

A NORMA FUNDAMENTAL DE HANS Kelsen COMO POSTULADO CIENTÍFICO

*Andityas Soares de Moura COSTA MATOS**

RESUMO

O presente artigo discute o estatuto teórico da norma fundamental (*Grundnorm*) proposta por Hans Kelsen como fundamento não-metafísico da ciência jurídica. Para tanto, são abordadas as principais formas mediante as quais a norma fundamental foi compreendida ao longo do pensamento kelseniano – hipótese e ficção –, destacando-se os pontos fortes e as limitações de tais construções. Para além do exame da literatura especializada no que se relaciona à estrutura lógico-conceitual da norma fundamental, pretende-se propor neste texto uma nova caracterização da norma fundamental. Com efeito, entendida por meio de uma aproximação crítico-epistemológica, a norma fundamental passa a ser vista enquanto postulado de caráter científico capaz de garantir não a neutralidade – algo que Kelsen jamais propôs –, mas sim a independência da ciência jurídica diante das injunções do poder. Dessa maneira, ao lado de sua função eminentemente metodológica, a norma fundamental exerce clara e relevante função política, determinando a insubmissão do direito em face das tentativas de colonização às quais se expõe diuturnamente.

PALAVRAS-CHAVE: Norma fundamental. Estrutura e crítica. Hipótese e ficção. Postulado científico.

* Professor Adjunto de Filosofia do Direito e disciplinas afins na Faculdade de Direito da UFMG. Graduado em Direito, Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito e Justiça pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Titular de Filosofia do Direito no curso de Graduação em Direito da FEAD. E-mail: vergiliopublius@hotmail.com

SUMÁRIO: 1) Introdução. 2) Normativismo jurídico e norma fundamental. 3) Natureza da norma fundamental. 3.1) Ficção jurídica. 3.2) Hipótese lógico-transcendental. 3.2.1) A influência de Cohen. 3.2.2) Kant e Kelsen. 3.3) Postulado científico. 4) Importância prática da norma fundamental. Referências.

1. Introdução

Ao nos posicionarmos sobre o sentido prático do juspositivismo, somos tentados a nos lembrar de Kant, para quem a prática sem a teoria é cega e a teoria dissociada da prática é inútil. Contudo, esta seria uma forma de acabar com a discussão, não de iniciá-la. Parece óbvio a qualquer um que a função das teorias científicas, pelo menos nos dias de hoje, não é tanto ser uma espécie de contemplação desinteressada do real, como queriam os gregos, mas servir à resolução de problemas humanos, ainda que agindo assim a ciência corra o inevitável risco de se transformar em ideologia,¹ risco que, parafraseando Kelsen, faz parte da honra da ciência (KELSEN, 1998b: 25). Não nos parece possível entender a ciência – em especial a jurídica – como um conjunto de descrições neutras (“desinteressadas”) da realidade. Se algo justifica o conhecimento científico, sem dúvida é a sua possibi-

¹ Não adotamos neste trabalho a clássica noção de ideologia proposta por Marx, que a entende como um meio superestrutural de encobrimento da realidade cuja função é manter o poder da classe economicamente dominante. Os conceitos de “teoria” e “ideologia” que ora utilizamos são apresentados por Bobbio em uma página memorável: “[...] teoria é a expressão da atitude puramente cognoscitiva que o homem assume face a uma realidade e é, portanto, constituída por um conjunto de juízos de fato, que têm a única finalidade de informar os outros acerca de tal realidade. A ideologia, em vez disso, é a expressão do comportamento avaliativo que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm escopo de influírem sobre tal realidade. A propósito de uma teoria, dizemos ser verdadeira ou falsa (segundo seus enunciados correspondam ou não à realidade). Não faz sentido, ao contrário, apregoar a verdade ou a falsidade de uma ideologia, dado que isto não descreveria a realidade, mas sobre ela influiria” (BOBBIO, 1999: 223).

lidade de nos auxiliar a compreender o mundo para, posteriormente, tentar transformá-lo.

Nessa perspectiva, devemos compreender desde já que o juspositivismo não se pretende neutro, mas sim avalorativo. Bem ao contrário do que sustentam seus detratores, há uma ideologia que anima todo o pensar juspositivista, como veremos no decorrer deste texto. No entanto, admitir o caráter ideológico do conhecimento juspositivista – característica que, de resto, permeia todo e qualquer conhecimento humano – não implica abrir mão de rigor e de controle metodológico, mas antes, paradoxalmente, significa reforçá-los. Assim, analisar da maneira mais fiel possível determinado objeto de estudo não é, como querem os pós-modernos, heresia ou tolice. Trata-se apenas de uma postura gnoseológica que prefere – e nessa preferência está a semente da ideologia juspositivista – descrever a realidade mediante juízos de fato, rechaçando as proposições pseudo-científicas assentadas sobre juízos de valor. Pode-se criticar tal posição, sustentando-se que a descrição do real com base em juízos de valor é mais convincente ou politicamente rentável. Pode-se inclusive polemizar em relação às definições de “fato” e “valor”. Contudo, não nos parece admissível sustentar a indiferenciação entre ambas as instâncias ontológicas, distinção fundamental da qual partem todos os positivismos jurídicos.

Por desenvolver narrativas metodologicamente controladas da realidade jurídica, deixando assim de opinar sobre a adequabilidade social ou axiológica de seus objetos de estudo, o juspositivismo foi atacado por praticamente todas as demais escolas do pensamento jurídico, desde os realistas até os auto-proclamados pós-positivistas. A principal censura dirigida ao juspositivismo se dá no sentido de afirmar que uma ciência incapaz de fornecer critérios para a ação, ou seja, que se limita a descrever as coisas como são é, em uma palavra, uma ciência inútil. Por isso nos parece urgente e necessário o aprofundamento do debate sobre a função que um conhecimento positivista do direito pode realizar na prática jurídica. Em termos mais simples, podemos nos perguntar de que maneira o aparato conceitual desenvolvido pelo juspositivismo desde o final do século XIX pode auxiliar os operadores do direito em sua faina diária. Não

se trata simplesmente de oferecer respostas simplistas, tal como a de Kant, segundo a qual a teoria é necessária a uma prática consciente e informada. Isso é uma obviedade. Para ser profícuo, o debate precisa se verticalizar e discutir em que medida certos conceitos e estruturas do pensamento juspositivista são, não obstante seu caráter teórico, necessários à prática cotidiana do direito. Pois bem, dentre os vários construtos juspositivistas sem os quais a prática jurídica nos parece impensável, selecionamos aquele que talvez seja o mais problemático de todos e que por muitos autores é considerado como o “calcanhar de Aquiles” do mais consistente sistema juspositivista já proposto. Referimo-nos à norma fundamental característica do normativismo kelseniano.

Aos olhos dos inimigos do positivismo jurídico, que o classificam como uma teoria equivocada e inservível para a proceduralização do direito em sociedades hiper-complexas, a norma fundamental equivaleria ao *nec plus ultra* dos delírios teóricos, não desempenhando qualquer função efetiva no labor jurídico. Por isso ela mereceria ser esquecida ou, quando muito, preservada nas notas de rodapé dos manuais de Filosofia do Direito, onde seria exposta como uma curiosa e ociosa peça de museu, símbolo de épocas atrasadas, quando os juristas eram todos idiotas. Hoje viveríamos em dias muito diferentes, dias brilhantemente pós-positivistas, quando os operadores do direito se tornaram sensíveis e inteligentes, eis que descobriram o ovo de Colombo radicado na distinção – banal, notemos – entre regras e princípios.

Ironias à parte, devido à sua feição abstrata e à sua natureza controvertida – ficção jurídica, hipótese lógico-transcendental, pressuposto? –, a norma fundamental nunca foi bem compreendida, a não ser por uma pequena camarilha versada nos arcanos do normativismo kelseniano. Ainda assim e de modo até mesmo inconsciente, a noção de norma fundamental desempenha papéis centrais na prática jurídica. O propósito deste artigo é trazer à luz a faceta pragmática da norma fundamental, construto essencial à conformação do cotidiano jurídico do Estado contemporâneo, não sem antes passarmos em revista os principais elementos teóricos necessários à compreen-

são do normativismo, corrente em que surge de modo sistemático a teoria da norma fundamental, tema que ocupará a seção 2. Na seção 3 discutiremos a natureza e as funções da norma fundamental, para finalmente concluirmos, na seção 4, com a análise de sua relação com a prática jurídica.

2. Normativismo jurídico e norma fundamental²

O normativismo é uma escola do pensamento jurídico de matriz juspositivista surgida no início do século XX. Por ser juspositivista, o normativismo jurídico aceita os seus dois principais postulados, quais sejam: a) limitação do objeto de estudo ao direito posto, ou seja, efetivamente existente na realidade social, o que traz como consequência a negação da existência de qualquer ordem jurídica metafísica, tal como a do direito natural; b) assunção de uma postura epistemológica orientada rumo à avaloratividade e à construção de um discurso científico rigoroso, no que se percebe a influência do Círculo de Viena de Carnap, Neurath e Schlick. O normativismo jurídico foi desenvolvido inicialmente por juspublicistas alemães como Edmund Bernatzik, Otto Mayer e Paul Laband que partiram dos trabalhos fundamentais de Carl Friedrich von Gerber e Georg Jellinek para tentar fundar uma visão científico-objetiva do Direito e do Estado. Contudo, somente a partir da obra de Hans Kelsen (1881-1973) o normativismo jurídico ganhou densidade teórico-filosófica, passando a ser intensamente debatido nos círculos acadêmicos. Foram normativistas, em maior ou menor grau, Adolf Julius Merkl, Alfred Verdross, Felix Kauffmann, Felix Schreier, Franz Weyr e Josef Kunz, autores que, ao lado de Kelsen, integraram a Escola de Viena (*Wiener Schule*). Ainda que não tenham

² A presente seção é, em boa medida, uma síntese das principais posições do normativismo kelseniano, razão pela qual não indicamos a cada passo a referência cabível, o que coalharia o texto de notas absolutamente desnecessárias. Contudo, quando nos referimos a alguma colocação polêmica, que não se trate, portanto, de doutrina já assentada, citamos a fonte. Remetemos o leitor interessado a apresentações gerais e sistemáticas do normativismo kelseniano às seguintes obras: AFONSO, 1984; BOBBIO, 1999 e 2007; DIMOULIS, 2006; GOMES, 2000; KELSEN, 1986, 1997 e 2000; MATOS, 2006 e PAULSON, 2007.

sido propriamente normativistas, é de se destacar ainda os nomes de Alf Ross, Charles Eisenmann, Herbert Hart, Joseph Raz, Luis Legaz y Lacambra e Norberto Bobbio, juristas que adotaram vários pontos de vista próprios do normativismo kelseniano.

Os princípios básicos do normativismo jurídico encontram-se expostos na “Teoria Pura do Direito” (“*Reine Rechtslehre*”) de Kelsen, cuja segunda – e definitiva – edição foi publicada em 1960. Antes, em 1911, Kelsen já havia lançado as bases do jusnormativismo na obra “Problemas Capitais de Teoria do Direito Público” (“*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*”), à qual se seguiria a primeira edição da “Teoria Pura do Direito” em 1934 e a “Teoria Geral do Direito e do Estado” em 1945 (“*General Theory of Law and State*”), esta lançada quando Kelsen residia nos Estados Unidos da América, país para o qual emigrou em razão de sua ascendência judaica e da ascensão do nazismo na Europa. Há ainda que se citar a “Teoria Geral das Normas” (“*Allgemeine Theorie der Normen*”), obra póstuma de 1979 que deve ser consultada com o devido cuidado, eis que reúne textos e artigos de Kelsen escritos em épocas muito diversas de sua vida.

Na Teoria Pura do Direito Kelsen se preocupa com a forma do direito, acolhendo a lição de Aristóteles, para quem só é possível fazer ciência do universal, eis que o particular escapa à capacidade generalizante e sintetizante própria do entendimento humano. E no que diz respeito à experiência jurídica, somente a forma se mostra de maneira universal, sendo o seu conteúdo infinitamente variável segundo determinadas condições históricas, políticas, econômicas, ideológicas etc. Por isso Kelsen se vê obrigado a conceber um fundamento de validade para o direito que seja formal e vazio – tal como veremos na seção 3.2 –, de modo a opô-lo à indeterminação e ao particularismo próprio dos critérios morais e políticos sob os quais boa parte das teorias jurídicas da época foram gestadas (HONORÉ, 2007: 95).

Não podemos acusar Kelsen de ser obscuro quanto às intenções que informam seu *approach* teórico. Logo na primeira linha da primeira página da edição definitiva da “Teoria Pura do Direito” ele declara: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria

geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais” (KELSEN, 1997: 1), palavras muito similares àquelas mediante as quais John Austin resume o escopo de sua célebre obra “*The province of jurisprudence determined*”:

Having determined the province of jurisprudence, I shall distinguish general jurisprudence, or the philosophy of positive law, from what may be styled particular jurisprudence, or the science of particular law; that is to say, the science of any such system of positive law as now actually obtains, or once actually obtained, in a specifically determined nation, or specifically determined nations” (AUSTIN, 2003: iii).

O centro gravitacional do projeto universalista de Kelsen radica-se no conceito de norma jurídica, dever-ser objetivo mediante o qual caracterizamos o direito enquanto uma ordem sancionatória diversa das demais – v.g., moralidade social, religiões – graças à possibilidade de reconduzir todos os elementos do sistema a uma instância unificadora chamada de norma fundamental (*Grundnorm*) (GOYARD-FABRE, 1986, p. 34 e KELSEN, 2007a, p. 13). As normas jurídicas são comandos dirigidos à conduta humana que permitem, proíbem, comandam e definem competências, apresentando sanções socialmente organizadas e imanentes, no que se diferenciam, respectivamente, das normas sociais e das normas religiosas. Ainda que o normativismo jurídico não se resolva em mero logicismo, devemos atentar para a estrutura lógica da sanção, que não se identifica pura e simplesmente com uma pena, configurando antes uma consequência normativa – positiva (sanção premial) ou negativa (sanção punitiva) – no sentido lógico, ou seja, trata-se de um resultado que se liga ao pressuposto normativo estatuído na primeira parte da norma, pela qual se seleciona certos fato ou atos que, a partir de então, passam a ser interpretados como jurídicos.

A norma jurídica é a estrutura mais abrangente e ao mesmo tempo mais simples do universo jurídico, podendo se mostrar enquanto regra ou princípio, motivo pelo qual muitas das críticas contemporâneas dirigidas ao normativismo carecem de sentido. Tal corrente jamais desprezou a ideia de princípio jurídico, central para o neoconstitucionalismo. Dialogando com Josef Esser e outros autores

que vêm se dedicando ao estudo das diferenças estruturais entre princípios e regras – lembremo-nos de Aulis Aarnio, Klaus Günther, Robert Alexy e Ronald Dworkin (AARNIO, 1997; ALEXY, 2001a e 2001b; DWORKIN, 2002; ESSER, 1961 e GÜNTHER, 2004), apenas para citar os mais destacados –, o normativismo jurídico contemporâneo sustenta que as regras são normas jurídicas que apresentam alto nível de concreção, comportando-se mediante uma lógica de aplicação binária (ou X ou Y), enquanto os princípios são normas jurídicas que apresentam maior nível de abstração e que, no momento da aplicação, podem ser compatibilizados entre si sem que tal gere antinomias lógico-normativas. Contudo, tanto regras quanto princípios são normas jurídicas de caráter coercitivo e, portanto, integram o campo de estudo juspositivista (DIMOULIS; LUNARDI, 2008).

Por outro lado, Kelsen insiste na diferença existente entre as normas jurídicas, objetos formais da ciência do direito, e as proposições jurídicas (*Rechtssätze*) que as descrevem. As primeiras são criadas pelas fontes produtoras de direito, tais como o legislador e o juiz; as segundas constituem o resultado teórico do estudo das normas jurídicas, cabendo a sua criação unicamente ao cientista do direito. Este não estatui normas jurídicas, apenas as descreve mediante procedimentos científicos e tendo em vista a categoria básica que lhes confere realidade, qual seja, a validade.

O normativismo kelseniano – também chamado de normativismo lógico – baseia-se na rigorosa distinção entre as esferas do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*), díade que funda o dualismo epistemológico entre fato e valor, de um lado, e cognição e volição, de outro. A norma jurídica é encarada como um possível esquema de interpretação de condutas humanas, configurando-se logicamente enquanto sentido objetivo de atos de vontade. A objetividade das normas jurídicas decorre da circunstância de se fundamentarem as inferiores nas superiores, compreendidas sistematicamente como elementos da pirâmide normativa (*Stufenbau*) cujo ápice, no direito interno de cada Estado, radica-se na Constituição. Daí a existência da norma jurídica ser formal e não factual.

Ao contrário de autores como Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, 2002),³ Kelsen não diferencia os planos de existência e de validade da norma. Conforme ensina o normativismo lógico, ambos coincidem. Para que a norma jurídica exista, *i. e.*, seja válida, é preciso que tenha sido criada por autoridades competentes e segundo procedimentos juridicamente adequados, do que decorre a máxima jusnormativista segundo a qual o direito regula a sua própria criação. Ademais, é preciso que a norma jurídica apresente conformidade material em relação ao ordenamento a que pertence. A tarefa de verificação dessa pertinência cabe aos órgãos aplicadores do direito, que assim realizam a chamada interpretação legítima. Uma vez existente, a norma jurídica pode ou não ser eficaz. Denominamos eficácia a produção factual de efeitos normativos, o que pode se dar de maneira automática, como no caso de normas que definem competências e situações jurídicas, ou de forma diferida, quando há: a) o cumprimento espontâneo do dever jurídico por parte dos jurisdicionados; ou b) a aplicação coercitiva de sanções negativas pelos órgãos autorizados a tanto.

Kelsen sublinha a desvinculação existente entre as esferas da validade e da eficácia, aquela de natureza formal, lógica, e esta material, sociológica. Para ser válida, a norma jurídica não precisa ser eficaz. Contudo, um mínimo de eficácia é condição de validade, visto que a norma jurídica válida pode perder tal atributo ao longo do tempo em razão do desuso. Mas o mínimo de eficácia não é pressuposto da validade, papel reservado exclusivamente à norma fundamental. A normatividade social – o fato de as pessoas cumprirem as normas jurídicas que lhes parecem advir de uma fonte legitimada para criar direito – não é suficiente para explicar o caráter especificamente jurídico do direito (HONORÉ, 2007: 101). Segundo Kelsen, é necessário proceder a uma objetivação do comando normativo, sob pena de não conseguirmos distinguir as normas estatais daquelas postas por um bando de mafiosos. Para tanto, é imprescindível a noção de norma fundamental.

³ Cf. também os estudos de MELO (2008 e 2010) fundados na doutrina ponteana.

Talvez o ponto mais controverso do normativismo jurídico esteja na definição da natureza da norma fundamental, tema que exploraremos em profundidade na próxima seção. Kelsen vacilou durante anos na sua caracterização, tendo-a classificado enquanto ficção jurídica, baseando-se na obra de Vaihinger intitulada “Filosofia do como-se” (“*Die Philosophie des Als-Ob*”), e como hipótese, fundando-se na interpretação de Kant levada a efeito por Cohen. Não obstante tal insegurança, Kelsen estava plenamente consciente de que a noção de norma fundamental era a chave necessária para se fundar uma teoria do direito livre da metafísica e do sincretismo metodológico (HAMMER, 2007: 177). Ainda que a evolução cronológico-conceitual da teoria da norma fundamental não seja clara, deve-se ter em mente o último testemunho de Kelsen contido na segunda edição da “Teoria Pura do Direito”, quando então ele não deixa dúvidas quanto ao caráter hipotético lógico-transcendental emprestado à norma fundamental. Esse entendimento é confirmado pela famosa carta de 3 de agosto de 1933 na qual Kelsen expôs a Renato Treves a sua concepção de norma fundamental,⁴ apresentando-a como norma jurídica não-positiva, *i.e.*, uma norma que não é posta por atos humanos de vontade, mas antes pressuposta pelo pensamento jurídico.

⁴ Para o texto da carta em francês, o primeiro a ser divulgado desde a sua escrita em 1933, cf. TREVES, 1987: 333-335. O documento foi traduzido para o inglês e publicado em Kelsen, 2007b: 169-175. O original alemão e uma tradução para o italiano devida a Agostino Carrino estão disponíveis em Kelsen; e TREVES, 1992: 55-58 e 51-54, respectivamente. Para uma análise da carta – infelizmente ainda desconhecida de boa parte dos estudiosos brasileiros –, cf. MATOS, 2006: 66-68. O conhecimento e o estudo da missiva são importantes para se evitar interpretações anacrônicas segundo as quais a caracterização final da norma fundamental kelseniana se daria enquanto ficção jurídica, equívoco cometido por José Florentino Duarte em sua introdução a Kelsen, 1986: VIII-IX. Enveredam pelo mesmo caminho – que nos parece incorreto – Corres (CORREAS, 2001 e 2007: 62-66), Dulce (DULCE, 2001) e Saliba (SALIBA, 2004: 10), apenas para citar alguns exemplos. Paulson, que conhece bem a carta, prefere creditar à fase cética de Kelsen a sua suposta mudança de orientação no que se refere à natureza da norma fundamental. Cf. Kelsen, 2007b: 174, n. 15. O tema é discutido com vagar na subseção 3.1 deste artigo.

3. Natureza da norma fundamental

3.1. Ficção jurídica

Em diversos momentos de sua obra, Kelsen reelaborou o estatuto teórico da norma fundamental, esforço que, segundo Raz, nunca foi totalmente bem-sucedido, o que permitiu o surgimento tanto de ferozes detratores quanto de fiéis defensores da Teoria Pura do Direito (RAZ, 2007: 47). Parece que as primeiras tentativas de Kelsen o levaram a conceber a norma fundamental enquanto uma ficção jurídica. Ele teria se baseado no ensaio de Hans Vaihinger (1852-1933) datado de 1911 – “Filosofia do como-se” (“*Die Philosophie des Als-Ob*”) –, segundo o qual uma ficção é algo contraditório em relação à realidade e a si mesma (VAIHINGER, 2002: 16), características que poderiam ser verificadas na norma fundamental (SALIBA, 2004: 11). Com efeito, ela não é posta por nenhum ato real de vontade (contradição com a realidade) e não pressupõe qualquer norma superior que lhe conceda sentido objetivo de dever-ser, violando, portanto, sua própria condição de existência, qual seja, a validade (contradição consigo mesma). A ficção seria algo diferente da hipótese porque esta precisa ser comprovada. Desde que descreva a realidade de forma fiel, a hipótese é dita verdadeira. Sua função é extirpar contradições da tessitura do conhecimento científico. Por seu turno, a ficção convive com contradições e existe para lidar com a realidade, não para descrevê-la de maneira objetiva. Assim como a hipótese, a ficção também é provisória. Uma vez atingido o seu objetivo – fundar uma visão inventada e não descoberta da realidade –, ela pode ser abandonada (SALIBA, 2004: 12).

Apesar da formulação da *Grundnorm* enquanto ficção estar presente na “Teoria Geral das Normas” – em tese a última obra de Kelsen –, considerá-la como definitiva ou como signo da pretensa mudança de posição de Kelsen – da hipótese lógico-transcendental à ficção – parece-nos errôneo. A “Teoria Geral das Normas” foi editada pelo Instituto Hans Kelsen em 1979 e reúne vários textos de Kelsen, alguns deles não destinados à publicação, conforme se pode ler na

introdução preparada por Ringhofer e Walter. Muitos dos textos que compõem a obra têm datação incerta e não se sabe exatamente quando Kelsen pensou a *Grundnorm* enquanto ficção jurídica. Devido ao fato de a “Teoria Geral das Normas” ser a derradeira obra de Kelsen, passou-se a acreditar acriticamente que ele havia mudado a opinião exposta na última edição da “Teoria Pura do Direito”, na qual a norma fundamental é tratada enquanto hipótese lógico-transcendental. José Florentino Duarte, tradutor da “Teoria Geral das Normas” para o português, escreveu com entusiasmo na sua introdução datada de 1986:

Um dos pontos retificados por Kelsen, e de grande repercussão, refere-se à norma fundamental, porque muito já se explicou sobre esta matéria, e tudo o que disseram está, agora, revogado. Assim, a norma fundamental, neste tratado, recebeu conceituação nova e definitiva, corrigindo, o autor mesmo, o que escrevera anteriormente ao tratá-la como hipótese. Esse acontecimento, repito, é da mais elevada importância, pois tornou inválido não apenas o que ele próprio explanara como também tudo quanto outros divulgaram sobre a Teoria da Norma Fundamental. No novo conceito, a norma fundamental – a que fundamenta a validade de um ordenamento jurídico – passou a ser vista como uma norma fictícia, meramente pensada, produto de um mero ato de vontade também fictício: “... uma autêntica ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da Filosofia do Como-Se vaihingeriana... Por conseguinte, é de se considerar que a norma fundamental no sentido da Filosofia do Como-Se vaihingeriana não é uma hipótese – como eu mesmo ocasionalmente a qualifiquei – e sim uma ficção que se diferencia de uma hipótese pelo fato de que ela é acompanhada pela consciência ou, digo, deve ser acompanhada; pelo fato de que a realidade não lhe corresponde” (In: Kelsen, 1986: VIII-IX).

Entretanto, em 1987 – um ano após a edição brasileira da “Teoria Geral das Normas” – essa idéia perdeu força graças à publicação de uma carta até então inédita de Kelsen, datada de 3 de agosto de 1933 – bem antes, portanto, da formulação definitiva da Teoria Pura do Direito – e destinada a Renato Treves. Nesse texto Kelsen afirma expressamente que no início de seus trabalhos pensara em construir a norma fundamental inspirando-se nas ficções de Vaihinger, mas como tal fora muito problemático, optou pela via kantiana e, com base em

Cohen, arquitetou a norma fundamental enquanto uma hipótese lógico-transcendental. Já em 1919, no artigo “*Zur Theorie der juristischen Fiktionen*”,⁵ Kelsen apontava diversos problemas na qualificação fictícia de construtos normativos, eis que eles nunca poderiam ser contraditórios em relação à realidade, como exigia Vaihinger, dado que esses dois planos – o ser da realidade e o dever-ser das normas – não se confundem e existem concomitantemente enquanto esferas ônticas diversas. Em seguida, no ano de 1923, Kelsen voltou a se referir à “esclarecedora” teoria da ficção de Vaihinger, dessa vez no prefácio da segunda edição dos “Problemas Capitais de Teoria do Direito Público”, não sem antes revelar aos leitores a dívida que tinha com Cohen (KELSEN, 2007a: 16). Esses escritos de 1919 e 1923 demonstram que Kelsen conhecia a obra de Vaihinger, tendo, contudo, preferido fundar-se em Cohen para a estruturação da norma fundamental. Assim, o caminho da evolução conceitual da *Grundnorm* não é da hipótese à ficção, mas da ficção à hipótese. Nas palavras de Kelsen dirigidas a Treves:

Même si, dans un certain sens, il est exact d’affirmer que la théorie de la norme fondamentale trouve son origine dans le principe de l’économie de la pensée de Mach et dans la théorie de la fiction de Vaihinger, je préfère renoncer, à la suite de nombreux malentendus, à m’inspirer de ces deux auteurs. L’essentiel est que la théorie de la norme fondamentale découle entièrement de la méthode de l’hypothèse développée par Cohen (TREVES, 1987: 335).

Ora, é justamente o caráter hipotético da norma fundamental – enquanto se trata de algo não demonstrado, mas assumido – o elemento que serve para opô-la à metafísica jusnaturalista, tarefa central da teoria jurídica kelseniana. Os pressupostos transcendentais necessários à cognição de quaisquer objetos não se resolvem enquanto meras aceitações de entes fictícios (HAMMER, 2007: 186). Como veremos na próxima subseção, há condições necessárias para tornar tais objetos cientificamente pensáveis, motivo pela qual nos parece

⁵ Esse importante artigo foi recolhido na obra coletiva organizada por Hans Klecatsky dedicada à Escola de Viena. Cf. KELSEN, 1968.

insustentável a definição da norma fundamental enquanto ficção. Esta é, aliás, a única interpretação que se coaduna com o firme intento que tinha Kelsen de não mais se debruçar sobre a “Teoria Pura do Direito” após a publicação de sua segunda edição. Não porque se tratasse de doutrina pronta e acabada, mas sim devido à convicção do autor de que a sua contribuição tinha se esgotado com a versão definitiva da “Teoria Pura do Direito”, editada há exatos 50 anos, em 1960, quando se iniciava a chamada “fase cética” do pensamento kelseniano, conforme a periodização proposta por Paulson.⁶ Basta conferir o prefácio do livro para lá surpreender a disposição de Kelsen de não mais modificar a sua obra capital. No que lhe dizia respeito, o desenvolvimento da Teoria Pura do Direito terminava ali, cabendo aos seus discípulos continuar o seu trabalho. E, como sabemos, nessa segunda e definitiva edição a norma fundamental é descrita enquanto hipótese lógico-transcendental.

3.2. Hipótese lógico-transcendental

3.2.1. A influência de Cohen

Levando em consideração que a norma fundamental não pode ser auto-evidente (KELSEN, 1997: 218), Kelsen a concebe enquanto hipótese lógico-transcendental na esteira do criticismo kantiano reinterpretado por Hermann Cohen (1842-1918),⁷ fundador e figura exponencial da escola de Marburgo, o qual contou entre os seus discípulos com pensadores do porte de Ernst Cassirer. Kelsen

⁶ Segundo Paulson, a obra de Kelsen pode ser dividida em três fases. A primeira, denominada “construtivismo crítico”, se daria entre 1911 e 1921, abarcando um período de transição de 1913 a 1921. A segunda fase – chamada de “clássica” – incluiria a maior parte do labor de Kelsen, englobando os anos de 1921 a 1960 e apresentando dois períodos distintos: o neokantiano (de 1921 a 1935) e o híbrido (1935-1960), que mesclaria elementos analíticos às visões neokantianas já assentadas. Por fim, a terceira e última fase seria a “cética”, que iria de 1960 até a morte de Kelsen em 1973 (PAULSON, 2007: xxvii).

⁷ Para uma análise das relações entre o pensamento de Cohen e o de Kelsen, cf. EDEL, 2007.

julga que todas as tentativas neokantianas de fundar uma cognição especificamente jurídica falharam, sendo a sua Teoria Pura do Direito a primeira empresa bem sucedida nesse sentido (HAMMER, 2007: 182-183), razão pela qual ele não é um mero imitador dos pensadores de Marburgo ou de Heidelberg.⁸ Ademais, parece-nos importante frisar que Kelsen aproveita de Cohen apenas a sua reflexão epistemológica, eis que a sua filosofia prática – como, de resto, a do próprio Kant – estaria impregnada de metafísica (EDEL, 2007: 200). Daí o mérito e a originalidade de Kelsen ao propor uma aplicação dos princípios críticos de Kant e Cohen a um tipo de material que até então só tinha sido pensado em termos não-científicos, inclusive por esses dois filósofos. Reconhecendo em 1923 sua dívida com Cohen – em especial com a sua “Ética da Vontade Pura” –, Kelsen admite ter aprendido com ele que a orientação epistemológica cria seu próprio objeto, gerando-o logicamente a partir de certa origem (*Ursprung*) (KELSEN, 2007a: 15), exatamente como ocorre com a inovadora proposta da norma fundamental.⁹ Todavia, ainda que a teoria kelseniana apresente grande originalidade, é inegável a sua ligação com a doutrina de Cohen, a qual passamos a expor de maneira sintética.

A teoria da hipótese desenvolvida por Cohen e posteriormente aproveitada por Kelsen para o desenvolvimento da *Grundnorm* pode ser vista como uma tentativa de superação do psicologismo presente na “Crítica da Razão Pura” de Kant. De acordo com Cohen, a Filosofia se resume à Epistemologia, já que seu objeto não é o mundo material, mas sim a cognição desse mundo (EDEL, 2007, p. 204). Por isso Cohen entende que todo conhecimento científico deve se autofundar legitimando-se epistemologicamente, proposta aceita sem ressalvas por Kelsen desde 1912, quando ele entretém os primeiros contatos com o sistema de Cohen (KELSEN, 2007a: p. 15).

⁸ Contrariamente à tradição, Paulson afirma que a herança neokantiana de Kelsen deve ser buscada em Heilderberg e não na escola de Marburgo chefiada por Cohen. Cf. PAULSON, 1994: 485-494.

⁹ Assim, enquanto objeto da cognição jurídica, o Estado só pode ser concebido em termos jurídicos, dado que conhecer algo juridicamente significa conhecê-lo enquanto direito. Cf. KELSEN, 2007a: 15-16.

Segundo Cohen, ao fazer todo conhecimento depender das intuições puras de espaço e tempo e com isso fundar a dicotomia que separa a coisa em si incognoscível (*noumenon*) e a coisa percebida pelo sujeito (fenômeno), Kant teria negado a possibilidade de qualquer cognição objetiva da realidade. É contra tal conclusão que se ergue o pensamento de Cohen. Para além das intuições de espaço e tempo e de todo o aparato cognitivo descrito por Kant – que seriam objetos da Psicologia e da Neurofisiologia, jamais da Filosofia –, Cohen anseia demonstrar como é possível validar de forma objetiva juízos científicos (EDEL, 2007: 205-206). Para tanto, ele lança mão do conceito platônico de hipótese, que nada tem a ver com a noção moderna segundo a qual uma hipótese seria um tipo de verdade prévia e provisória a ser testada e validada no campo empírico mediante a experimentação. Para Platão e Cohen, as hipóteses científicas são imunes à testagem empírica, refletindo, tal e qual as definições e os axiomas matemáticos, certas pressuposições necessárias a todo e qualquer juízo ulterior.

Contudo, diferentemente de Platão, Cohen aduz que as hipóteses não apresentam natureza metafísica, sendo sempre sujeitas à modificação. Não se trata, portanto, de pressupostos incondicionais, mas de produtos do pensamento que servem como fundamento para a cognição científica (EDEL, 2007: 208). De modo característico, ao se questionar sobre o que torna possível ou estabelece o mais alto princípio científico, Cohen responde: nada a não ser ele mesmo. Por definição, não pode haver autoridade superior ao mais alto princípio (EDEL, 2007: 215). Kelsen utiliza esse mesmo argumento para explicar a natureza da norma fundamental, tema que será retomado à frente quando expusermos nossa proposta de compreensão da *Grundnorm* enquanto postulado científico.

3.2.2. Kant e Kelsen

Ao conceber a norma fundamental enquanto hipótese lógico-transcendental, Kelsen ataca tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo jurídico acrítico (LESER, 1982: 100), dado que a cognição

transcendental não se ocupa de objetos, mas sim com o modo pelo qual podemos conhecê-los. Sustentar que a norma fundamental kelseniana é uma hipótese significa limitar o seu campo de validade epistemológica. Por outro lado, entendê-la como transcendental – e não transcendente, a exemplo das normas fundamentais do direito natural¹⁰ – equivale a dizer que a *Grundnorm* se destina a um uso *a priori*, ou seja, totalmente independente da experiência, conforme ensina Kant (KANT, 1997: 119). Desse modo, diferentemente de posições positivistas mais primitivas – v.g., as da Escola da Exegese –, ao pressupor a norma fundamental Kelsen se liberta da necessidade de estabelecer o conteúdo das normas a serem estudadas pela ciência jurídica (LUF, 2007, p. 224), limitando-se a demonstrar de que maneira sentidos subjetivos de dever-ser podem ser entendidos enquanto mandamentos objetivos, ou seja, normas jurídicas, o que só nos parece possível quando se pressupõe a clausura anti-metafísica representada pela *Grundnorm*.

As semelhanças entre a proposta kantiana no terreno das ciências naturais e a de Kelsen na seara jurídica são bem conhecidas.¹¹ Rememoremos apenas alguns pontos de contato. Do mesmo modo que as categorias da sensibilidade (espaço e tempo) e do entendimento (quantidade, qualidade, relação e modalidade) de Kant são formas puras (KANT, 1997: 120), ou seja, conceitos sem qualquer conteúdo, que nada prescrevem em termos materiais às leis naturais, mas, todavia, as tornam possíveis, *i. e.*, pensáveis, a norma fundamental dinâmica, própria de ordens jurídicas contemporâneas, também é

¹⁰ É preciso ter sempre em mente a diferenciação entre “transcendental” e “transcendente”: “Em Kant, transcendental aplica-se sempre, originariamente, a um conhecimento. A palavra é oposta ora a empírico (em dois sentidos diferentes), ora a transcendente, ora a metafísico. É transcendental, por oposição ao empírico, aquilo que é uma condição *a priori* e não um dado da experiência” (LALANDE, 1993: 1.151). Por outro lado, transcendente é: “[...] aquilo que está além de toda experiência possível, quer ao falar de realidades, de seres, quer ao falar de princípios de conhecimento (LALANDE, 1993: 1.154). Para a aplicação dessa distinção na obra kelseniana, cf. LUF, 2007 e ROY, 1997: 16.

¹¹ Para uma análise mais detalhada da questão, cf. GOMES, 2000; GOYARD-FABRE, 2002: 345 *et. seq.*; MATOS, 2006: 31-37; ROY, 1997; SALIBA, 2004: 4-10.

vazia de conteúdo (KELSEN, 1997: 421) e não determina nenhuma prescrição jurídica específica, ao contrário das normas fundamentais estáticas que orientam os ordenamentos de matriz jusnaturalista.¹² Por abraçar certo valor central e dele fazer derivar por dedução todas as demais normas do sistema, a norma fundamental do tipo estático torna o ordenamento engessado e estéril, incapaz de se modificar para além do valor-ápice, algo que não ocorre com o direito contemporâneo e sua estrutura aberta de indeterminação.¹³ Ora, tal só é factível porque o fundamento do sistema é vazio, permitindo que as normas dele dependentes ostentem qualquer conteúdo (KELSEN, 1986: 70). O dever-ser constante da fórmula-base da norma fundamental – v.g.: “devem ser cumpridos os comandos da primeira Constituição histórica globalmente eficaz” – representa apenas um conectivo lógico, sem qualquer conteúdo deontico determinado, refletindo, nas palavras de Luf, um modelo mecânico-causal de cognição (LUF, 2007: 233). Poderíamos dizer melhor: um modelo mecânico-imputativo de cognição.

A norma fundamental kelseniana limita a cognição legal ao material jurídico dado na experiência, sendo imprestável para a cognição de absolutos, tais como as noções de justiça comuns nas escolas jusnaturalistas (HAMMER, 2007: 184). A *Grundnorm* torna possível a criação epistemológica do direito, eis que, limitando seu objeto, acaba por lhe conferir existência específica mediante a remissão a um dever-ser (*Sollen*) fundante, desde que cumpridas certas condições. De maneira semelhante, as categorias da sensibilidade e do entendimento de Kant tornam impossível o acesso a um ser (*Sein*) incondicionado, *i. e.*, a coisa em si (*noumenon*). Na verdade, elas criam os objetos do conhecimento das ciências da natureza, fundados não mais em si mesmos, mas antes no olhar que o observador lhes lança. Eis, em termos simples, a chamada “virada copernicana” de Kant, que nos

¹² Para uma discussão das diferenças existentes entre as normas fundamentais que dão sustentação a sistemas normativos estáticos (jusnaturalistas) e dinâmicos (juspositivistas), cf. o ensaio “A doutrina do direito natural e o positivismo jurídico” contido em KELSEN, 2000: 557-580.

¹³ Neste ponto coincidem a Teoria Pura do Direito e a formulação atual da Teoria dos Sistemas Sociais. Cf. TEUBNER, 1993: 2-4.

ensina a considerar não o objeto em si (*noumenon*), incognoscível, e sim o objeto conforme percebido pela sensibilidade e racionalizado pelo entendimento, isto é, o fenômeno.

Com base nessa ordem de ideias, podemos rebater posições críticas (como as de SALIBA, 2004: 10 e CELANO, 2000: 187) segundo as quais, no final das contas, a norma fundamental kelseniana teria caráter ideológico por se fundar no consentimento – informado ou não – das pessoas submetidas a determinada autoridade jurídica. Críticas assim partem de um famoso exemplo oferecido pelo próprio Kelsen (KELSEN, 1986: 326), referente ao direito natural e segundo o qual a razão última para um cristão amar os seus inimigos reside apenas na autoridade pessoal de Jesus, fundador da moralidade cristã. Contudo, não nos parece difícil compreender a distinção radical que permeia ambas as ordens normativas: o ordenamento normativo cristão é de natureza estática por se fundar em um valor – o amor cristão – e dele fazer derivar normas por dedução, enquanto o ordenamento jurídico-normativo se assenta em uma forma vazia, apta a fundamentar qualquer conteúdo. Por isso mesmo, o sistema dinâmico-jurídico não precisa necessariamente da concordância dos jurisdicionados para se impor. Basta-lhe a eficácia global, como veremos adiante.

Segundo a interpretação de Roy, para que o ordenamento normativo cristão acima mencionado fosse dinâmico, seria-lhe necessário possuir uma norma fundamental vazia de conteúdo e definidora de competência que determinasse algo como: “devem ser obedecidas as normas postas por Jesus”. Uma tal norma não ostentaria qualquer conteúdo normativo, servindo apenas para possibilitar que certos sentidos subjetivos de dever-ser fossem interpretados enquanto sentidos objetivos de dever-ser (ROY, 1997: 12-13). Essa leitura é completamente consequente com a doutrina de Kelsen, para quem a falácia jusnaturalista – derivar normas (mandamentos jusnaturais) de fatos (natureza) – só pode ser superada quando pressupomos uma norma fundamental vazia de conteúdo e meramente definidora de competências normativas (KELSEN, 1998b). É este o conceito essencial de norma fundamental, ou seja, uma norma em que o conteúdo coincide com a forma (EDEL, 2007, p. 219), o que é apenas uma maneira mais

elegante de dizer que ela não tem conteúdo. Com efeito, a *Grundnorm* se mostra primariamente enquanto norma definidora de competência, capaz de conectar a ideia de dever-ser, estrutura lógica especificamente jurídica, à noção de autoridade criadora do direito (EDEL, 2007: 218). Já em 1934, na primeira edição da “Teoria Pura do Direito”, era este o entendimento de Kelsen: “The basic norm confers on the act of the first legislator – and thus on all other acts of the legal system resting on this first act – the sense of ‘ought’ (*Sollen*), that specific sense in which legal condition is linked with legal consequence in the [...] legal norm” (KELSEN, 1992: 58).

Analiseemos outra importante semelhança entre Kant e Kelsen: assim como este se perguntava como era possível uma interpretação das ciências naturais alheia a toda metafísica, Kelsen se questionava de que modo seria possível pensar o Direito independentemente de autoridades metajurídicas (KELSEN, 1997: 223). Para responder tal questão Kelsen é levado a abandonar suas pretensões puramente descritivas e criar – epistemologicamente falando (ROY, 1997: 6) – uma instância normativa pressuposta que se revela enquanto hipótese lógico-transcendental. Trata-se então de uma norma pressuposta – não poderia ser posta, pois dependeria de um ato de poder, que por sua vez teria que se reconduzir a outro ato de poder validante e assim infinitamente – pelo pensamento jurídico, necessária caso se queira conferir interpretações científicas aos objetos de estudo da ciência do direito. Não há dúvida, contudo, que tal estrutura dá lugar a uma tensão central na doutrina kelseniana, visto que uma norma puramente descritiva – “científica” – como a norma fundamental acaba sendo solicitada para conferir validade a normas reais, quer dizer, prescritivas (ROY, 1997: 14). Superar tal tensão somente nos parece viável quando reconhecemos duas condições para a pressuposição da norma fundamental, que não é arbitrariamente imaginada como aduzem os detratores da Teoria Pura do Direito.

3.2.3. Condições para a pressuposição da norma fundamental

A primeira condição, de caráter epistemológico, determina que a norma fundamental é uma hipótese, ou seja, se comporta se-

gundo a lógica não-apodíctica própria de juízos hipotéticos à maneira kantiana.¹⁴ Desse modo, se – e somente *se* – pretendemos construir interpretações científicas do direito, devemos pressupor uma norma fundamental que evite o *regressum ad infinitum* e o apelo a autoridades metajurídicas. Como sabemos, uma hipótese se consubstancia numa proposição admitida independentemente do fato de ser verdadeira ou falsa. Trata-se, ao contrário, de obter um princípio a partir do qual possamos deduzir certo conjunto de consequências. Mais importante: entendida em termos hipotéticos, a norma fundamental pode, mas não *precisa* ser pressuposta (KELSEN, 1986: 328). No que diz respeito à condição epistemológica, apenas tem sentido pressupor a norma fundamental caso se deseje descrever o direito de modo científico,¹⁵ desconsiderando a existência de autoridades transcendentais tais como Deus ou a natureza das coisas, fundamentos materiais de validade do direito segundo as correntes jusnaturalistas.

Nessa perspectiva, não nos parece correto definir a norma fundamental como um “artigo de fé” indemonstrável que apenas possibilita o teste de *pedigree* capaz de conferir caráter jurídico – ou seja, de dever-ser objetivo – às demais normas do sistema mediante cadeias de atribuições de competência, tal como propõe Honoré (HONORÉ, 2007: 101). Segundo afirma esse autor, a questão da norma

¹⁴ Para a clássica diferenciação de juízos categóricos e hipotéticos, cf. KANT, 1997: 209 *et seq.* Concordamos com SALIBA, 2004: 8, que caracteriza a proposição que descreve a norma fundamental como um juízo hipotético capaz de, uma vez pressuposta a *Grundnorm* – “se” pressuposta, visto que se trata de uma hipótese –, possibilitar a interpretação de certas normas como jurídicas. A autora, todavia, registra a posição de CELANO, 2000: 184, para quem a resposta à questão de fundo – seria a norma fundamental a expressão de um juízo hipotético ou categórico? – é obscura e oscilante, inclinando-se tal doutrinador a acreditar que a norma fundamental se materializa mediante um juízo categórico, dado que a cognição jurídica a enxerga como algo indiscutido, tema que exploraremos na seção 4 deste trabalho.

¹⁵ Hammer afirma que a pressuposição da norma fundamental kelseniana não é uma simples decisão subjetiva de se querer ou não enxergar o direito enquanto ciência. Na realidade, trata-se de uma necessidade epistemológica para qualquer interpretação estritamente jurídica de materiais normativos. Cf. HAMMER, 2007: 186-188.

fundamenta kelseniana se resumiria a um *credo quia incredibile* (HONORÉ, 2007: 110). Nada mais falso. Não há qualquer necessidade absoluta ou metafísica que determine a pressuposição da norma fundamental. Se queremos descrever o direito de forma científica, certamente devemos pressupô-la. Em outras circunstâncias tal não é necessário, como no caso de um anarquista que enxerga as normas jurídicas enquanto meras formalizações de relações de poder. Ele não está obrigado a pressupor qualquer norma fundamental, dado que ela representa apenas um esquema de interpretação possível, mas não necessário (KELSEN, 1942: 329).

Devemos acrescentar ainda que a discussão sobre a norma fundamental não tem sentido quando se pretende comprovar que ela é um pressuposto. Em boa lógica, algo não pode ser “um pressuposto”, dado que os termos “posto” e “pressuposto” referem-se ao modo de ser das normas, *i. e.*, à maneira de mostrar-se da coisa, traduzindo uma qualidade e não o ser – ou a essência, em termos escolásticos – de determinado ente. Ora, no que se refere à norma fundamental, seu ser se revela enquanto hipótese lógico-transcendental. Segundo Raz, isso significa que a norma fundamental não é criada como as demais normas do sistema, e sim pressuposta. Por outro lado, ela não é um produto arbitrário da imaginação positivista. A norma fundamental não é inventada, mas descoberta (HONORÉ, 2007: 93). Ela não advém de outras normas e nem do reconhecimento dos jurisdicionados acerca do dever de cumprir o direito posto. Não é possível nos perguntarmos quando, por quem e como a norma fundamental foi “criada”. Tais categorias simplesmente não se aplicam à *Grundnorm* (RAZ, 2007: 50-51).

Dessa feita, ao caracterizar a norma fundamental como hipótese pressuposta e não enquanto norma posta, Kelsen se desembaraça facilmente das críticas de Amselek e de Niort, para os quais a norma fundamental seria apenas uma tautologia (AMSELEK, 1978 e 1981; NIORT, 1993). Esses autores questionam de que modo seria possível pressupor a norma fundamental para conferir validade à ordem jurídica se só podemos conferir qualificação jurídica a tal ou qual ordem normativa após a pressuposição da norma fundamental. Tal significaria

dizer que cumprimos o direito porque é direito (ROY, 1997: 12) ou, como quer Niort, que somente consideramos as normas jurídicas obrigatórias porque supomos geralmente que devemos obedecer ao direito (NIORT, 1993: 179). Tal dificuldade é vencida pelo caráter pressuposto da norma fundamental, que antes de conferir validade ao ordenamento jurídico – antes de ser, na linguagem de Raz, “*a power conferring-law*” (RAZ, 2007: 51) –, lhe abre as portas da pensabilidade. A norma fundamental pressuposta não possui o mesmo *status* ontológico que as demais normas do sistema, que são postas. Por indicar a condição de possibilidade e de validade lógica do sistema jurídico, a norma fundamental é transpositiva e transcendental, mas não metafísica e transcendente (GOYARD-FABRE, 1991: 123). Desse modo, a operação lógico-cognitiva própria da ciência do direito parte sempre da possibilidade de pensarmos concretamente a norma fundamental, o que nos remete à sua segunda condição de pressuposição, esta sim de caráter factual e que se resume na eficácia global do ordenamento jurídico, o que, de certo modo, conecta o dedutivismo kelseniano ao *minimum* de empiria necessário a qualquer sistema de pensamento científico, como ensina Arendt ao comentar a *sui generis* teoria do conhecimento do filósofo-poeta Hermann Broch. Suas palavras parecem ter sido escritas para bem explicar a necessidade da eficácia global na tessitura do sistema normativista de Kelsen, bem como sua natureza de postulado científico, tema que trataremos adiante:

[...] não existe nada que corresponda a um sistema absolutamente dedutivo. Pelo contrário, a base de todo sistema formal é sempre empírica. Isso significa que todo sistema repousa sobre um fundamento transcendente a si próprio, que é preciso postular como absoluto pois, do contrário, o sistema nem sequer poderia iniciar suas várias cadeias dedutivas (ARENDR, 2008: 156).

Ora, o jurista pode pressupor a norma fundamental de dado ordenamento jurídico somente quando está diante de uma ordem coercitiva globalmente eficaz. A necessidade da eficácia global para a pressuposição da norma fundamental levou muitos críticos, tais como Mario Losano, a sustentar que Kelsen teria desrespeitado a divisão

entre o mundo do ser e o do dever-ser, já que, ao fim e ao cabo, a norma que confere validade a todo o ordenamento jurídico dependeria de um fato da ordem do ser.¹⁶ No mesmo sentido, Bobbio identifica a norma fundamental com o ato de poder fundador do ordenamento jurídico, de maneira que, ao se impor, o poder coercitivo fundaria a juridicidade.¹⁷ Nenhuma dessas alternativas se coaduna com o normativismo lógico de Kelsen. Se é verdade que o abismo entre a facticidade e a normatividade parece ser quase insuperável, também é verdade que a ponte capaz de permitir tal transposição radica-se na norma fundamental (HONORÉ, 2007: 102). O ordenamento jurídico consiste em um agregado unitário e sistemático de normas, não em uma concatenação de fatos que, ao final, repousam no poder (LUF, 2007: 222). Todas as doutrinas que buscam o fundamento de validade do direito em sua efetividade são desprovidas de valor científico, dado que desconsideram o axioma básico segundo o qual uma norma somente pode se fundar em outra norma e um fato em outro fato. Tal significa, na linguagem kantiana, que um dever-ser só pode ser posto por outro dever-ser, do mesmo modo que o ser se funda em outro ser. Caso contrário, teríamos que admitir como válida a “falácia naturalista”, consistente na crença de que o valor (norma/dever-ser) é imanente à realidade (fato/ser), algo absolutamente inaceitável para uma teoria materialista, antimetafísica e empirista como o normativismo kelseniano (RAZ, 2007: 49-51).¹⁸ Conforme lição de Afonso, a norma jurídica e o ordenamento são válidos *se* eficazes e não *porque* eficazes (AFONSO, 1984: 260). A eficácia é condição factual e não fundamento de validade. Segundo Goyard-Fabre, a norma fundamental equivale a um *canon* do exercício da razão que, enquanto exigência transcendental *a priori*, fornece às normas do sistema a sua radicalidade pura (GOYARD-FABRE, 1994: 231). Avulta assim a função da norma fundamental, que consiste em conferir inteligibilidade

¹⁶ Cf., p. ex., o estudo introdutório de Losano em Kelsen, 1998a.

¹⁷ Sobre o tema da norma fundamental enquanto “ato de poder”, cf. as análises de FERRAZ JUNIOR, 2001: 184 e MATOS, 2006: 71-74.

¹⁸ Este ponto é central na doutrina kelseniana. Para aprofundamentos, cf. CONTE, 2007: 331-341; SOSOË, 1986: 65-81 e WRIGHT, 2007: 365-382.

especificamente jurídica às normas de dado ordenamento de direito positivo. Todavia, isso é possível apenas quando se verifica a eficácia global da primeira Constituição, que representa, no pensamento de Kelsen, o fato material que cria o sistema a ser descrito pela ciência do direito (HAMMER, 2007: 192).

Uma palavra deve ser dita sobre esse tema. Honoré aponta dois problemas relativos à validação da primeira Constituição histórica por parte da norma fundamental. Contudo, ambos parecem-nos insubsistentes. O primeiro se refere ao fato de que as Constituições originárias de vários Estados foram postas de maneira violenta e arbitrária por pessoas ou grupos que não tinham autorização ou legitimidade para tanto. Com efeito, as Constituições fundadoras de diversos Estados contemporâneos surgiram no contexto de usurpações, conquistas e golpes de Estado e por isso dificilmente seriam vistas como legítimas hoje (HONORÉ, 2007: 102). Ora, a Teoria Pura do Direito é absolutamente formal. Para se pressupor a norma fundamental basta a eficácia global da primeira Constituição histórica. Pouco importa à ciência jurídica os meios utilizados pelo poder para se impor. Nas palavras de Kelsen: “Coercion is to be applied under certain conditions and in a certain way, namely, as determined by the framers of the first constitution or by the authorities to whom they have delegated appropriate powers” (KELSEN, 1992: 57). Essa pode não ser uma interpretação simpática, mas parece-nos realista. O escopo central da teoria kelseniana consiste em descrever o direito como ele é e não como deveria ser. E ele é, gostemos ou não, violência organizada e monopolizada. Como se sabe, a organização da força pode se efetivar de modo democrático ou autocrático. Analisar as condições que levam a uma ou a outra dessas formações é tarefa da Ciência Política e da Sociologia, não da ciência do direito, que se ocupa em descrever o poder já posto, estabilizado e formalizado enquanto norma jurídica, nunca a sua gênese social.

A segunda crítica de Honoré se baseia na constatação de que não há qualquer razão para considerarmos como válida a cadeia de autorizações e de transferências de poder que conecta os fundadores de determinada ordem jurídica aos atuais detentores do poder de criar

direito válido. Para se justificar essa ideia parece-lhe necessário pressupor que a transmissão do poder mediante cadeias de competências históricas é algo indiscutível, o que Honoré julga absurdo (HONORÉ, 2007: 103). Contudo, ainda que tal transmissão seja moralmente questionável, parece-nos corresponder exatamente à realidade, que não tem nenhuma obrigação de ser ética. As pessoas cumprem os comandos normativos postos pelas autoridades competentes porque pressupõem autorizações anteriores válidas. Quando não se pode pressupor tais autorizações, isso significa que estamos diante de uma revolução, hipótese expressamente tratada por Kelsen. As revoluções ocorrem porque determinado sistema jurídico se extingue e dá lugar a um novo ordenamento informado por outra norma fundamental. Em síntese: a transmissão da titularidade do poder é sempre pressuposta como válida, a não ser naquelas situações em que a eficácia global deixa de existir e o ordenamento em questão desaparece diante de um novel sistema de normas. Este, à semelhança do antigo, também conta com uma norma fundamental validante e propiciadora de novas transmissões do poder político-jurídico.

3.3. Postulado científico

A norma fundamental pode ser caracterizada como uma norma de clausura¹⁹ cujo objetivo seria impedir a recorrência infinita da pergunta sobre o fundamento de validade do direito, assemelhando-se então aos postulados dos sistemas científicos dos quais se deduzem outros, mas que são, em si mesmos, não-dedutíveis (BOBBIO, 1999: 62). Esta nos parece ser a melhor definição da natureza da norma fundamental. Aliás, é nesse sentido que Raz se refere aos dois axiomas da teoria kelseniana, os quais seriam tidos por auto-evidentes e não precisariam ser comprovados (RAZ, 2007: 48), à semelhança dos postulados científicos. Ambos se referem à norma fundamental e determinam que: 1) dadas duas normas jurídicas, se uma autoriza direta

¹⁹ A feliz expressão “norma de clausura” como sinônimo de norma fundamental foi cunhada por Bobbio em entrevista concedida a Danilo Zolo. Cf. BOBBIO; ZOLO, 1998.

ou indiretamente a outra, ambas devem necessariamente pertencer ao mesmo ordenamento jurídico;²⁰ 2) todas as normas jurídicas de determinado sistema jurídico são autorizadas, direta ou indiretamente, por uma única norma fundante.

Ainda que esta interpretação da norma fundamental não conste expressamente da obra de Kelsen, pode ser defendida com base em alguns testemunhos indiretos. Em 1923 Kelsen se reportou elogiosamente à doutrina de Alfred Verdross, que entendia ser a norma fundamental uma espécie de Constituição no sentido lógico-jurídico, vendo nela – analogamente ao que ocorre com as hipóteses das ciências naturais –, uma hipótese referida ao material jurídico-positivo (KELSEN, 2007a: 13). Em outra oportunidade Kelsen explicou que a norma fundamental é o elemento caracterizador de determinado evento enquanto momento inicial no processo de criação de certo sistema jurídico: “It is the starting point of a norm-creating process” (KELSEN, 1961: 114). Nossa interpretação pretende conferir sentido epistemológico – para além do ontológico – a essa afirmação central de Kelsen. Ao entendermos a norma fundamental enquanto postulado propiciador da ciência do direito, somos levados a reconsiderar sua forma de ação. Com efeito, a norma fundamental não deve ser concebida como o fim regressivo da estrutura escalonada,²¹ ou seja, o ponto culminante do sistema normativo positivo, com o que seria inevitável a referência ao mundo do ser, conforme a crítica de Losano. Trata-se antes do *início lógico* do sistema,²² capaz de operar

²⁰ Raz critica com acerto a primeira dessas proposições em RAZ, 2007: 51-53. Para tanto, lança mão de um argumento internacionalista originalmente devido a Hart.

²¹ Como erroneamente sugerem Edel, 2007, p. 216 – para quem a norma fundamental reflete um “*logical endpoint*” – e Roy, 1997, p. 11.

²² Nossa interpretação é abonada por Bobbio: “Kelsen’s closure of the legal order is a sort of reference back from final causes to the first cause, from empirical determinations to the *causa sui*. Thus in an essentially non-metaphysical thinker like Kelsen the ‘closure’ of a system through the *Grundnorm* is only, so to speak, a closure of convenience. It is a little like the idea of the absolute sovereignty of the nation-state. The idea of sovereignty as ‘power of powers’ is a closure of convenience, no different from the *Grundnorm* conceived of as a ‘norm of norms’” (BOBBIO, 1998: 2-3).

a recondução de seus elementos – as normas jurídicas – a uma fonte unitária de validade não-positiva que, ao contrário das do direito natural, é jurídica.

Dessa feita, a expressão inglesa que designa a norma fundamental – *basic norm* – parece-nos acertada, já que facilita a compreensão de seu papel genesiaco e fundador do sistema jurídico no âmbito epistemológico. A norma fundamental não é um fim, mas um começo, ainda que para entender a sua natureza tenhamos que observá-la mediante um ponto de vista posterior – no sentido histórico, não epistemológico – ao surgimento do ordenamento jurídico globalmente eficaz por ela fundado, paradoxo que, como vimos, levou Amselek e Niort a destacarem o caráter supostamente tautológico da *Grundnorm*. Contudo, uma vez mais é preciso nos lembrarmos de Cohen, cuja influência levou Kelsen a conceber a norma fundamental não enquanto hipótese empírica sujeita à testabilidade ou à falsificabilidade (EDEL, 2007: 217). Trata-se antes de uma condição de pensabilidade do sistema, o que salvaguarda a *Grundnorm* diante da acusação de ser tautológica. Ora, a norma fundamental funda epistemologicamente o sistema jurídico positivo, mas não pertence a ele como elemento – ela sequer é positiva! –, e sim enquanto condição de cognição.

Aproveitando uma metáfora de Honoré, podemos sustentar que a norma fundamental é algo parecido com o *big bang*. Semelhantemente à primeira Constituição histórica validada pela norma fundamental, o *big bang* se define como uma singularidade postulada por alguns cosmólogos. Ambos – o *big bang* e a primeira Constituição – teriam existido em um momento remoto do passado e não se submeteriam a explicações causais (*big bang*) ou imputacionais (norma fundamental) (HONORÉ, 2007: 101-102). Todavia, diferentemente de Honoré, estendemos a metáfora para desnudar a verdadeira natureza da norma fundamental enquanto postulado científico. Pode-se dizer que o *big bang* é uma hipótese pensada para entendermos de que modo o universo se apresenta hoje. A *Grundnorm* realiza função similar diante de seu universo particular, qual seja, o ordenamento jurídico positivo. Assim como não é possível explicar o *big bang* baseando-se nas leis da Física – porque elas nasceram com o *big bang* –, do mesmo modo

a norma fundamental não se sujeita aos parâmetros ônticos e gnoseo-lógicos que informam o ordenamento jurídico positivo. Na verdade, é a *Grundnorm* que cria tais parâmetros. Desde a Idade Média sabemos que criador e criatura não se localizam no mesmo patamar ontológico.

Concebida à semelhança de um postulado científico, a norma fundamental pode realizar com sucesso sua função básica, muitas vezes obscurecida pelo intenso ataque que lhe é dirigido: evitar a regressão infinita na busca pela validade do direito, permitindo a clausura do sistema diante dos fundamentos externos – a vontade de Deus, a razão abstrata humana, o poder, a concordância social etc. – que comumente são utilizados para fundamentar as ordens jusnormativas, remetendo-as a esferas não-jurídicas de validade e, por isso mesmo, não-autônomas e ideologicamente comprometidas.

4. Importância prática da norma fundamental

Para Carrino, uma teoria científica pode ser avaliada pelo seu rigor lógico ou por sua utilidade social, permanecendo em aberto a questão sobre qual dessas duas tarefas a Teoria Pura do Direito realizou (CARRINO, 2007: 507). Entendemos que ambas, o que pode ser verificado caso se compreenda a solução dada por Kelsen ao problema da norma fundamental, que não é apenas um problema de autofundação, mas sim de legitimação epistemológica de toda a ciência do direito (ROY, 1997: 5), não se esgotando, portanto, na percepção da norma fundamental enquanto norma de autorização vazia de conteúdo, tal como a caracteriza Raz (RAZ, 2007: 51). Trata-se antes de um esforço de auto-esclarecimento do direito que objetiva trazer à luz certos pressupostos que repousam na mentalidade jurídica e, devido a várias razões, não são explicitados. Dessa maneira, parece-nos curioso notar que inconscientemente os operadores do direito já pressupõem a norma fundamental, sem sequer se dar conta disso. Todavia, era necessário revelar a verdadeira natureza dessa operação mental quase automática que caracteriza os juristas, o que coube a Kelsen. Em suas palavras:

That the basic norm really exists in the juristic consciousness is the result of a simple analysis of actual juristic statements. The basic norm is the answer to the question: how – and that means under what condition – are all these juristic statements concerning legal norms, legal duties, legal rights, and so on, possible? (KELSEN, 1961: 116-117).

Kelsen tinha plena consciência de sua filiação e entendia que deveria extrair as consequências lógicas finais da teoria positivista que vinha sendo gestada há algum tempo na Alemanha. Seus antecessores estancaram no meio do caminho talvez por estarem temerosos em relação a tais consequências. Kelsen, ao contrário, aceitando e assumindo todos os riscos, construiu a mais completa e coerente teoria jurídica do século XX. Assim, podemos dizer que a norma fundamental – o elemento mais controvertido da Teoria Pura do Direito – não é criação exclusiva de Kelsen, que apenas sistematizou a ideia já presente de modo intuitivo no pensamento jurídico, como assevera Gomes:

O próprio Kelsen afirma que a postulação da norma fundamental não é inovação sua. Os juristas assim já faziam, ainda que de forma inconsciente. De fato, ao analisarmos uma ordem jurídica positiva, buscamos na norma superior o fundamento de validade da norma inferior, e ao atingirmos a Constituição, pressupomos que a ela devemos obedecer. Não indagamos por que devemos obedecer-lhe, pois pressupomos que devemos (GOMES, 2000: 198).

Segundo Roy, há duas formas básicas de interpretarmos a norma fundamental. A primeira, estrita e na esteira do criticismo kantiano, a enxerga apenas como condição de validade da ciência jurídica.²³ A segunda, mais ampla, entende que a norma fundamental não é apenas um artefato lógico-transcendental, mas também a fonte de validade da ordem jurídica e a razão pela qual ela deve ser obedecida, representando para o direito em geral o mesmo que o imperativo categórico

²³ É esta a decidida – e brilhantemente defendida – posição de GOYARD-FABRE, 1991 & 1994 e TROPER, 1978, exposta de modo sintético na subseção 3.2 deste artigo. BÉGIN, 1986; EDEL, 2007; HAMMER, 2007; HÖFFE, 1986; KERVÉGAN, 1988; LESER, 1982; PAULSON, 1984; RENAUT, 1986; SOSOË, 1986 e TREVES, 1987 também desenvolveram leituras crítico-kantianas da doutrina de Kelsen.

de Kant representa para a Moral (ROY, 1997: 7). Nessa perspectiva, Dreier vê a norma fundamental como um comando da razão prática (DREIER, 1982: 44-46). Ainda que tal proposta seja tentadora, devemos nos lembrar que Kelsen renegou a obra ética de Kant por nela encontrar resquícios da antiga tradição metafísico-jusnaturalista (LUF, 2007: 225-229 e MATOS, 2006: 154-158). Uma norma fundamental alargada – entendida enquanto princípio da razão prática – exigiria mais do que eficácia global para ser pressuposta: requereria a incorporação de pautas axiológicas mínimas para justificar a obediência ao direito (LUF, 2007: 231). Talvez a *Grundnorm* possa ser concebida dessa forma se aceitarmos – de uma vez por todas e contrariamente às propostas conteudísticas de Dreier e de Luf – que exatamente por ser desprovida de valores contingentes ela realiza em si e por si um ideal normativo que pressupõe a autonomia do direito enquanto valor próprio (ROY, 1997: 22). Parece-nos que este *minimum* axiológico representa a única abertura “ideológica” que a Teoria Pura do Direito pode se permitir.

O valor que uma norma fundamental vazia de conteúdo comporta confunde-se com o fato de ser vazia (ROY, 1997: 23), ou seja, de não propender à defesa ou ao ataque de nenhuma ideologia específica, o que, obviamente, já representa em si uma ideologia, como foi admitido pelo próprio Kelsen: “If we conceive of the law as a complex of norms and therefore as an ideology, this ideology differs from other, specially from metaphysical ideologies, so far as the former corresponds to certain facts of reality. [...] If the system of legal norms is an ideology, it is an ideology that is parallel to a definite reality” (KELSEN, 1942: 330). Haveria outra maneira de concebermos o direito em sociedades que se querem livres e afastadas de toda fundamentação metafísica de suas normas jurídicas? Julgamos que não. Evitar a invasão da província do direito – para usar uma expressão cara a Austin, um dos precursores de Kelsen – pelas potências que a querem colonizar e utilizar para seus próprios interesses. Tal é a alta tarefa da norma fundamental. Resta evidente nessa leitura a sua utilidade prática e mesmo a sua justificativa ética mínima no Estado contemporâneo, o qual, pelo menos em tese, deve ser laico.

Conforme Raz, Kelsen entende haver um divórcio entre o ponto de vista da ciência jurídica – que Raz apelida, não sem certa ironia, de “point of view of the legal man” – e o dos indivíduos submetidos à ordem juspositiva (RAZ, 2007: 63). Estes são livres para interpretar o direito de acordo com suas crenças pessoais, como no já mencionado exemplo do anarquista. Já os operadores do direito estão adstritos à pressuposição de uma norma fundamental, sem a qual não conseguem conhecer e operacionalizar seu objeto de trabalho. Aí, segundo Raz, residiria um dos pontos fracos da Teoria Pura do Direito, eis que Kelsen não distinguiria a posição de quem diz algo sobre o direito, como os teóricos, e a de quem usa o direito, a exemplo dos juízes (RAZ, 2007: 64). Ainda que Kelsen descreva no famoso capítulo oitavo da “Teoria Pura do Direito” as diferentes funções do conhecimento jurídico – função de cognição e função de aplicação –, parece-nos que a percepção de Raz está correta. Contudo, tal nos parece revelar um dos pontos fortes da teoria kelseniana, e não uma falha, como quer Raz. É essa concepção monista do conhecimento jurídico que permite a Kelsen efetuar a passagem da teoria à prática e afirmar o preceito fundamental do juspositivismo, que não serve apenas para as Academias, mas também para os operadores do direito, ultrapassando, talvez, a função descritiva que a “Teoria Pura do Direito” pretende ostentar e avançando rumo a uma preceptiva. Podemos formular tal preceito nos seguintes termos: quando se trata de fazer ciência jurídica e de aplicar os conhecimentos que ela oferece ao mundo prático, é necessária uma visão avaliativa capaz de unificar o entendimento do fenômeno jurídico, sob pena de cada aplicador do direito mergulhar em seu subjetivismo e utilizá-lo como fundamento para a ação, o que seria uma porta escancarada para os autoritarismos, as perseguições, os fanatismos, os favorecimentos facciosos e a utilização do direito enquanto instrumento de domínio.

A exigência ética mediante a qual se pressupõe que os cidadãos têm direito a um sistema jurídico que os trate enquanto pessoas racionais – algo caro a Dworkin, por exemplo – somente pode ser concretizada quando pressupomos um princípio unificador apto a reduzir a complexidade social (Luhmann), gerir a indeterminação própria

do direito (Teubner) e, mais importante, evitar a inconsistência dos princípios jurídicos. Com efeito, a interpretação das normas principiológicas varia ao sabor das ideologias do momento. Caso não possamos reconduzir os princípios a uma instância unificadora da noção mesma de direito, inevitavelmente eles servirão para transformar o direito em um mecanismo de manipulação de comportamentos (HONORÉ, 2007: 97) e nada mais. Para evitar isso é que pressupomos uma norma fundamental dinâmica, capaz de blindar o ordenamento jurídico diante das constantes ameaças de invasão por parte da política, da economia, da religião etc. Uma vez bem sucedidas, essas “colonizações do direito” legitimariam o juiz a decidir a favor do partido dominante, dos que possuem em detrimento dos despossuídos e, por fim, privilegiando seus próprios interesses e crenças subjetivo-metafísicas.

Claro, não estamos a defender que tal não ocorre, o que corresponderia a uma leitura simplista do direito. Mas aproveitando uma lição de Kelsen, não é por algo acontecer que deva ocorrer, visto que uma norma (dever-ser) não deriva de um fato (ser) e vice-versa. É por ocorrerem tais absurdos na prática jurídica cotidiana que sentimos a necessidade de torná-la mais e mais positivista, ou seja, comprometida com a avaloratividade e capaz de enxergar o direito enquanto instrumento técnico de organização social e não como mecanismo de manutenção do poder, função que ele vem desempenhando ao longo dos tempos, mas que não *precisa* desempenhar, caso se aceite a ideologia positivista.

Sim, a palavra é essa mesma! Uma *ideologia* positivista, livre do caráter sacrossanto da lei, terrível imagem que nos legou Hegel, como nota Carrino (CARRINO, 2007: 508). Kelsen sustentou em várias oportunidades que não há qualquer razão moral que obrigue o indivíduo a cumprir o que o direito ordena, *i. e.*, não há como justificar a obediência a partir de um ponto de vista axiológico, dado que os valores são relativos e mutáveis. Tal compreensão relativista revela a base axiológica paradigmática da Teoria Pura do Direito (SANTOS NETO; SANTOS; HEINEN; PEREIRA, 2007). Já que nenhuma avaliação relativa é melhor do que outra, Kelsen conclui ser impossível legitimar o direito pela via científica. O máximo que a

ciência consegue fazer é descrever porque certos sentidos subjetivos de dever-ser *podem*, o que não significa *devem* – lembremo-nos do caráter conjectural da hipótese fundante do ordenamento –, ser interpretados enquanto sentidos objetivos de dever-ser (HONORÉ, 2007: 92-93). Na prática, os operadores do direito adotam, por razões profissionais, o ponto de vista descritivo da ciência do direito, mas não sem antes desnaturá-lo e emprestar-lhe funções prescritivas (HONORÉ, 2007: 93), o que jamais foi proposto por Kelsen. É este desvio interpretativo – confundir, de boa ou má-fé, a possibilidade de pressupor a norma fundamental (posição de Kelsen) com a necessidade de o fazer (posição dos operadores do direito) – que permite a muitos qualificar o positivismo como uma doutrina imperativista e comprometida com o autoritarismo. Já demonstramos em trabalho anterior como essa maliciosa *reductio ad Hitlerum* é falsa (MATOS, 2008).

O que o positivismo jurídico descreve é insuportável para muitos, especialmente para os delicados e para aqueles que estão comprometidos não com a ciência, mas com o poder. O juspositivismo representa uma ciência capaz de olhar para si mesma no espelho e ver o que realmente é. E ela não é Deus, a natureza, a boa-vontade de Kant, a justiça de Radbruch ou os princípios mágicos e delirantes do neoconstitucionalismo. Refletida no espelho juspositivista está a nudez primacial do direito, a face opressiva da górgona do poder – a imagem é de Kelsen – que, paradoxalmente, deve se autocontrolar. Eis a ideologia kelseniana que perseguimos: enxergar o direito enquanto mera técnica de controle social (CARRINO, 2007: 509), desvestido, portanto, de qualquer caráter necessariamente ético. Porque não existe ética necessária fora das muralhas do Estado platônico onde vive o rei-filósofo. Há sim várias e mutáveis éticas que informam e deformam o direito e, como tal, não se confundem com o seu ser, puramente formal. Formal porque universal. Descritível e mensurável. E ao contrário da vontade de poder que infesta a “ciência” do direito atual, controlável.

A ideologia juspositivista se resume na talvez utópica pressuposição de uma ciência do direito livre de ideologias: “Kelsen’s legal science is to be a non-ideological science, albeit a science having an

object that is not neutral but is itself ideological; it is therefore a non-ideological science of a specific ideology, the law” (CARRINO, 2007: 521). Uma ideologia não-ideológica? Muitos dirão que tal corresponde a um ideal infantil, *naïf*, irreal... enfim, inalcançável e impensável na nossa realidade mesquinha. Respondamo-los: a utopia não é um modo de chegar, mas de continuar caminhando. Num universo que tende para o caos, não é pequena a aventura daqueles que, como Kelsen, tentaram fundar a ordem em meio à desordem, ou, falando em termos gregos, revelar a verdade que se esconde nas dobras da aparência. Por isso, apesar de todas as críticas honestas e desonestas, continua viva entre nós a obra de Kelsen. Do mesmo modo que os escritos de pensadores malditos como Sade, Marx, Darwin, Nietzsche e Freud, a mensagem de Kelsen atravessará os séculos porque os homens não se resignarão a esquecê-la.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (orgs.). *La normatividad del derecho*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Sebastián Urbina e Eduardo Rivera López. Barcelona: Gedisa, pp. 17-35, 1997.

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001a.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001b.

AMSELEK, Paul. Kelsen et les contradictions du positivisme juridique. *Revue internationale de philosophie*, pp. 460-473, 1981.

AMSELEK, Paul. Réflexion critique autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique. In: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 9, n. 6, pp. 5-19, 1978.

ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2003.

BÉGIN, Luc. Le raisonnable en éthique et en droit. In: *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n. 18, pp. 93-105, 1986.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi et all. São Paulo: Ícone, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto; ZOLO, Danilo. Hans Kelsen, the theory of law and the international legal system: a talk. In: *European journal of international law*, v. 9, n. 2, 1998, pp. 355-367. Disponível em <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No2/index.html>.

CARRINO, Agostino. Reflections on legal science, law, and power. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trans. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 507-522, 2007.

CELANO, Bruno. Kelsen's concept of the authority of law. In: *Law and philosophy*, v. 19, n. 2, pp. 173-179, 2000.

CONTE, Amedeo G. Hans Kelsen's deontics. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trans. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 331-341, 2007.

CORREAS, Óscar. ...Y la norma fundante se hizo ficción. In: *Crítica jurídica*, n. 18, 2001.

CORREAS, Óscar. Fetichismo, alienação e teoria do estado. In: *Antídoto*, v. 2, n. 2, pp. 53-66, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, pp. 179-197, 2008.

DREIER, Ralf. Bemerkungen zur Theorie der Grundnorm. In: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*. Vienna: Manz, pp. 38-46, 1982.

DULCE, María José Fariñas. La "ficción" en la teoría jurídica de Hans Kelsen. In: *Crítica jurídica*, n. 18, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDEL, Geert. The *hypothesis* of the basic norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trans. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 195-219, 2007.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. De l'idée de norme à la science des normes: Kant et Kelsen. In: AMSELEK, Paul (org.). *Théorie du droit et science*. Paris: Presses Universitaires de France, pp. 211-232, 1994.

GOYARD-FABRE, Simone. L'ordre juridique et la question de son fondement dans la philosophie du droit contemporaine en France. In: LEGEAIS, R.; PLANTY-BONJOUR, G. (orgs.). *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*. Paris: Presses Universitaires de France, pp. 95-126, 1991.

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

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HAMMER, Stefan. A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law? In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trans. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 177-194, 2007.

HÖFFE, Otfried. La théorie du droit de Kelsen est-elle positiviste? In: *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen*, n. 9, pp. 43-63, 1986.

HONORÉ, Tony. The basic norm of society. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 89-112, 2007.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans. Foreword to the second printing of *Main problems in the theory of public law*. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 3-22, 2007a.

KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. Trad. Anders Wedberg. New York: Russell & Russel, 1961.

KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. The pure theory of law, “labandism”, and neo-kantianism.

A letter to Renato Treves. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trans. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 169-175, 2007b.

KELSEN, Hans. Value judgments in the science of law. In: *Journal of social philosophy and jurisprudence*, n. 7, pp. 312-333, 1942.

KELSEN, Hans. Zur Theorie der juristischen Fiktionen. In: KLECATSKY, Hans (org.). *Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Vol. II. Vienna: Europa Verlag, pp. 1215-1241, 1968.

KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

KELSEN, Hans; TREVES, Renato. *Formalismo giuridico e realtà sociale*. Naples: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

KERVÉGAN, Jean-François. Raison philosophique et positivisme juridique: l'exemple allemand. In: *Cahier de philosophie politique et juridique de l'université de Caen*, n. 13, pp. 47-68, 1988.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo Torres e Maria Gorete de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LESER, Norbert. Die Reine Rechtslehre in Widerstreit der philosophischen Ideen. In: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*. Vienna: Manz, pp. 97-104, 1982.

LUF, Gerhard. On the transcendental import of Kelsen's basic norm. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trans. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 221-234, 2007.

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

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, pp. 103-127, 2008.

MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NIORT, Jean-François. Formes et limites du positivisme juridique. In: *Revue de la recherche juridique: droit prospectif*, n. 18, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 157-192, 1993.

PAULSON, Stanley L. La normativité dans la théorie pure du droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendants? In: *Droit et société*, n. 7, pp. 349-369, 1987.

PAULSON, Stanley L. Introduction. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trans. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. xxiii-liii, 2007.

PAULSON, Stanley L. Kelsen and the Marburg school: reconstructive and historical perspectives. In: KRAWIETZ, Werner (org.). *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems: Festschrift for Robert Summers*. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 481-494, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo V. Campinas: Bookseller, 2002.

RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical*

perspectives on kelsenian themes. Trans. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 47-67, 2007.

RENAUT, Alain. Kelsen et le problème de l'autonomie du droit. In: *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen*, n. 9, pp. 7-21, 1986.

ROY, Louis. Pour une interprétation large de la norme fondamentale-transcendantale de Hans Kelsen. In: *Cahiers d'épistémologie*, n. 238, 1997.

SALIBA, Carolina Muranaka. A relação entre direito e justiça em Hans Kelsen: considerações sobre a natureza da norma fundamental. Trabalho apresentado em 19.01.2004 no *XI Encontro Nacional de Filosofia da Associação Nacional de Pós-Graduação em Filosofia (ANPOF)*. Disponível em: <http://www.direst.net/docs/1679091c5a880faf6fb5e6087eb1b2dc.pdf>

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; SANTOS, Leila Borges Dias; HEINEN, Luana Renostro; PEREIRA, Vitor Curado Silva. Kelsen e o relativismo ético da teoria pura do direito. In: *Antídoto*, v. 2, n. 2, pp. 67-83, 2007.

SOSOË, Lucas. La distinction de l'être et du devoir-être dans la théorie pure du droit. In: *Cahier de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n. 9, pp. 65-81, 1986.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

TREVES, Renato. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienues. Trad. Michel Troper. In: *Droit e société*, n. 7, pp. 327-335, 1987.

TROPER, Michel, 1978. La pyramide est toujours debout! Réponse à Paul Amselek. In: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 94, n. 6, pp. 89-103, 1978.

VAIHINGER, Hans. *The philosophy of "as if": a system of the theoretical, practical, and religious fictions of mankind*. Trad. C. K. Ogden. London: Routledge and Kegan Paul, 2002.

WRIGHT, Georg Henrik von. Is and ought. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 365-382, 2007.

Recebido em 07/04/2011 – Aprovado em 19/05/2011