

NOTAS SOBRE A NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL EM HANS KELSEN

Mário Lúcio Garcez Calil¹
Carlos Malta Leite²

CALIL, M. L. G.; LEITE, C. M. Notas sobre a norma hipotética fundamental em Hans Kelsen. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc.* UNIPAR. Umuarama. v. 21, n. 2, p. 247-262, jul./dez. 2018.

RESUMO: Kelsen é um dos juristas ocidentais mais festejados, que buscou construir uma teoria jurídica “científica” em termos “cartesianos”. Para conferir “objetividade” à sua teoria, afastou a relação entre direito e moral. Criou o conceito de “Norma Hipotética Fundamental”, como fundamento lógico para o “fechamento” do ordenamento jurídico. O objetivo do presente trabalho é estudar a construção da “Norma Hipotética Fundamental” por meio da pesquisa bibliográfica. Justifica-se este trabalho, tendo em conta a influência que tal doutrina exerce sobre os juristas ocidentais. Conclui-se que uma solução para o problema é entender a “Norma Hipotética Fundamental” como a “primeira constituição histórica”.

PALAVRAS-CHAVE: Kelsen; Norma Hipotética Fundamental; Objetividade; Primeira Constituição Histórica.

NOTES ON HANS KELSEN FUNDAMENTAL HYPOTHETICAL NORM

ABSTRACT: Kelsen is one of the most celebrated Western jurists, who sought to construct a “scientific” legal theory in “Cartesian” terms. In order to confer “objectivity” to his theory, he removed the relation between law and morality. He created the concept of “Fundamental Hypothetical Norm” as a logical fundament for the “closure” of the legal order. The purpose of this research is to study the construction of the “Fundamental Hypothetical Norm” through a literature survey. This work is justified in view of the influence that such a doctrine exerts on

DOI: 10.25110/rcjs.v21i2.2018.7504

¹Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor Adjunto IV da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Vice-líder do grupo de pesquisa “A intervenção do poder público na vida da pessoa”, vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM. <mario.calil@yahoo.com.br>.

²Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Defensor Público aposentado do Estado de Mato Grosso do Sul. Consultor jurídico no Distrito Federal.

Western jurists. It can be concluded that one solution to the problem is to understand the “Fundamental Hypothetical Norm” as the “first historical constitution”.

KEYWORDS: First Historical Constitution; Fundamental Hypothetical Norm; Kelsen; Objectivity.

APUNTES SOBRE LA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL EN HANS KELSEN

RESUMEN: Kelsen es uno de los juristas occidentales más festejados, que buscó construir una teoría jurídica “científica” en términos “cartesianos”. Para conferir “objetividad” a su teoría, alejó la relación entre derecho y moral. Creó el concepto de “Norma Hipotética Fundamental”, como fundamento lógico para el “cierre” del ordenamiento jurídico. El objetivo del presente estudio ha sido estudiar la construcción de la “Norma Hipotética Fundamental” por medio de investigación bibliográfica. Se justifica este estudio, teniendo en cuenta la influencia que tal doctrina ejerce sobre los juristas occidentales. Se concluye que una solución para el problema es entender la “Norma Hipotética Fundamental” como la “primera constitución histórica”.

PALABRAS CLAVE: Kelsen; Norma Hipotética Fundamental; Objetividad; Primera Constitución Histórica.

INTRODUÇÃO

Hans Kelsen foi (e ainda é) um dos juristas ocidentais mais festejados da história, tanto por sua genialidade quanto por sua coragem de se lançar ao desafio hercúleo de construir uma teoria que fizesse com que o direito fosse aceito não mais como “metafísica”, mas como ciência em termos “cartesianos”.

Sua teoria foi exposta, ao menos inicialmente, em sua célebre obra intitulada “Teoria Pura do Direito”, na qual expõe a norma como “objeto” da ciência do direito e a normatividade como seu “método”.

Para conferir “objetividade” à sua teoria, Kelsen buscou afastar qualquer relação do direito com a moral, por intermédio, inclusive, da negação de vários paradigmas do jusnaturalismo.

A complexidade da “Teoria Pura” salta aos olhos de qualquer leitor, especialmente no que se refere ao sistema de aferição de validade proposto por Kelsen, que assume, em famosa formulação, o diagrama de uma pirâmide, que representaria o ordenamento jurídico.

No topo da referida pirâmide estaria a Constituição e, abaixo dela, as demais normas (“infraconstitucionais”). A Constituição seria o paradigma de validade das normas que se encontram abaixo dela, determinando-se que o sistema

é formado por “camadas” de normas, de modo que a camada inferior busca o fundamento de validade da camada que lhe é imediatamente superior.

Mas, nessa formulação, de onde a Constituição, enquanto norma situada no “topo” da “pirâmide” normativa retiraria seu fundamento de validade? O que “iniciaria” o ordenamento jurídico?

Para responder a tais questionamentos, sem ter de admitir um início “transcendental” ou “divino”, Kelsen criou o conceito de “Norma Hipotética Fundamental”, que constituiria o fundamento lógico para o “fechamento” do ordenamento jurídico.

Ocorre que tal formulação, tendo em vista até mesmo sua complexidade, suscita mais perguntas do que respostas, apesar de ser uma partícula indispensável à formulação kelseniana.

Desse modo, é o objetivo do presente trabalho estudar a construção de Kelsen acerca da “Norma Hipotética Fundamental”, seus fundamentos e, em especial, suas controvérsias, na tentativa de se encontrar uma especificação que permita utilizar efetivamente o referido conceito, aprimorando-se o, inclusive, entendimento acerca das bases da “Teoria Pura do Direito”.

O presente trabalho se divide da seguinte forma: inicialmente, serão tratados os conceitos basilares acerca do instituto sob comento; em seguida, será trabalhada a pretensão de Kelsen de se “afastar” do jusnaturalismo; após, será estudada a questão da possibilidade de um “regresso ao infinito” e de “circularidade” na “cadeia de validação” normativa; e, por último, será tratada a conceituação formulada por Kelsen acerca do instituto em sua obra póstuma.

Para tanto, proceder-se-á à pesquisa em obras do próprio Kelsen, bem como em referenciais que tratam, especificamente, de suas teorizações, em especial do tema específico da “Norma Hipotética Fundamental”.

O presente trabalho se justifica plenamente, tendo em conta a evidente influência que a doutrina de Kelsen até hoje exerce sobre os juristas ocidentais.

1. A NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL EM HANS KELSEN

O jurista Hans Kelsen tentou, no final do século XIX, formular uma teoria “pura” do direito, que se enquadrasse nos paradigmas metodológicos cartesianos. Para tanto, o referido jurista pensou ser necessário retirar do campo jurídico toda e qualquer influência moral ou jusnaturalista, de modo a “[...] liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (KELSEN, 1998, p. 1)

Obviamente, essa não pode ser considerada uma tarefa fácil, especialmente quando se leva em conta a proximidade entre os fatos e a circunstância de que o direito natural restava profundamente arraigado no “senso comum teórico”

dos juristas da época.

Fazia-se necessário, porém, retirar o caráter “exotérico” do direito, destacando-o da metafísica, dando-lhe caráter “cartesiano”.

Para tanto, faz-se necessário definir um objeto e uma metodologia que pudessem distanciar-se do observador/cientista/jurista.

Na “Teoria Pura do Direito”, a norma toma o papel de “objeto”, como “proposição” metodológica. Para tanto, Kelsen distingue entre o mundo do “ser” (regido pela causalidade) e o mundo do “dever ser” (construído por regras). (ALVES, 2004, p. 5)

A norma jurídica passa a ser um juízo hipotético, “[...] um simples instrumento para descrição do Direito positivo, tal como estabelecido pelas autoridades competentes”. (ALVES, 2004, p. 6)

Essa “objetivação” do direito, voltada a enquadrá-lo como ciência, acabou por reduzi-lo, com algumas ressalvas, a um sistema normativo puro, sem influência divina ou até mesmo linguística, preservando-o de interpretações distantes da letra dos dispositivos legais aprovados em conformidade com o procedimento legislativo correto.

Além disso, Kelsen formulou um sistema de verificação da validade das normas, no qual a norma inferior deve buscar seu fundamento de validação na norma imediatamente superior a ela, até uma norma “suprema”.

A referida “supremacia” normativa, contudo, nos termos da Teoria Pura do Direito, não poderia buscar seu fundamento de existência ou de validade no direito natural, em qualquer de suas vertentes.

Permaneceu, contudo, uma questão essencial para justificar a existência da referida norma: de onde surgiria tal norma?

Com vistas a resolver tal problemática, Hans Kelsen surge com o conceito de “norma hipotética fundamental”, como “condição de validade jurídica objetiva”, que fundamenta a ordem positiva.

Aliás, de acordo com o próprio Kelsen, “[...] nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida” (KELSEN, 1998, p. 242)

Nesse mesmo sentido, a “norma hipotética fundamental” é a fonte comum de validade de todas as normas que pertencem a uma determinada ordem normativa. Mais do que isso, aliás: é a partir da norma fundamental é que se constitui a unidade da ordem normativa (KELSEN, 1998, p. 387).

Como norma mais elevada, a norma fundamental tem de ser pressuposta, porque não pode ter sido posta por uma autoridade, “[...] cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada”. E, tendo em vista que não deriva de nenhuma outra norma, sua validade não pode ser questionada. (KELSEN, 1998, p. 269)

Diante disso, a norma hipotética fundamental, no entanto, não é uma “norma” em sentido estrito. É, sim, uma “ficção” que legitima todo o ordenamento, mas não determina o conteúdo das normas jurídicas concretas (KELSEN, 1998, p. 418).

Trata-se, diante desses argumentos, não de uma norma “criada” com base no ordenamento jurídico vigente em determinado sistema, nem mesmo um componente direto na ordem de fundamentos de validades de normas inferiores em relação às normas superiores, mas, sim, uma norma “pressuposta” à existência do referido ordenamento em si. Aliás, de conformidade com o próprio autor da Teoria:

Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituy en un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental representa, como fuetecomún, el vínculo entre todas as diversas normas que integram um determinado orden. Que uma norma pertenece a determinado sistema de normas, a determinado orden normativo, se puede comprobar solamente si deriva su validez de la norma fundamental que integra o constituye el orden. Mientras que um juicio “enunciativo” es verdadeiro porque la realidade de la experiência sensiblelo confirma um juicio “normativo” sólo es válido si pertenece a um sistema válido de normas y puede ser derivado de uma fundamental cuya validez se presupone. (KELSEN, 1958, p. 130-131).

Assim, todas as normas de um ordenamento jurídico voltam-se à referida norma fundamental, de modo a que seja possível auferir a sua legitimidade, pois todo o sistema dela deriva.

A norma hipotética fundamental é a base para a colocação do direito como sistema estático, no qual se conclui pela validade de uma norma a partir da observação da norma que lhe é superior (KELSEN, 1958, p. 132)

No sistema estático, cada norma fundamenta a norma que lhe é inferior, num processo de “autoformação” que vai até a norma hipotética fundamental. Por isso, na teoria kelseniana, a norma fundamental é imprescindível à própria existência do ordenamento jurídico.(VASCONCELOS, 2002, p. 79-80)

Diante disso, no gráfico “piramidal” da ordem de fundamento de validade, a norma hipotética fundamental encontra-se, sim, na base da “pirâmide”, ou seja, como sustentáculo do ordenamento.

Ocorre que a ausência de “positividade” da norma fundamental representa uma contradição em termos. Como poderia ser “norma” se não foi validada por outra norma? Sobre isso, Kelsen afirma que em todo o sistema há uma norma

não-positiva, cuja existência é necessária (RAZ, 1998, p. 49).

Diante disso, é possível observar que Kelsen, ao menos na “Teoria Pura do Direito”, falha em produzir um conceito convincente de “norma hipotética fundamental”, bem como em determinar sua “origem”.

Como se verá nos tópicos posteriores, Kelsen também não foi capaz de desvencilhar completamente a tese da norma fundamental das doutrinas jusnaturalistas e, somente em sua obra póstuma, fornece um conceito “satisfatório” acerca do instituto.

Apesar das evidentes contradições, a “Teoria Pura do Direito” não se sustentaria sem a tese da “norma hipotética fundamental”, que é essencial à solução de problemas lógicos, permitindo que se explique a normatividade de maneira não factual e garantindo que todo o sistema jurídico pertença à mesma corrente (RAZ, 1998, p. 49).

A grande questão parece ser, portanto, a construção de um arranjo lógico-retórico voltado a justificar a sistematização ordenadora do conceito de ordenamento jurídico sem, contudo, recorrer ao jusnaturalismo.

Constata-se, desse modo, que a norma fundamental cumpre várias indispensáveis funções na Teoria Pura do Direito: primeiramente, é o pressuposto para o valor científico da teoria pura do direito, pois permite que se obtenha um “objeto” científico válido, qual seja, o “dever”; em segundo lugar, garante a unidade das normas coativas, representando o fundamento de validade comum à totalidade das normas; por último, é a própria definição do direito, constituindo o dever especificamente jurídico (SCHILD, 1983, p. 27-28).

A “norma hipotética fundamental” é, portanto, o sustentáculo da teoria kelseniana, de modo que volta-se a logicamente justificá-la, de uma perspectiva “interna”. Ocorre que outra questão permanece: como seria possível simplesmente “assumir” a existência da validade de uma norma fundamental?

Para tal indagação, Kelsen fornece uma resposta, no mínimo, evasiva. De acordo com o autor, bastaria observar a seguinte situação: se um juiz, de acordo com a norma, sentencia, e o carcereiro, de acordo com a norma, gira a chave, de modo que as normas do sistema são observadas, somente se podem assumir que a validade da norma fundamental está pressuposta (RIDDALL, 1991, p. 158).

Não parece ser uma explicação razoável, tendo em vista que se assenta na premissa de que o direito como sistema estático é algo dado, inquestionável.

Ora, a simples obediência a uma ordem pode se dar, tanto pela coerção jurídica, quanto pela coerção moral, de modo que o fato de, no exemplo, o carcereiro girar a chave, não significa que a norma que determinou tal ato seja válida, o mesmo pode-se dizer acerca da sentença que motivou inicialmente tal atuação.

Desse modo, a simples pressuposição de positividade da norma funda-

mental não é, por si mesma, capaz de justificar a necessidade sua utilização como um critério último e definitivo de validade.

Ao conceber a norma hipotética fundamental como uma ficção, Kelsen relativiza a objetividade jurídica, pois “[...] algo puramente fictício, ideal, não pode viabilizar uma concordância entre a norma fundamental e a realidade jurídica” (LIMA; SOARES; NUNES, 2008, p. 3832).

Ocorre que, se a norma fundamental não for reconhecida como norma “positiva”, a teoria pura não pode se sustentar. A ausência de fechamento lógico do sistema jurídico em escala “piramidal” ensejaria, na verdade, a conclusão de que a Constituição não tem validade, ou não há modo de se constatar sua validade.

Nesse ponto, tendo em vista a rasa justificativa dada por Kelsen ao problema, a conceituação da “norma hipotética fundamental” como critério de validação do ordenamento carece de lógica “externa”.

Desse modo, cabe estudar a justificação dada por Kelsen para a veemente negação do conteúdo “naturalístico” da “Norma Hipotética Fundamental”.

2. A PRETENSÃO DE “FUGA” DO DIREITO NATURAL

Como foi estudado acima, Kelsen pretendia uma fórmula voltada a isolar a norma como objeto de pesquisa da ciência do direito. Pretendia, além disso, separar o direito da moral, separando sua doutrina do jusnaturalismo. Desse modo, cuidou de afastar do estudo do direito todas as condições e fatores “não jurídicos”.

Ocorre que a tentativa de explicar a “Norma Hipotética Fundamental” como algo “não-transcendental” deixa uma gigantesca “lacuna lógica” na teoria. Conforme a afirmação de Vasconcelos (2002, p. 123-125):

A negativa de Kelsen em atribuir conteúdo à norma fundamental tem o propósito, para ele relevante, de manter a pureza do sistema, o que busca alcançar com o afastamento total da metafísica. Esse preconceito lhe comprometeu irremediavelmente toda a construção doutrinária, sem ter sido eficaz.

Trata-se, assim, de uma norma “vazia”, sem conteúdo normativo em sentido estrito, que existe apenas como justificativa para a existência de um sistema jurídico ordenado e escalonado sem, porém, conseguir justificar sua existência de forma lógica.

Até porque a “Teoria Pura” afirma que a norma fundamental é um “pressuposto gnosiológico”, que garante o “fechamento operativo do sistema”.

Diante disso, resta evidente o caráter “deôntico” da norma fundamental, pois não provém de nenhuma norma superior. É, ao mesmo tempo, o início e o fim do sistema jurídico (LIMA, 2012, n.p.).

A norma fundamental, gnoseológica que é, estabelece, como regra metodológica básica para as significações jurídicas, “[...] um critério de egocentrismo significativo, através do qual fica excluído do âmbito de significação qualquer dado que não possa ser derivado das normas positivas válidas” (WARAT, 1995, p. 300).

Desse modo, o argumento da desnecessidade de justificação transcendental cai por terra quando se percebe o caráter “inicial” e, ao mesmo tempo, “final” da norma fundamental. A semelhança com os paradigmas de direito natural é inegável. Nesse sentido, de acordo com Torres (2006, p. 74):

Assim, para garantir o respeito à própria Constituição - na medida em que não se reconhece nenhuma norma positiva, posta, acima dela, apta a dar competência a seus autores, a dar sentido objetivo às normas por estes elaboradas -, Kelsen criou a norma fundamental, uma pressuposição lógico-transcendental, utilizando aqui, por analogia, um conceito da teoria do conhecimento de Kant, uma norma que, em última instância, conferiria validade a todo o ordenamento jurídico, ao estabelecer o caráter vinculante da Constituição. Dessa forma, a norma fundamental surge, tal como a denominada “constante cosmológica” de Einstein, como um artifício mental do autor para tornar coerente e operacional sua teoria, apresentando-se tal norma como a “saída” para as seguintes questões: Se toda norma adquire validade a partir de uma norma superior, de onde adviria a validade da Constituição? Como solucionar o paradoxo de ser a Constituição o fundamento de validade das demais normas e não possuir, ela mesma, fundamento? Como “solucionar” essas questões sem romper com sua opção metodológica, isto é, sem recorrer a elementos externos ao Direito para justificá-lo, como à natureza ou a Deus?

O estudo da “norma hipotética fundamental”, no limite, não poderia permitir o afastamento total do jusnaturalismo, tendo em vista, especialmente, a fragilidade inicial das explicações de Kelsen acerca das origens gnosiológicas do instituto.

Aliás, apesar de Kelsen ter concebido sua teoria como a única alternativa possível ao direito natural, ele mesmo se refere à norma fundamental como

algo de direito natural, apontando, inclusive que não existe, nas teorias naturalistas, uma específica noção de validade jurídica (RAZ, 1998, p. 54).

Seria possível afirmar, nesse ponto, que a tese da “norma hipotética fundamental” poderia consistir na tentativa de criação de um conceito e de uma formulação da validade para o direito natural.

Até porque o relativismo de Hans Kelsen não prescinde da possibilidade ou da necessidade de se acessar o direito por *standards* morais. O autor simplesmente insiste que toda valoração é válida somente em relação à norma moral especificamente utilizada, que, em si, não tem validade objetiva, de modo que a crítica moral do direito seria um problema de julgamento pessoal ou político. Não é um problema científico objetivo e não interessa à ciência do direito. (RAZ, 1998, p. 55)

Como dito pelo próprio Kelsen, a norma fundamental não é uma norma de Direito positivo, pois, se tivesse sido “criada” por um ato de vontade, teria de haver uma norma superior que determinasse a prática desse ato.

Mas a aceitação da positividade da norma faria como que o sistema assumisse uma imagem “circular”, causando o que se poderia chamar de *regressus ad infinitum* do paradigma de legitimação de cada norma, questão que será enfrentada no próximo tópico.

3. A QUESTÃO DO “REGRESSO AO INFINITO” E A “CIRCULARIDADE” DA “CADEIA DE VALIDAÇÃO” DAS NORMAS

A norma hipotética fundamental como paradigma último faz com que a aferição de validade assuma um padrão “circular”, pois se considera que a norma fundamental encontra-se, ao mesmo tempo, acima e abaixo do ordenamento jurídico, pois se as normas do nível mais alto são válidas, e simplesmente se assume que são válidas, regressa-se ao mesmo problema (PAULSON, 1991, p. 177).

É de se destacar que o próprio Kelsen admitiu tal distorção, afirmando que, se um ato é autorizado por uma norma moral ou jurídica pressuposta, esse silogismo teórico parece, de fato, conduzir a um *regressus ad infinitum*. (KELSEN, 1986, p. 326)

O retorno ao infinito somente poderia ser justificado por meio de pressupostos jusnaturalistas, especificamente aqueles de caráter ontológico.

Desse modo, ao se estabelecer se uma Norma Fundamental é válida, passa-se a auferir se as normas individuais se cumprem, completando o círculo e voltando ao lugar de origem (RIDDALL, 1991, p. 159).

Nessa operação “circular” percebe-se o problema da mudança na ordem de validação, de modo que a norma inferior passa a ser paradigma de justificação para a norma jurídica superior, invertendo o processo hierárquico requerido

pela teorização do direito como sistema estático. Nesse sentido, assim informa Holgado (2011, p. 472):

El nivel de eficacia del nuevo sistema legal permite la posibilidad de suponer una Norma Hipotética Fundamental, que “garantiza” la validez de la nueva Constitución y es distinta a la que existía cuando la anterior constitución era eficaz. Queda claro que la validez de este sistema depende enteramente de la capacidad que éste tiene de ser obedecido por la población, es decir, de ser eficaz. Kelsen afirma que se produce un cambio en la presuposición que identifica el “constitution-creating fact” y los “the facts established according to the constitution” como, respectivamente, “norm-creating” y “norm-applying facts”. En efecto, es el “cambio de juicio de validez” el que determina que una revolución sea efectiva o no. Es decir, las personas dejan de reconocer, cumplir y obedecer lo soughtsde las normas pertenecientes a un anterior sistema jurídico, que era efectivo y válido, y comienzan a reconocer, cumplir y obedecer oughts de normas pertenecientes a un nuevo sistema jurídico que, a medida que se vuelve efectivo, comienza a ser válido. Sin embargo, es claro que este “cambio de juicio de validez” no es consecuencia de un cambio previo de NHF. Por el contrario, el cambio de la NHF es una consecuencia posterior al hecho de que las personas realicen previamente este “cambio de juicio de validez”. Es decir, que el cambio de NHF depende del nivel de eficacia del nuevo sistema.

Assim, a ausência de “positividade” da norma fundamental destroça a “unidade estática” do projeto de ornamento jurídico de Kelsen, algo que poderia ser evitado por sua justificação por intermédio do direito natural.

Ocorre que outra solução conceitual pode ser utilizada para sanar, ao menos em parte, o problema.

4. A NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL COMO A “PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO”

Apesar das limitações conceituais e operacionais relacionadas à “norma hipotética fundamental”, parece haver uma saída para que se possa preservar a “positividade pressuposta” da norma fundamental, sem que se necessite recorrer à transcendência característica das doutrinas do direito natural.

Conforme o próprio autor, em sua obra póstuma (“Teoria Geral das

Normas”), a “norma hipotética fundamental” não é norma positiva, nem uma norma fixada por um ato de vontade, senão uma norma fictícia. A norma fundamental, nessa teorização, é a “primeira Constituição” (KELSEN, 1986, p. 326-327). Ainda de conformidade com o autor:

Historicamente, a primeira Constituição foi estabelecida pela resolução de uma Assembléia, as pessoas são constituintes dessa Assembléia; nasceu a primeira Constituição, historicamente pela via do Costume e, é este costume, mais corretamente: são as pessoas, cuja conduta institui, historicamente, o Costume produtor da primeira Constituição, que são autorizadas pela norma Constituição - no mais profundo sentido, em que se baseia o ordenamento jurídico. (KELSEN, 1986, p. 327)

Trata-se de uma brilhante “saída epistemológica” para as críticas acerca da “artificialidade” da pretensão de Kelsen de escapar do jusnaturalismo e de separar a moral do direito, desde o “início” da formulação do conceito de direito como sistema estático.

Isso porque o costume, no sentido de “fonte do direito”, não pode ser considerado transcendental, ao menos não no “sentido jusnaturalista” estrito. Logo, a “norma hipotética fundamental” não deriva de algo transcendental ou divino; deriva, isso sim, das pessoas, do povo. Essa seria a verdadeira “base” do ordenamento jurídico.

Ocorre que, a partir da equiparação feita por Hans Kelsen entre a norma fundamental e a “primeira constituição”, surge uma indispensável indagação: afinal, o que é a “primeira constituição”?

Inicialmente, cabe afirmar, de conformidade com Honoré (1998), a norma fundamental não é algo a ser descoberto nem inventado. Sua identidade é uma questão de fato. No máximo, é possível supor o que é. Não é como o *Big Bang*. Sua função não é explicar por que as normas atuais do sistema jurídico são o que são. Tendo em vista que não há como demonstrar que uma interpretação é melhor do que a outra. Não se sabe se há alguma coisa para a norma fundamental justificar, da mesma forma como não sabemos se há uma forma de o *Big Bang* explicar o atual estado do universo (HONORÉ, 1998, p. 102).

Diante disso, o papel da norma hipotética fundamental não é de justificativa, nem acerca de sua lógica, nem acerca de sua natureza ou de suas características; trata-se, simplesmente, de uma justificativa de sua existência e de sua coesão.

Ocorre, porém, que há uma forma lógica de se entender o que seria a “primeira constituição” de um sistema jurídico. Trata-se, nas palavras de Coelho

(2001, p. 15), da “primeira constituição histórica. Acerca do tema em escopo, assim afirma o referido autor:

[...] o conceito de constituição histórica, em Kelsen, não rompe com o princípio metodológico fundamental Não se trata, pois, de verificar a efetiva anterioridade no tempo, material próprio do estudo dos historiadores, que consideram primeira Constituição Imperial de 1824. O cientista do direito localiza a primeira constituição histórica de uma determinada ordem jurídica exclusivamente a partir das normas positivas. Será aquele texto fundamental cuja elaboração não se encontra prevista em nenhuma disposição normativa anterior; aqueles cujos editores não foram investidos de competência por nenhuma outra norma jurídica. Para nos valermos da expressão de Kelsen, a primeira constituição histórica deriva da revolução na ordem jurídica, tendo em vista que não encontra suporte nessa ordem, mas inaugura uma nova.

Nessa formulação, o sentido de “primeira constituição histórica” é jurídico, não “histórico”, devendo ser encontrado com base nas normas, não nos eventos históricos.

No que se relaciona especificamente ao Brasil, o referido autor tem como “primeira constituição histórica”, o Ato Institucional n. 5 (COELHO, 2001, p. 15), uma norma imposta por um governo ditatorial sem qualquer parâmetro de aferição de validade, ignorando, inclusive, a Constituição vigente à época.

Isso porque a ordem jurídica iniciada com sua edição ainda não foi substituída, pois a Carta de 1988 tem seu fundamento na Emenda número um (1) à Carta de 1967, totalmente reeditada em 1969, com base no referido ato excepcional (COELHO, 2001, p. 15).

Equiparar-se a norma fundamental à primeira constituição (“histórica”) resolve vários problemas relacionados à “Teoria Pura do Direito”, tanto no que se refere à tautologia da “lógica circular”, quanto no que se refere ao pretendido “afastamento” do jusnaturalismo.

A partir dessa conceituação, inclusive, faz-se possível entender o fechamento escalonado do sistema jurídico ordenado, inclusive, no que tange ao conceito de justiça enquanto critério de valoração.

5. JUSTIÇA, VALIDADE E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA COMO CRITÉRIO DE VALORAÇÃO

Bobbio (2005, p. 45) afirma que, quando se pretende estabelecer uma teoria da norma jurídica de fundamentos sólidos, ela precisa “[...] ser submetida a três valorações distintas, e que estas valorações são independentes umas das outras”.

As grandes e distintas questões da norma jurídica são identificar em seu conteúdo a justiça, sua validade e eficácia para aquilatar sua valoração.

Norberto Bobbio (2005, p. 46) refere-se aos aspectos atinentes à existência da justiça na norma jurídica, identificando o problema como sendo “[...] o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico”. (BOBBIO, 2005, p. 46)

Nesse sentido, de modo a sanar a questão da justiça da norma jurídica, Bobbio (Id. Ibid) destaca o aspecto contrastante entre o mundo ideal e o mundo real, ou seja, “[...] entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser”.

Estará sanada a questão da justiça de uma norma jurídica quando for encontrada a conformidade do que deve ser real e do que deve ser ideal. Ou seja: “[...] o problema da justiça se resolve com um juízo de valoração” (Id. Ibid), uma vez que a noção de justiça está carregada de todo um conjunto de regras morais.

A validade da norma, em contrapartida, está ligada à existência da norma como regra jurídica. É a realização de “[...] investigações do tipo empírico-racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento.” (Id. Ibid)

A validade da norma envolve sua origem, permanência no mundo jurídico e fático/social, e, por derradeiro sua compatibilidade com as demais normas.

Isso porque, segundo Bobbio (2005), para analisar o problema da validade, é preciso considerar a norma em si mesma, considerá-la independentemente da forma como ela se manifesta. Se, após essa consideração, ela ainda for considerada direito de ordem positiva, trata-se de norma válida.

Já a eficácia da norma, está intrinsecamente ligada à realidade histórica e social do grupo social a que se destina a norma jurídica. É necessário verificar os eventos, as fases evolutivas por que passa a sociedade a que se destina a norma. Se essa norma, for facilmente absolvida e integrada dentro daquele contexto social tem-se uma norma eficaz. Isso ocorre porque segundo Bobbio (2005, p. 48), “o problema de eficácia das regras jurídicas é o problema *fenomenológico* do direito”.

O mesmo autor afirma, ainda, que “[...] a justiça não depende nem da validade nem da eficácia, a eficácia não depende nem da justiça nem da validade”

(BOBBIO, 2005, p. 48). Mesmo assim, o critério de valoração da norma tomará em consideração a presença de todos os critérios para que possa alcançar o *status* de juridicamente perfeita.

Destaque-se que, observando-se apenas as normas em sentido positivo e seu escalonamento, seria impossível aferir a “justiça” de um ordenamento.

Ocorre que, se utilizado o critério acima referido, ou seja, o de se considerar a norma hipotética fundamental como a “primeira Constituição histórica”, é possível, ao menos de maneira abstrata, partir-se de um critério mais substancial do que o mero escalonamento “objetivo” do sistema.

Considerações Finais

A formulação kelseniana da “Norma Hipotética Fundamental” buscava afastar as origens de um ordenamento jurídico da perspectiva jusnaturalista da qual a própria “Teoria Pura do Direito” buscava se afastar.

Ocorre que, como se estudou acima, referida formulação parece ter causado mais problemas do que provido soluções às dúvidas acerca da referida teorização.

Inicialmente, caso a norma fundamental não seja reconhecida como norma “positiva”, a teoria pura não pode se sustentar, pela ausência de fechamento lógico do sistema jurídico, o que resultaria na conclusão de que a Constituição não tem validade, o que faz com o conceito careça de uma lógica “externa”.

Kelsen nega veementemente o conteúdo “jusnaturalístico” da norma fundamental, mas, afirma que não se trata de uma norma de Direito positivo.

A aceitação da “positividade” da norma faria como que o sistema passasse a uma lógica “circular”, ocasionando um *regressus ad infinitum*, de modo que, a ausência de “positividade” verdadeira da norma fundamental impede a existência de uma “unidade estática” do ornamento jurídico de Kelsen, o que poderia ser evitado por meio de sua justificação por intermédio do direito natural.

Uma solução para o problema é dada pelo próprio Kelsen em sua obra póstuma, na qual afirma que a “norma hipotética fundamental” é a “primeira Constituição” que pode ser considerada como a “primeira constituição histórica”.

Essa formulação parece auxiliar na resolução de todos os três problemas apresentados, pois se encontra uma fundamentação “forte” para a “positividade” da norma fundamental, o que facilita o “fechamento estrutural” do sistema, previne o regresso ao infinito e fundamenta o afastamento do jusnaturalismo pretendido por Kelsen.

O pensamento kelseniano é extremamente rico, como se seria de esperar de um dos mais festejados juristas ocidentais de toda a história. Assim, muito há ainda por explorar com profundidade de sua doutrina, inclusive acerca do

conceito de “Norma Hipotética Fundamental”.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Fernando de Brito. Filosofia pós-moderna e Ciência Jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 196, Jan., 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4750>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 3 ed. São Paulo: editora edipro, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HOLGADO, Benjamín. Validez, eficacia y la norma hipotética fundamental en el pensamiento de Hans Kelsen. **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”**. Ano V, Número Especial, 2011.

HONORÉ, Tony. The basic norm of a society. In: PAULSON, Stanley; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). **Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes**. Nova York: Oxford University Press, 1998, p. 90-112.

LIMA, Helder Gonçalves. Moldura e norma fundamental (*grundnorm*) na Teoria Pura do Direito. Notas para a evolução desses conceitos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3407, 29out.2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22871>>. Acesso em: 1º mar. 2017.

LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto; SOARES, Ana Katarina Fonteles; NUNES, Andrine Oliveira. Normativismo formalista de Hans Kelsen: abordagem crítica. In: **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008, Salvador, p. 3823-3841.

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado**. 2. ed. México: Imprenta Universitaria, 1958.

_____. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PAULSON, Stanley. La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica. **Doxa**. n. 9, v. 2. Alicante: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, p. 173-187,

1991.

_____. PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). **Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes**. Nova York: Oxford University Press, 1998,

RAZ, Joseph. Kelsen's Theory of the basic norm. In: PAULSON, Stanley; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.). **Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes**. Nova York: Oxford University Press, 1998, p. 47-67.

RIDDALL, J. G. **Teoría del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1991.

SCHILD, Wolfgang. **Las teorías puras del derecho: reflexiones sobre Hans Kelsen y Roberto Walter**. Bogotá: Temis, 1983. (Monografías Jurídicas - 32)

TORRES, Ana Paula Repolês. Uma análise epistemológica da teoria pura do direito de Hans Kelsen. **Revista CEJ**. Brasília, n. 33, p. 72-77, abr.-jun. 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.