



BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA PURA DE HANS KELSEN

BRIEF OBSERVATIONS ON THE PURE THEORY OF HANS KELSEN

Dirceu Pereira Siqueira

Doutorando (2009) e Mestre (2008) em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru (2009), especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (2005), graduado em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (2002). Professor titular do curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FD-FIO), professor convidado em cursos de Pós Graduação Lato Sensu de diversas Universidades, dentre elas: Universidade Norte do Paraná - UNOPAR/PR; Faculdades Integradas Toledo - UNITOLEDO (Araçatuba/SP); Universidade de Araraquara (UNIARA/SP). Atualmente é advogado - com Escritório de Advocacia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3134794995883683>.

Marcos César Botelho

Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP (2011). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (2008). Atualmente é advogado da união - Advocacia-Geral da União. Foi Coordenador-Geral de Atos Normativos, Coordenador-Geral de Contencioso Judicial e Coordenador-Geral de Exame de Procedimentos Administrativos, todos na Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa. Foi consultor jurídico da delegação brasileira que participou da Convenção sobre Responsabilidade por atos criminosos por pessoal em missões de manutenção de paz - Report about sexual exploitation and abuse in United Nations

peacekeeping operations, ocorrida em abril de 2007 nas Nações Unidas, em Nova Iorque. Foi delegado do Ministério da Defesa na 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos. Foi membro-suplente do Ministério da Defesa no Grupo de Trabalho formado pelos membros da Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CREDEN) e pela Advocacia-Geral da União instituído para elaborar proposta de tópicos que deverão constar de um Projeto de Lei para a Defesa da Soberania e do Estado Democrático de Direito. É professor universitário. E-mail: dpsiqueira@mdbrasil.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0312394428385323>.

Resumo

O presente artigo visa discutir os principais aspectos da teoria pura de Hans Kelsen, tratando, especificamente, de dois pontos fundamentais de sua teoria, a saber, a estática jurídica e a dinâmica jurídica, objetivando fornecer um delineamento geral do modelo proposto pelo mestre de Viena.

Palavras-chave: Kelsen. Estática. Dinâmica. Teoria pura. Norma fundamental.

Abstract

The present article discuss the principals aspects of Hans Kelsen's Pure Theory, dealing with two basic points in his theory, that is, the static and a dynamic theory of Law, searching to give a framework of the Kelsen's model.

Keywords: Kelsen. Static. Dynamic. Pure Theory. Grond norm.

Sumário: Introdução. 1. Kelsen e sua teoria pura. 2. Estática jurídica. 3. Dinâmica jurídica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A importância de Kelsen é inegável para o estudo do Direito. Mesmo seus adversários reconhecem o papel exercido pelo mestre de Viena na formulação de um pensamento que levou o Direito ao patamar de uma ciência autônoma.

Ao dispor acerca de sua Teoria Pura, Kelsen aponta para a necessidade de se estudar o Direito pelo Direito, sem quaisquer referências a outros ramos da ciência, entendendo que ele, por uma ciência autônoma, pode ser analisado e estudado com os próprios elementos e instrumentos que ele fornece.

No presente estudo, buscou-se analisar alguns dos principais pontos do pensamento kelseniano. Para tanto, iniciaremos o presente estudo por uma breve visão da Teoria Pura de Kelsen, as influências do pensamento de Kant em sua formulação, o desenvolvimento de um Direito como ciência autônoma, como estrutura simples de coerção, em suma, a neutralidade do Direito, postulada por Kelsen.

Na segunda parte, desenvolveremos os aspectos principais da Estática Jurídica elaborada por Hans Kelsen, em que se trabalhará com as ideias de norma, a distinção do ser e dever-ser, sanção, norma primária e secundária, dentre outros aspectos.

Na terceira e última parte, será analisado a Dinâmica Jurídica, em que Kelsen propõe a descrição da norma jurídica sob a ótica externa, sobretudo pela sua construção acerca da validade da norma.

O método utilizado foi o bibliográfico, com pesquisa de material bibliográfico nacional e estrangeiro, além de pesquisas efetuadas em diversos sites na Internet.

1 KELSEN E SUA TEORIA PURA

A importância de Kelsen para o estudo do Direito enquanto ciência é fundamental. Mesmo os críticos de seu pensamento admitem a relevância do pensamento do mestre de Viena, sobretudo pela guinada

que trouxe na visão do Direito como ciência autônoma (LARENZ, 2005, p. 92).

A influência das ideias de Kant nas formulações de Hans Kelsen é assaz notória. Para Morrison, “A solução de Kelsen para os dilemas por ele expostos consiste em adotar uma epistemologia pragmática kantiana” (MORRISON, 2006, p. 389)¹. O retorno do pensamento de Kant no campo filosófico, após a importância assumida no século XIX pela filosofia de Hegel caracterizou-se, segundo Simone Goyard-Fabre “[...] por sua constância e autoridade.”² (2006, p. 226)

Essa volta do pensamento de Kant foi denominada de “Neokantismo” ou “Neocriticismo” que, nas palavras de Nicola Abbagnano, buscou um retorno ao pensamento do mestre de Königsberg, apresentando como características comuns uma negação da metafísica e redução da filosofia a reflexão sobre a ciência (teoria do conhecimento), distinção entre o aspecto psicológico do lógico-objetivo do conhecimento levando ao entendimento de que a validade de um conhecimento é totalmente independente da forma como ele é adquirido e conservado em termos psicológicos e, por fim, uma tentativa de chegar ao sujeito a partir das estruturas da ciência, seja da natureza ou do espírito (ABBAGNANO, 2007, p. 825)³.

¹ “Para nos poupar do reducionismo científico por meio da simples aplicação do positivismo, ao modo das ciências naturais, a nossas ideias de atuação humana, Kelsen se voltou para a epistemologia de Kant.” (MORRISON, 2006, p. 383).

² “Apesar de a doutrina jurídica de Kant ter sido cercada de desprezo pela ideologia e pelo militantismo hegeliano-marxistas que a relegavam a um abismo de sombras, e no momento mesmo em que os positivistas zombavam das suas obscuridades reputadas por eles metafísicas, ela se tornou, por parte de certos juristas que a descobriram através da Escola de Marburgo, objeto de vigilância atenta.” (GOYARD-FABRE, 2006, p. 226).

³ “Na Alemanha, a corrente neocriticista foi constituída pelas seguintes escolas: 1º de Marburgo (*Marburger Schule*), à qual pertenceram F.A. Lange, H.Cohen, P. Natorp, E. Cassirer, e à qual também se liga, em parte, Nicolai Hartmann; 2º de Baden (*Badische Schule*), fundada por Windelband e H.

Na seara do Direito, o primeiro passo do neokantismo foi dada por Ruldolf Stammler, quando elevou como eixo central de sua epistemologia a reflexão transcendental e, apesar de críticas feitas ao seu pensamento, Stammler teve o mérito de, partindo do pensamento de Kant, conservar a necessária distinção entre a fenomenalidade do direito positivo e o conhecimento que o sujeito (filósofo) pode obter dele através de um juízo de reflexão.

É neste contexto que se desenvolve o pensamento de Hans Kelsen em que:

[...] a pedra angular da catedral jurídica é, no claro movimento metodológico do criticismo, a Idéia da razão cuja hipótese lógico-transcendental torna pensáveis e legítimas a arquitetura hierárquica e a abertura indefinida da pirâmide das normas do direito. (GOYARD-FABRE, 2006, p. 227).

Em outras palavras:

Kelsen salienta com uma força e uma precisão raras a necessidade de recorrer, na ciência do direito, à reflexividade de tipo kantiano, e explica que conhecer o direito é *re*-construí-lo segundo as exigências puras da razão crítica. Seu método analítico-crítico parte do direito positivo como de um dado e procura determinar o *a priori* transcendental sem o qual a ciência do direito seria inconcebível. (GOYARD-FABRE, 2006, p. 227)

Rickert, 3º historicismo alemão, com G. Simel, G. Dilthey, E Troeltsch etc. esta última escola formulou o problema da história analogamente ao modo como as outras escolas kantianas formulavam o problema da ciência natural [...]. Fora da Alemanha, vinculam-se à corrente neocriticista C. Renouvier e L. Brunschvicg, na França, S.H. Hodgson e R. Adamson, na Inglaterra, e Banfi, na Itália.” (ABBAGNANO, 2007, p. 825). (Cf MÁYNEZ, 1951, p. 3 ss.)

Kelsen buscou elaborar uma ciência do direito objetivo, ou seja, uma ciência pura que não sofra as influências extracientíficas ou extrajurídicas, isto é, de ordem ideológica ou metafísica⁴.

Nas palavras de Karl Larenz (2005, p. 93):

A ciência do Direito, segundo KELSEN, não tem a ver com a conduta efectiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma *ciência de factos*, como a sociologia, mas uma *ciência de normas*; o seu objeto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de normas.

Kelsen, portanto, rompe com a ligação então existente entre direito e ideologia, entendendo que a ideologização das relações jurídicas, sobretudo na criação das normas é fator de amparo dos estados autoritários (MORRISON, 2006, p. 388).

Neste contexto, Kelsen verá o Direito como uma estrutura simples de coerção, disposto de forma sistemática e hierarquicamente organizada de normas (não morais) e que dispõem acerca das condições necessárias para que os agentes do Estado possam impor sanções. Por isso é que a teoria trata apenas do aspecto da estrutura formal, não importando questões atinentes ao propósito ou conteúdo. Assim pontifica o mestre vienense:

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação. (KELSEN, 2006, p. 35)

⁴ “O móbil geral e fundamental do método é eliminar da ciência do direito todos os elementos que lhe são alheios.” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 253)

Contudo Kelsen vai advertir que o Direito, enquanto regulador de condutas humanas não pode descuidar de seu objeto, sendo que a conduta humana só será objeto do direito enquanto for determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência (KELSEN, 2006, p. 79). É por esta razão que Kelsen assevera que a ciência jurídica procura apreender seu objeto de forma jurídica, isto é, do ponto de vista do 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).

Em suma, Kelsen irá postular uma neutralidade do Direito, caracterizada na redução dele a um sistema de normas que, por seu turno, revela um afastamento do direito natural e do universo de valores sociais comuns (KELSEN, 2006, p. 78)⁵.

Esse afastamento do direito natural é percebido quando Kelsen trata do chamado princípio da imputação, em que indica que não há uma necessidade natural ligando um efeito à causa, fato este presente no chamado princípio da causalidade, mas sim, em um dever-ser, considerado uma imprescindibilidade. Opõe-se, assim, o dever-ser natural (*muessen, must*) com o dever-ser normativo (*sollen, ought*) (PALOMBELLA, 2005, p. 162)⁶.

Essa cisão com a causalidade é o ponto fundamental para a criação do mundo do Direito, conforme nos ensina Palombella (2006, p. 163):

A autonomização do conceito de lei (em sentido prescritivo) em relação ao de natureza, e do con-

⁵ “A autonomia epistemológica da ciência do direito depende da irredutibilidade do seu objeto (o direito) aos fatos sociais que ele disciplina.” (PALOMBELLA, 2005, p. 161)

⁶ Nessa caracterização Kelsen recorre a tese de E. Zitelmann, para quem as normas jurídicas são juízos hipotéticos que, quando da ocorrência de uma certa condição preveem uma determinada consequência. (cf. PALOMBELLA, 2006, p. 162)

ceito de imputação em relação ao de causalidade, é a base da criação do mundo do direito.

Segundo Simone Goyard-Fabre (2006, p. 231):

Sensível à vocação examinadora, organizadora e reguladora que ele percebe assim no trabalho da razão, rejeita a idéia de uma ciência do direito que, à maneira do positivismo que caracteriza, por volta dos anos 1920-1930, a doutrina dominante dos países germânicos, seria elaborada, com base no modelo das ciências naturais, por uma razão construtora.

Kelsen irá trabalhar com dois estudos como forma de descrever seu pensamento. O primeiro é a estática jurídica, em que ele procura esclarecer a questão da normatividade. O segundo é a dinâmica jurídica, que lhe permite desvelar, a partir de uma ideia transcendental, a hipótese fundamental de toda a ordem do direito.

2 ESTÁTICA JURÍDICA

Como já mencionado, o método de abordagem da ordem jurídica de Kelsen tem similaridade com o pensamento kantiano e com a hermenêutica proposta por Cohen (GODYARD-FABRE, 2006, p. 232).

Neste contexto, ao desenvolver sua ideia de estática jurídica, Kelsen busca primeiramente interrogar, sem qualquer pré-conceito, acerca da especificidade das normas de toda ordem jurídica, seja ela real ou possível, sendo esta a tarefa primordial da estática jurídica.

Lembrando que o ponto de partida de Kelsen é a distinção entre “ser” e o “dever-ser” do direito, tem-se que ele propõe uma teoria pura que seja descritiva da estrutura da ordem jurídica existente (MORRISON, 2006, p. 390). Esse é o preceito heurístico de Kelsen, em

que o mestre vienense deixa claro que um conhecimento científico do Direito exige uma pureza de procedimento.

Neste contexto, a ideia de norma é que vai figurar na centralidade de sua teorização (GOYARD-FABRE, 2006, p. 235). Assim adverte Kelsen (2006, p. 131):

O conceito de dever jurídico refere-se exclusivamente a uma ordem jurídica positiva e não tem qualquer espécie de implicação moral. Um dever jurídico pode – embora isso não se verifique necessariamente – ter como conteúdo a mesma conduta que é prescrita em qualquer sistema moral, mas também pode ter por conteúdo a conduta oposta, por forma a existir – como costuma admitir-se em tal hipótese – um conflito entre dever jurídico e dever moral.

Kelsen faz importante distinção entre regra e norma. Para ele uma norma é uma regra que afirma que um indivíduo deve se comportar de uma determinada maneira, não se afirmando, a outro giro, que tal comportamento seja a vontade específica de alguém. Segundo Morrison (2006, p. 392):

Num sistema jurídico, existem coisas que podemos observar empiricamente – regras e comportamentos – e coisas que não podemos observar – as normas – darem sentido aos eventos empíricos. As normas são o aspecto inteligível não-observável, a essência da ordem jurídica.

Segundo Kelsen (2005, p. 63), “As normas jurídicas decretadas pelas autoridades legislativas são prescritas; as regras de Direito formuladas pela ciência jurídica são descritivas.”

Pode-se sintetizar a estática jurídica de Kelsen da seguinte forma: em relação à orientação epistemológica, o mestre vienense vai afirmar que a condição prévia e necessária para o estabelecimento de uma teoria do direito efetivamente científica é a recusa de todo e qualquer mistura com a psicologia, sociologia, a ética e a política. Ou seja:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. (KELSEN, 2006, p. 1)

Em relação à questão da normatividade jurídica, Kelsen respondendo ao princípio da especificação, faz um estudo fenomenológico da norma, descrevendo-a como aquela que tem o poder de qualificar um ato como jurídico, estabelecendo o princípio da normatividade como pedra angular de seu pensamento, pois, com base nisso, “[...] numa ciência do direito a normatividade é a regra do dever-ser (Sollen).” (GOYARD-FEBRE, 2006, p. 237). Em outras palavras “[...] é pela mediação de normas que qualificamos de ‘jurídico’ este ou aquele ato ou que expressamos uma necessidade de direito” (GOYARD-FEBRE, 2006, p. 236)⁷.

Importante ressaltar que, neste processo, a norma não cria o fato ou ato jurídico em sua materialidade. O que a norma faz é transmu-

⁷ “Já no início da Teoria pura do direito, a normatividade se destaca como modalidade de constituição do que é jurídico. Sempre compete a uma norma [...] conferir a um ato seu significado de ato de direito (*Rechtsakte*) ou de ato ilícito, ou seja, contra o direito (*Unterrechtsakte*). (GOYARD-FEBRE, 2006, p. 237). Na “Teoria Pura do Direito” Kelsen vai distinguir os atos realizados no espaço-tempo e sua significação jurídica (Cf. KELSEN, 2006, p. 2).

dar esse fato ou ato natural em jurídico, isto é, a norma insere esse ato ou fato no mundo jurídico, tornando-o uma categoria deste.

E por esta razão é que a fonte da obrigação jurídica somente poderá residir no ordenamento jurídico, afastado de qualquer viés de moralidade, pois, segundo lição de Palombella, “[...] ser juridicamente obrigado a certo comportamento decorre simplesmente do fato de que o seu oposto é qualificado como condição de uma sanção.” (PALOMBELLA, 2005, p. 169)

Aqui se chega a um ponto importante no pensamento de Kelsen: a norma como estipuladora de sanção. Isso porque Kelsen define o Direito como uma ordem coerciva, ou seja, uma ordem que prescreve atos coercivos na forma de sanções (KELSEN, 2005, p. 27; MORRISON, 2006, p. 394).

Wayne Morisson (2006, p. 394) descrevendo esse ponto do pensamento de Kelsen pontifica:

Em geral, o direito consiste em diretrizes para que as autoridades apliquem sanções no caso de ocorrer algum comportamento contrário ao que exige a ordem jurídica. O direito, porém, não é simplesmente proibitório; pode permitir que as pessoas estabeleçam relações sólidas e reformulem transações, como, por exemplo, na feitura de um testamento. **O direito é uma forma de controle social que atua ou mediante a imposição de deveres ou da concessão de poderes às autoridades, para que elas apliquem sanções.** (grifamos)

A sanção, todavia, é vista por Kelsen como conteúdo mesmo da prescrição, pois “[...]a norma se traduz essencialmente em previsão de sanções por ilícitos.” (PALOMBELLA, 2005, p. 164). Para melhor compreendermos essa questão, transcrevo escólio de Kelsen (2006, p. 127):

Se uma ordem normativa prescreve uma determinada conduta apenas pelo fato de ligar uma sanção à conduta oposta, o essencial da situação de fato é perfeitamente descrito através de um juízo hipotético que afirme que, se existe uma determinada conduta, deve ser efetivado um determinado ato de coação. Nesta proposição, o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato de fora do Direito e contra o direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele.

Afirma Kelsen que as sanções estatuídas por uma ordem jurídica são socialmente imanentes e socialmente organizadas (KELSEN, 2006, p. 36). Asseverou o mestre:

O Direito é uma ordem coativa, não no sentido de que ele - ou, mais rigorosamente, a sua representação - produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos. (KELSEN, 2006, p. 38)

Essa proeminência de Kelsen à sanção o levou a afirmar que a norma primária é a norma que prescreve a sanção, sendo a norma secundária aquela que prescreve a conduta. Estabelece-se assim, que essa característica da norma como o instrumento que prescreve sanções por atos ilícitos, leva a consideração de que o ilícito é uma condição para a ocorrência do dever-ser da sanção.

Tal ponto de vista é reforçado sobretudo quando Kelsen afirma que a norma tem como destinatário a pessoa legalmente investida no poder de aplicar sanção⁸. Em outras palavras, significa que a norma prevê como conteúdo a sanção, como dever-ser da autoridade, que surge toda a vez que o fato ilícito é praticado⁹.

Chega-se, assim, a ideia de validade e eficiência da norma. Em Kelsen, a relação existente entre esses dois conceitos somente poderá proceder de uma estrutura interna das normas de uma ordem de Direito. Isso porque os efeitos que uma norma produz devem estar em consonância com outras normas; em outras palavras, uma norma somente poderá produzir efeitos se respeitar as outras normas do sistema, pois se se admitisse a possibilidade de produção de efeitos contrários a outras normas do sistema, a ordem jurídica nunca teria coerência, ou seja, para Kelsen em uma ordem normativa não podem haver conflitos de normas (GOYARD-FABRE, 2006, p. 242).

É nesse contexto que a coerção vai exercer um papel importante. Segundo Goyard-Fabre (2006, p. 242), a coerção não é uma resposta vinda de baixo para cima, ou seja, uma resposta a uma solicitação externa; pelo contrário, “[...] exprime, em suas formas e seus procedimentos, a exigência de eficiência que está nas normas e vai de par com a validade delas.”

⁸ “Deste ponto de vista, o que vulgarmente se concebe como o conteúdo das leis, visando guiar a conduta dos cidadãos comuns, é meramente o antecedente ou a ‘cláusula condicionante’ duma regra não dirigida a eles, mas aos funcionários, ordenando-lhes a aplicação de certas sanções, se certas condições tiverem sido satisfeitas. Todas as leis genuínas, deste ponto de vista, são ordens condicionadas a funcionários para aplicarem sanções.” (HART, 1994, p. 44)

⁹ “Em certo sentido, o próprio ilícito, previsto como condição da sanção, não pode ser entendido como pertencente ao mundo dos fatos e dos comportamentos: na qualidade de condição para aplicação da sanção, o ilícito é sobretudo parte da norma. Segue-se daí que a ocorrência do ilícito é apenas a ocorrência (em termos positivos, portanto) de uma condição prevista pela norma primária para o dever-ser da sanção.” (PALOMBELLA, 2005, p. 164).

Assim, em Kelsen a eficiência, indissociável da validade da norma, é parte integrante de uma ordem normativa, havendo uma correção entre validade e eficiência traduzida em sua reciprocidade e por sua cumulatividade (GOYARD-FABRE, 2006, p. 242).

3 DINÂMICA JURÍDICA

Na dinâmica jurídica, Kelsen procura efetuar uma investigação crítica da ordem jurídica mediante uma descrição das normas sob um viés externo. Ao tratar da dinâmica jurídica em sua Teoria Pura, Kelsen inicia dizendo o seguinte:

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? (KELSEN, 2006, p. 215)

Segundo Kelsen, a pergunta sobre a validade de uma norma, implica no reconhecimento de sua vinculatividade. Assevera, ademais, que o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma (KELSEN, 2006, p. 215), sendo que essa norma que figura como fundamento de validade de uma outra norma é entendida como norma superior e aquela que dela obtém a validade é a norma inferior.

Segundo Goyard-Fabre, o mestre vienense:

Busca apreender a exigência racional da qual depende a possibilidade organizacional e funcional de

toda a ordem jurídica concebível em sua normatividade. Noutras palavras, o estudo da dinâmica jurídica procura mostrar como, obedecendo às leis gerais imanentes à atividade do pensamento, um sistema de direito forja por si só suas categorias e seus conceitos. (GOYARD-FABRE, 2006, p. 244).

Kelsen, portanto, vai descrever o sistema jurídico como um **sistema dinâmico**, situação em que ele introduz uma gama de fases na produção do Direito, articuladas em conformidade com uma estrutura hierárquica, que vai da lei à constituição, da constituição ao ordenamento jurídico internacional. Mas o que é um sistema dinâmico? Segundo Bobbio:

Sistema dinâmico, por outro lado, é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da autoridade que as colocou; uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até que chega à autoridade suprema que não tem nenhuma outra acima de si. (BOBBIO, 1999, p. 72)

Para Kelsen (2005, p. 165):

A norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades. As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior.

É o sistema de delegações (KELSEN, 2005, p. 165) que prevê uma construção por graus (*Stufenbau*) que, segundo Palombella (2005,

p. 169) faz com que as normas de grau superior constituam uma delegação à instância inferior para a produção normativa, sendo aquilo que Morrison afirma quando diz que é “[...] *uma relação de vinculação lógica entre normas mais gerais e mais específicas.*” (MORRISON, 2006, p. 398).

Em outras palavras, as normas jurídicas somente poderão ser validadas por outras normas jurídicas mais gerais, fato que, segundo Bobbio (1999, p. 73) levou Kelsen a considerar que os ordenamentos jurídicos são sistemas dinâmicos¹⁰.

Para Kelsen, portanto, a validade das normas se dá não por uma relação de conteúdo; ela decorre em razão de sua produção de uma determinada maneira legitimada (KELSEN, 2005, p. 165; LARENZ, 2005, p. 97). Neste contexto qualquer conteúdo poderá ser transformado em Direito.

Pontificou 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

¹⁰ Segundo Bobbio, nos sistemas estáticos há uma relação entre as normas pelo seu conteúdo. Ou seja; “Sistema estático é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam umas das outras, partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico.” (BOBBIO, 1999, p. 72). Kelsen afirma: “As normas de um ordenamento do primeiro tipo, 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 cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral.” (KELSEN, 2006, p. 217)

normas gerais e individuais do ordenamento jurídico sobre esta norma fundamental. (KELSEN, 2006, p. 219)

Mas a relação de validade das normas traz outro ponto importante: quando uma norma de grau superior é aplicada, há a produção de uma norma de grau inferior. Significa, assim, que a aplicação do direito é, também, produção do Direito (LARENZ, 2005, p. 104). Afirma Larenz (2005, p. 105):

O trânsito de um nível superior da produção jurídica para o nível imediatamente inferior é sempre as duas coisas: aplicação da norma superior e criação de Direito, isto é 'produção' da norma inferior¹¹.

Nesta relação entre uma norma de nível superior e nível inferior, parte-se de uma base em direção ao topo da pirâmide, onde se situa a norma básica do sistema que confere validade a todas as outras.

A dinâmica da ordem jurídica torna necessária, portanto, a existência de uma norma fundamental, que fixa a forma de criação de outras normas (VILANOVA, 2000, p.140), mostrando, num viés criticista, que o Direito regula a sua própria criação (GOYARD-FABRE, 2006, p. 246).

Mas o que é essa norma fundamental (*Grundnorm* ou *Urnorm*)? Primeiramente, mister se faz afirmar que a ideia da *Grundnorm* tem como ponto de partida aquilo que Kant chamava de “o poder das regras”, que está alocado na própria razão, dando “[...] à ordem-organização da pirâmide jurídica o perfil de um sistema aberto que ex-

¹¹ “A análise do Direito, que revela o caráter dinâmico desse sistema normativo e a função da norma fundamental, também expõe uma peculiaridade adicional do Direito: o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma”. (KELSEN, 2005, p. 181).

pressa o caráter de autofundação de suas regras.” (GOYARD-FABRE, 2006, p. 247), razão por que a hipótese da *Urnorm* não se impõe como a condição lógica transcendental de uma ordem de direito¹².

Segundo Kelsen (2006, p. 222):

Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: o processo da criação do Direito positivo.

Neste quadro desenhado por Kelsen, a validade de uma norma qualquer pertencente a uma certa ordem jurídica aponta para a sua norma fundamental, significando, em outras palavras, que a norma será válida se produzida em conformidade com a norma fundamental (KELSEN, 2006, p. 222)¹³.

Essa norma fundamental não é posta, mas sim pressuposta, não sendo, portanto, uma norma material, mas sim uma exigência racional sobre a qual ocorre a instituição de um substrato fundamental das operações de gênese do Direito (GOYARD-FABRE, 2002b, p. 137).

Segundo Kelsen (2005, p. 170):

¹² “A hipótese transcendental da *Grundnorm* é a pressuposição lógica necessária para a compreensão do direito.” (GOYARD-FABRE, 2006, p. 249)

¹³ “O sentido da norma fundamental está em assumir como válidas as normas que estão contidas numa constituição vigente e dela decorrem, normas que, por sua vez, são capazes de eficácia; a validade de um ordenamento não pode ser remetida a uma constituição e a normas que não possuam de modo algum esse caráter de eficácia. A validade do sistema e das suas normas é, sim, conceitualmente autônoma em relação à sua eficácia, mas não totalmente independente.” (PALOMBELLA, 2005, p. 173-4)

A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é – como é a norma jurídica positiva – válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida; e ela é pressuposta como válida porque sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criador de Direito.

A importância da *Grundnorm* reside ainda no fato de que o processo de validação de normas proposto por Kelsen levar a relações infinitas, na medida em que uma norma inferior sempre terá como elemento validador uma norma superior. Esse movimento, porém, não pode prosseguir *ad infinitum*, devendo ter um ponto final (ou um ponto de partida, se considerar como o elemento iniciador da produção normativa).

Contudo, a existência de normas materiais sempre evoca a necessidade de sua validação por uma norma superior. Daí Kelsen afirmar que a *Grundnorm* é pressuposta, argumento capaz de pôr fim ao movimento de validação de uma norma inferior pela superior. Afirma Kelsen (2006, p. 225):

A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo.

E mais, a pressuposição da norma fundamental, segundo Kelsen, afasta qualquer afirmação de algum valor transcendental ao Direito positivo (KELSEN, 2006, p. 225).

A função da norma fundamental é, neste contexto, o de fornecer o substrato da validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, interpretando as normas que são postas através de atos humanos, possuidoras de sentido subjetivo, sob uma ótica objetiva.

Outro ponto a ser destacado é que, como norma fundamental, não é uma norma querida, mas sim pensada. Assim:

Permanece conhecimento, mesmo na sua verificação teórico-gnoseológica de que a norma fundamental é a condição sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido subjetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como o seu sentido objetivo, como normas válidas, até mesmo quando ela própria o pensa desta maneira. (KELSEN, 2006, p. 228)

Para terminar, importante salientar que, sendo a norma fundamental uma norma pressuposta não pode ser confundida com a primeira Constituição (MORRISON, 2006, p. 399). A Constituição em si não pode ser considerada como norma básica, sendo um documento factual e, portanto, posto. A norma fundamental, por seu turno, sendo pressuposta prescreve que os atos devem ser praticados nos termos da Constituição e, assim, não havendo nenhuma autoridade instituída para determinar que assim seja ou fazer cumprir o que a norma fundamental prescreve, tem-se que ela deve ser por nós pressuposta¹⁴.

CONCLUSÃO

A Teoria Pura de Kelsen afigura-se como importante passo – senão o mais importante – rumo à autonomia do Direito como ciência.

¹⁴ Em razão disso existe tão somente uma única norma básica para cada sistema jurídico, sendo ela o elemento que confere a unidade desse sistema. (Cf. MORRISON, 2006, p. 404)

A sua ideia de neutralidade do Direito é elemento crucial nessa guinada, pelo fato de pugnar por um Direito que pode ser estudado sem o socorro de quaisquer outros ramos da ciência, isto é, uma teoria pura de qualquer interferência externa.

Contudo, a Teoria Pura de Kelsen apresenta alguns problemas. Em primeiro lugar, relativamente a *Grundnorm*, Kelsen irá dizer que ela é pressuposta, na medida em que não pode ser posta, situação que exigiria a justificação por outra norma, o que levaria a uma cadeia *ad infinitum*. Contudo, quando vista sob a ótica do poder constituinte, parece que a norma fundamental constitui-se mais como um poder de fato, fazendo com que a norma fundamental não outorgue esse poder supremo, mas sim o justifique politicamente, entendimento esse desenvolvido por Bobbio.

Kelsen não responde de forma satisfatória, a outro giro, o porquê não se pode considerar como norma suprema a própria constituição, o que transmudaria a sua norma fundamental de pressuposta para posta.

Outrossim, a pureza da teoria proposta por Kelsen parece deixar de lado a importância da moral e do mundo da vida no Direito. Não há como conceber a gênese de normas sem que haja um papel, mesmo que secundário, das concepções morais e éticas de um determinado momento histórico. Em outras palavras, a teoria de Kelsen parece pecar ao abstrair a sua análise das normas e do ordenamento jurídico da historicidade em que o homem está imerso.

De qualquer forma, a visão de ordenamento jurídico proposta por Kelsen, sobretudo a questão da pertinência e o papel das normas como criadoras de outras normas contribui para o entendimento do ordenamento jurídico como uma unidade, sobretudo pelo fato de apontar para um elemento – que para Kelsen é a *Grundnorm* – que dá sentido e coerência a ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

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

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HART, L.A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Introducción al estudio del derecho**. México D.F.: Editorial Porrúa, 1951.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Recebido em: 03/09/2011

Pareceres emitidos em: 30/09/2011 e 28/09/2011

Aceito para a publicação em: 28/09/2011