

O positivismo jurídico à luz da filosofia epistemológica de Hans Kelsen: combate ao estatismo jurídico

Murilo Vicentin da Silva¹

¹R.A.: 1421. Aluno do 5º ano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

Série: 5º BN. E-mail: murilosil@ig.com.br

Currículo qualificado: aluno do 5º ano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Estagiário da Procuradoria Geral do Estado. Ganhador do prêmio “Bolsa-Mérito 2008”. Palestrante do V Encontro de Iniciação Científica e do I Congresso Jurídico-Científico da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Autor do artigo científico “Direitos Humanos: conceitos fundamentais e a problemática de sua efetivação”.

Resumo: O propósito deste artigo científico é analisar a estrutura do pensamento kelseniano em seus mais variados aspectos e a sua influência na formação e desenvolvimento do Positivismo Jurídico. Importa dizer que o presente estudo almeja refletir sobre os principais elementos do conjunto teórico de Hans Kelsen, de modo a identificar o verdadeiro sentido de sua Teoria Pura do Direito.

Ainda, o intuito desta pesquisa é investigar as relações de validade do ordenamento jurídico, proceder a uma comparação com as teorias jurídicas que permearam o contexto europeu ao seu tempo. Em suma, o artigo visa buscar a essência do monismo jurídico kelseniano e fazer um cotejo com as ditas estruturas estáticas do Direito, repudiadas pelo autor austríaco.

Finalmente, outro ponto a ser perquirido é a observância da condição da eficácia do sistema idealizada pelo jurista e sua relação com a validade do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Teoria Pura do Direito; norma fundamental; estrutura hierárquica; Jusnaturalismo; Teoria Estática; Teoria Dinâmica; eficácia; validade.

Introdução

As teorias jurídicas de Hans Kelsen conferiram um novo olhar ao Positivismo Jurídico, sistema jurídico que se tornou a cartilha metodológica por excelência das sociedades ocidentais a partir de meados do século XIX até os momentos hodiernos.

O jurista austríaco, por meio de um complexo aparato de teorias jurídicas, procura traçar um novo modelo de linhas metodológicas para a estruturação de seu projeto juspositivista. Na verdade, o propósito precípua de Kelsen é conceder ao fenômeno jurídico uma estrutura que realmente possa ser reconhecida como jurídica, isto é, o intuito é construir uma teoria geral do Direito com *status* de ciência, inserindo-se nesse contexto a sua famosa “Teoria Pura do Direito”.

De maneira a tornar inteligível a sua Teoria Pura do Direito, Kelsen estabelece o primado norma fundamental, bem como adiciona ao seu aparato teórico a teoria de hierarquia das normas, sendo que estes instrumentos são essenciais para a estruturação de sua teoria com vistas à purificação da metodologia até então empregada na ciência do Direito. Ainda, a aludida teoria kelseniana serve de mote para o combate aos sistemas jurídicos pouco comprometidos com a correção metodológica e sistemática por ele propugnada, em especial o Jusnaturalismo.

A partir da nova estruturação do pensamento jurídico implementada por Kelsen,

fundada no reconhecimento de uma teoria dinâmica do Direito em contraponto com as tradicionais teorias estáticas do Direito, a questão da validade do ordenamento passa a ser perquirida pelo jurista em questão, no sentido de se estabelecer as condições necessárias para que uma dada ordem jurídica seja reconhecida como válida.

Por fim, as considerações de Kelsen acerca do Positivismo Jurídico dão ensejo à reflexão da noção da eficácia do sistema. Em outras palavras, analisa-se a perspectiva desta condição no âmbito do ordenamento jurídico, no sentido de se averiguar sua relação com a validade do sistema e analisar as implicações da não observância deste requisito.

O projeto kelseniano

Hans Kelsen vai direto ao ponto no tocante ao objetivo a ser perseguido em sua “Teoria Pura do Direito”. O seu objetivo precípua é conferir ao Direito a pureza metodológica. O autor aponta que a ciência do Direito fora vilipendiada em sua estrutura por séculos graças à adoção de um sincretismo metodológico que permitiu a mistura de elementos eminentemente não jurídicos à ciência jurídica (DIAS, 2010, p.159).

Kelsen, ao analisar os rumos tomados pelo Direito, propõe a abolição de elementos ideológicos, bem como os de cunho psicológico, com vistas a garantir objetividade e exatidão ao Direito. Na verdade, para o jurista em questão, o termo “purificar” tem um sig-

nificado único: purificar o método científico a ser empregado, expurgando de sua essência toda a sorte de elementos exógenos.

Dito isso, é mister ressaltar que Kelsen apenas propugna a adoção de um método isolado da política, da psicologia e da religião, não significando, portanto, que sua teoria proponha a purificação do Direito (KELSEN, 2009, p.1-2). Em nenhuma hipótese o jurista considerou a ideia de purificar o conteúdo do Direito, isto é, determinar o conteúdo das normas jurídicas postas; ao contrário, o intuito é permitir a autonomia do conhecimento da ciência jurídica, repelindo elementos que venham a contaminar o Direito Positivo¹.

Tendo em vista o propósito da Teoria Pura do Direito, cumpre observar que Kelsen vivia em um ambiente onde a ciência do Direito seguia um rumo diverso em relação ao método por ele proposto e que, por consequência, carecia de uma grande reforma em sua base, em decorrência de seu processo de desnaturação.

1 Embora o propósito da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen seja construir uma nova metodologia de estudo do Direito através da eliminação de elementos que não sejam conexos à ciência do Direito, isto não é motivo autorizador para se pensar que Kelsen condene as noções de moral, justiça ou ética. Em realidade, os elementos em questão apresentam sua importância peculiar, contudo se situam fora da realidade jurídica, de modo que não servem de critério para qualificar o Direito. Assim sendo, Kelsen apenas visa delimitar rigorosamente o campo de estudo, posto que o sincretismo metodológico impede o conhecimento purificado do objeto científico.

Nesse sentido, observa-se que o Direito, na segunda metade do século XIX e início do século XX, era orientado por certas escolas que se destacavam naquele contexto, dentre elas a Escola Histórica do Direito e a Jurisprudência dos Conceitos; entretanto, todas foram veementemente combatidas por Hans Kelsen pelo fato de não conferirem ao estatuto jurídico o tratamento científico a que fazia jus, sendo-lhes atribuído o adjetivo de pseudopositivistas. Infere-se, entretanto, que o autor, apesar de ter apregoado severas críticas às ditas correntes pseudopositivistas, face ao não compromisso destas com a edificação de uma ciência jurídica positiva, desvinculada de caracteres naturais, sociais e finalísticos, cujos principais autores eram Savigny, Jhering e Jellinek, teve como principal alvo a doutrina do Direito Natural que ainda vigia naquele momento.

A corrente jusnaturalista tem como primado a tese da unidade do Direito com a moral, de modo que o ordenamento moral se funde necessariamente às prescrições do ordenamento jurídico. Em outras palavras, impera no Jusnaturalismo a união de elementos advindos da ética moral com o sistema de normas positivas, estabelecendo-se o postulado da estrita conformidade de conteúdo das normas morais com as normas jurídicas.

Enfim, o Jusnaturalismo se estrutura em uma ordem dualista, em que há a prevalência de uma esfera transcendente e hierarquicamente superior, seja advinda da natureza, de uma entidade religiosa ou da própria razão

humana. Decorre desta afirmação a seguinte situação: existe uma identidade de conteúdos entre as normas transcendente e posta, devendo a última seguir o mandamento prescrito pela ordem moral (MATOS, 2006, p.191). O corolário do Direito Natural é a coadunação entre conteúdos advindos de ordens diversas, coibindo-se a possibilidade de contradição entre os aludidos sistemas, sob pena de a norma positiva não ser considerada válida. Kelsen, por sua vez, contesta este argumento, uma vez que o Direito compreende tão-somente o Direito Positivo, não se subjugando aos ditames de uma moral absoluta ou transcendente.

Hans Kelsen busca a implementação de uma ciência do Direito independente, isenta de quaisquer elementos metafísicos, por isso entende inadmissível a aceitação da ideia de uma moral absoluta que condicione o conteúdo da norma positiva. A existência da identidade de conteúdos é devida ao processo denominado dedução lógica, em que o conteúdo de uma norma positiva, através de um procedimento lógico, é derivado de uma norma geral evidente que prescreve um determinado conteúdo (DIAS, 2010, p.23-9). Dentro desse sistema, portanto, dizer que uma norma jurídica é válida quer dizer estritamente que os indivíduos devem se conduzir da maneira prescrita pela norma geral e absoluta.

A dedução lógica de conteúdos é fenômeno intrínseco dos chamados sistemas estáticos de normas, na medida em que fundamento de validade e conteúdo da validade

se fundem, tornando devido o encontro do comportamento determinado pela norma posta com o prescrito na ordem metafísica (KELSEN, 2009, p.198), prevalecendo a dualidade de ordens.

O aludido panorama dá o ensejo ao jurista austríaco de promover severas críticas ao projeto jusnaturalista, posto que a norma positiva, por ser autônoma, não se subsume às normas que formam o corpo orgânico do sistema moral², em virtude do fato de que o

2 With static normative orders, reasoning deductively requires one to consider the content of the norm, and what can be derived logically from the content (...) 'The norms of the order of the first type [static] are valid on the strength of their content: because their validity can be traced back to a norm under whose content (...) can be subsumed as the particular under the general.' (...) But, with a dynamic order the validity of a norm will not depend not simply on content. For example, if a moral order is based on the duty to obey God, and God can issue new commands and commandments, then moral duties are not simply a question of the relationship between the new and old commands. That one ought to obey God validates whatever God commands (dynamic). 'That one ought to love thy neighbor as thyself' does not permit you to ignore your neighbor's cries for help (static), even though your God might permit you to do so". Tradução livre do autor: Com ordens normativas estáticas, raciocinar dedutivamente exige que se considere o conteúdo da norma, e o que pode ser derivado logicamente do conteúdo (...) 'As normas da ordem do primeiro tipo [estático] são válidas na força de seu conteúdo: porque sua validade pode ser remontada para uma norma sob cujo conteúdo pode ser incluído como o particular sob o geral.' (...) Mas, com a ordem dinâmica, a validade da norma não dependerá simplesmente de seu conteúdo. Por exemplo, se a ordem moral é baseada no dever de obedecer a Deus, e Deus pode emitir novos comandos e mandamentos, então os deveres morais não são simplesmente uma questão de relacionamento entre os novos e velhos comandos. Que se deve obedecer a Deus valida quaisquer comandos de Deus (dinâmico). Que se deve 'amar teu vizinho como a ti mesmo' não permite você ignorar

fundamento de validade da norma posta não é a ordem moral absoluta, mas o elemento que Kelsen acrescentará futuramente à sua teoria: a Norma Fundamental.

Os primórdios do projeto juspositivista de Kelsen

Os estudos de Kelsen conferiram ao Direito uma visão científica, tendo em vista a idealização de um novo modelo de conhecimento da aludida ciência. Imbuído pelo espírito positivista de sua época, Kelsen afirma que o ponto de partida para o desenvolvimento de uma ciência eminentemente jurídica se dá apenas com a adoção pelo cientista do Direito de um procedimento denominado análise. O escopo primordial da análise do Direito Positivo é a limitação do objeto de estudo e a exclusão de todos os elementos que não sejam especificamente jurídicos, de modo que uma teoria jurídica só será ciência se for comprometida com o senso de isenção de seu propósito.

Em outras palavras, o Direito Positivo assume o *status* de ciência se o jurista, como mero observador técnico, descrever o Direito tal como ele foi posto na ordem jurídica, sem fazer juízo de valor ou manifestar opiniões com traços ideológicos. Ainda, é mister que o cientista do Direito prime por uma operação intelectual que afaste a incidência de elementos dotados de contornos políticos, psicológicos, morais, causais, dentre outros, o pedido de ajuda de seu vizinho (estático), muito embora seu Deus possa permitir que você faça isso” (SCHIFFE, 2005, p.200).

a fim de tornar possível a edificação de uma teoria jurídica autônoma e a consequente extração do conhecimento verdadeiro do Direito Positivo.

Considerando-se essas premissas iniciais, é acurado observar que a Teoria Geral do Direito de Hans Kelsen evoluiu gradativamente, vindo a adquirir novos contornos ao longo dos tempos até a sua fase clássica, quando o autor chegou ao ápice de sua construção intelectual. Nesse sentido, Kelsen tem a percepção do Direito como um conjunto de ordens e proibições voltado ao comportamento dos indivíduos, não havendo ainda uma estrutura jurídica dotada de unidade. O intuito de Kelsen neste momento inicial é demonstrar a possibilidade da existência de uma teoria jurídica que não necessite recorrer ao universo das teorias ético-morais. Para isso, o jurista, no intento de dar base de sustentação à sua teoria, recorre à Teoria da Imputação Jurídica e à Teoria da Proposição Normativa (DIAS, 2010, p.174).

Começamos pela segunda teoria. Segundo tal teoria, considera-se que a norma jurídica tem o condão de emitir uma proposição de dever-ser com poder vinculativo ao indivíduo, ficando o destinatário da proposição normativa na continência de cumpri-lo. Desta maneira, o Estado contempla ou qualifica certos comportamentos, podendo exigir o cumprimento de quaisquer fenômenos que achar conveniente ou necessário. Tais exigências, portanto, são compreendidas como expressões da vontade do Estado.

A Teoria da Imputação Jurídica, por sua vez, se refere à conexão existente entre os elementos da norma, isto é, à ligação produzida gramaticalmente pelo dever-ser. Por meio da imputação, estabelece-se uma relação normativa. É bom frisar que Kelsen preceitua que essa interligação de elementos nada parece com a tradicional relação de causa e efeito. Na verdade, o dever-ser corporificado em uma norma jurídica estabelece simplesmente uma relação de condição e consequência, de maneira a atribuir responsabilidade ao sujeito de direitos. Com efeito, a imputação não reflete uma volta às considerações causais ou teleológicas; ao contrário, ela é eminentemente uma categoria lógica, no sentido de que quando aplicada, leva em consideração o seguinte pensamento: se um certo comportamento ocorre, é provável que outro comportamento deve acontecer. Em outros termos, quando A é, B deve ser, diferentemente do princípio da causalidade que prescreve que quando é A, B também é (ou será).

Na verdade, o que Kelsen almeja demonstrar com as duas teorias mencionadas é que o Estado é o ente cuja existência se deve às normas jurídicas e tão-somente a elas, não sendo necessário estruturar suas ordens em elementos metafísicos ou não pertinentes à ciência jurídica. Ainda, acrescenta-se que o Estado, tendo em vista a capacidade de estabelecer obrigações através de proposições normativas, possui condições de abranger todos os fenômenos jurídicos qualificados.

Destarte, por meio da indicação de certo comportamento e de seus elementos substan-

tivos a um determinado sujeito e da posterior constituição de tal comportamento em uma obrigação a ser cumprida pelo súdito, pode o Estado fazer valer sua vontade, vinculando indivíduos, por meio de um direito exclusivamente positivo, sem fazer um regresso às normas morais.

De certo modo, as disposições concernentes ao afastamento da aplicação de preceitos e justificações metafísicas na teoria kelseniana procedem, pois se passa a reconhecer que as relações Estado-súdito são estabelecidas mediante somente o império da norma jurídica, entretanto, não é necessário fazer grande esforço para se questionar: por que existe a crença de que tal comando obrigatório será efetivamente cumprido?

Certamente, existe no inconsciente dos indivíduos a noção de que a edição de uma norma jurídica³, por advir de um órgão supe-

³ Hans Kelsen faz questão de estabelecer o papel da ciência do Direito e o faz por meio da contraposição do significado do termo "norma jurídica". O autor pontua que o trabalho do operador do Direito é determinado pelas normas jurídicas, de modo que a ele cabe apenas descrever as relações jurídicas constituídas pelas mesmas. A função da ciência jurídica, portanto, é apenas demonstrar o sentido da norma jurídica, sendo isto feito por meio de proposições jurídicas. As proposições jurídicas, por sua vez, descrevem o enunciado e os elementos materiais emanados pela norma jurídica, ao passo que esta não assume a forma de um juízo, mas de um comando a ser obedecido. Não há interpretação, apenas a emanção de uma disposição a ser observada pelos destinatários da norma jurídica em questão. Entretanto, há que se observar que o jurista, ao iniciar os estudos de uma teoria do Direito com contornos dinâmicos, passa a admitir que o Direito não é composto somente por normas de cunho imperativo, ou seja, que impõem obrigações, mas também contém permissões, atribui-

rior, enseja o seu cumprimento, todavia, recorrer a tal procedimento não é correto, uma vez que o fato de uma norma ter sido criada por um órgão superior não é justificativa real para explicar a sua obrigatoriedade.

Apesar de entender o Direito como um conjunto de meras obrigações, Kelsen perceberá posteriormente a importância da Constituição na regulamentação da ordem jurídica, posto que a Lei Maior de uma nação é o elemento responsável pela qualificação de uma lei e de todos os fenômenos infraconstitucionais, dotando-os de validade. Acrescenta-se que o Direito não assume mais a forma de um agregado estático de deveres com normas desconexas umas das outras, mas passa a ser uma ordem dotada de um mínimo de unidade, segundo a qual se considera a Constituição como o ponto comum entre as normas postas do sistema e o cerne do funcionamento de todo o ordenamento.

Inicialmente, Kelsen parece não ter uma resposta certa para a indagação colocada anteriormente. Contudo, sua Teoria Geral do Direito irá se desenvolver, de modo que o autor irá recorrer ao fenômeno de uma hipótese normativo-condicional que passará a ser o centro de reflexões de sua Teoria Dinâmica do Direito.

A fase clássica do projeto kelseniano

Para Hans Kelsen, o Direito Positivo é o conjunto das normas válidas que for-

ções de poder ou competência, bem como as tradicionais prescrições de comportamentos (KELSEN, 2009, p.80-1).

ma o ordenamento jurídico, sendo que a Constituição de uma nação ocupa o ápice deste sistema, também denominado pirâmide normativa.

Do ponto de vista científico, a grande questão da filosofia kelseniana passa a ser a indicação de um elemento que confira validade às normas do aludido sistema e em especial à primeira norma posta, ou seja, a Constituição. Kelsen, por sua vez, de modo a solucionar o problema da fundamentação de validade do sistema, elabora a sua Teoria da Norma Fundamental.

Eis o cerne da teoria do mestre de Viena: a norma fundamental é um pressuposto essencial para o estabelecimento de toda a produção jurídica. Ela é válida porque é pressuposta para ser válida. Kelsen preceitua que a norma fundamental assume a forma de uma condição lógico-transcendental para o desenvolvimento da atividade cognitiva do Direito Positivo, pois sua função na ordem jurídica é permitir que o cientista do Direito interprete a proposição normativa como norma válida de um certo ordenamento jurídico (DIAS, 2010, p.245-9).

A norma fundamental é essencialmente um pressuposto; sendo um pressuposto, é tida como certa. Ela assume a forma de um pressuposto válido em uma ordem jurídica porque simplesmente é pressuposta como válida. E tal pressuposição se deve uma vez que, sem a adoção desse procedimento pelo intérprete, nenhum ato humano poderia ser

considerado válido, o que impediria, portanto, o conhecimento do Direito Positivo. Em outras palavras, a norma fundamental kelseniana é o elemento-chave que conduz o cientista a uma interpretação possível de atos de seres humanos como atos jurídicos (KELSEN, 2000, p.170).

A *Grundnorm* assume a forma de uma condição lógico-transcendental de interpretação normativa isenta da presença de elementos ético-morais ou metafísicos, donde se observa que o seu papel precípuo é permitir a idealização de uma ciência jurídica positiva despida de elementos estranhos ao seu conhecimento, isto é, uma ciência calcada em um método de estudo descritivo, de elaboração teórica e com raízes eminentemente lógicas (KELSEN, 2009, p.243).

Como dito anteriormente, o compromisso de Hans Kelsen é construir uma ciência jurídica autônoma e independente, comprometida em estabelecer um método sistematizado do estudo do Direito, tal como preceitua a Escola do Positivismo Jurídico. Assim, para estruturar seu edifício jurídico, Kelsen procedeu a um complicado e intenso trabalho intelectual, no sentido de investigar o método de aprendizado do conhecimento jurídico em voga em sua época e buscar meios para desmantelá-lo.

Kelsen, então, recorreu aos elementos epistemológicos da filosofia de Immanuel Kant para fundamentar a sua nova maneira de fazer ciência, que culminou na elaboração

da norma fundamental. Através dos conceitos transcendentais inscritos na Crítica da Razão Pura, o jurista austríaco pôde explicar qual o fundamento que rege a validade das normas, assim como fornecer as linhas-mestras para a concretização de um conhecimento científico concebido em um ambiente de pureza metodológica.

Nesse sentido, a filosofia kantiana propõe um conhecimento cuja base é um juízo *a priori*, o qual se distingue dos dados empíricos, na medida em que apenas estabelece as condições do conhecimento científico. Para a elaboração de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen se serve do *a priori* jurídico estabelecido por Kant, a fim de delimitar o objeto de estudo e as condições de funcionamento da ciência jurídica.

Na verdade, a filosofia kantiana era o Kelsen precisava para estruturar os pilares de sua teoria purificadora. Destarte, partir de um conhecimento *a priori* significa construir metodologicamente o objeto de investigação de uma ciência, no sentido de que o próprio cientista do Direito apresenta previamente a noção do que é ciência (MATOS, 2006, p.81-5).

Pode-se pensar que a exposição de uma condição pré-definida do que seja o Direito seja uma incongruência, haja vista a possibilidade de estruturação de uma ciência lastreada em elementos cognitivos de cunho subjetivo ou metafísico, o que conseqüentemente deturparia o ideal de implementação de uma ciência pura em seu sentido metodológico.

Em vista disso, Kelsen responde que o Direito só alcança em plenitude a pureza metodológica se puder ser formulado a partir de juízos de valor objetivos, de juízos que apontem especificamente se um comando é objetivamente válido ou não, de acordo com o pressuposto da norma fundamental, responsável pela fundamentação global do sistema. Sendo um conhecimento *a priori*, a norma fundamental torna uma ordem jurídica pensável, permitindo-se que esta mesma ordem seja considerada como um todo dotado de sentido. É este juízo *a priori* que possibilita ao cientista do Direito executar a sua tarefa de descrever objetivamente, sem recorrer às justificativas do universo jusnaturalista.

Em suma, o Direito se configura como um produto intelectual conduzido pelo ser humano, não se conformando com toda a sorte de fatores religiosos, naturalísticos ou metafísicos, donde se conclui que é possível a definição de seu objeto formal, de seu método específico e, inclusive, de sua razão fundante, a partir de elementos puramente objetivos. Isto é, Kelsen entende que o Direito tem capacidade de construir suas estruturas e definir seus limites de forma autônoma e independente, depurando-se todos os elementos alienígenas não condizentes com o seu propósito purificador.

Este é o sentido da filosofia epistemológica de Hans Kelsen: tenta-se promover uma crítica do modelo até então adotado para se conhecer o Direito. Visa-se, portanto, a edificação de uma ciência jurídica com objeto de

estudo próprio e que tenha meios de se autoconduzir. É por isso que se fala que a ciência jurídica apresenta uma face construtivista, no sentido de que o conhecimento do Direito é arquitetado e montado pelo próprio jurista-cientista, fazendo este as vezes de agente produtor de seu objeto.

De modo inequívoco, é possível afirmar que esta operação intelectual é o núcleo do funcionamento da Teoria Dinâmica do Direito defendida amplamente pelo jurista austríaco, em contraponto com as herméticas teorias jurídicas estáticas.

Assim, a Teoria Dinâmica do Direito, de acordo com o projeto juspositivista de Kelsen, é aquela que reconhece que o processo de produção de normas jurídicas advém somente do querer humano, isto é, corresponde a um produto humano, o que significa que não existe espaço para o reconhecimento de um sistema de produção de normas que seja regulado pela dedução lógica de conceitos, inerente à lógica jusnaturalista.

Com efeito, a norma jurídica não vale porque o seu conteúdo se coaduna com aquele exposto em uma norma imediatamente evidente, mas em virtude do fato de ter sido produzida de acordo com a norma fundamental que rege determinado sistema, não havendo, portanto, relação entre a validade da norma e o seu conteúdo. Desta maneira, uma vez pertencente certa norma a um determinado ordenamento jurídico, a indagação de sua validade pertine somente à

questão de ter sido produzida de acordo com a norma fundamental e não ao fato de ter obedecido a prescrição moral determinada por uma norma mais genérica.

É oportuno mencionar que a norma fundamental é um elemento hipotético que se encontra fora do ordenamento jurídico, cuja função metodológica é auxiliar o doutrinador a determinar as relações de validade entre as normas do sistema. A norma fundamental é um pressuposto lógico-transcendental, por isso não é posta, não advém de um processo de positivação das normas. É um pressuposto sem o qual é impensável a edificação do conhecimento jurídico, vindo a receber a denominação de “constituição lógico-jurídica” em contraponto ao conceito de “constituição no sentido juspositivista”.

A “constituição lógico-jurídica” representa o primado da norma fundamental, entendida como o pressuposto capaz de conferir unidade ao sistema; unidade esta respeitante à consecução de uma ciência jurídica construtivista e monista, ao passo que o segundo termo designa a Constituição como a norma positivada mais alta do ordenamento jurídico, e sendo o ápice da pirâmide jurídica, é ente autorizante para a produção de outros instrumentos normativos em sede infraconstitucional, destacando-se as leis e os decretos, bem como as sentenças e os contratos (DIAS, 2010, p.209-10).

Estabelecida a norma fundamental, Kelsen busca na Teoria da Hierarquia das Nor-

mas a unidade a ser estabelecida em sua pirâmide jurídica. Estrutura-se, então, o sistema jurídico em uma ordem hierárquica, organizada em vários patamares, de modo que o fundamento de validade de uma norma se encontra justamente na norma superior que autorizou sua edição, o que leva a crer que nenhum nível normativo fica isolado, haja vista que a validade de cada norma é dada por atos condicionantes que propiciam a criação de outras normas.

Assim, em um sistema escalonado de normas, a norma inferior se liga à norma superior e esta, por sua vez, depende da próxima superior até chegar, degrau a degrau, ao ápice do sistema, isto é, a primeira constituição histórica da nação, a qual se pressupõe dotada de validade, em decorrência da competência conferida pela norma fundamental (DIAS, 2010, p.296).

A norma fundamental é uma norma cuja validade não pode ser remontada a uma norma superior. Ela não decorre de um processo de positivação de normas, diferentemente da Constituição que o é, assumindo a posição de primeira norma posta do ordenamento jurídico. Em realidade, a norma fundamental é a condição de validade da primeira norma do sistema, de modo que esta assume a função de vínculo entre todas as diferentes normas que constituem o ordenamento jurídico, a partir de uma série de relações de validade estabelecidas. Em termos simples, o que a norma fundamental emite é o determinado comando: “Cumpra-se a Constituição!” (SCHIFF, 2005, p.200).

Kelsen entende que o fundamento de validade de uma norma só pode ser a validade de outra norma, de modo que todo o ato de constituição de um direito assume a forma de um ato condicionante, no qual a norma jurídica promulgada condicionará a criação de outra, inserida em um nível inferior e dotada de maior concretude.

Este fenômeno de coordenação entre normas hierarquicamente diferentes de um mesmo sistema jurídico se trata, na verdade, de um processo de delegação de poderes, segundo o qual a autoridade inferior recebe a competência de criar normas, regulando situações jurídicas dentro dos limites estipulados pela proposição normativa superior (KELSEN, 2009, p.216-217). Isto significa que uma norma jurídica será válida se houver sido criada de acordo com os critérios propostos por sua norma imediatamente superior, ou seja, sua validade dependerá da observância das regras que estatuem o modo adequado e correto para a edição de normas jurídicas.

Inferre-se que a teoria kelseniana estabeleceu o pressuposto da competência para a criação do Direito. Tal afirmação apresenta um significado claro: o fundamento de validade de uma norma advém somente de uma autoridade que possua capacidade para estatuir normas.

Nesse sentido, preceitua o autor que

um comando é obrigatório não porque o indivíduo que comanda possui uma

superioridade real de poder, mas porque está 'autorizado', porque está 'investido de poder' apenas se uma ordem normativa, a qual se pressupõe seja obrigatória, lhe confere tal capacidade, a competência para emitir comandos obrigatórios (KELSEN, 2000, p.44).

É importante mencionar que a validade deste sistema concatenado de normas nada tem ver com o ideal jusnaturalista de geração de normas a partir de um núcleo fixo de ideias, o que leva a crer que inexistente aqui o processo de dedução lógica característico dos sistemas jurídicos estáticos, não havendo, logo, a imposição do fenômeno da necessária subsunção de conteúdos entre normas.

Hans Kelsen mostra-se totalmente contrário à exigência segundo a qual todas as normas devem derivar de um conteúdo propugnado por uma norma imediatamente evidente. Verifica-se, portanto, que o fundamento de validade de uma ordem jurídica não se baseia no conteúdo advindo de uma norma genérica, mas em uma norma pressuposta que permita a interpretação de atos postos.

É certo que as relações de validade entre as normas são existentes graças ao fato de que todas as normas dentro de uma ordem jurídica são referenciadas por uma mesma constituição válida que garante a inteligibilidade do sistema.

Tendo por base este pressuposto, observa-se que se a norma fundamental fosse uma

norma positiva, ela teria que encontrar seu fundamento de validade em outra norma, assim como a sua norma autorizadora necessitaria de achar o fundamento para sua força normativa, implicando na existência de um processo infinito para a satisfação da necessidade epistemológica de constituição da norma fundamental. A situação em questão mostra que o questionamento do fundamento de validade perder-se-ia no interminável, por isso o mestre austríaco terminou por estabelecer a pressuposição de uma norma como a última e mais elevada (KELSEN, 2009, p.217).

Assim sendo, assume a *Grundnorm* a forma de uma condição hipotético-normativa desprovida de conteúdo e apenas imaginada. Por ser eminentemente um pressuposto, sua tarefa é transformar certas ideias em conhecimento – ou melhor – sua tarefa é permitir que o objeto se oriente pelo conhecimento do intérprete do Direito.

Portanto, a norma fundamental é o ponto de partida normativo para o conhecimento do ordenamento jurídico, por ser norma lógico-transcendental, ou seja, pensada, desprovida de conteúdo, não metafísica e pressuposta apenas com vistas ao processo de conhecimento jurídico-científico (DIAS, 2010, p.252-4).

Ainda, não obstante a norma fundamental seja um elemento exógeno do ordenamento jurídico, tal como o é o fundamento da corrente jusnaturalista, estes conceitos não se equivalem. A grande diferença entre a norma fundamental kelseniana e as formula-

ções teóricas jusnaturalistas reside no fato de que a primeira apresenta um fundamento jurídico que se encontra no próprio Direito, ou seja, é cognoscível de maneira racional pelo doutrinador, ao passo que o fundamento de validade das teorias jusnaturalistas são as ordens metajurídicas, calcadas na natureza, na razão humana ou em Deus.

Certamente, não assiste razão em se determinar o fundamento de validade de uma norma positiva através de meios ético-morais, posto que o Direito Positivo e o Direito Natural são ordens diversas, com diferentes naturezas, por isso, não podem ser equiparadas.

Ser ou dever-ser: eis a questão.

Kelsen enxerga o Direito Positivo como uma ordem normativa escalonada, disposta de maneira racional e sistemática, com vistas à regulamentação e aprendizado das normas jurídicas objetivamente válidas. Entretanto, o autor adiciona um elemento, sem o qual é impossível se pensar na viabilidade de um ordenamento jurídico: a eficácia global do sistema.

Em primeiro lugar, antes de analisar o pressuposto da eficácia geral do ordenamento jurídico, é mister a análise de dois conceitos sempre presentes na Teoria Pura do Direito e indispensáveis para o entendimento da teoria kelseniana, a saber: ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*). Começemos a reflexão pelo segundo elemento.

Segundo o jurista austríaco, o Direito

Positivo é uma ordem composta de diversos enunciados de dever-ser, isto é, comandos que determinam que o indivíduo deve se conduzir de determinada maneira. Um dever-ser é, em verdade, uma expressão da relação de imputação dirigida à conduta humana, especificando como o homem deve se conduzir, de modo a atuar na realidade, isto é, no mundo do ser.

Há que se pontuar, entretanto, que um dever-ser não indica especificamente uma imposição, mas pode corresponder igualmente a uma autorização ou a uma permissão, o que permite alegar que este preceito não diz respeito apenas a um conteúdo negativo⁴.

A categoria do ser, por sua vez, corresponde a toda a sorte de eventos que ocorrem no mundo fenomenológico. Trata-se da ordem dos eventos naturais que efetivamente ocorrem.

Ser e dever-ser são categorias interligadas, mas que não se confundem absolutamente, na medida em que um não decorre do outro. Destarte, a categoria do dever-ser, por meio de uma norma jurídica, tem a prerrogativa de imprimir em um fato do ser um sentido ob-

jetivo de dever-ser, porque incumbe à ciência do Direito descrever prescrições ou enunciados de dever-ser com vistas a dispor e regulamentar fatos do mundo do ser (MATOS, 2006, p.34-35).

Como dito, um dever-ser expressa uma orientação direcionada à conduta humana, contudo é acurado dizer que isto não significa que o indivíduo irá se conduzir necessariamente de acordo com a maneira prescrita pela proposição normativa. Assim, a determinação de certa conduta não implica no efetivo cumprimento do comando pelo destinatário da norma, posto que dever-ser e ser correspondem a dois sentidos completamente diferentes um do outro, por se encontrarem em categorias diversas.

Desta maneira, em hipótese alguma, pode um enunciado de dever-ser se reduzir a um ser, muito embora se considere que o primeiro não é um elemento completamente isolado da faticidade ou do mundo fenomenológico. Ainda que um enunciado de dever-ser jamais se materialize no mundo real, infere-se que a categoria lógica do dever-ser almeja atuar na realidade, a fim de que uma ordem jurídica funcione adequada e eficazmente.

A edição de uma proposição normativa tem por escopo a regulamentação de uma situação jurídica e o consequente cumprimento da determinação estipulada, pois um sistema se revela eficaz somente se

4 *"Norms are ought propositions, that is statements in an 'ought' form. Such propositions can take a number of subsidiary forms: "Norm" is the meaning of an act by which a certain behavior is commanded, permitted or authorized', or what one should, may, or can do".* Tradução livre do autor: "Normas são proposições de dever-ser, isto é, declarações em uma forma de 'dever'. Tais proposições podem tomar uma série de formas subsidiárias: Norma é o significado de um ato, pelo qual um determinado comportamento é ordenado, permitido ou autorizado', ou o que se deve, pode, ou pode fazer" (SCHIFF, 2005, p.195).

conseguir produzir resultados concretos no mundo fático.

Hans Kelsen reconhece que ser e dever-ser são categorias díspares, no entanto admite que uma ordem jurídica é válida se for eficaz de maneira global na ordem fenomenológica. Em outras palavras, pressupõe-se que uma norma válida consegue produzir efeitos concretos no mundo do ser, uma vez que o objetivo do Direito é fornecer à sociedade meios para a regulamentação de situações jurídicas, bem como artifícios para a solução de conflitos, de modo a tornar viável a própria existência de uma sociedade.

Certamente, o mestre de Viena combate a visão extremista de isolar um conteúdo de dever-ser da faticidade, segundo a qual a eficácia de uma norma independe da efetiva ocorrência do comportamento desejado no mundo do ser. Aduz Kelsen que a eficácia de uma norma é a condição de sua validade, não significando que ela é válida pelo fato de atuar concretamente, uma vez que sua validade advém de uma norma fundamental que, como pressuposto epistemológico, concede validade a todas as normas postas do ordenamento jurídico (SCHIFF, 2005, p.210-211).

Assevera Kelsen que:

Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados.

Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas. E também uma norma jurídica singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada (KELSEN, 2009, p.237).

Nesse sentido, é oportuna a observação de Kelsen, no sentido de dizer que a eficácia do sistema é uma *conditio sine qua non*, e não uma *conditio per quam*, implicando na consideração de que uma norma não é válida, porque é eficaz, mas é válida se sua prescrição repercute de certo modo na ordem fática. Assim, deste raciocínio, decorre a conclusão de que a eficácia não é a razão de validade de norma jurídica, mas apenas a condição para tal, haja vista que a validade da aludida norma é atribuída por uma hipótese lógico-transcendental que a pressupõe como parte integrante de uma ordem jurídica escalonada (DIAS, 2010, p.283-289).

Por fim, Hans Kelsen achou uma saída para justificar o problema da eficácia do ordenamento jurídico, sem precisar distorcer sua teoria, ao assumir que sua eficácia é apenas condição de validade e não fundamento de validade, respeitando-se o raciocínio atinente às disparidades existentes entre os conceitos do ser e do dever-ser. Significa, portanto, que a norma fundamental, sendo elemento epistemológico e regra basilar de produção

jurídica por excelência, não se equipara à esfera do ser, pois ela cuida estritamente das relações de validade entre as normas, e em especial, garante ao doutrinador uma metodologia pura para o desenvolvimento da atividade cognitiva na seara jurídica.

Conclusão

Hans Kelsen pode ser considerado a expressão máxima do pensamento normativo-positivista do século XX, haja vista que o seu aparato teórico conferiu substancial força às aspirações do Direito Positivo vigente em sua época, consubstanciadas na delimitação rigorosa do campo de estudo, na ausência absoluta de juízos de valor e na neutralidade do cientista.

A despeito da densidade e complexidade da Teoria Pura do Direito, Kelsen alcança o seu objetivo precípuo: conferir pureza metodológica à ciência jurídica. Destarte, o jurista austríaco parte do pressuposto de que uma ordem jurídica somente pode ser considerada válida se for orientada por uma condição lógico-transcendental, imaginada e desprovida de conteúdo, denominada norma fundamental.

A norma fundamental, em realidade, assume a forma de um pressuposto válido em uma ordem jurídica porque simplesmente é pressuposta como válida, de maneira que a não implementação desta operação lógica pelo intérprete implicaria na conclusão de que nenhum ato humano pode ser considerado válido, o que certamente impediria o

conhecimento do Direito Positivo.

Na verdade, a norma fundamental é o núcleo da teoria kelseniana, uma vez que, sendo um pressuposto epistemológico, estabelece o ponto de partida para o conhecimento do ordenamento jurídico, permitindo ao doutrinador arquitetar os elementos que comporão a ciência jurídica. De acordo com a teoria dinâmica, define-se, portanto, o próprio objeto a ser estudado, depurando-se do Direito todos os elementos exógenos não condizentes com o escopo de uma metodologia pura.

Assim, este é o sentido da filosofia transcendental de Hans Kelsen: almeja-se a edificação de uma ciência jurídica, libertando-a das normas éticas, morais ou metafísicas, posto que estas possuem fundamento de validade diverso daquele estipulado pela norma fundamental, concluindo-se, desta maneira, que elas não pertencem absolutamente à realidade jurídica.

Em suma, é inegável que a Teoria Pura do Direito visa desvencilhar o Direito Positivo do estatismo jurídico. Certamente, os postulados desta ordem provêm de uma instância transcendente, sendo incompreensíveis perante a racionalidade humana, logo em nome do compromisso da autonomia e independência da ciência jurídica, não cabe ao Direito levá-las em conta, em virtude da disparidade de objetivos entre as doutrinas. Ante o exposto, importa à ciência jurídica apenas a descrição objetiva das proposições normativas, pois sua missão fundamental é estruturar os alicerces do pensamento. E nada mais.

BIBLIOGRAFIA

1. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
2. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
3. _____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
4. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2006.
5. SCHIFF, David. Modern Positivism: Kelsen's Pure Theory of Law. In: PENNER, James; SCHIFF, David; NOBLES, Richard (org.). *Jurisprudence & Legal Theory: commentary and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2005.