



ENTRE O SER E O DEVER SER

ENTRE ÊTRE ET DEVOIR ÊTRE

Jurandir Antonio Sá Barreto Júnior ¹

RESUMO

Através do presente artigo, pretende-se refletir sobre a natureza do Direito no pensamento de Hans Kelsen, a partir da investigação dos pressupostos epistemológicos sobre os quais se fundamentam o conhecimento do fenômeno jurídico expresso na sua obra *Teoria Pura do Direito* (1934). Descreve-se, então, o processo de construção do discurso kelseniano. Caracterizam-se, posteriormente, as contradições no seio de sua fundamentação epistemológica para seguirem-se as críticas à sua concepção de Direito. Sugere-se uma compreensão do fenômeno jurídico relacionado à realidade social na qual está inserida.

Palavras chave: Epistemologia. Norma Fundamental. Positivismo. Ser e Dever-Ser. Transcendência.

RÉSUMÉ

Le travail ci-présent est une réflexion sur la nature du droit et de l'Etat dans la pensée de Hans Kelsen à partir de la recherche des Fondements épistémologiques du phénomène juridique exprimé dans son oeuvre "Théorie Pure du Droit". On décrit alors le processus de construction du discours kelsenien. On caractérise postérieurement les contradictions dans le sein de sa fondation épistémologique pour suivre les critiques de sa conception du droit de l'Etat. On suggère une compréhension du phénomène juridique en relation à la réalité sociale dans laquelle il est inclus.

Mots-clés: Épistémologie. Être et dovoir être. Norme Fondamentale. Positivisme. Transcendance.

1 INTRODUÇÃO

O jurista Hans Kelsen pode ser considerado um divisor de águas para toda a teoria jurídica contemporânea. Kelsen escreveu, em 1934, sua mais famosa obra, *Teoria Pura do Direito*, cujo objetivo foi discutir os princípios e métodos da teoria jurídica, pondo em questão a própria autonomia da Ciência do Direito, conferindo a ela um método e um objeto próprios,

¹Possui graduação em História pela Universidade Católica do Salvador (1990), graduação em Filosofia pela Universidade Federal da Bahia (1993), graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador (1995), mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (2002), mestrado em Ensino História e Filosofia da Ciência pela Universidade Federal da Bahia (2004), é Doutor em Estudos Etnicos e Africanos pela Universidade Federal da Bahia (2011) e realizou estágio Pós Doutoral em Ciências Jurídicas e Garantias Constitucionais na Universidad de La Matanza em Buenos Aires - Argentina (2012) e também estágio Pós Doutoral em Direito Internacional na Université du Québec à Montréal (UQAM) em Montreal - Canadá (2015). Atualmente é professor Titular da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), da Faculdade da Cidade do Salvador e da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Atua principalmente nos seguintes temas: Introdução ao Estudo do Direito, Teoria da Interpretação Jurídica, História do Direito, Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica e Projeto de Pesquisa em Direito.

capazes de superar as confusões metodológicas então reinantes, dando ao jurista uma autonomia científica. Com esse objetivo, Kelsen propôs o que denominou princípio da pureza, segundo o qual, a Ciência Jurídica deveria ter como premissa básica tão somente o enfoque normativo. Ou seja, o Direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma, não se confundindo com o fato social ou com a moral. Isso valia tanto para o objeto quanto para o método. Suas indagações epistemológicas preocuparam-se com a consolidação da Ciência Jurídica, reagindo à aparente anarquia conceitual a que se tinha reduzido a meditação científica do direito.

Assim, pelo *Princípio Metodológico Fundamental* ou *Princípio da Pureza*, estabeleceu, como foi dito, que o objeto da Ciência Jurídica é a norma, de modo que sua atividade se esgota na tarefa de conhecer as normas do direito. Contudo, fazia-se necessário precisar, epistemologicamente, a realidade existencial na qual estava inserida a normatividade. Para explicar o plano cognoscitivo existencial da normatividade, Kelsen utilizará o *Princípio Metodológico Transcendental*, que é uma reafirmação da normatividade, enquanto objeto da Ciência Jurídica, situando-a, porém, no horizonte do *dever-ser*.

2 FUNDAMENTO DE VALIDADE

O objeto da ciência jurídica reside no campo epistemológico de investigação da ciência normativa, caracterizada pela categoria do *dever ser*.

Para formular sua teoria, Kelsen introduziu, em sua obra, o conhecido dualismo neokantiano do *Ser* e do *Dever Ser*, que constitui duas categorias originárias ou *a priori* do conhecimento, isto é, que não derivam de nenhuma outra. Kelsen chega a esse dualismo categorial, lógico-transcendental, inspirado em Kant, que, com o seu criticismo, realizou a distinção entre o mundo da percepção sensível e o mundo do entendimento e da razão.

Kant indaga, na *Crítica da Razão Pura*, sobre as condições de possibilidade ou de validez do conhecimento racional científico, logicamente necessário e universalmente válido, bem como sua extensão e limites objetivos. Encontra essas condições de possibilidade nas formas *a priori* da percepção sensível ou da sensibilidade e nas formas *a priori* ou categorias (conceitos) do entendimento, que precedem o conhecimento como tal. Isto é, estão dadas antes (*a priori*) de todo conhecimento como seu *prius lógico* e necessário, revelando essa anterioridade em face da experiência, no processo mesmo do conhecimento ou no ato de conhecer, que começa com a experiência. Esse *prius lógico* do conhecimento é o “transcendental” em Kant, ou seja, aquilo que antecede como condição para o conhecimento. O referido pressuposto kantiano não se encontra na ordem do tempo, não deriva da experiência, pelo contrário, independe dela e das impressões dos sentidos. Consubstancia-se num

conhecimento *a priori* organizador da própria experiência, dando significado formal aos dados que recebemos através das impressões sensíveis.

Não resta dúvida de que todo o nosso conhecimento começa pela experiência; efetivamente, que outra coisa poderia despertar e pôr em ação a nossa capacidade de conhecer senão os objetos que afetam os sentidos e que, por um lado, originam por si mesmos as representações e, por outro lado, põem em movimento a nossa faculdade intelectual e levam-na a compará-las, ligá-las ou separá-las, transformando assim a matéria bruta das impressões sensíveis num conhecimento que se denomina experiência? Assim, na ordem do tempo, nenhum conhecimento precede em nós a experiência e é com esta que todo o conhecimento tem o seu início.

Se, porém, todo o conhecimento se inicia com a experiência, isso não prova que todo ele derive da experiência. Pois bem poderia o nosso próprio conhecimento por experiência ser um composto do que recebemos através das impressões sensíveis e daquilo que a nossa própria capacidade de conhecer (apenas posta em ação por impressões sensíveis) produz por si mesma, acréscimo esse que não distinguimos dessa matéria-prima, enquanto a nossa atenção não despertar por um longo exercício que nos torne aptos a separá-los.

Haverá um conhecimento assim, independente da experiência e de todas as impressões dos sentidos? Denomina-se *a priori* esse conhecimento e distingue-se do empírico, cuja origem é a *posteriori*, ou seja, na experiência. (KANT, 1990, p. 36-37).

Para Kant, portanto, o conhecimento consubstancia-se num processo de síntese, composto pelos dados da percepção sensível, próprios da experiência, e pelas formas *a priori*, consistentes nos conceitos do entendimento. Da união entre a intuição sensível e os conceitos do entendimento, ou seja, das formas *a priori* da sensibilidade (espaço e tempo) e das categorias do entendimento, surge o conhecimento. Este resulta, assim, da relação sujeito e objeto, matéria e forma, intuição e pensamento.

Contudo, devemos realçar a importância transcendental da categoria dos conceitos do entendimento por ser ela o referencial ordenador dos dados hauridos pela experiência, pela percepção sensível.

Os conceitos do entendimento é que tornam o conhecimento necessário, válido e objetivo, e, assim, a possibilidade ou a validade do conhecimento está na consciência cognoscente, a quem as coisas aparecem como matéria informe das impressões sensíveis. Conhecer, então, é ordenar os dados sensíveis ou material alógico, isto é, as coisas como nos aparecem (fenômenos), segundo normas ou formas do entendimento, que constituem ou constroem logicamente o objeto na síntese do conhecimento. Transformar o caos da sensação em cosmos, em objeto de elaboração conceitual. Daí que Kant considere ‘transcendental’ todo conhecimento que, em geral, se ocupe não dos objetos, mas do modo que temos de conhecê-los, como possível *a priori*. Ora, o conhecimento *a priori* só é possível graças às formas ou conceitos do

entendimento, que, como condições de toda experiência possível e, pois, condições de possibilidade do conhecimento, ordenam e transformam o caos da sensação, os dados da percepção sensível, em objetos de conhecimento. Conhecer não é refletir ou reproduzir os objetos, como se a estes fosse inerente uma função regulativa, um modo mental, livre do sujeito, mas reproduzi-los. Eis em que consiste a revolução copernicana de Kant no campo do conhecimento: ‘o conhecimento não se rege pelos objetos, mas estes, pelo conhecimento’. A possibilidade dos juízos sintéticos a priori era a prova evidente da função regulativa e constitutiva do entendimento humano, na realização do conhecimento. ‘Só conhecemos a priori nas coisas aquilo que pomos nelas’, diz Kant (MATTA, 1994, p. 67-68).

Em que pese o fato de Kant ter ressaltado o papel da subjetividade na construção do conhecimento, foi a Escola de Marburgo, sob a direção de Cohen, Natorp e Cassirer, que, ao radicalizar o método transcendental kantiano, chegou à conclusão que o objeto do conhecimento é produto da orientação do método. Neste sentido, a ciência cria o seu objeto no ato de conhecer, sendo, então, o postulado fundamental da ciência a unidade do método para a correta descrição do seu objeto. Consequentemente, a relação entre o processo de cognição e seu objeto não admite a variação do método, uma vez que não se justificam epistemologicamente dois conhecimentos distintos recaindo sobre o mesmo objeto, ou seja, dois métodos ou dois juízos diversos para atingir um mesmo objeto.

Kelsen, então, influenciado pelo neokantismo da Escola de Marburgo, indagará sobre a possibilidade de uma Ciência do Direito, a partir da filosofia jurídica transcendental, começando, como vimos, com a instauração do método, na pureza metodológica, delimitando, posteriormente, seu objeto normativo, que se encontra no reino do dever ser, distinto do mundo do ser.

Ser e dever ser são duas formas mentais primárias e básicas, correspondentes a dois domínios incomunicáveis, o dos fatos ou da natureza física, espiritual e social e o das normas. Com base nessa distinção entre *ser* (*Sein*) e *dever ser* (*Sollen*), Kelsen considerou o *dever ser* como expressão da normatividade do direito, que deve ser investigada pela norma jurídica, passando a jurisprudência, então, a ser uma ciência normativa, pois seu objeto consiste em normas que não enunciam o que sucedeu ou sucederá, mas tão somente que deve ser.

Enquanto o domínio do ser reside no mundo físico, submetido às leis da causalidade, o domínio do dever ser recai sobre o mundo das normas, regido pela imputabilidade. Essa diferença não reside no método, mas no objeto a que se dirigem as mesmas. O *Sein* e o *Sollen* correspondem, essencialmente, aos dois mundos reais, radicalmente separados um do outro. Trata-se de uma distinção que se situa, como já foi dito, no plano lógico-transcendental e não no ontológico, sendo duas posições lógicas perante o real e não duas interpretações ontológicas

do *ser*. Dessa forma, compreendemos que tanto o *Sein* como o *Sollen* significam um modo como o pensamento vincula ou conhece as realidades, distinção esta que remete a ângulos metodológicos divergentes da abordagem do real, advindo daí, também, os princípios ordenadores que distinguem as ciências naturais da ciência jurídica, quais sejam, a causalidade e a imputação. Neste sentido, afirma Kelsen:

Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como imputação. Pela via da análise do pensamento jurídico pode mostrar-se que, nas proposições jurídicas, isto é, nas proposições através das quais a ciência jurídica descreve o seu objeto, o Direito – quer seja um Direito nacional ou um Direito internacional – é aplicado efetivamente um princípio que embora análogo ao da causalidade, no entanto, se distingue dele por maneira característica. A analogia reside na circunstância de o princípio em questão ter, nas proposições jurídicas, uma função inteiramente análoga à do princípio da causalidade nas leis naturais, com as quais a ciência da natureza descreve o seu objeto. Proposições jurídicas são, por exemplo, as seguintes: Se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena; se alguém não paga a sua dívida, deve proceder-se a uma execução forçada do seu patrimônio; se alguém é atacado de doença contagiosa, deve ser internado num estabelecimento adequado. Procurando uma fórmula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecida. É esta a forma fundamental da proposição jurídica, já acima posta em evidência. (AUTOR: ano, p.)

Assim como a lei natural, a Proposição Jurídica, ao descrever o seu objeto, liga entre si dois elementos, embora com significados diferentes. A ligação entre o crime e a pena, por exemplo, não tem o caráter de causalidade ou necessidade. Diferentemente da lei física, na qual, quando houver o antecedente, necessariamente haverá o conseqüente. Na proposição jurídica, o significado da cópula ou ligação dos elementos resulta de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica, portanto, de um ato de vontade.

Ainda prossegue Kelsen, distinguindo a causalidade da imputação, pois, mesmo que a forma verbal do princípio da causalidade seja o princípio da imputação, consubstancia-se num juízo hipotético, no qual o pressuposto é ligado a uma consequência. Contudo, o sentido da ligação das referidas categorias difere quando relacionado aos dois princípios.

A distinção entre causalidade e a imputação reside em que – como já notamos – a relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e consequência (*sic*) que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie. Visto que o sentido específico do ato através do qual é produzida a relação entre pressuposto

e consequência numa lei moral ou jurídica é uma norma, pode falar-se de uma relação normativa – para a distinguir de uma relação causal. “Imputação” designa uma relação normativa. É esta relação – e não qualquer outra – que é expressa na palavra “deve ser”, sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica (Kelsen, 2000, p. 86-87)

A distinção entre causalidade e imputação consiste na realidade percebida pelo enfoque do ser e do dever ser. Nesse sentido, o enfoque do *Sein* caracteriza-se pela relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito. Já no *Sollen*, a relação entre pressuposto e consequência não é determinada pela necessidade e facticidade, mas pela presença da norma, que se consubstancia num ato, por meio do qual é produzida a relação pressuposto e consequência.

Ser e Dever-ser são dados imediatos de nossa consciência. São categorias originárias ou *a priori* do conhecimento, isto é, categorias que não derivam de nenhuma outra (dualismo categorial lógico-transcendental). São duas formas mentais primárias e básicas, correspondentes a dois domínios incomunicáveis entre si, o dos fatos ou da natureza física, espiritual e social e o das normas. Correspondem, essencialmente, aos dois mundos reais, radicalmente separados um do outro.

Esse dualismo lógico transcendental foi uma influência do pensamento kantiano, correspondendo àquilo que Kant chamou de *dados da percepção sensível* (*formas a priori da percepção sensível*), que reúnem a matéria da experiência, matéria do conhecimento, perspectivada na espacialidade e na temporalidade (medidas e condições da intuição sensível).

A norma, então, consiste no sentido de *dever-ser* de um ato humano intencionalmente dirigido à conduta do outro, podendo ser uma prescrição, permissão ou autorização. Kelsen indaga-se: “o que constitui o fundamento de validade de uma norma?” Partindo do pressuposto de que a origem de uma norma reside de outra norma, não de um fato, pois, do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deva ser, vai afirmar que a irrupção do direito será explicada através da produção de normas no interior do sistema (produção derivada pela relação de autorização, ou seja, o procedimento previsto em outra norma), resultando que, conseqüentemente, o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra, que é designada como norma superior, por confronto com a norma que é, em relação a ela, a norma inferior.

A indagação do fundamento de validade de uma norma não pode perder-se no infinito, tendo de terminar numa norma mais elevada e última. Portanto, a norma mais elevada tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada.

Assegurado que o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra, Kelsen levanta outra questão: “o que fundamenta a Unidade da Pluralidade das normas que compõe a ordem normativa?” Desejando explicar o que fundamenta essa unidade da pluralidade das normas, que compõe a ordem normativa, Kelsen afirmará que a Norma Fundamental, em sua descrição dada pela Ciência Jurídica, é analogicamente comparada à condição lógico-transcendental interpretativa kantiana, isto é, a *Unidade Sintética do Conhecimento*, tornando-se, para a Ciência Jurídica, o fundamento da unidade e do conhecimento jurídicos, na medida em que, só através da pressuposição da Norma Fundamental, torna-se possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, ou seja, como normas objetivamente válidas.

3 A NORMA FUNDAMENTAL

3.1 A NORMA FUNDAMENTAL COMO PRINCÍPIO DA UNIDADE SINTÉTICA DO CONHECIMENTO JURÍDICO

No tópico anterior, abordou-se como Kelsen, influenciado pelo neokantismo da escola de Marburgo, para a qual a ciência é produto da orientação do método, cria o objeto da ciência do direito, que é a normatividade, residindo esta no mundo do *dever ser*, que é uma categoria lógico-transcendental *a priori* do conhecimento.

O método transcendental permitiu a Kelsen encontrar as condições de possibilidade do conhecimento jurídico, que são, ao mesmo tempo, as condições da forma do direito como objeto da ciência jurídica. Contudo, fazia-se necessário encontrar o princípio da unidade sintética do conhecimento jurídico, que servisse de base para o método normológico e da condição do conhecimento normativo, ordenando os dados sensíveis ou material alógico da experiência, como os conceitos do entendimento kantiano. Kelsen encontrará tal princípio na Norma Fundamental Hipotética, categoria gnosiológica-transcendental, que ordena em sistema os elementos jurídicos, compondo juridicamente o material disperso ou assincrético que a ciência jurídica converte em objeto de conhecimento, possibilitando uma explicação e análise imanente do direito como objeto de conhecimento jurídico. A esse respeito, consideramos oportuna a compreensão de Ebenstein:

La norma fundamental llega a ser, por consiguiente, no sólo la base de validez, sino también el principio de unidad del sistema, puesto que el recurrir a ella

sola determina si una norma pertenece a um sistema particular. Si, ahora, recordamos que la norma básica no es promulgada sino presupuesta, que es una construcción de ciencia jurídica, se demuestra que la unidad del derecho es idéntica al postulado de unidad en toda ciencia jurídica, de cualquier clase de pensamiento que sea. El pensamiento precientífico vió y ve todavía el derecho sólo como un conjunto de apariencia jurídica. La ciencia jurídica constituye un intento de hacer un cosmos fuera de este caos. Porque conocer una cosa y conocerla como unidad es lo mismo.

Por lo tanto, esta teoría de la norma básica es el intento de conseguir para la esfera normativa del derecho esse principio de unidad que Kant, en las ciencias naturales, había descubierto en el transcendental ego o en la conciencia em general. Para Kant la conciencia transcendental no era, por así decirlo, un hecho psicológico, sino la expresión de la unidad de conciencia que aparecía en los contenidos variables. Así también la norma básica es un principio transcendental de unidad en derecho, principio al que pueden atribuirse todos los fenómenos jurídicos y por medio del cual pueden tener su situación definida en el derecho. (EBENSTEIN, 1947, p. 141).

A norma básica, portanto, revela-se como categoria transcendental e, enquanto tal, não é mensurada no âmbito da experiência embora condicionadora da mesma, é um *prius lógico*, norma pressuposta, haja vista não ser promulgada como norma jurídica positiva. Seu caráter transcendental não implica concessão ao direito natural, porque sua finalidade epistemológica consiste na afirmação de validade objetiva do sistema normativo e não dos fenômenos empíricos da conduta humana.

A norma fundamental, então, será considerada por Kelsen como hipótese originária equivalente ao *Eu transcendental* kantiano, princípio da unidade das sensações, que torna possível o conhecimento e o objeto. Em razão disso, ele produzirá o direito como objeto de conhecimento jurídico-científico, instrumento de reconhecimento do direito, hipótese do trabalho lógico jurídico que funda a verdade do sistema.

Sendo categoria, esse é um conceito puro do entendimento. Com ele, reduz-se a multiplicidade do dado na experiência a uma unidade coerente de sentido. Se temos, na experiência de um Direito positivo, uma pluralidade de normas do mais variado conteúdo, colocadas em diversos graus, emitidas por fontes diversas, ora harmonizando-se, ora conflitando-se, encontraremos no múltiplo, o uno, na variedade, a unidade por meio da referida categoria, a fim de construirmos cognoscitivamente um ordenamento, isto é, um sistema de normas, não confundível com qualquer outro sistema de normas jurídicas, ou com outros sistemas de normas não-jurídicas. Ainda que a ordem exista, no dado empírico, precisamos reconstruir cognoscitivamente o dado já pré-construído. Contudo, ainda que alcance o nível maior da sistemática (a forma lógica do sistema), é preciso reconstruir epistemologicamente essa unidade ínsita no objeto do conhecimento. Portanto, como na Teoria kantiana do

conhecimento, a condição da possibilidade do conhecimento jurídico-dogmático reside na categoria, que é a norma fundamental. É transcendental porque, sem ela, inexistente, para o sujeito cognoscente, o dado interpretado como objeto jurídico.

Retomando o raciocínio anteriormente exposto, percebemos que Kelsen, concordando com Kant e os neo-kantianos, considera ser o pensamento ou método responsáveis por produzir o objeto, pois produzir significa tornar cognoscível a matéria desorganizada. Por outras palavras, é dar forma à coisa, unificar os dados, eliminando contradições. Não se deve, contudo, vislumbrar, nessa condicionalidade do objeto pelo sujeito, no âmbito cognoscível, uma criação real, mas sim, epistemológica. O jurista não cria o direito, apenas faz de algo um objeto do conhecimento jurídico, logo, essa produção do direito pelo método é um problema gnosiológico.

Quando a teoria pura do Direito, seguindo a Teoria do Conhecimento kantiano, mantém a tese de que o objeto é criação do sujeito, isto é, das condições transcendentais da experiência de objetos, não sustenta a ideia segundo a qual a Ciência do Direito seja produtora de normas e que o sistema jurídico-positivo provenha geneticamente dessa ciência. O Direito positivo existe antes da ciência jurídica e a ciência jurídica (dogmática) existe antes da teoria da ciência, que é, em último termo, a teoria pura do Direito. A teoria pura do Direito não se confunde, pois, com a Ciência do Direito. Sobre o *factum scientiae* é que se ergue a teoria pura, como uma meta-teoria, ou uma teoria sobre outra teoria-objeto, que é a Ciência-do-Direito.

O método transcendental consiste, então, em demonstrar como as condições do conhecimento são também as condições do seu objeto, porque este é criado por aquele, ou melhor, consiste em explicitar as condições de possibilidade da experiência. Sendo, portanto, através dele que o cientista do direito encontra as condições de possibilidade do direito e as condições do conhecimento científico. Assim, a consequência direta da aplicação desse método é colocar o problema das condições da possibilidade como atitude prévia fundante da cognoscibilidade. No caso da ciência jurídica, cabe indagar se é possível o direito e como é passível conhecê-lo. Para responder a esta indagação, terá o jurista de admitir uma categoria *a priori*, um ponto de partida hipotético, uma hipótese jurídica numa palavra, a ciência jurídica tem necessidade dessa hipótese para conhecer esse direito. A intuição de Kelsen vai fazer com que essa hipótese originária, ou norma fundamental, como já foi dito, equivalha ao *Eu Transcendental* kantiano, que é o princípio da unidade das sensações, que torna possível o conhecimento e o objeto.

O problema fundamental dessa teoria pura do Direito não é como, evolutivamente, o Direito se vai constituindo, mas que condições formais, independentes do conteúdo da experiência, são necessárias para o conhecimento científico do Direito.

3.2 A NORMA FUNDAMENTAL ENQUANTO NORMA PRESSUPOSTA

Kelsen retoma a sua hipótese originária, princípio da unidade do conhecimento jurídico, a partir da experiência empírico-existencial dada pela observação da própria natureza do direito como uma ordem normativa. Portanto, se começamos, inversamente, pelo aspecto epistemológico-noético, agora tomaremos o caminho existencial para chegar à norma fundamental, enquanto norma pressuposta a partir da observação da fenomenologia da criação das normas, que ratificará seu aspecto transcendental ordenador dos elementos jurídicos de forma sistemática.

Perguntando-se Kelsen o que fundamenta a unidade da pluralidade das normas que compõem a ordem normativa e o que constitui o fundamento de validade de uma norma, argumentará que o fundamento de validade de uma norma não reside numa simples verificação de um fato da ordem do ser. Não podendo tal fundamento ser um fato, pois, do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser, ao contrário *sensu* do fato de algo dever ser não se pode seguir que algo é.

A origem de uma norma reside em outra norma, não num fato. Se originasse de um fato, quebrar-se-ia a conclusividade do sistema, norma provinda de fato, ou de norma de outro sistema, como o do Direito natural. Num caso, poria por terra a irredutibilidade entre o dever ser e o ser, noutro, a tese capital do positivismo, qual seja, o Direito positivo tem seu fundamento em si mesmo, não em um Direito supra positivo. Encerrada num universo hermético de normas, a teoria pura não explicará a irrupção do Direito por via do fato, pelo uso contrário à norma válida, pela revolução ou pela desaplicação constante de regras válidas do sistema. Mas, tão somente, a produção derivada de normas no interior do sistema, a produção derivada.

Conclui-se, então, que o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, que é designada como norma superior, por confronto com a norma que é, em relação a ela, a norma inferior.

Aceitando que a norma que representa o fundamento de validade é outra norma e, em face desta, uma norma superior, percebe que a indagação do fundamento de validade de uma

norma não pode perder-se no infinito, tendo de terminar numa norma mais elevada e última. Bobbio, no seu livro *Teoria do Ordenamento Jurídico*, concorda com Kelsen a este respeito:

Será que as normas constitucionais são as últimas, além das quais não se pode ir?

Por outro lado, aqui e acolá, tivemos ocasião de falar de uma norma fundamental de todo o ordenamento jurídico. Será que as normas constitucionais são a norma fundamental?

Para fecharmos o sistema, devemos dar agora um passo além das normas constitucionais.

Partamos da consideração de que toda norma pressupõe um poder normativo: norma significativa imposição de obrigações (imperativo, comando, prescrição, etc.); onde há obrigação, como já vimos, há poder.

Portanto, se existem normas constitucionais, deve existir o poder normativo do qual elas derivam: esse poder é o poder constituinte. O poder constituinte é o poder último, ou, se quisermos, supremo, originário, num ordenamento jurídico.

Mas, se vimos que uma norma jurídica pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe, por sua vez, uma norma que o autoriza a produzir normas jurídicas.

Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa norma é a norma fundamental (BOBBIO, 1999, p. 58).

A norma básica, categoria que garante a unidade do ordenamento jurídico, sendo um pressuposto, deve ser vista como um postulado, e, enquanto tal, consubstancia-se numa proposição a partir da qual se deduzem outras, não sendo ela mesma passível de ser deduzida de alguma outra categoria. A norma fundamental consiste, pois, numa proposição evidente e posta no ápice do sistema normativo, reconduzindo a si todas as normas existentes no sistema.

Esta tal norma, pelo carácter que possui, como descrevemos, tem de ser pressuposta, porque, se fosse posta por uma autoridade como todas as outras, sua competência teria de se fundar numa outra norma mais elevada. Neste sentido, a validade dessa norma pressuposta não é derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Esta norma, Kelsen designa, como é sabido, norma fundamental (*Grundnorm*):

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em fase desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal

norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito. Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e a mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, 2000, p. 217).

Assim, se toda norma provém de norma, em rigor, inexistente a produtividade normativa do fático, o conjunto, que é o sistema, é, ontologicamente, em si mesmo autossuficiente. Quanto ao problema do começo normativo do sistema, pode-se dizer que, para o sistema normativo, que alcançou a forma estatal, o início está na Constituição. Saber de onde provém a Constituição positiva, ou seja, qual o fato constituinte, o proto-fato, é uma questão metajurídica, transsistemática, transcendente ao sistema positivo. Como o sistema requer um ponto-origem, como dito, e não se dilui numa sequência interminável de antecedentes, há que se deter, por uma necessidade gnosiológica, numa norma fundante, que não é positiva por não ter uma sobrenorma da qual seja aplicação. É, portanto, uma norma pressuposta, uma hipótese-limite, que confere conclusividade ou fechamento ao conjunto de normas que é o Direito.

Kelsen descarta, de antemão, que a norma fundamental possa ser uma categoria racional a partir da qual, por um processo de dedução lógica, venha-se inferir a validade de uma norma jurídica, ao mesmo tempo que nega que ela seja uma norma material, cujo conteúdo seja imediatamente evidente, pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas as demais normas de conduta humana através de uma operação lógica. Villanova, apontando o caminho para o encontro da Norma Fundamental, afirma que a mesma não se obtém por dedução ou pela via indutiva:

A norma fundamental não se obtém por dedução. A inferência dedutiva parte de premissa maior, que seria uma norma suprapositiva de Direito natural (Direito ideal ou racional). Ora, norma de Direito natural é norma com um conteúdo de valor e, por isso mesmo, norma fundamentalmente justa. Se não se quer inserir o sistema normativo do Direito natural no sistema jurídico positivo, a norma fundamental seria uma norma intercalar entre os dois sistemas, mas correspondendo, por seu conteúdo, à norma de Direito natural. Seu núcleo de valor absoluto seria obtido por dedução da norma (ou normas) absolutamente válida do Direito natural. Mas a teoria pura, como teoria do Direito positivo, corta qualquer vínculo com um Direito natural, este, sim, deduzindo de postulados da razão prática, os quais, na teoria kantiana (há várias teorias do Direito natural e não um Direito natural único), são materiais

e a priori, quer dizer, tem conteúdo mas não derivam da experiência, ficando desta experiência dependentes, o que os tornariam relativos.

Também nega, Villanova, que a Norma Fundamental possa ser encontrada pela via indutiva a partir da comparação e confrontação das normas num processo ascensional.

Também não seria caminho idôneo ir pela via indutiva. Os dados da experiência, aqui, são normas. Ir de norma em norma (e de sistema para sistema), confrontando-as comparativamente, para tirar o núcleo comum, conduziria a princípios materiais ou a normas positivas que representariam o promédio típico material de um ciclo natural do Direito, ou a uma generalização material de uma área histórica do Direito positivo, aquela consciência comum do direito e do justo, a que tende a evolução histórica do Direito, base da tese de um sobredireito universal das nações civilizadas. E se por essa via chegássemos a uma norma universal, comum ponto de convergência normativa dos Estados, esta não seria a norma fundamental kelseniana. Seria uma norma historicamente a posteriori e materialmente repleta de conteúdo normativo e axiológico. Seria uma norma posta, proveniente da experiência, válida pelo conteúdo e dotada de eficiência pelo cumprimento ou observância geral da consciência jurídica dos Estados. Teríamos uma *Fundamentalgesetz* não uma *Grundnorm*, ou uma lei fundamental como uma *Allgemeinerorm* (VILLANOVA, 1977, p. 4-5).

Só é possível compreender a validade de uma norma jurídica qualquer (e a pressuposição da norma fundamental) atentando para o fato de que as normas são produzidas através de um ato especial de criação que as torna postas, isto é, positivadas enquanto elementos de uma ordem positiva. Pelo processo de criação, pressupomos a forma fixada pela Norma Fundamental pressuposta, aduzindo daí a validade de uma norma jurídica e a sua pertença ao ordenamento jurídico, já que foram criadas em conformidade com a norma fundamental.

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser reduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada —em últimas análises, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída se der conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão. A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas — como o particular do geral — normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica tem de ser produzidas através de um ato especial de

criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva (KELSEN, 2000, p. 221-222).

A norma fundamental se consubstancia como uma norma lógico-jurídico, ponto de partida do processo de criação do direito positivo, não sendo, portanto, ela própria uma norma posta, mas pressuposta, à qual chegou-se por um processo indutivo de indagação a respeito do fundamento de validade de uma norma jurídica.

A questão do fundamento de validade de uma norma jurídica que pertence a uma determinada ordem jurídica estadual pode pôr-se – como já notamos num outro ponto – a propósito de um ato de coerção, v.g., quando um indivíduo tira a outro compulsoriamente a vida, provocando a sua própria morte por enforcamento, a execução de uma pena, e não um homicídio. Um tal ato apenas pode ser interpretado como ato jurídico, como execução de uma pena, e não como homicídio, quando é estatuído por uma norma jurídica, a saber, uma norma jurídica individual, ou seja, quando é posto como devido (devendo-ser) por uma norma que se apresenta sob a forma de sentença judicial. Levanta-se, assim, a questão de saber sob que pressupostos é possível uma tal interpretação, por que é que no caso presente se trata de uma sentença judicial, por que é que vale a norma individual por ela estabelecida, por que é uma norma jurídica válida, por que pertence a uma ordem jurídica válida e, portanto, deve ser aplicada. A resposta a esta questão é: porque esta norma individual foi posta em aplicação da lei penal que contém uma norma geral por força da qual, sob os pressupostos que no caso vertente se apresentam, deve ser aplicada a pena de morte. Se se pergunta pelo fundamento de validade desta lei penal, tem-se como resposta: a lei penal vale porque foi ditada pela corporação legislativa e esta recebe de uma norma da Constituição estadual o poder de fixar normas gerais.

Nesse mesmo espírito, continua Kelsen indagando sobre o fundamento de validade da constituição Estadual, responsável por fundamentar a validade de todas as normas do sistema sejam gerais ou individuais.

Se se pergunta pelo fundamento de validade da Constituição estadual, na qual se funda a validade de todas as normas gerais e a validade das normas individuais produzidas com base nestas normas gerais, quer dizer, se se pergunta pelo fundamento de validade das normas que regulam a criação das normas gerais enquanto determinam através de que órgãos e de que processos as normas gerais devem ser criadas, seremos talvez conduzidos a uma Constituição estadual mais antiga. Quer dizer: fundamentamos a validade da Constituição estadual existente no fato de ela ter surgido de conformidade com as determinações de uma Constituição estadual anterior pela via de uma alteração constitucional, constitucionalmente operada, o que, por sua vez, significa: de acordo com uma norma positiva estabelecida por uma autoridade jurídica.

Kelsen conclui seu raciocínio, elaborado a partir da indagação sobre o fundamento da validade última de uma norma jurídica, com a percepção da Constituição estadual considerada historicamente.

Assim se chega finalmente a uma Constituição estadual que é historicamente a primeira, a qual já não surgiu por um processo idêntico e cuja validade, portanto, não pode ser reconduzida à de uma outra procedente de uma norma positiva fixada por uma autoridade jurídica, mas é uma Constituição estadual que surgiu revolucionariamente, quer dizer, rompendo com uma Constituição anteriormente existente, ou, então, veio a surgir com validade para um domínio que anteriormente não era abrangido pelo domínio de validade de uma Constituição estadual de uma ordem jurídica estadual sobre ela apoiada (KELSEN, 2000, p. 221-222)

Feitas estas considerações a respeito do fundamento de validade de uma lei num processo ascensional, indutivo, Kelsen concluirá que a natureza da Norma Fundamental é ser pressuposta. Nesse sentido, prossegue seu raciocínio, pois, se ela fosse posta, seria preciso indagar sobre a autoridade que a teria posta, e a norma anterior responsável por sua validade. Diante disso, para evitar um questionamento sem fim sobre o fundamento de validade das normas, faz-se necessário que se considere ser a *Grundnorm* pressuposta.

Se se toma apenas em consideração a ordem jurídica estadual – e não também o direito internacional -, e se se pergunta pelo fundamento de validade de uma Constituição estadual que foi historicamente a primeira, quer dizer, de uma Constituição que não veio à existência pela via de uma modificação constitucional de uma Constituição estadual anterior, então a resposta – se renunciamos a reconduzir a validade da Constituição estadual e a validade das normas criadas em conformidade com ela a uma norma posta por uma autoridade metajurídica, como Deus ou a natureza – apenas pode ser que a validade desta Constituição, a aceitação de que ela constitui uma norma vinculante, tem de ser pressuposta para que seja possível interpretar os atos postos em conformidade com ela como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas, e os atos postos em aplicação destas normas jurídicas gerais como criação ou aplicação de normas jurídicas individuais válidas. Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo (KELSEN, 2000, p. 221-223).

Se não houver necessidade de fazer esse percurso ascendente de validade, para conhecer a natureza da norma fundamental, pode-se questionar diretamente o fundamento de uma constituição determinada efetivamente estabelecida, uma vez que a *Grundnorm* à ela,

imediatamente, se refere e só mediatamente e *a posteriori* refere-se ao ordenamento criado de acordo com a Constituição.

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. 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, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. Somente quando pressupomos esta norma fundamental referida a uma Constituição inteiramente determinada, quer dizer, somente quando pressupomos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas (Kelsen, 2000, p. 224).

Evidentemente, o referido questionamento do fundamento de uma constituição concretamente determinada não se refere ao seu conteúdo nem à ordem jurídica criada com base nele. Muito menos, saber se a referida ordem é justa ou não, isto porque a perspectiva da pressuposição da norma fundamental não é afirmada por qualquer valor que transcenda o direito positivo. A norma fundamental funciona, então, como uma condição lógico-transcendental que dá forma e funda hermeneuticamente o sistema. A norma fundamental assim pressuposta, elemento fundante do conhecimento e da validade do ordenamento jurídico, torna-se, para a ciência jurídica, condição lógico-transcendental do sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como sendo seu sentido objetivo, isto é, como norma objetivamente válida. Pela norma fundamental, apreendida pela observação contingencial, Kelsen, influenciado pela epistemologia kantiana, chega à fundamentação epistemológica da unidade do conhecimento jurídico:

Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas. Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que se não contradizem (KELSEN, 2000, p. 228).

Sendo, então, reitera-se, logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas jurídicas positivas, para Kelsen, ela apenas pode ser uma norma pensada como pressuposta, quando uma ordem coercitiva globalmente eficaz é interpretada como um sistema de normas jurídicas válidas. Enquanto norma pensada e pressuposta, verifica-se como condição teórico-gnosiológica, sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido objetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como o seu sentido objetivo, como normas válidas. A esse respeito comenta William Ebenstein:

El curso dinámico del derecho se origina en todo caso en la norma básica, la primera y soberana norma del sistema, que no es promulgada, sino presupuesta; no constituída, sino preconstituída. Esta norma la llama Kelsen la constitución en sentido lógico (rechtslogisch), por cuanto en primer lugar instituye la autoridad legislativa. Esta autoridad establece normas que regulan la formación del derecho: esas normas forman la algunas constituciones no sólo se restablece el procedimiento para legislar, sino que proporcionalmente aparecen determinadas reglas, tales como la lista de los derechos fundamentales. Esto no afecta al carácter esencial de la constitución como procedimiento tipo de la formación del derecho (EBENSTEIN, 1947, p. 160).

No mesmo sentido, comentando o fundamento de validade lógico e empírico-jurídico da constituição, afirma Villanova que a indagação sobre o fundamento de validade da Constituição não pode reduzir-se à percepção do mundo *sub specie normae*, sendo necessário, também, indagar o fundamento histórico de validade da Constituição.

O fundamento de validade, a razão por que as sucessivas normas postas pelos órgãos constituídos têm valor objetivo de normas de Direito, encontra-se na Constituição positiva, no direito constitucional (que pode estar codificado formalmente, ou disperso em leis constitucionais materiais). Esse é o fundamento imediato e empírico-jurídico. Decorre da estrutura escalonada do ordenamento jurídico o fato de que as capas normativas se disponham em relações de supra e subordinação. Há de se encontrar uma última capa normativa, a mais alta, aquele mínimo de Direito fundamental de organização política, no qual tem assento os órgãos de criação e de aplicação do Direito, e onde se prescreve o método jurídico segundo o qual novas normas vão sendo sucessivamente produzidas.

Mas, além desse fundamento de validade empírico-jurídico, com que se satisfaz o jurista prático, trabalhando no interior do ordenamento, sem outra preocupação que qualificar os fatos segundo as normas jurídicas existentes (seleccionando dos fatos do mundo natural e social – os suportes fáticos – a porção com que eles entram no âmbito do pressuposto normativo), ou vendo o mundo *sub specie normae*, é necessário perguntar pelo fundamento de validade da Constituição. Se a Constituição C proveio por reforma prevista na Constituição B, anterior, então esta é o fundamento de validade empírico-jurídico de C. Mas se C, é, historicamente, a primeira da série, jurídico-positivamente a Constituição inicial, então só tem cabimento a indagação pelo

fundamento de validade desta última, que não mais pode ser empírico-jurídico. Inexiste juridicamente anterior, da qual proviesse essa Constituição. Esse não é um pseudo problema, ou uma questão sem-sentido. É a busca do fundamento de validade lógico-jurídico, isto é, a busca da norma fundamental que, no caso de estarmos ante uma Constituição positiva, a teoria pura denomina Constituição em sentido lógico-jurídico (VILLANOVA, 1977, p. 26-27)

Para Bobbio, em que pese o fato de a norma fundamental ser uma aquisição do pensamento e, portanto, pressuposta, não significa que ela não exista.

O fato de essa norma não ser expressa não significa que não exista: a ela nos referimos como o fundamento subentendido da legitimidade de todo o sistema. Quando apelamos à Constituição para requerer a sua aplicação, alguma vez nos perguntamos o que significa juridicamente essa nossa apelação? Significa que consideramos legítima a Constituição porque foi legitimamente estabelecida. Se depois nos perguntamos o que significa o ter sido legitimamente estabelecida, ou remontarmos ao decreto do governo provisório que se instalou na Itália em 25 de junho de 1944, e que atribuía a uma futura assembleia constituinte a tarefa de deliberar uma nova Constituição do Estado italiano, ou então aceitarmos as teses da ruptura entre o velho e o novo ordenamento, não poderemos fazer outra coisa senão pressupor uma norma que impõe obediência àquilo que o poder constituinte estabelecer; essa norma fundamental, mesmo não-expressa, é o pressuposto da nossa obediência às leis que derivam da Constituição, e à própria Constituição (BOBBIO, 1999, p. 60).

No entendimento de Kelsen, ao formular a norma fundamental, somente tornamos explícito o que todos os juristas, inconscientemente, na maioria dos casos, dão por admitido ou suposto, quando consideram o direito positivo como um sistema de normas válidas e não unicamente como um conjunto de fatos:

Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem – quase sempre inconscientemente – quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade, desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica - quer dizer: a uma norma posta por uma autoridade supra-ordenada à autoridade jurídica –; quando concebem o Direito exclusivamente como Direito positivo. A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado. (VILLANOVA, 1977, p. 25).

4 CONHECIMENTO TRANSCENDENTAL

A Teoria Pura do Direito pergunta: Como é possível uma interpretação não passível de recorrer a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos relacionados com o sistema de normas objetivamente válidas, descritas na forma de proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnosiológica) da Teoria Pura é: sob a condição de pressupormos a Norma Fundamental, que é descrita pela seguinte proposição: *Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, em harmonia com as prescrições do autor da Constituição ou ainda, devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela.*

Kelsen, portanto, transforma a Norma Fundamental num conhecimento transcendental, numa *forma a priori (ou conceito) do entendimento*, ou seja, num princípio da *Unidade Sintética do Conhecimento Jurídico*. Com esta natureza, tal norma serve de base para o método normológico e para a condição do conhecimento normativo, ordenando, em sistema, os elementos jurídicos, compondo juridicamente o material disperso ou assincrético que a Ciência Jurídica converte em objeto de conhecimento, o que possibilita uma explicação e uma análise imanente do Direito como objeto de conhecimento jurídico.

Enquanto categoria transcendental, a Norma Fundamental não pode depender da experiência, verificando-se em relação à mesma uma absoluta independência, por tratar-se de uma forma a priori do entendimento jurídico, precedendo o conhecimento como tal. Essa independência sustenta-se no fato de a Norma Fundamental não se originar de um fato do *ser*, mas do *dever ser* de uma última norma pressuposta.

4.1 VESTÍGIO DE CONTRADIÇÃO

Acontece que Kelsen parece contradizer-se quando afirma que se pressupõe uma nova norma fundamental, porque o comportamento efetivo dos homens, sobre os quais uma nova ordem pretende valer, não corresponde à ordem antiga, mas a uma nova. Está, assim, afirmando que a antiga foi, de fato, substituída por outra, motivo pelo qual se supõe, como decorrência direta desse fato, a existência de uma nova norma básica. Então, antes de um fato novo, não é possível supor, ter como válida uma nova norma fundamental. A norma básica de um regime republicano, por exemplo, não pode ser suposta, tida como válida, durante a vigência de uma monarquia, mas só depois da substituição desta por aquele.

Logo, é evidente que o primeiro princípio do qual decorre a nova ordem não é a Norma Fundamental, mas o fato que determinou o aparecimento dessa norma. Indaga-se, então: onde está o apoio transcendental kantiano a Kelsen? Compreende-se que o filosofar kantiano não pode ser tido como modelo para Kelsen, porque este não levou até as últimas consequências os princípios preconizados pelo filósofo de Königsberg, não conseguindo manter a radical inconciliabilidade entre o *ser* e o *dever-ser*, pois, quando afirma que a eficácia é indispensável para a validade de uma norma jurídica, outra coisa não faz senão pôr o *Sollen* na dependência do *Sein*, comprometendo a rigorosa separação entre o mundo natural e o mundo normativo. Isto possibilita tecer críticas ao pensamento kelseniano, no que diz respeito à sua concepção do direito e do Estado, a partir de uma perspectiva histórico-sociológica.

Acredita-se que tecer críticas ao pensamento kelseniano, a partir de fora do sistema, pelo viés dos valores, da ideologia ou outro fator qualquer, seria uma atitude extremamente ingênua, haja vista que o mesmo descarta tais referenciais como critério de avaliação do Direito, tornando-se possível, apenas, questioná-lo e refletir sobre uma possível fragilidade do sistema, partindo-se de dentro do mesmo, ou seja, dos seus pressupostos epistemológicos, tomando como ponto inicial a própria Norma Fundamental, o que permitiria analisar a coerência do seu discurso no que diz respeito à teoria do ordenamento jurídico e do Estado, tal como os concebe.

Adotou-se a referida estratégia epistemológica porque se rejeitou a concepção de uma Ciência Jurídica formal-normativista, na qual o Direito se revela apenas como tecnologia de controle, organização e direção social de maneira despolitizada, adestradora e dogmática, estruturada em torno de um sistema jurídico tido como autárquico, autossuficiente, completo, lógico, formalmente coerente e distanciado da realidade. Contra tal postura, e, levando-se em consideração nosso contexto social, faz-se necessária uma atividade verdadeiramente científica, eminentemente crítica e especulativa, que exija uma formação normativa não dogmática e multidisciplinar, organizada a partir de uma interrogação sobre a dimensão política, as implicações socioeconômicas e a natureza ideológica da ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ALONSO, J. A. Dagal. *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen*. México, abr. 1998.
Disponível em: http://www.hemerodigital.unam.mx/ANUIES/lasalle/logos/76/sec_5.htm.
Acesso em 29 de set. 2001.

AMADO, Juan A. G. *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*. Madri, 1996. Presentación del Libro Disponível em: <http://www.fortunecity.com/harvard/930/kelsen.htm>. Acesso em: 29 set. 2001.

_____. *Kelsen y las reglas de la ciencia del Derecho*. Madri, 1997. Disponível em: <<http://www.fortunecity.com/harvard/930/kelsen.htm>>. Acesso em: 29 set. 2001.

ANDRADE, V. R. P. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARAGON, Célio S. A visão do Direito segundo Hans Kelsen. *Jus Navigandi*, n. 46, set. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=14>>. Acesso em: 25 set. 2001.

AZAMBUJA, D. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Globo, 2001.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 1998.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB., 1999.

BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1983.

CAMPOS SILVA, N. T. R. Estado e Direito em Kelsen. Considerações sobre o monismo kelseniano. In: PRADO, L. R.; KARAM, M. (orgs). *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 1985, p. 168-70.

CARRIÓ, G. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1970.

COELHO, F. U. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CRAMPE-CASNABET, M. Kant. *Uma revolução filosófica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994

CUNHA LIMA, Susana F. *Considerações sobre a Norma Hipotética Fundamental*. Natal, 2001. Forense Atualidades. Disponível em: <<http://www.forense.com.br/atualida/351dou13.htm>>. Acesso em: 25 set. 2001.

CUPANI, Alberto. *A crítica ao positivismo e o futuro da filosofia*. Florianópolis: EDUFSC, 1985.

DALLARI, Dalmo A. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIAS, Maurício L. *Lógica e Linguagem: da teoria pura à teoria discursiva do Direito*. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/posdireito/caderno1/texto4.html>>. Acesso em: 29 set. 2001.

DINIZ, M. H. *A ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1995.

EBENSTEIN, Willian. *La teoria pura del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.

ENGLISH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1968.

FERRAZ JR, T. S. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

- _____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FRIEDRICH. C. J. *Perspectiva histórica da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- GALVÃO FILHO, Dirceu M. *Kelsen: a pureza metódica*. São Paulo, Jus Navigandi, n.42, 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=13>>. Acesso em: 25 set. 2001.
- GILSON, Etienne. *História da Filosofia Cristã*. Petrópolis: Vozes, 1988.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GUERRA FILHO, W. S. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *O pensamento jurídico contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 1955.
- HERKENHOF, João B. *Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do Jurista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- KANT, I. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.
- KARL, Marx. *Obras escolhidas*. Lisboa: Edições Progresso, 1982.
- KELSEN, H. *Contribuciones a la teoria pura del Derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969.
- _____. *Compéndio de teoria general del Estado*. México: Nacional, 1974.
- _____. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1985.
- _____. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Versão condensada pelo próprio autor).
- _____. *O que é a Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1999a.
- _____. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.
- _____. *O problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1999c.
- LARENZ. K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEGAZ y LACAMBRA. *Horizontes del pensamiento Jurídico*. Barcelona: Bosh, 1947.
- LIMA LOPES. J. R. *O Direito na História: Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- LYRA FILHO, Roberto. *Humanismo dialético*. Direito & Avesso. Brasília: Nair 3:19-103, jan./jul. 1983^a.
- _____. *Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o Direito*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1983.
- LOSANO, Mario G. *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1992.
- MACHADO, E. M. *Elementos da teoria geral do Direito*. Belo Horizonte: EDUFMG, 1995.
- MACHADO NETO, A. L. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- _____. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARTINS, I. G. (Org.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira; Associação Internacional de Direito e Economia, 1998.

MATTA, E. *O Realismo da Teoria Pura do Direito: tópicos capitais do pensamento kelseniano*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.

MENEZES, Djacir. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Aurora, 1952.

NUNES, Luiz A Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA JR., J. Alcebíades. Norma fundamental Kelseniana e conceito de Direito. *Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Disponível em: <<http://www.estacio.br/direito/revista/revista2/artigo5.htm>>. Acesso em: 29 set. 2001.

PACZKOWSKI, Homar. *Norma fundamental única & teoria do Direito de Kelsen: conceitos e fundamentação meta-jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2002.

PASCAL, G. *O pensamento de Kant*. Petrópolis: Vozes, 2001.

PICCOLI, Alexandre. Norma jurídica e proposição jurídica: estudo diferenciativo. Porto Alegre, 2001. *Jus Navigandi*, n.31. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3>>. Acesso em 25 set. 2001.

PRADE, P. *Fundamentos jusfilosóficos da Constituição: Introdução crítica à concepção de Kelsen*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

PRADO, L. R. (Org.). *Estudos da Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

REALE, M. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982.

RESENDE, Antonio. *Curso de Filosofia*. Rio do Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

RUBEL, Maximilien. *Páginas escogidas de Marx para una Ética Socialista*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1970

SALGADO, J.C. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: EDUFMG, 1995.

POSITIVISMO. Disponível em: <http://www.todoiure.com.ar/monografias/varios/positivismo.htm>>. Acesso em 29 set. 2001.

TIMASHEFF, Nicolas S. *Teoria Sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

TELLES JÚNIOR, G. *A criação do Direito*. São Paulo: Bushatsky, 1953.

VILLANOVA, L. Teoria da norma fundamental. In: CAVALCANTI, T. (Org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 01-52

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do Direito*. São Paulo: Ed. Saraiva 1977.

WARAT, L. A. *A pureza do poder*. Florianópolis: EDUFSC, 1983.