o fato com um sistema normativo de referência, positivado na forma de um código ou da constituição, por exemplo. Nas palavras de Kelsen: “Para que um fato material não seja qualificado como assassinato, mas como execução de uma sentença criminal, dependemos da qualidade, imperceptível aos sentidos, que emerge do raciocínio consistente no confronto deste ato com o Código Penal e de Processo Penal.” (KELSEN, 1992, p. 10, tradução nossa⁴).

A base dessa distinção, que permanece indelével até a segunda e definitiva⁵ edição da TPD em 1960 (KELSEN, 2006, p. 4), encontra-se

no que se refere à proposta de sua teoria da hierarquia das normas (*Stufenbaulehre*). Ver Kelsen (c2011) e Dias (2010).

³Originalmente *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Ver Kelsen (1992).

⁴Originalmente: “That a material fact is not murder but the carrying-out of a death penalty is a quality, imperceptible to the senses, that first emerges by way of an act of intellect, namely, confrontation with the criminal code and with criminal procedure.”

⁵Referimo-nos à interpretação corrente nos países de língua alemã, a qual via de regra reconhece duas edições da *Teoria Pura do Direito*: a de 1934 e a de 1960. No entanto, não podemos ignorar a pontual anotação de Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 234), ao destacar uma terceira edição como igualmente “autêntica”: a tradução francesa da obra, datada de

na rígida cisão metodológica entre as esferas do *ser* (*Sein*) e do *dever-ser* (*Sollen*), princípio que funda o dualismo epistemológico entre fato e valor, entendidos aqui como opostos irredutíveis entre si e delimitados de maneira estanque. Trata-se de um instrumental teórico que, por si só, reverbera toda a herança kantiana de Kelsen e esclarece muito do repúdio do autor ao juspositivismo de seu tempo, pródigo em sustentar, à maneira do já citado Jellinek, a preponderância da “força normativa do fático”. Kelsen, porém – em parágrafos que bem poderiam compor parte da *Crítica da Razão Pura* (KANT, 2013) –, abre a apresentação da TPD com cristalina exposição de princípios:

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja (KELSEN, 2006, p. 4).

A semelhança do excerto em destaque com as conclusões de Kant (2013, p. 432), quando da resolução da terceira antinomia da razão pura, que opunha os conceitos da causalidade por liberdade à lei universal da necessidade natural, não é mera coincidência, pois, conquanto pouco detalhista e nada abundante na exposição de suas premissas especulativas⁶, isso demons-

1953 e subscrita por Henri Thévenaz, porém corrigida e revisada em parte pelo próprio Kelsen. Isso sem falar na edição italiana de 1965, de autoria de Mario Losano, bem como na tradução inglesa de 1967, redigida por Max Knight, ambas igualmente revisadas pelo autor ainda que em proporção menor do que a edição francesa.

⁶Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 131-132) relembra-nos aqui que muitas das bases metodológicas de Kelsen

tra que Kelsen jamais deixou de operar, ao longo de toda a sua extensa produção intelectual, com estruturas filosófico-conceituais do mais alto gabarito, particularmente no que respeita ao criticismo transcendental, o qual fora eleito desde o início como sua “estrela-guia”, consoante a eloquente declaração de sua autobiografia (KELSEN, c2011, p. 25).

No mais, a lição de Kant na *Crítica da Razão Pura* (CRP), ao formular sua proposta de abordagem da terceira antinomia da razão, expõe o alicerce da metodologia diretiva da TPD:

O *dever* exprime um tipo de necessidade e conexão com os fundamentos que não aparece de outro modo em toda a natureza. O entendimento só conhece aí *aquilo que é*, foi ou será. É impossível que algo *deva* ser aí de outro modo, a não ser como de fato já o é, em todas as suas relações temporais; o *dever*, no entanto, caso só se tenha em vista o curso da natureza, não tem absolutamente nenhum significado. Nós não podemos, de forma alguma, perguntar o que deve acontecer na natureza; menos ainda as propriedades que um círculo deve ter; devemos perguntar apenas o que aí acontece, ou quais as propriedades que o último tem (KANT, 2013, p. 437, B 575).

Dessa forma, torna-se compreensível a conclusão que Kelsen sustentou à exaustão, sempre rejeitando de plano toda possibilidade de fundamentação do Direito – concebido como sistema de normas situado no plano deôntico do *dever-ser* – em qualquer espécie de contexto fático, para buscar, ao contrário, desvinculá-lo das relações de poder que se manifestam no plano natural do *Sein*. Era nesse plano que até então o positivismo jurídico do século XIX pretendia circunscrevê-lo, valen-

surgem de forma indireta e somente nos prefácios de seus trabalhos, devendo no mais ser deduzidas da crítica feita pelo autor aos fundamentos de outros sistemas teóricos da ciência jurídica.

do-se de “conceitos híbridos” como a “vontade” do Estado, do “povo” e outras construções conceituais que não se consideram propriamente empíricas, como noções gerais alheias à relação causal, tampouco como referenciais metafísicos à maneira da “alma” ou de uma “ordem cósmica” divina. Consequentemente, se a norma não encontra fundamento no fato, assim como o *dever-ser* jamais pode ser derivado do *ser*, fica claro que: “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma” (KELSEN, 2006, p. 215).

A extensão desse princípio de validade, plenamente coerente com a mencionada epistemologia dualista de cunho kantiano, possibilita, num segundo momento, a incorporação da teoria da hierarquia das normas (*Stufenbaulehre*) de Merkl à TPD, apenas para engendrar aquela que talvez configure a mais antológica imagem associada ao nome de Kelsen até o momento presente, a pirâmide normativa, um sistema fechado em cujo interior as normas inferiores encontram seu fundamento nas prescrições superiores, procedendo-se sucessivamente até o ápice do direito interno⁷, cujo ponto limite pode ser situado na Constituição dos Estados nacionais, os quais, por sua vez, encontram fundamento na chamada *norma fundamental*, elemento central de nossas considerações.

A natureza da norma fundamental representa o grande ponto de dissenso entre defensores e detratores do normativismo jurídico, uma vez que dela depende todo o arcabouço conceitual da TPD. A pirâmide normativa, que pretende legitimar um sistema de validação concebido por inteiro à luz da perspectiva deontológica do *dever-ser*, como forma de manter a cisão epistemológica entre este e o modo de conhecimento das ciências naturais (*ser*), simplesmente não subsiste sem a possibilidade de um fundamento normativo último e ainda assim não factual – em outros termos, um “puro” *dever-ser*, na busca do qual Kelsen uma vez mais recorreu às bases kantianas de sua formação, com o intento de sedimentar a visão posteriormente cristalizada na segunda edição da TPD:

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito

⁷Limitaremos nossas considerações, aqui, ao plano do direito interno, pois as restrições de um artigo não nos permitem discorrer sobre as consequências do sistema kelseniano para o direito internacional. Ainda assim, vale destacar que a equiparação sem ressalvas da norma fundamental com a Constituição dos Estados nacionais, a nosso ver, é tão frequente quanto equivocada, haja vista que em diversas passagens da TPD Kelsen faz referência à norma fundamental como norma de direito internacional, equiparando-a ao *pacta sunt servanda*. A esse respeito, ver Kelsen (1929, 2006, p. 239-242 e 355-383) e Kelsen e Campagnolo (2003, p. 111-133).

aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant –, ser designada como condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnosiológica) 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 subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição (KELSEN, 2006, p. 225, grifo nosso).

O excerto citado vale, inicialmente, como demonstração de que, não obstante a evidente influência kantiana em Kelsen, a relação teórica entre ambos deve sempre ser vista *cum grano salis*, porquanto nos parece também explícito que o autor da TPD, como verdadeiro filósofo do Direito, não se limitou à reprodução acrítica do pensamento de seu antecessor, mas retrabalhou os fundamentos de Kant com extrema originalidade, para somente então os aplicar à teoria jurídica propriamente dita. cremos que um exemplo eloquente, que buscamos destacar na citação referida, se encontra na forma como Kelsen enfatiza sua intenção de apenas aplicar *per analogiam* os conceitos da teoria do conhecimento de Kant.

Por outro lado, o próprio Kelsen também destacou (KELSEN, c2011, p. 25-26) que num primeiro momento se aproximou do kantismo por meio dos filósofos da “corrente do sudoeste alemão”, a conhecida Escola neokantiana de Baden, ativa entre os anos de 1890 e 1930, em Friburgo, Breisgau, Estrasburgo e Heidelberg. Apenas num momento posterior – e, segundo o autor, unicamente por meio de uma resenha⁸ de sua obra publicada nos *Kantstudien* –, Kelsen reconhece ter tomado conhecimento “[...] dos numerosos paralelos entre meu trabalho do problema da vontade no direito, sobretudo da vontade do Estado, e a filosofia da vontade pura de Cohen” (KELSEN, c2011, p. 26), assimilando então a influência do mestre dos neokantianos de Marburgo.

Dada a sua relevância substancial, é digna de menção também a já famosa proximidade do autor com os teóricos do positivismo lógico que compunham o Círculo de Viena, liderados por Moritz Schlick.

⁸ Trata-se da resenha de Oscar Ewald a respeito da tese de livre-docência um ano antes apresentada por Kelsen à Universidade de Viena, sob o título “Principais Problemas da Teoria do Direito Público, desenvolvidos a partir da teoria da proposição normativa”. Originalmente, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911. No que se refere à resenha, ver EWALD, Oscar. Die Deutsche Philosophie im Jahre 1911. *Kantstudien*, v. 17, n. 4, p. 382-433, 1912.

Merecem, porém, ser afastadas as afirmações ainda correntes de que Kelsen “pertenceu” àquele Círculo, como bem destaca o professor Andityas Soares (MATOS, 2006, p. 49), da Universidade Federal de Minas Gerais. Nesse sentido, o teórico brasileiro alude a um artigo de Clemens Jabloner, da Universidade de Viena, e traduz uma significativa carta de Kelsen, já há tempos divulgada pelo pesquisador austríaco (JABLONER, 1998, p. 7), com data de 5/5/1963, dirigida a Henk L. Mulder:

Em atenção à sua carta de 31 de março, de-sejo informá-lo de que não pertenci ao chamado “Círculo de Viena” no sentido mais estrito da palavra. Tive contatos pessoais com esse Círculo em virtude das minhas relações com o Prof. Schlick, o Dr. Otto Neurath, o Prof. Philipp Frank e o Prof. Victor Kraft. O que me ligou à filosofia desse Círculo – sem ser por ele influenciado – foi a sua ênfase antimetafísica. Desde o primeiro momento rejeitei a filosofia moral desse Círculo – pela maneira como está formulada nas “Questões de Ética” de Schlick. *Entretanto, os escritos de Philipp Frank e Hans Reichenbach sobre causalidade influenciaram minha visão dessa questão. A revista “Erkenntnis” publicou meu ensaio “Die Entstehung des kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip”, em seu volume 8, e um ensaio intitulado “Causalidade e Retribuição”, no volume 9 (MATOS, 2006, p. 49-51, grifo nosso).*

Embora pouco explorada, a atenção que Kelsen dispensa ao princípio da causalidade, declarando a influência explícita de Hans Reichenbach, a nosso ver poderia revelar também uma abertura inusitada, capaz de ensejar um diálogo profícuo de sua obra com o desenvolvimento do positivismo lógico levado a efeito no curso do século XX, após a revolução da relatividade no campo da física e seus desdobramentos na esfera da filosofia da ciência, que encontram expressão paradigmática no debate

entre Carnap e Quine, sem ignorar o impactante movimento do positivismo ou empirismo lógico como um todo.

3. Implicações teóricas e práticas no contexto da atividade judiciária

Mas qual é exatamente a importância da recepção das categorias kantianas pelo pensamento de Kelsen, para a fundamentação da norma fundamental? Podemos a princípio recordar, com o professor Andityas (MATOS, 2013, p. 105), alguns pontos de contato, começando pela definição de que em Kant tanto as formas da sensibilidade (a intuição dúplici do espaço e do tempo), quanto as categorias do entendimento (as percepções de quantidade, qualidade, relação e modalidade) são formas puras – o que significa dizer, em síntese, que são conceitos vazios derivados da estrutura do aparato cognitivo do sujeito. Eles nada prescrevem às leis naturais, mas tornam possível a própria cognição, na medida em que o objeto deve aqui se regular pelos condicionantes gnosiológicos de ordem subjetiva.

Eis a origem do projeto kantiano⁹ consistente na busca pelos fundamentos *a priori* do conhecimento, ou seja, fundamentos “anteriores” ao conhecimento objetivo, que devem fornecer as condições de possibilidade desse conhecimento, em oposição ao conteúdo *a posteriori* da cognição, que emerge pela manifestação da experiência dentro dos limites fixados pelo quadro de categorias no interior

⁹ Conforme se depreende do prefácio à segunda edição da CRP: “É preciso verificar pelo menos uma vez, portanto, se não nos sairemos melhor, nas tarefas da metafísica, assumindo que os objetos têm de regular-se por nosso conhecimento, o que já se coaduna melhor com a possibilidade, aí visada, de um conhecimento *a priori* dos mesmos capaz de estabelecer algo sobre os objetos antes que nos sejam dados” (KANT, 2013, p. 30).

da intuição espaçotemporal. Segundo Kant¹⁰, um sistema de conceitos *a priori* justamente se denominaria filosofia transcendental.

Do mesmo modo, a norma fundamental que Kelsen encontra nas ordens jurídicas contemporâneas “[...] também é vazia de conteúdo e não determina nenhuma prescrição jurídica específica, ao contrário das normas fundamentais estáticas que orientam os ordenamentos de matriz jusnaturalista” (MATOS, 2013, p. 105-106). Em vez de abraçar um valor central de fato (*ser*), privilegiando certo conteúdo para dele fazer derivar por dedução as demais normas (*dever-ser*) do sistema – daí a caracterização dos ordenamentos de direito natural como sistemas de conteúdo *estático* –, Kelsen descreve uma norma fundamental ou um “puro” *dever-ser* dito dinâmico, já que vazio de conteúdo. Trata-se, em resumo, de uma norma que somente “[...] pode fornecer o fundamento de validade, mas não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas” (KELSEN, 2006, p. 219).

As eventuais alterações materiais do conteúdo normativo conferem ao sistema sua natureza dinâmica, uma vez que a norma fundamental permanece desde que se mantenha a pressuposição que reconhece a instituição de um fato produtor de normas, ou seja, a pressuposição que declara a atribuição de poder a uma primeira autoridade legisladora. Não por acaso, ao longo da sobredita citação da TPD (KELSEN, 2006, p. 225), Kelsen sintetiza a *Grundnorm* segundo a máxima, dirigida à ordenação dos Estados nacionais, de que “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve”.

¹⁰No mesmo prefácio: “Eu denomino *transcendental* todo conhecimento que se ocupe não tanto com os objetos, mas com o nosso modo de conhecer os objetos, na medida em que estes devam ser possíveis *a priori*” (KANT, 2013, p. 60).

Por conseguinte, uma norma jurídica tampouco vale porque ostenta um conteúdo determinado, passível de ser deduzido logicamente da base de valores do sistema. Em última análise, a validade¹¹ acaba atrelada aqui à adequação da norma em relação ao processo de criação jurídica fixado pela autoridade legiferante constituída de início, um procedimento consubstanciado no exemplo do atual processo legislativo estabelecido em âmbito constitucional. Não pelo conteúdo, mas por essa pertinência formal – e somente por isso –, a norma criada de acordo com esse processo pertence ao ordenamento estabelecido de acordo a norma fundamental. Logo, deve-se menos à inclinação política e mais à necessidade epistemológica a tão distorcida afirmação kelseniana de que “[...] todo e qualquer conteúdo pode ser direito” (KELSEN, 2006, p. 221).

Outra consequência relevante da orientação epistemológica de Kelsen, como destaca Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 249), reside no caráter *constitutivo* que, à maneira de Kant, a TPD deve atribuir ao conhecimento jurídico. Nesse sentido, assim como a CRP reconhece que os objetos se orientam de acordo com as faculdades cognitivas do sujeito, na medida em que o objeto deve ser verdadeiramente *constituído* pelas condições epistêmicas *a priori*, também deve a TPD reconhecer que cabe à Ciência do Direito *construir* o ordenamento normativo, não lhe sendo mais dado limitar-se à interpretação de um sistema “previamente” existente.

A norma fundamental assume, em consequência, o posto substancial de condição de possibilidade da *geração* desse objeto, atri-

¹¹Por ora, também não pretendemos abordar nos limites deste artigo a significância múltipla que o conceito de validade assume na obra de Kelsen, em especial na TPD. Para tanto, com comentários significativos, ver BARZOTTO (2007, p. 34).

buindo ao raciocínio jurídico-científico o caráter de *atividade constitutiva* epistemológica. Por sua vez, o grande reflexo pragmático desse compromisso teórico assumido pelo autor ganha destaque na exigência de que, como criação subjetiva, o material dado à Ciência do Direito deve ser organizado como um sistema homogêneo *isento* de contradições, incapaz de assimilar como *existentes* duas ou mais prescrições normativas contrárias. Nas palavras de Gabriel Nogueira Dias:

Nisso pode-se vislumbrar uma consequência imediata e inevitável da utilização feita por Kelsen da teoria do conhecimento de Kant. Como ciência *que cria seus objetos*, a Ciência do Direito se obriga à “criação”, ou seja, ao conhecimento de um todo provido de sentido, de modo que o ordenamento jurídico não pode tolerar a *existência* concomitante, i.e. a validade de normas jurídicas que estejam em contradição (DIAS, 2010, p. 265).

No limite, Kelsen equipara a validade de uma norma à sua existência como tal no interior de um sistema homogêneo, e esse conceito por si só já impõe um desafio colossal à TPD na sua abordagem da concepção corrente de nulidade, uma vez que a equiparação da validade de uma norma à sua existência como *dever-ser* torna qualquer consideração de uma “norma inválida” uma contradição em termos. A perda da validade, sob essa ótica, acarretaria a perda da existência, dado que a “norma nula” – contrária ao sistema – simplesmente não existiria como norma, tampouco poderia ser objeto de um eventual processo de anulabilidade.

Com efeito, a anulação de algo pela via do Direito pressupõe ao menos que esse objeto já “ingressou” no mundo jurídico, ou seja, que já existe como *dever-ser*, de tal forma que o pleno reconhecimento da existência de uma norma (ainda que “inválida”) já está implícito na

mera tentativa de sua anulação, a qual objetiva expurgar do mundo jurídico algo que justamente lá já reside. Até mesmo porque anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é sentido (o que implicaria a capacidade de um *dever-ser* anular algo que é). Quando muito, designa a criação de uma nova norma com fito de retirar da “norma inválida” o seu sentido objetivo, sob a justificativa de que este diverge do sentido previsto pela norma anterior que permitia/prescrevia/autorizava a criação da norma inválida (KELSEN, 2006, p. 298).

A difundida visão piramidal do sistema jurídico de Kelsen, cujo ápice é a norma fundamental, implica assim uma dificuldade conceitual substantiva, desconsiderada com frequência, no trato com este vício corriqueiro de todos os grandes ordenamentos jurídicos da atualidade: a possibilidade real de conflito entre normas de distintos níveis hierárquicos. À eventual divergência entre normas de um mesmo patamar, a toda evidência aplica-se quase que intuitivamente o princípio da *lex posterior derogat priori*; porém, diante do conflito entabulado entre duas disposições de hierarquia diversa, o intérprete não pode olvidar a problemática advinda da conjugação que equipara a validade da norma à existência como *dever-ser* não contraditório – um conceito passível de ser sintetizado no princípio da “validade-existência”.

Nesse sentido, se determinada norma X é criada em desacordo tanto com aspecto material quanto com o aspecto formal que a norma superior Y lhe prescreve a fim de garantir um sentido objetivo, a norma X ou é (1) juridicamente inexistente, em razão da invalidade que vem macular o ato de sua criação, tornando-se incapaz de gerar qualquer efeito ou mesmo de ser objeto de um recurso ou outro processo tendente a anulá-la; ou (2) é juridicamente

existente e passível como tal de ser anulada – o que, no entanto, aparentemente contradiz a noção de que a validade se equipara, sob um primeiro aspecto, à existência da norma tomada como *dever-ser* válido e vigente, criado sem qualquer contradição com o sistema composto pelas normas que lhe são anteriores e superiores.

Kelsen enfrenta essa dificuldade em dois casos específicos: o da sentença ilegal, que deve ser reapreciada por um tribunal em sede de recurso; e o da lei inconstitucional, objeto maior do controle concentrado de constitucionalidade, implementado pelo teórico na fundação do Tribunal Constitucional da Áustria (KELSEN, 2006, p. 295, 308). No entanto, em ambos os casos, a coerência do autor a princípio se mantém, porquanto ele jamais deixa de equiparar a validade de uma norma à sua existência, sempre considerando que o *dever-ser* que “nasce” em desacordo com o sistema nem mesmo é uma norma. De início, portanto, a sentença ilegal e a lei inconstitucional serão igualmente válidas, o que significa dizer, juridicamente existentes:

Mas uma “norma contrária às normas” é uma contradição em termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside a sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida – seria nula, o quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica. O que é nulo não pode ser anulado (destruído) pela via do Direito. Anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é sentido. Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em algo não acontecido. Anular uma norma significa, portanto, retirar de um ato que tem por sentido subjetivo uma norma, o sentido objetivo de uma norma. E isso significa pôr termo à validade desta norma através de outra norma. Se a ordem jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma, tem de – como o mostrará a análise subsequente – considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme o Direito (KELSEN, 2006, p. 296, grifo nosso).

A solução que harmoniza essa afirmação com a assertiva anterior de que uma norma existe e é válida somente se criada em conformidade com o *dever-ser* anterior que lhe outorga um sentido objetivo, reside, no entanto, em considerar que órgãos de criação do direito como os parlamentos e os tribunais “[...] recebem da ordem jurídica poder para criar, ou uma norma jurídica individual, cujo conteúdo se encontra prefixado na norma jurídica geral, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo não se encontra predeterminado, mas é estabelecido por estes mesmos órgãos [...]” (KELSEN, 2006, p. 298).

Em suma, Kelsen reconhece, por meio de uma manobra engenhosa, que todo *dever-ser* que prescreve a forma como outra norma deve ser

criada, também reconhece implicitamente (e até mesmo autoriza) que essa norma seja criada em desacordo com o procedimento proposto, limitando-se o ordenamento jurídico à possibilidade de prescrever que, nesses casos, a validade do *dever-ser* seja provisória e condicionada à eventual instauração de um processo (um recurso ou declaração de inconstitucionalidade) ao cabo do qual essa validade deve cessar por força da norma criada com o objetivo de anulá-la. Mesmo um tribunal que decide em última instância tem resguardada, pela norma constitucional, a possibilidade de que sua decisão se dê em desacordo com as prescrições da carta magna, tendo como único diferencial o fato de que, nessa hipótese, o sistema não prevê o procedimento de anulação seja qual for a decisão; assim, a validade da norma individual consubstanciada na decisão do tribunal passa a ser definitiva e não provisória (KELSEN, 2006, p.298).

Porém, o subterfúgio de Kelsen marca um nítido ponto de inflexão na base teórica da TPD, como bem percebeu a aguda crítica que Luiz Fernando Barzotto (2007, p. 59) retoma de Carlos Santiago Nino, ao destacar o artificialismo do estratagema. Afinal, como os teóricos destacam¹², a lógica desse monismo universalista inviabiliza em sua essência o elemento coercitivo do direito – a sanção –, pois se as normas superiores contêm uma autorização “aberta” à instância normativa inferior, de modo que o destinatário da norma pode ou não optar por cumpri-la, ao seu arbítrio, então jamais se deve obedecer às normas em questão, o que as anula como normas, cujo fundamento deveria também derivar do componente sancionatório-punitivo atrelado ao eventual descumprimento das condutas impostas por elas.

O conflito com as premissas metodológicas fixadas de início pela TPD não poderia ser maior, notadamente no que se refere à redução conceitual que circunscreve todo o direito exclusivamente ao direito positivo¹³, *secundum non datur* (DIAS, 2010, p. 142). Em sentido diverso, a orientação epistemológica de cunho kantiano, no seu processo de construção conceitual do ordenamento pela ciência jurídica, configura um verdadeiro “filtro epistemológico”, em razão do qual o jurista

¹² Em sua extensão, o argumento de Barzotto, secundando Nino, toma o seguinte sentido: “Se a norma superior deixa aberta a possibilidade de determinação do procedimento e da matéria a ser regulada pelo órgão competente, não se vê por que ela não deixaria em aberto a própria determinação do órgão. Daí ser legítima a queixa que se expressa nestes termos: ‘Não pode deixar de ser desalentadora, portanto, uma tese que induz a sustentar que o direito positivo autoriza a qualquer pessoa a ditar normas mediante qualquer procedimento e sobre qualquer matéria’” (BARZOTTO, 2007, p. 59).

¹³ Nesse sentido, a linha de desenvolvimento do projeto kelseniano nada tem de obscura: “Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica” (KELSEN, 2006, p. 79).

não pode reconhecer como simultaneamente válidas e existentes duas normas contraditórias, ainda que de fato positivadas pela autoridade constituída. Logo, isso significa que a predileção metodológica pelo direito positivo somente se manifesta no plano científico com restrições consideráveis.

Ao menos até 1960, com o advento da segunda edição da TPD, Kelsen não transige nesse ponto e substitui inclusive o tradicional conceito de *nulidade* da teoria jurídica pelo da *anulabilidade*, certo de que a TPD não poderia operar com o conceito de uma “norma nula” sem abandonar – ou ao menos reformular radicalmente – as linhas de força do método crítico-transcendental. Isso porque a natureza constitutiva do conhecimento jurídico-científico – decorrente da universalidade que Kant atribuíra às formas da percepção e às categorias do entendimento que constroem o fenômeno objetivo – legitima-se no ideal de um ordenamento por assim dizer “corrigido” ou isento de contradições, uma vez que se trata de um objeto estruturado pela própria cognição do jurista que com ele opera.

Por conseguinte, o direito deve ser sempre direito válido, sob pena de não ser mais direito. Disso decorre igualmente a obrigatória natureza constitutiva que o teórico se vê forçado a atribuir à declaração de nulidade, vedando a possibilidade do efeito *ex tunc*. O raciocínio de Kelsen é categórico:

Do que acima fica dito também resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas pode ser anulável. [...] Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. [...] Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o direito se refere assume o caráter jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade (KELSEN, 2006, p. 306-308).

Conseqüências dessa ordem permitem antever que a transição de Kelsen para a TGN, supostamente abandonando suas bases kantianas de outrora, nada tem de mero capricho especulativo, pois pode ser vista como um empreendimento substantivo de readequação das bases teóricas da TPD, na tentativa de equacionar problemas concretos, cuja resolução proposta até então ainda parecia limitar o pensamento kelseniano. Precisamente nesse contexto se enquadra a assunção da nor-

ma fundamental não mais como pressuposto lógico transcendental (KELSEN, 2006, p. 225), e sim como ficção “contraditória em si mesma” e “contraditória em relação à realidade” (KELSEN, 1986, p. 328). Porque se duas normas conflitantes não podem ser reconhecidas como pertencentes simultaneamente ao mesmo ordenamento jurídico, então fica claro que *nem todo direito positivo é direito* (DIAS, 2010, p. 328), e não mais se sustenta a possibilidade de uma Teoria Pura como teoria do direito positivo *em geral* (KELSEN, 2006, p.1).

É na fase tardia de seu trabalho que Kelsen se dedicará ao ajuste da relação entre essas duas diretrizes metodológicas de sua teoria jurídica, buscando adequar o princípio do monismo jurídico, centrado na busca de um sistema *geral e coerente* de direito positivo, em face do problema concreto das possíveis prescrições normativas opostas que se pretendem igualmente válidas no interior de um mesmo ordenamento.

Na busca dessa solução, já em sua fase dita cética e no âmbito da TGN, a caracterização do componente constitutivo da descrição jurídico-científica como um princípio epistemológico-transcendental será finalmente abandonada, de modo que a eliminação das contradições inerentes ao ordenamento não mais se apresenta como função da Ciência do Direito, na forma de uma exigência epistêmica que impõe ao teórico o dever de construir seu objeto para além de qualquer contradição, consoante as bases do criticismo kantiano. De outro ângulo, a necessária resolução de antinomias passa agora a ser tratada no plano intrasistêmico, associada à existência de uma norma derogatória de direito positivo, tendente a anular uma ou ambas as normas porventura em conflito, segundo um procedimento que aqui já se encontra previsto no conjunto do ordenamento jurídico (DIAS, 2010, p. 329).

Consequentemente, a princípio ambas as prescrições divergentes deverão ser reconhecidas como direito positivo, e a própria resolução da antinomia converte-se num momento de aplicação do direito, e não mais em uma função da cognição jurídica.

Algumas passagens marcantes da TGN expõem a extensão da ruptura com os princípios epistemológicos consolidados na TPD, quando Kelsen ainda pregava a possibilidade de uma “norma contrária às normas” como uma “contradição em termos” (KELSEN, 2006, p. 296):

Na hipótese de um tal conflito de normas, não pode, porém, ser afirmado que se uma das normas vale, a outra tem de ser não-válida, assim como na hipótese de uma contradição lógica, se um enunciado é verdadeiro, o outro tem de ser falso. Na hipótese de um conflito de normas, ambas as normas são válidas; do contrário, não existiria conflito de normas. Nenhuma de ambas as normas que estão em conflito suprime a validade da outra. [...] A supressão da validade de uma de ambas, ou também de ambas as normas, apenas pode realizar-se no processo produtor de normas, especialmente por meio de uma norma derogatória. A proposição *lex posterior derogat legi priori* – como Adolf Merkl já mostrou em seu escrito “Die Rechtseinheit des österreichischen Staates”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1917, Bd. 37, p. 75 e ss. – não é princípio lógico, mas uma norma da Moral positiva ou do Direito positivo. [...] Tanto quanto interessem conflitos entre normas gerais, um conflito de normas, que não pode ser resolvido conforme o princípio *lex posterior derogat legi priori*, não é – como afirmei na minha *Reine Rechtslehre* – absurdo e, por conseguinte, ambas as normas sem validade. Cada uma de ambas as normas gerais é razoável, e ambas valem (KELSEN, 1986, p. 266-268).

Por outro lado, a inovação da perspectiva proposta não deixa de lhe impor dificuldades, uma vez que bloqueia a aplicação do instru-

mental teórico kantiano com o qual Kelsen operava até então. A sistematização lógica, universal e necessária das formas da percepção e das categorias do entendimento caracteriza-se como *conditio sine qua non* de qualquer experiência ordenada do mundo exterior. Em virtude disso, no interior desse quadro conceitual, é impossível pensar qualquer contradição interna na constituição do objeto fenomênico, bem como múltiplas possibilidades para o seu conhecimento. E, se a norma fundamental deve ser ademais a pressuposição de uma ficção possível, *mas não obrigatória* (DIAS, 2010, p. 296), podendo o mundo jurídico ser também perceptível sem ela, conforme as relações de poder descritas pela metodologia sociológica, o apoio, ainda que por analogia¹⁴, da filosofia transcendental não pode mais ter êxito.

No entanto, a necessidade da norma fundamental como o “ponto de fuga” comum para onde convergem todas as prescrições do ordenamento tampouco pode ser abandonada. Esse referencial de unificação ou de “fechamento” do sistema permanece, sendo descrito por fim na forma de um ato meramente pensado; uma pura ficção que contradiz a realidade e é contraditória em si mesma, no sentido da Filosofia do Como-Se, de Hans Vaihinger, que passa a substituir a base teórica da filosofia transcendental (KELSEN, 1986, p. 328).

Novamente não se encontra, assim como na TPD, considerações mais aprofundadas e diretas a respeito do embasamento filosófico eleito pela TGN, salvo algumas asserções pontuais nas quais, por exemplo, citando Vaihinger, Kelsen frisa que “[...] uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve se não pode alcançar o fim do pensamento com o material existente (ob. cit. p. 19)” (KELSEN, 1986, p. 329). E o fim do pensamento da norma fundamental, em particular, não seria outro que não “[...] o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo” (KELSEN, 1986, p. 329).

Trata-se em sua integralidade de uma proposta distinta do *a priori* kantiano em sentido clássico, a partir do qual Kelsen pretendia postar-se entre os extremos da metafísica jusnaturalista e o sociologismo positivista do século XIX, como o demonstra um breve recurso à obra do próprio Vaihinger:

¹⁴Não pode ser ignorada a insistência de Kelsen ao frisar repetidas vezes, desde a já citada (KELSEN, 2006, p. 225) passagem da TPD, que a relação de sua proposta com a teoria do conhecimento de Kant deveria ser pensada apenas “por analogia”. Trata-se de uma relação que, segundo Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 297), Kelsen tenta enfraquecer ainda mais até 1968, em escritos como *Die Funktion der Verfassung* (1964); *Recht, Rechtswissenschaft und Logik* (1966); e *Logisches und Metaphysisches Rechtsverständnis* (1968).

Por atividade ficcional no pensamento lógico referimo-nos à produção e ao uso de métodos lógicos os quais, mediante o auxílio de conceitos acessórios – quando a improbabilidade de qualquer correspondência objetiva se torna consideravelmente óbvia – pretendem atingir os objetivos do pensamento. Ao invés de se contentar com o material dado, a função lógica introduz estruturas de pensamentos híbridas e ambíguas, de modo a auxiliar indiretamente no alcance de seus propósitos, se o material com o qual ela deve lidar resiste ao procedimento direto. [...] Devemos lembrar que o objetivo do mundo das ideias como um todo não é retratar a realidade – isso seria no limite uma tarefa impossível –, mas possibilitar, em especial, um *instrumento para encontrarmos mais facilmente nosso caminho no mundo*. [...] O mundo das ideias é um edifício construído com o propósito de atingir esse objetivo, mas assumir que por causa disso ele representa uma cópia da realidade significa aceitar uma comparação apressada e injustificada. Nem mesmo as relações elementares são cópias da realidade; trata-se quando muito de parâmetros para mensurar as mudanças nessa realidade (VAIHINGER, 1965, p. 12-16, tradução nossa¹⁵).

Kelsen pouco relaciona também a adequação da *Grundnorm* como “ficção autêntica” com um problemático postulado da Vaihinger,

¹⁵No original: “By fictive activity in logical thought is to be understood the production and use of logical methods, which, with the help of accessory concepts – where the improbability of any corresponding objective is fairly obvious – seek to attain the objects of thought. Instead of remaining content with the material given, the logical function introduces this hybrid and ambiguous thought-structures, in order with their help to attain its purpose indirectly, if the material which it encounters resists a direct procedure. [...] It must be remembered that the object of the world of ideas as a whole is not the portrayal of reality – this would be an utterly impossible task – but rather to improve us with an *instrument for finding our way about more easily in this world*. [...] The world of ideas is an edifice calculated to fulfill this purpose; but to regard it for that reason as a copy is to indulge in a hasty and unjustifiable comparison. Not even elementary sensations are copies of reality; they are rather mere gauges for measuring the changes in reality” (VAIHINGER, 1965, p. 12-16).

relativo ao *necessário* caráter provisório de toda ficção. Pois, segundo o autor do *Als-Ob*, em que pese a contradição inerente ao ente ficcional, bem como a sua posição frente ao real, retomadas por Kelsen (1986, p. 328-329), o fato é que “[...] conceitos contraditórios existem apenas para serem finalmente eliminados” (VAIHINGER, 1965, p. 98), na medida em que “[...] resultados corretos são obtidos pelo pensamento e pelo cálculo, e essas ficções devem de alguma forma ser eliminadas e suas contradições canceladas”¹⁶ (VAIHINGER, 1965, p. 98).

Assim, percebe-se que, mesmo em termos conceituais, não é possível inserir sem grandes dificuldades a norma fundamental de Kelsen no quadro da teoria das ficções de Vaihinger, em concordância com a advertência pontual de Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 301). Até mesmo porque o afastamento da herança kantiana subtrai inclusive a sustentação teórica da cisão epistemológica entre *ser* e *dever-ser*, postulado fundante do método de investigação kelseniano, que exigiria a mesma e dificultosa fundamentação em termos ficcionais.

4. Conclusão

Diante do exposto, parece-nos evidente a amplitude das implicações teóricas e práticas da TPD (Kelsen, 2006), a qual não se resume a um simples sistema de filosofia jurídica, apenas de interesse marginal para o jurista, pois que alheio à dinâmica da práxis forense. O pensamento de Kelsen em geral e o conceito da norma fundamental em particular refletem-se sobremaneira na compreensão contemporâ-

¹⁶No original: “Contradictory ideas are thus only there to be finally eliminated; moreover, in spite of these contradictory ideas, correct results are obtained in thought and calculation, and this fiction must somehow be eliminated and their contradiction cancelled” (VAIHINGER, 1965, p. 98).

nea de temas tão fundamentais quanto o controle de constitucionalidade difuso e concentrado, influenciando até mesmo a compreensão da sentença/acórdão de inconstitucionalidade como provimento jurisdicional declaratório ou constitutivo, com as respectivas variações na natureza do efeito de cada qual das decisões (*ex tunc* ou *ex nunc*).

Trata-se a norma fundamental de verdadeiro postulado científico do próprio Direito, como destaca a reconhecida interpretação do professor Andityas (MATOS, 2013, p. 113). O que significa dizer que não se trata aqui da *Grundnorm* como fim regressivo da estrutura escalonada de Kelsen, ou seja, como ponto culminante da pirâmide normativa. Ela se torna antes condição do *início lógico do sistema* – um postulado gnosiológico que se estabelece na forma de uma condição transcendental dinâmica, capaz de operar a recondução da multiplicidade de elementos do mundo natural à estrutura básica da norma jurídica.

Por fim, o fundamento histórico de semelhante postulado pode ser encontrado sem dificuldade no quadro de ruptura que caracteriza a transição do século XIX para o século XX, ao longo do qual a fundamentação da ciência jurídica logrou ser cada vez mais associada aos princípios de fontes “externas” ao elemento do direito, como Deus, o poder ou a concordância do corpo social. Dessa maneira, a norma fundamental cumpre (ou deve cumprir) nesse ambiente, para além da crítica rasteira que lhe é dirigida desde sempre, o papel substantivo de garantir a autonomia da ciência jurídica, como campo privilegiado de atuação não do político, não do sociólogo, não do teólogo, mas do jurista.

Sobre o autor

Alan Chahrur é doutorando (com bolsa do CNPq) em Filosofia Política – Teoria Geral do Direito, do Estado e da Democracia, na Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Campinas, SP, Brasil; mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Marília, SP, Brasil; professor de Filosofia na graduação da Universidade Estadual Paulista, SP, Brasil.
E-mail: alanchahrur@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁷

THE THEORETICAL AND PRACTICAL RELEVANCE OF THE BASIC NORM

¹⁷ Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The present paper aims to expose some brief appointments concerning the theoretical and practical relevance of the concept of the basic norm, which works as a founding element of the famous jurisprudence system developed by jurist Hans Kelsen in the beginning of the twentieth century, entitled Pure Theory of Law. At first, the problematic position of the General Theory of Norms in the context of Kelsen's intellectual itinerary will be highlighted, in order to find a collection of scattered texts, based on different moments of the reflections proposed by the author along his life. A selection which doesn't necessarily depicts the vision endorsed by Kelsen after 1960 and the second edition of the Pure Theory of Law, in the course of his so called "skeptical" or "critical" phase. Nonetheless, stepping for a moment beyond the aforementioned difficulties of historical and philological nature, we intent to demonstrate some theoretical and practical impacts of such a fundamental kelsenian concept to the daily practice of law, all in order to highlight the major significance of Jurisprudence as the methodological basis of all the other juridical disciplines that compose the science of law as a whole.

KEYWORDS: BASIC NORM. THEORY. PRACTICE.

Como citar este artigo

(ABNT)

CHHRUR, Alan Ibn. A importância teórica e prática da norma fundamental. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 35-53, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p35>.

(APA)

Chahrur, Alan Ibn. (2016). A importância teórica e prática da norma fundamental. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 35-53. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p35>.

Referências

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

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

FRIEDMAN, Michael. *Dynamics of reason: the 1999 Kant lectures at Stanford University*. CSLI Publications: California, [2001?].

JABLONER, Clemens. Kelsen and his circle: the viennese years. *European Journal of International Law*, v. 9, n. 2, p. 368-385, 1998.

JELLINEK, George, 1851-1911. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Ed. Albatros, 1954.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 3. ed. Petrópolis, RJ; Bragança Paulista, SP: Vozes: Ed. Universitária São Francisco, 2012.

KELSEN, Hans. *Das Problem der Souberanität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1920.

_____. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1986.

_____. *Introduction to the problems of legal theory*: a translation of the first edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure theory of law. New York: Oxford University Press, 1992.

_____. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, c2011.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Contra Natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013.

PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. New York: Oxford: Clarendon, Oxford University Press, 1999.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 205, p. 235-260, jan./mar. 2015.

SANTOS, José Carlos. Minkowski, geometria e relatividade. *Revista Brasileira de História da Matemática*, v. 9, n. 18, p. 115-131, 2009.

VAIHINGER, Hans. *The philosophy of 'As if': a system of the theoretical, practical and religious fictions of mankind*. 2. ed. reimpr. London: Routledge & K. Paul, 1965.