

# A NORMA FUNDAMENTAL DA TEORIA PURA DO DIREITO À TEORIA GERAL DAS NORMAS

## THE FUNDAMENTAL NORM OF PURE THEORY OF LAW TO GENERAL THEORY OF NORMS

LUÍS FERNANDO SGARBOSSA<sup>1</sup>

RESUMO: O presente artigo explora as concepções de Hans Kelsen sobre a norma fundamental ou *Grundnorm* ao longo de diferentes fases de seu pensamento, representadas aqui pelas obras Teoria Pura do Direito, de 1934, Teoria Geral do Direito e do Estado, de 1944 e, por fim, na publicação póstuma intitulada “Teoria Geral das Normas”, de 1979. Evidencia as alterações no pensamento de Kelsen que o levam a abandonar a formulação da *Grundnorm* como norma hipotética fundamental para reconhecê-la como norma ficta com base na Filosofia do “Como-Se” de Hans Vaihinger, e, portanto, duplamente contraditória para com a realidade e para consigo mesma.

PALAVRAS-CHAVE: Norma Fundamental; Hans Kelsen; Norma Ficta.

ABSTRACT: This article explores the concepts of Hans Kelsen on the fundamental norm or *Grundnorm* along different stages of his thought, represented here by the works “Pure Theory of Law”, 1934, “General Theory of Law and State”, 1944 and, finally, the posthumous publication entitled “General Theory of Norms”, of 1979. It highlights the changes in the thinking of Kelsen that lead him to abandon the formulation of the *Grundnorm* as a fundamental hypothetical norm, to recognize it as a norm based on the fictitious Philosophy of “As If”, from Hans Vaihinger, and thus doubly contradictory towards reality and to itself.

KEYWORDS: Fundamental Norm; Hans Kelsen; Fictitious Norm.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Norma Fundamental na Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*) de 1934; 2. A Norma Fundamental na Teoria Geral do Direito e do Estado (*General Theory of Law and State*) de 1944; 3. A Norma Fundamental na Póstuma Teoria Geral das Normas (*Allgemeine Theorie der Normen*) de 1979; Conclusão; Referências Bibliográficas.

---

Artigo recebido em 28.03.2013. Pareceres emitidos em 08.09.2013 e 11.11.2013.

Artigo aceito para publicação em 07.04.2014.

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR e Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela mesma Instituição. Professor do Curso de Direito das Faculdades SECAL (Ponta Grossa/PR), da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP (Ponta Grossa/PR), da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST (Curitiba/PR) e do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC (Londrina/PR). *lfsgarbossa@uol.com.br*

SUMMARY: Introduction; 1. The Fundamental Norm in the Pure Theory of Law (*Reine Rechtslehre*) of 1934; 2. The Fundamental Norm in the General Theory of Law and State (*General Theory of Law and State*) of 1944; 3. The Fundamental Norm in the Posthumous General Theory of Norms (*Allgemeine Theorie der Normen*) of 1979; Conclusion; References.

## INTRODUÇÃO

A importância e a influência exercidas pela obra de Hans Kelsen (1881-1973) sobre a ciência jurídica e sobre a teoria do direito é inegável, tendo impacto decisivo principalmente no âmbito da tradição jurídica romano-germânica.

A despeito das inúmeras críticas que suas teorizações despertaram<sup>2-3</sup>, ao fundador da Escola de Viena cabe o mérito de ter elaborado uma das mais completas sistematizações que já conheceu o positivismo jurídico<sup>4</sup>, nomeadamente, o normativismo jurídico.<sup>5</sup>

Sob a influência do neokantismo das Escolas de Marbourg e Bade<sup>6</sup>, Kelsen engendrou uma teoria que buscou depurar a Ciência do Direito de todos e quaisquer elementos políticos e éticos e dotá-la de autonomia, sistematização e rigor científico, à qual denominou Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), por cujas contribuições se notabilizou e é conhecido amplamente.<sup>7</sup>

Nada obstante, o pensamento de Kelsen modificou-se em pontos importantes ao longo de sua trajetória, pelo que pode ser instrutivo investigar

---

<sup>2</sup> BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Ícone, 2006, p. 201.

<sup>3</sup> Observa Robert Alexy: "Raras foram as ideias da teoria do direito que provocaram tanta polêmica quanto a ideia de uma norma fundamental. A polêmica concentra-se em quatro pontos: a necessidade, a possibilidade, o conteúdo e o *status* da norma fundamental." ALEXY, R. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia B. O. Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117.

<sup>4</sup> Como observa Bobbio, "a teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor dizendo, deveria ter valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é a confirmação da validade, para outros, a validade é a confirmação da justiça. Chamamos esta doutrina de *positivismo jurídico*, embora devamos convir que a maior parte daqueles que são positivistas na filosofia e teóricos e estudiosos do direito positivo (...) nunca sustentaram uma tese tão extremada." BOBBIO, N. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando P. Baptista; Ariani B. Sudatti. 3. ed., rev. Bauru: Edipro, 2005, p. 58-59.

<sup>5</sup> Observa Norberto Bobbio que "a teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen. Por isso podemos considerar este autor como o clímax do movimento juspositivista, depois do que começa sua decadência, isto é (sem metáfora), sua crise." BOBBIO, N. *Positivismo Jurídico* cit. p. 198.

<sup>6</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. *História da Filosofia do Direito*. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005, p. 214.

<sup>7</sup> Segundo Bobbio, "a teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ela atribuídos: a *unidade*, a *coerência*, a *completude*; são estas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem." BOBBIO, N. *Positivismo Jurídico* cit. p. 198.

a formulação de um dos pontos centrais de sua teoria em diferentes fases de seu pensamento<sup>8</sup>, a saber, a *Grundnorm*, a norma fundamental, cujo papel é crucial para a validade do direito e para a unidade da ordem jurídica, bem como para as pretensões do autor de fundar uma teoria estritamente científica depurada de elementos metajurídicos.

Com tal intuito, buscaremos analisar sumariamente três de suas principais obras, a saber, a *Teoria Pura do Direito*, publicada originalmente em 1934, a *Teoria Geral do Direito*, publicada quando o autor já estava radicado nos EUA, no ano de 1944 e, por fim, a obra póstuma intitulada *Teoria Geral das Normas*, na qual os escritos de Kelsen ali reunidos demonstram mudanças importantes em seu pensamento quanto à norma fundamental e quanto a outros temas.

Como observa Aglaé Maryioli, apesar dos movimentos antiformalistas do século XIX, o positivismo continuou presente ao longo daquele século e do seguinte e alguns de seus principais objetivos continuaram a nortear os objetivos do pensamento jurídico, notadamente o da *sistematização* e o da *autonomização* da ciência do Direito.<sup>9</sup>

Nesse contexto advém a obra revolucionária legada por Hans Kelsen, intitulada *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, em 1934, quando o autor encontrava-se radicado em Genebra.<sup>10</sup>

A par dos objetivos referidos de sistematização e de autonomização da ciência jurídica, norteia a obra e a teoria nela contida, conforme o próprio nome indica, o anseio pela *pureza* – não desvinculado da autonomia –, a busca pela completa depuração do conhecimento jurídico de todo elemento ético-político ou de outra natureza, constituindo-se em um empreendimento de *conhecer o jurídico pelo jurídico*.<sup>11</sup>

Segundo Maryioli, a teoria pura já se encontra em potência na tese defendida por Kelsen intitulada *Problemas fundamentais da teoria jurídica do Estado (Hauptproblemen der Staatsrechtslehre)*, 1911) na qual, a despeito de ter sofrido influências de Carl-Friedrich Gerber, Paul Laband e Georg Jellinek, Kelsen critica o último, que fora seu professor em Heidelberg, no que diz respeito à sua teoria do Estado e do direito.<sup>12-13</sup>

---

<sup>8</sup> Stanley Paulson identifica três fases no pensamento de Kelsen, a saber, a fase do construtivismo crítico (1911-1921 aproximadamente), na qual o foco do autor é a formulação de um conceito de direito, a fase clássica (1921-1960), em que o mesmo busca formular uma teoria sobre a dinâmica jurídica, influenciado pela concepção escalonada de Adolf Merkl e, por fim, a fase cética (1960-1973), em que revisa profundamente suas concepções anteriores, com ruptura relativamente ao neokantismo e pendor para o voluntarismo.

<sup>9</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 194-195.

<sup>10</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 196.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Id.*, p. 196-197.

<sup>13</sup> Com efeito, de se observar íntima conexão entre a Teoria do Estado e a Teoria do Direito para Kelsen, haja vista a teoria monista por este propugnada, sustentando a identidade entre Estado e Direito, como o faz desde seu *Allgemeines Staatslehre* (1925) e no capítulo VI da Teoria Pura.

Como se depreende de uma das principais obras de Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, vinda a lume no ano de 1900, diferentemente de Gerber e Laband, aquele autor não vislumbrava simples relações de força entre Estado e súditos, ressaltando que a noção de dominação (*Herrschaft*) seria um conceito necessário mas não suficiente para a definição do Estado.<sup>14</sup>

Para Jellinek o indivíduo não poderia ser concebido como mero objeto do poder estatal, sendo que seu reconhecimento como pessoa consistiria, na visão do autor, o fundamento de todas as relações jurídicas, como afirma em *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, publicada no ano de 1892.

Sua teoria dos direitos públicos subjetivos parte da premissa de que o Estado deve reconhecer os indivíduos como pessoas autônomas, ainda que inferiores ao Estado, e estabelece sobretudo um *status negativus*, espaço de liberdade autorizado pelo Estado como uma autolimitação deste pelo direito, e não por imperativos jusnaturalistas.<sup>15</sup>

O fundamento da autolimitação é a *vontade* do Estado, sendo considerado direito tudo aquilo que for *desejado* pelos órgãos estatais, desde que dentro do quadro delimitado de suas funções legislativa, administrativa e jurisdicional.<sup>16-17</sup>

Kelsen reputa tais teorizações como carentes de cientificidade e “pureza”, criticando-as por seu psicologismo e seu caráter teleológico, que considera extrajurídicos e comprometedores da autonomia do pensamento jurídico.<sup>18</sup>

Em *Hauptproblemen*, Kelsen sustenta que o conceito de vontade do Estado é desvinculado dos fatos psicológicos da vontade, postulando que seja considerada exclusivamente como um produto da construção jurídica. Para Kelsen o conceito tradicional de vontade do Estado não conclui o sistema jurídico, não satisfazendo a exigência de autonomia da ciência do direito.<sup>19</sup>

O pensamento kelseniano em sua fase clássica renega tanto a concepção do Estado e do direito como meros produtos da força, ou seja, *fatos*, quanto a concepção do Estado e do direito a partir de considerações ético-políticas, como as da autonomia da vontade e da liberdade individual.<sup>20</sup>

---

Na visão de Kelsen, Direito e Estado se confundem, sendo o último a personificação do primeiro e considerando-se os elementos constitutivos do Estado e outros temas da Teoria Geral do Estado redutíveis a elementos jurídicos. Assim, para o autor, o território reduzir-se-ia ao perímetro geográfico de validade das normas estatais, o povo ou população ao âmbito humano de incidência destas normas, assim como a divisão dos poderes nada mais seria do que diferentes fases da produção do direito positivo, e assim sucessivamente. Sobre o tema, remete-se à *Allgemeine Staatslehre* de Kelsen e, em *General Theory of Law and State*, à Segunda Parte, item I, p. 261 e ss.

<sup>14</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 197.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. p. 198.

<sup>17</sup> Observa Mariyoli que a função administrativa, para Jellinek, consistiria na conservação da “cultura do Estado”, ao passo que as funções legislativa e judiciária teriam por objeto a criação e a proteção dos direitos dos indivíduos. BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 198.

<sup>18</sup> *Id.*, p. 198.

<sup>19</sup> *Id.*, p. 198-199.

<sup>20</sup> *Id.*, p. 199.

As teses fundamentais da concepção normativista de Hans Kelsen são a da separação *positivista* entre direito e moral e a tese *normativista* propriamente dita, qual seja, a de que se deve distinguir o direito do fato.<sup>21</sup>

Segundo a *tese positivista*, o âmbito do jurídico é independente de preceitos morais, do direito natural e de qualquer teoria da justiça.<sup>22</sup> De acordo com a *tese normativista*, direito e poder são inconfundíveis.<sup>23</sup>

A tese normativista afasta, a um só tempo, a concepção kelseniana daquelas de Jellinek e do positivismo precedente, de Bentham a Austin<sup>24</sup>, considerando-se que aquilo que é desejado pelos órgãos do Estado é o *objetivamente* e realmente *válido*.<sup>25</sup>

A norma jurídica *objetivamente válida* estabelece o que será imputado ao Estado, pelo que se faz necessário estabelecer precisamente os critérios que fazem com que essa norma seja assim considerada.<sup>26</sup> Tal tarefa cabe à teoria pura do direito, cuja peça-chave, ainda segundo Aglaé Mariyoli, é a busca pela cientificidade.<sup>27</sup>

Feita esta breve incursão acerca do pensamento jurídico kelseniano, de se abordar o objeto específico do presente artigo, qual seja, a concepção de Kelsen da norma fundamental ou *Grundnorm* e suas variações, bem como questões correlatas.

A norma hipotética fundamental ou *Grundnorm* está diretamente vinculada à questão da validade e da eficácia da ordem jurídica. Originalmente, a *Grundnorm* constitui o *pressuposto lógico-transcendental do pensamento jurídico*, mas, ao mesmo tempo, torna-se uma propriedade do objeto (o direito), posto que dela deriva a validade das normas jurídicas<sup>28</sup>, recordando-se que a validade no mundo do *dever* equivale à existência no mundo do *ser*.

---

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Segundo Norberto Bobbio, “quando Kelsen sustenta que aquilo que constitui o direito como direito é a validade, não quer em absoluto afirmar que o direito válido seja também justo, mesmo porque os ideais de justiça, para ele, são subjetivos e irracionais; o problema da justiça, para Kelsen, é um problema ético e é distinto do problema jurídico da validade.” BOBBIO, N. *Teoria da Norma Jurídica* cit. p. 59. Sobre a visão de Kelsen sobre o problema, remete-se a KELSEN, H. *O Problema da Justiça*. Trad. João B. Machado. 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>23</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 199.

<sup>24</sup> Sobre o positivismo jurídico na Inglaterra, representado por Bentham e Austin, remete-se a BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Ícone, 2006, p. 91 e ss.

<sup>25</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 199.

<sup>26</sup> Na Teoria Pura, Kelsen exemplifica com a execução de uma sentença que condenou um acusado à morte. Evidencia que o que distingue o ato do executor de um homicídio é exatamente por ter sido produzido em obediência a uma norma individual (sentença) que, por sua vez, é fruto de uma norma geral estabelecadora da pena e que, por sua vez, retira sua validade da Constituição que, por sua vez, encontra seu fundamento na norma fundamental. KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 222-223). Vários são os exemplos utilizados por Kelsen em seus diversos escritos para ilustrar a mesma tese.

<sup>27</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 199.

<sup>28</sup> [“Pela palavra ‘validade’ nós designamos o modo de existência específico das normas.” – Kelsen].

Como observa Mariyoli, a norma fundamental possui, assim, um *duplo significado*, epistemológico e ontológico.<sup>29</sup>

Para o autor da Teoria Pura, uma norma é válida se foi criada da maneira como determina outra norma a ela superior, e exatamente *em função disso* é válida. Esta outra norma igualmente foi criada por outras a ela superiores, e assim sucessivamente, indo tal raciocínio regressivo até o fundamento da validade da constituição que é a norma hipotética fundante, norma *pressuposta* e não posta, que fecha o ordenamento escalonado e a ele confere unidade.<sup>30</sup>

Na discussão acerca do problema da legitimidade da ordem jurídica, i.e., das razões pelas quais se deve obediência à mesma, de se observar que Kelsen afasta-se tanto da concepção denominada por Joseph Raz como *normatividade social* quanto da posição pelo mesmo intitulada *normatividade justificada*.<sup>31</sup>

A primeira é típica do positivismo anterior a Kelsen (imperativismo), e compreende a eficácia social efetiva das normas como suficiente para explicar, no plano jurídico, a aceitação do direito positivo; a segunda é típica do jusnaturalismo, fundando a legitimidade do direito positivo em princípios de justiça.<sup>32</sup>

Segundo Aglaé Mariyoli, considerando que a significação atribuída pela norma hipotética fundamental é meramente formal, a questão da legitimidade da ordem jurídica identificar-se-ia com a questão da legalidade de seu exercício<sup>33</sup> (ou então com a concepção imperativista, posto que Kelsen estabelece uma dependência da validade da ordem jurídica relativamente à sua eficácia, o que parece incorreto, como se verá adiante).<sup>34</sup>

## **1. A NORMA FUNDAMENTAL NA TEORIA PURA DO DIREITO (REINE RECHTSLEHRE) DE 1934**

Kelsen rechaça a *concepção imperativista* do positivismo jurídico do século XIX, que considerava o direito como um comando do legislador coroado com uma ameaça de sanção, identificando a norma jurídica com a *vontade do legislador*.<sup>35</sup>

Segundo Kelsen, uma ordem emitida por um agente comporta a *vontade subjetiva do agente* no sentido de obter um determinado comportamento por parte do destinatário. No entanto, tal significação subjetiva revela-se *necessária mas não suficiente* para que adquira significação jurídica.<sup>36</sup>

---

<sup>29</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 207.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Id.*, p. 207-208.

<sup>32</sup> *Id.*, p. 208.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A., op. cit. p. 209. Como é sabido, a eficácia da ordem jurídica é, para Kelsen, condição da validade, sendo considerada válida enquanto suas normas sejam eficazes, no sentido de efetivamente obedecidas e aplicadas, de maneira geral. (*Id.*, p. 209).

<sup>35</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 200.

<sup>36</sup> *Ibid.*

Utilizando-se a metáfora tomada de Agostinho, do jurista de Praga pondera que caso assim não fosse, não seria possível distinguir as ordens da autoridade constituída daquelas oriundas de uma quadrilha de malfeitores; e tal conclusão conduz à distinção entre aquilo que *deve ter lugar “de fato”* daquilo que *deve ter lugar “de direito”*.<sup>37</sup>

O dever (*sollen*) jurídico independe da *significação subjetiva* conferida pelo emissor da ordem, possuindo um *significado exclusivamente objetivo*, segundo Kelsen, podendo o imperativo expresso na lei sobreviver mesmo ao desaparecimento do legislador.<sup>38</sup>

Kelsen considera os atos do legislador como *atos de vontade*, imunes portanto a qualquer justificação racional, sob a condição de permanecer tal vontade vinculada a uma norma.<sup>39</sup>

A norma, para Kelsen, consiste em um *esquema de interpretação da realidade*<sup>40</sup>, podendo ordenar, habilitar ou permitir. Ao prescrever determinada conduta o legislador encontra-se habilitado por outra norma a fazê-lo.<sup>41</sup>

Isso evidencia que se obedece a normas jurídicas, e não a simples comandos; a obediência se dá ao direito, compreendido como *conjunto de normas*, e não a ato de enunciação de ordens nele calcadas.<sup>42</sup>

Observa Aglaé Mariyoli que “os mandamentos não terão o *significado objetivo* de um *sollen*, isto é, o significado de um ato de direito, a menos que uma norma jurídica dê aos criadores dessas normas jurídicas esse poder”, estabelecendo regras de competência.<sup>43</sup>

Entre as várias normas componentes do direito ou ordenamento jurídico, Kelsen vislumbra um escalonamento hierarquizado, desde as normas inferiores até a Constituição, considerada norma suprema do direito positivo (formação do direito por graus ou sistema de normas hierarquizadas, de Adolf Julius Merkl).<sup>44</sup>

A concepção escalonada e hierarquizada do ordenamento jurídico, no entanto, conduz a um problema teórico, qual seja, aquele acerca de onde estaria situada a fonte da validade da Constituição<sup>45</sup>, o que leva Hans Kelsen à formulação de sua teoria da norma fundamental (*Grundnorm*).<sup>46</sup>

---

<sup>37</sup> *Id.*, p. 200-201.

<sup>38</sup> *Id.*, p. 201.

<sup>39</sup> *Id.*, p. 202.

<sup>40</sup> Rememore-se concepção semelhante de Alf Ross.

<sup>41</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 202.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 202.

<sup>44</sup> *Id.*, p. 202-203.

<sup>45</sup> Bobbio observa que a concepção positivista da unidade do ordenamento leva à subordinação de todas as normas jurídicas a uma única fonte de qualificação, que atribui direta ou indiretamente caráter jurídico a todas as normas. A indagação acerca do fundamento desta fonte de qualificação é que remete, afinal, ao conceito de norma fundamental. BOBBIO, N. *Positivismo Jurídico*, cit. p. 200.

<sup>46</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 203.

Considera Kelsen, no Capítulo V da Teoria Pura, dedicado à *dinâmica jurídica*, que a indagação acerca do fundamento de validade de uma norma não pode ser deduzida a partir do ser, mas do dever, ou seja, o autor sustenta que “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma.” Aduz que uma norma que serve de fundamento de validade a outra norma é reputada como superior a esta.<sup>47</sup>

A norma fundamental, que na concepção kelseniana *não é posta*, mas *pressuposta*, uma *hipótese*, coloca-se acima da Constituição e serve de fundamento à validade da mesma<sup>48</sup> e, por conseguinte, de fundamento à validade da ordem jurídica toda.<sup>49</sup> Daí ser denominada, por vezes, norma hipotética fundamental.

Nesse sentido, Bobbio afirma que para o fechamento do ordenamento jurídico, conferindo unidade a este e validade a todas as suas normas, faz-se necessário o recurso à norma fundamental.<sup>50</sup> Segundo o autor, “esta norma-base não é positivamente verificável, visto que não é *posta* por outro poder superior qualquer, mas sim *suposta* pelo jurista para poder compreender o ordenamento: trata-se de uma *hipótese* ou um *postulado* ou um *pressuposto* do qual se parte no estudo do direito.”<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 215. Kelsen rechaça a tese de que o fundamento de validade de uma norma possa radicar na autoridade ponente desta norma evidenciando que tal a competência de tal autoridade é estabelecida, por sua vez, por uma norma superior. *Id.*, p. 216.

<sup>48</sup> Sobre o tema, convém conferir o magistério ilustrativo de Norberto Bobbio. Indagando se as normas constitucionais podem consistir no fundamento último do ordenamento, ao que responde negativamente, o jurista italiano afirma: “Partimos da consideração, muitas vezes feita, de que toda norma pressupõe um poder normativo: norma significa imposição de obrigações (imperativo, comando, prescrição, etc.); vimos que, onde há obrigação, há poder. (...) Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor então uma norma que atribua ao poder constituinte a facultade de produzir normas jurídicas: *essa é a norma fundamental*. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais o poder de emanar normas válidas, impõe a todos aqueles a quem as normas constitucionais se destinam o dever de obedecer a elas. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo a consideremos do ponto de vista do poder a que dá origem ou da obrigação que acarreta. Pode ser formulada do seguinte modo: ‘O poder constituinte é autorizado a emanar normas obrigatórias para toda a coletividade’ ou ‘A coletividade é obrigada a obedecer às normas emanadas do poder constituinte.” BOBBIO, N. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 219-220. Kelsen afirma: “Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos (...) devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembleia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa.” KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 221-222. [nota 2: Convém distinguir com Kelsen Constituição em sentido lógico-jurídico (i.e., a norma fundamental) de Constituição em sentido jurídico-positivo. KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 222.

<sup>49</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 203.

<sup>50</sup> BOBBIO, N. *Positivismo Jurídico*, cit. p. 200.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 201.

Afirma Kelsen que quando se enfrenta uma indagação acerca do fundamento de validade de uma norma pertencente a determinada ordem jurídica, a resposta deve ser singelamente pelo fato de ter sido produzida em conformidade com a *Grundnorm*.<sup>52</sup>

Com efeito, a *Grundnorm*, para desempenhar seu papel na teoria de Kelsen, não pode ser uma norma posta, mas uma norma pressuposta, como observa o autor, sob pena de um regresso ao infinito:

(...) a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).<sup>53</sup>

Kelsen concebe a *norma fundamental* (ou *norma fundante*) como passível de enunciação nos seguintes termos: “*devemos conduzir-nos conforme à Constituição efetivamente instituída e eficaz*”.<sup>54</sup> Trata-se, portanto, de uma norma *formal*, que nada prescreve acerca do conteúdo da Constituição, pertencendo ao que o autor de Viena denomina dimensão dinâmica do sistema jurídico.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 222.

<sup>53</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 217. Sobre a norma fundamental como Constituição em sentido lógico-jurídico, afirma Kelsen: “Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.” KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 222.

<sup>54</sup> Na Teoria Pura, Kelsen formula a proposição *Grundnorm* essencialmente nos seguintes termos: “devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela”, acrescentando, adiante a fórmula simplificada: “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve”. KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 224.

<sup>55</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 203. De modo que a norma hipotética ou norma fundamental necessariamente será formal e portanto pertencerá à dimensão dinâmica, ao passo que a Constituição que aquela válida poderá tanto pertencer à dimensão dinâmica, limitando-se a estabelecer as competências das autoridades estabelecidas para criar normas jurídicas, quanto fazer parte da dimensão estática, caso prescreva determinado conteúdo conformador das normas estabelecidas pelas autoridades referidas. (*Id.*, p. 203) Assim, Kelsen afirma: “O princípio estático e o princípio dinâmico estão reunidos numa e na mesma norma quando a norma fundamental pressuposta se limita, segundo o princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legisladora e esta mesma autoridade ou uma outra por ela instituída não só estabelecem normas pelas quais delegam noutras autoridades legisladoras mas também normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e das quais – como o particular do geral – podem ser deduzidas novas normas através de uma operação lógica.” KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 220.

Na visão de Kelsen, os sistemas normativos são caracterizados essencialmente por seu caráter dinâmico<sup>56</sup>, e o fato de a norma fundamental não prescrever conteúdo algum significa, ao mesmo tempo, a rejeição de qualquer visão jusnaturalista do direito que pudesse ter a pretensão de que a norma fundamental comportasse princípios de justiça.<sup>57</sup> Observe-se, portanto, que a tese normativista (separação *sein-sollen*) encontra-se coerentemente vinculada à tese positivista da separação entre direito e moral.<sup>58</sup> Kelsen afirma que a validade de uma norma estabelecida por um ato de vontade

só pode, em última análise, ser fundamentada através de uma norma pressuposta por força da qual nos devemos conduzir em harmonia com os comandos da autoridade que a estabelece ou em conformidade com as normas criadas através do costume. Esta norma apenas pode fornecer o fundamento de validade, não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas.<sup>59</sup>

O caráter de pressuposição lógico-transcendental atribuído pelo jurista de Viena à norma fundamental deve ser igualmente analisado.

Após afirmar que a *Grundnorm* refere-se imediatamente à Constituição e mediamente à ordem coercitiva criada de acordo com esta Constituição, o autor afirma que tal norma pode ser definida (por analogia ao conceito kantiano) como *condição lógico-transcendental* da interpretação do sentido subjetivo do fato constituinte como seu sentido objetivo.<sup>60</sup> A esta altura, convém citar textualmente passagem da *Reine Rechtslehre*:

---

<sup>56</sup> “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.” KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 219.

<sup>57</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 204.

<sup>58</sup> Bobbio evidencia a diferença entre unidade material ou substancial e unidade formal: “Kelsen exprime essa diferença falando de dois tipos diversos de ordenamentos normativos: o *ordenamento estático* (ao qual pertencem a moral e o direito concebido jusnaturalisticamente) e o *ordenamento dinâmico*, que é próprio do direito concebido positivisticamente.” BOBBIO, N. *Positivismo Jurídico*, cit. p. 199.

<sup>59</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 219. Mais adiante, escreve o autor: “Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida [*in recto*= via] de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão.” *Id.*, p. 221.

<sup>60</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 225.

Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metafísicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas, descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições da Constituição.<sup>61</sup>

Consigna Kelsen que a função da norma fundamental consiste em fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, constituída por atos de vontade humanos, interpretando o sentido subjetivo de tais atos como seu sentido objetivo.<sup>62</sup>

Segundo o autor, tal fundamentação de validade se opera através de um silogismo, no qual a premissa maior é a afirmação de uma norma considerada como objetivamente válida por força da qual se deve obediência aos comandos de alguém (sentido subjetivo), a premissa menor é o fato de que efetivamente recebemos um comando desta pessoa e a conclusão daí extraída, ou seja, a necessidade de observar a conduta determinada (afirmação da validade da norma).<sup>63</sup>

O autor da Teoria Pura afirma ainda que a norma fundamental, por sua vez, não pode ter sua validade objetiva posta em questão, não sendo passível de ter sua validade fundamentada em um processo silogístico, pelo que é *pressuposta*.<sup>64</sup> Kelsen evidencia que uma norma fundamental não é passível de ser o sentido subjetivo do ato de vontade de qualquer pessoa, arrematando:

---

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Id.*, p. 226. Esclarecedora é a lição de Kelsen sobre sentido subjetivo e objetivo do ato de ordem consignada na Teoria Geral das Normas: “Esta diferença pode também caracterizar-se da seguinte maneira: o destinatário da ordem deve conduzir-se da forma determinada no comando. Não sendo este um ordem autorizada, representa apenas o *sentido subjetivo* do ato de comando, o sentido que tem o ato de ordem só do ponto de vista do emissor, não precisa ter também o sentido de vista do destinatário da ordem ou de um terceiro desinteressado. Se o destinatário da ordem não lhe (sic) obedece, não se condena sua conduta como moralmente má nem como ilegal nem como violação de uma norma. Apenas a ordem autorizada tem também o *sentido objetivo* de dever-ser, e isto significa: somente a ordem autorizada é uma *norma* obrigatória para o seu destinatário, e que o obriga à conduta nela prescrita; enquanto a ordem não autorizada não é obrigatória para o seu destinatário.” KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José F. Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 35-36. Como observa Bobbio, a norma fundamental não apenas constitui o fundamento de validade da ordem jurídica como também é essencial para fundar a unidade do ordenamento jurídico. BOBBIO, N. *Teoria Geral do Direito*, cit. p. 222-223.

<sup>63</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 226.

<sup>64</sup> *Ibid.*

Se, porém, a norma fundamental não pode ser o sentido subjetivo de um ato de vontade, então apenas pode ser conteúdo de um **ato de pensamento**. Por outras palavras: se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada.<sup>65</sup>

De acordo com Kelsen, dado tal caráter *não querido*, mas *pensado* da norma fundamental, tudo o que a ciência jurídica positivista pode fazer é constatar a pressuposição de tal norma como norma fundamental, como fundamento da validade objetiva das normas jurídicas, posto que a ela não cabe “querer” a norma fundamental ou exercer qualquer autoridade legislativa.<sup>66</sup>

Por fim, conclusivamente acerca da *Grundnorm* na Teoria Pura, insta consignar que Kelsen afirma que aquela apenas torna consciente aquilo que os juristas fazem normalmente de maneira inconsciente. Para Kelsen, “a teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado.”<sup>67</sup>

## **2. A NORMA FUNDAMENTAL NA TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO (*GENERAL THEORY OF LAW AND STATE*) DE 1944**

Como já afirmado, a obra *General Theory of Law and State* foi publicada em 1944, quando Kelsen já se encontrava radicado nos EUA. Nada obstante, a obra ainda inscreve-se no período do pensamento do autor denominado clássico, assim como as concepções expostas na *Teoria Pura*, não passando por alterações significativas.

Nesta obra, Kelsen trata da dinâmica jurídica no Capítulo X, no qual explorará novamente a norma fundamental como fundamento de validade da ordem normativa e aspectos correlatos à sua relação com o ordenamento jurídico e com a Constituição.

Inicia Kelsen evidenciando a distinções entre o fundamento de validade de uma norma, afeto ao plano do dever (*sollen*) e o teste de veracidade de um enunciado relativo ao plano do ser (*sein*), afeto ao plano da realidade.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> *Id.*, p. 227). Observe-se que afirmar que a *Grundnorm* apenas pode ser uma norma pensada não significa dizer, para Kelsen, que seu conteúdo seja imediatamente evidente. Como ressalva o autor na nota de rodapé nº 04 do Capítulo 5, “a norma fundamental de uma ordem jurídica positiva, a seguir formulada, não é de forma alguma imediatamente evidente.” *Id.*, p. 419.

<sup>66</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 227. Nas palavras de Kelsen: “Permanece conhecimento, mesmo na sua verificação teórico-gnoseológica de que a norma fundamental é a condição sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido subjetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como o seu sentido objetivo, como normas válidas, até mesmo quando ela própria o pensa desta maneira” *Id.*, p. 228. Segundo o autor da *Teoria Pura*, à questão acerca de quem pensa a norma fundamental, responde-se: todo aquele que pensa ou interpreta o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos postos em conformidade com a Constituição como seu sentido objetivo, i.e., como normas objetivamente válidas. *Id.*, p. 421.

<sup>67</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura*, cit. p. 228.

<sup>68</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 161.

Evidencia o autor ser impossível inferir a validade de uma norma a partir de sua eficácia. Observa Kelsen que o verdadeiro fundamento da validade de quaisquer normas são *normas pressupostas* porque tidas como certas.<sup>69</sup>

Assim, reitera o entendimento já expresso na Teoria Pura no sentido de que “o fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato”.<sup>70</sup> Aborda em seguida a norma fundamental:

Chamaremos de norma ‘fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade pode ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem.<sup>71</sup>

Kelsen evidencia que enquanto o fundamento de verdade de um enunciado relativo ao *sein* é sua conformidade com a realidade da experiência, o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, que evita o *regressus ad infinitum*.<sup>72</sup>

Mantendo a distinção que remonta à Teoria Pura entre sistema estático e sistema dinâmico, Kelsen reafirma o caráter de sistema dinâmico do direito<sup>73</sup>, pelo que a validade de uma norma jurídica não é suscetível de questionamento com base em seu conteúdo e pretensa incompatibilidade deste com algum valor moral ou político, ostentando a qualidade de norma jurídica exclusivamente em função de ter sido criada em conformidade com uma regra definida.<sup>74</sup>

Kelsen consigna, aqui, a impossibilidade de serem as normas particulares do ordenamento jurídico logicamente deduzidas a partir da norma fundamental,

---

<sup>69</sup> *Id.*, p. 162.

<sup>70</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito*, cit. p. 162). Cabe transcrever trecho extremamente ilustrativo a este respeito da obra de Robert Alexy. Após analisar a explicação kelseniana das sucessivas justificações da razão de obedecer a um comando, o autor afirma: “O problema dessa resposta é que ela inclui a transição de um ser para um dever. O ser consiste na legalidade efetiva e na eficácia social da constituição, que pode ser constatada com o enunciado: (2) A constituição C é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz. O dever é a validade jurídica da constituição, que pode ser asseverada com o enunciado: (3’) A constituição C é juridicamente válida. Esse enunciado é um enunciado de dever, pois implica a proposição seguinte: (3) Ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com a constituição C. Entretanto, de um ser – mais exatamente: de uma classe qualquer de enunciados exclusivamente empíricos – nunca resulta *logicamente* nem sequer um único enunciado normativo. Por isso, para partir de (2) e chegar a (3) ou a (3’) é necessário uma premissa suplementar. Essa premissa suplementar é a *norma fundamental*, que pode ser formulada tanto de modo que permita uma transição de (2) para (3’) – nesse caso, (3) deve ser deduzido de (3’) – quanto de modo que leve diretamente a (3).” ALEXY, op. cit. p. 115-116.

<sup>71</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito*, cit. p. 163.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Id.*, p. 164-165.

<sup>74</sup> *Id.*, p. 166.

necessitando ser criadas por um ato especial de vontade, e não a partir de uma premissa, através de uma operação do intelecto.<sup>75</sup>

Abordando a relação entre a *Grundnorm* e a constituição, o autor assevera que “a derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental.”<sup>76</sup>

A indagação acerca da validade de uma norma individual remeterá à validade de uma norma geral, a indagação quanto à validade desta, por sua vez, remeterá à validade de uma Constituição, e a validade desta Constituição, a uma Constituição anterior. Neste processo regressivo, “a validade da primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica.”<sup>77</sup>

A função específica da norma fundamental, segundo Kelsen, é conferir poder criador de direito ao ato do primeiro legislador e a todos aqueles atos neste ato primordial baseados, permitindo a interpretação do direito material e empírico como direito válido.<sup>78</sup>

Por fim, de se consignar sobre a temática que a relação entre validade e eficácia é abordada por Kelsen na Teoria Geral do Estado e do Direito quando ele se refere ao princípio de eficácia. Analisando os fenômenos da revolução e da perda de validade de uma constituição em função de sua perda de eficácia, Kelsen afirma:

A eficácia da ordem jurídica como um todo é uma condição necessária para a validade de cada norma individual da ordem. Uma *conditio sine qua non*, mas não uma *conditio per quam*. A eficácia da ordem jurídica total é uma condição, não um fundamento, para a validade de suas normas constituintes. Essas normas são válidas não porque a ordem total é eficaz, mas porque elas são criadas de uma maneira constitucional. Elas são válidas, porém, apenas sob a condição de que a ordem total seja eficaz; elas deixam de ser válidas não apenas quando anuladas de maneira constitucional, mas também quando a ordem total deixa de ser eficaz. Em termos jurídicos, não se pode sustentar que os homens devam se conduzir em conformidade com certa norma, se a ordem jurídica total, da qual essa norma é parte integrante, perdeu sua eficácia. O princípio da legitimidade é restrito pelo princípio de eficácia.<sup>79</sup>

Daqui se depreende que entre a Teoria Pura e a Teoria Geral do Estado e do Direito não houve mudanças significativas de concepção acerca da norma fundamental, sendo a mesma concebida ainda por Kelsen em termos semelhantes em ambos os trabalhos.

---

<sup>75</sup> *Id.*, p. 167.

<sup>76</sup> *Id.*, p. 168.

<sup>77</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito*, cit. p. 168.

<sup>78</sup> *Id.*, p. 170.

<sup>79</sup> *Id.*, p. 173-174.

Nada obstante, em escritos posteriores o autor passa a revisar alguns de seus conceitos, inclusive este, o que nos remete especialmente à sua obra postula intitulada *Teoria Geral das Normas*.

### 3. A NORMA FUNDAMENTAL NA PÓSTUMA TEORIA GERAL DAS NORMAS (*ALLGEMEINE THEORIE DER NORMEN*) DE 1979

Como visto, um dos pontos mais controversos e criticados da Teoria Pura sempre foi a concepção da norma hipotética fundamental (ou fundante).<sup>80</sup> Esta concepção não passou incólume pela evolução do pensamento de Kelsen. Como observa Aglaé Mariyoli

em sua obra póstuma, *Teoria Geral das normas*, a norma fundamental não aparece mais como o pressuposto lógico-transcendental pelo qual o pensamento jurídico puro, e não apenas o dos juristas, como se diz muitas vezes, constitui seu objeto. Ela se torna doravante uma pura *ficção* e se diferencia de seu estatuto anterior, o de ser uma hipótese lógico-transcendental, porque ela é 'acompanhada pela consciência de que não corresponde à realidade', ideia que já estava presente em um artigo que Kelsen escreveu em 1964.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> ALEXY, op. cit. p. 117.

<sup>81</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 210. Trata-se do artigo "Die Funktion der Verfassung", publicado na obra "Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften", organizada por Hans R. Klecatsky, René Marcic e Herbert Schambeck, páginas 1615-1622. Às páginas 1620, afirma Kelsen: "Gegen die Annahme einer nicht durch einen realen Willensakt gesetzt, sondern nur im juristischen Denken vorausgesetzten Norm kann man geltend machen, dass eine Norm nur der Sinn eines Willensaktes, nicht eines Denkaktes sein kann, dass zwischen Sollen und Wollen eine wesentliche Korrelation besteht. Diesen Einwand kann man nur dadurch begegnen, dass man zugibt dass mir gedachten Grundnorm auch eine imaginäre Autorität mitgedacht werden muss, deren – fingierter – Willensakt di Grundnorm zu seinen Sinn hat. Mit dieser Fiktion gerät die Annahme der Grundnorm in Widerspruch zu der Annahme, dass die Verfassung, deren Geltung die Grundnorm begründet, der Sinn des Willensaktes einer höchsten Autorität ist, über der es keine höhere Autorität geben kann. Damit wird die Grundnorm zu einer echten Fiktion im Sinne der Vaihinger'schen Philosophie des Als-Ob. Eine Fiktion ist dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht nur der Wirklichkeit widerspricht, sondern auch in sich selbst widerspruchsvoll ist. Denn die Annahme einer Grundnorm – wie etwa der Grundnorm einer religiösen Moralordnung: Man soll den Geboten Gottes gehorchen, oder der Grundnorm einer Rechtsordnung Man soll sich so verhalten, wie di historisch erste Verfassung bestimmt – widerspricht nicht nur der Wirklichkeit, da keine solche Norm als Sinn eines wirklichen Willensaktes vorhanden ist, sondern sie ist auch in sich selbst widerspruchsvoll, da sie die Ermächtigung einer höchsten Moral- oder Rechtsautorität darstellt und damit von einer noch über dieser Autorität stehenden – allerdings nur fingierten – Autorität ausbet. Eine Fiktion ist bacg Vaihinger ein Denkbehef, dessen man sich bedient, wenn man den Dekzweck der Grundnorm ist: die Begründung der Geltung der eine positive Moral- oder Rechtsordnung bildenden Normen, das ist die Deutung des subjektives Sinnes der diese Normen setzenden Akte als deren objektiven Sinn, das heisst aber als gültige Normen und der betreffenden Akte als norm-setzende Akte. Dieses Ziel est nurim Wege einer Fiktion zu erreichen. Daher ist zu beachten, dass die Grundnorm im Sinne der Vaihinger'schen Als-Ob-Philosophie keine Hypothese ist – als was ich selbst sie gelegentlich gekennzeichnet habe – sondern eine Fiktion, die sich von einer Hypothese dadurch unterscheidet, dass sie von dem Bewusstsein begleitet wird oder doch degleiter werden sol, dass ihr die Wirklichkeit nicht entspricht." O mesmo pensamento será reproduzido adiante na Teoria Geral das Normas.

Ainda segundo a autora, nesta última fase de seu pensamento, embora Kelsen tenha mantido a concepção hierarquizada e escalonada da ordem jurídica, passa a dar maior ênfase ao ato de vontade que institui tais normas do que ao significado objetivo a ela conferido pela norma superior, aproximando-se curiosamente da posição dos realistas norte-americanos.<sup>82</sup>

Kelsen trata da questão relativa à norma fundamental no Capítulo 59 de *Allgemeine Theorie der Normen*, dedicado aos problemas lógicos do fundamento da validade. Inicialmente nega fundamento à suposição de um silogismo normativo no qual a validade da norma individual categórica resulte da validade de uma norma geral hipotética.<sup>83</sup>

Admite, não obstante, que enunciados sobre a validade da norma geral e da norma individual sejam possíveis, pressupondo-se que a norma geral seja válida e que exista o sentido de um ato de vontade a ela correspondente.<sup>84</sup>

Tratando-se de um silogismo teórico e não prático ou normativo, eis que as proposições consistem em enunciados que podem ser verdadeiros ou falsos, o resultado lógico é a validade do enunciado, não da norma individual, observa Kelsen.<sup>85</sup>

Ressaltando a diferença entre o dever (*sollen*) obrigatório no sentido subjetivo de ato de vontade e no sentido objetivo de norma jurídica<sup>86</sup>, Kelsen observa que o silogismo em referência “não é normativo, mas teórico, porque a premissa maior, as premissas menores e a proposição conclusiva são enunciados que podem ser verdadeiros ou falsos, e a proposição conclusiva apenas é verdadeira se a premissa maior e as premissas menores são verdadeiras.”<sup>87</sup>

Kelsen afirma existir a possibilidade de um silogismo considerando como a decisão judicial – norma individual estabelecida ou a ser estabelecida pelo juiz em aplicação de uma norma jurídica geral *pode resultar* – mas não necessariamente resultará como corolário lógico – de um silogismo de tal tipo, quando os juízes constatam um tipo legal definido *in abstracto* e o aplicam.<sup>88</sup>

Assim, adotando uma *lógica de probabilidade*, nos moldes do pensamento de Hans Reichenbach, Kelsen assevera poder-se enunciar ser *provável* que o juiz, neste caso, estabeleça uma norma individual correspondente à norma geral, aduzindo:

Existe, pois, um silogismo, porém não normativo, mas um silogismo teórico, cuja proposição conclusiva não é a norma individual da decisão judicial,

---

<sup>82</sup> BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 211.

<sup>83</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, cit. p. 323.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Id.*, p. 324.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Id.*, p. 325.

<sup>88</sup> *Ibid.*

mas o enunciado sobre a probabilidade de um ato, cujo sentido é uma decisão judicial correspondente à norma geral.<sup>89</sup>

Em seguida, Kelsen aborda a questão da necessidade da norma fundamental diante do fato de que o enunciado que opera como premissa maior assevera que o sentido subjetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem também é seu sentido objetivo (norma válida), estando o ato autorizado por uma norma moral ou jurídica válida, conduzindo a um regresso ao infinito.<sup>90</sup>

Segundo Kelsen, “a norma prevista como válida é mesmo o sentido subjetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de uma pessoa, o qual é o sentido objetivo desse ato, e conseqüentemente apenas é uma norma válida se ele é autorizado por uma norma pressuposta como válida.”<sup>91</sup>

Quando se indaga sobre o sentido objetivo do sentido subjetivo do ato do legislador, isso é, sobre sua validade, tem-se como resposta que ele decorre de ter ser tal ato autorizado por uma norma da Constituição.<sup>92</sup>

Ao indagar-se sobre o sentido objetivo da norma da Constituição, isso é, seu fundamento de validade, considerando-a como a primeira Constituição, tem-se a resposta de que este decorre da *pressuposição* do jurista de que deve se conduzir historicamente de acordo com as prescrições da Constituição, o que nada mais é do que uma *norma fundamental*.<sup>93</sup> Segundo Kelsen:

Esta norma fundamental autoriza a pessoa, ou pessoas que historicamente estabeleceram a primeira Constituição para a estatuição de normas que representam, historicamente, a primeira Constituição. Historicamente, a primeira Constituição foi estabelecida pela resolução de uma Assembleia,

---

<sup>89</sup> *Ibid.* A proximidade com algumas das posições sufragadas pelo realismo jurídico é notável. Nota de rodapé expressamente remete a Hans Reichenbach, *Wahrscheinlichkeitslehre*, Leyden, 1935: “Enquanto a implicação restrita faz enunciados da forma ‘se a é verdadeiro, então b é verdadeiro’, a implicação de possibilidade faz enunciados na forma ‘se a é verdadeiro, b é provavelmente do grau de p.’” A lógica da probabilidade resulta da intersecção da lógica com a teoria matemática da probabilidade.

<sup>90</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, cit. p. 326.

<sup>91</sup> *Ibid.* Para ilustrar o papel da norma fundamental na fundamentação da validade e na atribuição de um sentido objetivo ao sentido subjetivo de um ato de vontade dirigido a outrem, Kelsen exemplifica: o filho de um Cristão chega em casa dizendo ao pai que odeia seu inimigo e recebe do pai a ordem de não odiar o inimigo e indaga porque, indagando assim por que o sentido subjetivo do ato de vontade do pai é também o sentido objetivo que o obriga. No exemplo, o menino recebe como resposta que é porque Jesus assim determinou. Se, novamente o menino indaga porque o sentido subjetivo do ato de vontade de Jesus também é sentido objetivo, i.e., uma norma válida, e o menino obtém como resposta que é por ser cristão que ele deve obediência aos mandamentos de Jesus, verifica-se um enunciado sobre a validade de uma norma que repousa em um pressuposto da moral cristã, que fundamenta a validade de todas as suas normas, operando como uma “norma-fundamento”. Observa Kelsen que tal norma “não é positiva, i.e., nenhuma norma fixada por um real ato de vontade, senão uma norma pressuposta no pensamento do cristão, quer dizer, uma norma *fictícia*.” KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, cit. p. 326.

<sup>92</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, cit. p. 327.

<sup>93</sup> *Ibid.*

as pessoas são constituintes dessa Assembleia; 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 fundamental. **É a norma fundamental – da, historicamente, primeira Constituição – no mais profundo sentido, em que se baseia o ordenamento jurídico.**<sup>94</sup>

O item sucessivo do capítulo é de suma importância e seu título já afirma que o “fundamento de validade de uma norma só pode ser uma norma” e que “os enunciados da Ética e da Ciência do Direito dependem do pressuposto da norma fundamental”.<sup>95</sup>

Kelsen inicia afirmando que tal norma é uma “norma-fundamento” porque a razão de sua validade não comporta mais indagações, não se tratando de uma norma posta, mas de uma norma pressuposta. Coerente com sua concepção de normas como atos de vontade, Kelsen esclarece que tal norma-fundamento “não é positiva, estabelecida por um real ato de vontade, mas sim pressuposta no pensamento jurídico, quer dizer (...) uma norma *fictícia*.”<sup>96</sup>

Esclarece ainda Kelsen: “a norma fundamental pode, mas não precisa ser pressuposta. O que a Ética e a Ciência do Direito dela enunciam é: somente se ela é pressuposta pode ser interpretado o sentido subjetivo dos atos de vontade dirigidos à conduta de outrem, podem esses conteúdos de sentido ser interpretados como normas jurídicas ou morais obrigatórias.”<sup>97</sup>

Assim, pois, é condicional a interpretação das proposições normativas como normas jurídicas ou morais objetivamente válidas, segundo o autor.<sup>98</sup>

Por fim, de se abordar especificamente a alteração do entendimento de Kelsen acerca da natureza da *Grundnorm*. Segundo o autor “a norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas – como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma *fictícia*, não no sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado.”<sup>99</sup>

Vê-se, pois, que coerentemente, Kelsen escapa a um inconveniente de reputar a norma fundamental ou *Grundnorm* como hipotética, na medida em que uma norma, por definição ato de vontade para ele, não poderia coerentemente ser uma hipótese. Neste sentido, Kelsen socorre-se dos aportes da filosofia do “como-se” (*Die Philosophie des Als-Ob*) de Hans Vaihinger:

---

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Id.*, p. 328.

<sup>96</sup> *Ibid.* [aduzindo: “Ela representa o supremo fundamento de validade de todas as normas jurídicas que formam o ordenamento jurídico. Somente uma norma pode ser o fundamento de validade de outra norma.” KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, cit. p. 328.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 328.

<sup>98</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, cit. p. 328.

<sup>99</sup> *Ibid.*

“como tal [i.e., como norma **ficta**], ela é uma pura ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma.”<sup>100</sup>

Nesta nova fase do pensamento de Kelsen, portanto, a *Grundnorm* deixa de ser hipotética para ser considerada fictícia, posto que sua inexistência é sabida, e também porque pressupõe uma autoridade fictícia (autoridade dela ponente) acima da suprema autoridade moral. Neste sentido, o próprio Kelsen:

(...) a suposição de uma norma fundamental (...) não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma, porque descreve a conferição (sic) de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade – com certeza apenas fictícia – que está mais acima dessa autoridade.<sup>101</sup>

Ao final, Kelsen reconhece como equívoco considerar a *Grundnorm* como hipótese, considerando mais acertado considerá-la uma ficção, o que já havia feito no artigo “*Die Funktion der Verfassung*”, de 1964.<sup>102</sup>

Embora correndo o risco de cometer uma impropriedade, parece que a concepção da norma fundamental como ficção no sentido vaihingeriano, e não mais como hipótese, é coerente, mas de outra forma.

Afinal, se a ficção vaihingeriana é contraditória relativamente à realidade e contraditória em si mesma, como afirma Kelsen, a norma fundamental ou fundante deve ser ficta, não porque contradiz a realidade (pois inexistente) e

---

<sup>100</sup> *Ibid.* Vaihinger define ficção como um recurso do pensamento do qual se lança mão se não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente. O fim do pensamento da norma fundamental seria atribuir sentido objetivo ao sentido subjetivo dos atos ponentes das mesmas, fim este que somente pode ser atingido com recurso à ficção, segundo Kelsen KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, cit. p. 329.

<sup>101</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, cit. p. 329. Como observa Aglaé Mariyoli: “No último período de sua carreira, quando morava nos Estados Unidos, Kelsen modificou profundamente sua concepção. Doravante a *juridicidade*, este elemento ideal constitutivo da norma jurídica, não fez mais parte da definição dela. A norma jurídica, como ato de vontade dirigido a alguém a fim de obter deste o comportamento desejado, será um *fato*. Nesse sentido, a norma não se destaca do ato que a criou ou que a aplica. A ciência do direito terá por tarefa observar os *atos* de criação e de aplicação das normas jurídicas. Isso não se dá sem consequências para a ciência do direito. Doravante, nenhuma relação lógica pode existir entre as normas como produto dos atos de vontade, já que as relações lógicas só existem entre as proposições linguísticas, não entre os fatos. Nenhuma operação de dedução será mais possível enquanto um ato de vontade não tiver ocorrido.” BILLIER, J-C; MARIYOLI, A. op. cit. p. 225.

<sup>102</sup> Nas palavras do Autor: “Por conseguinte é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei –, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou então deve ser acompanhada, porque ela não corresponde à realidade.” KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, cit. p. 329.

contradiz a realidade (pois sua autoridade ponente não existe), mas porque além de contradizer a realidade (posto que sabidamente não existe, e tampouco sua autoridade ponente), é contraditória em si, *pois não sendo norma posta mas pressuposta, não pode ser considerada norma* – por definição, um ato de vontade (*Willensakt*). Uma norma, por definição ato de vontade, que é, na realidade, um ato de conhecimento ou de pensamento (*Denkakt*), é contraditória em si mesma, pois *é uma norma e não é uma norma*.

## CONCLUSÃO

Como visto, a norma fundamental, seja concebida como condição lógico-transcendental ou de outra forma, constituiu um elemento essencial na busca da autonomização da ciência jurídica levada a cabo pelo normativismo jurídico.

Ao que parece no final de sua vida Kelsen percebeu que a *norma hipotética fundamental não era norma nem hipotética*, mas que continuava sendo *fundamental* para seu sistema de pensamento – tanto que dela não abriu mão em *Allgemeine Theorie der Normen*.

A admissão da norma fundante como *ficção* e não como hipótese parece constituir um avanço teórico importante. Afinal, mantendo-se a *Grundnorm* como categoria conceitual capital na teoria do direito em termos de sistematização e atribuição de unidade e validade ao direito, bem como na autonomização de seu estudo, passa-se a tê-la claramente como uma ficção, como um recurso do pensamento que se sabe ser irreal e contraditório em seus próprios termos. Na opinião de Norberto Bobbio,

Todas as polêmicas sobre a norma fundamental resultam da falta de compreensão de sua função. Posto um ordenamento de normas de diferentes proveniências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam reduzidas a unidade. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no topo do sistema não se estabelece uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem. Essa norma única só pode ser aquela que impõe a obediência ao poder originário do qual provêm a constituição, as leis ordinárias, os regulamentos, as decisões judiciais etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não encontraríamos o *ubi consistam* do sistema. E essa norma só pode ser aquela da qual deriva o poder primeiro. Uma vez definido que todo poder jurídico é produto de uma norma jurídica, só podemos considerar o poder constituinte como poder jurídico se também o considerarmos como produto de uma norma jurídica. A norma jurídica que produz o poder constituinte é a norma fundamental. O fato de essa norma não ser expressa não significa que ela não exista: referimo-nos a ela como fundamento subentendido de legitimidade de todo o sistema.<sup>103</sup>

Mais adiante, Bobbio chama a atenção também para o fato de que a necessidade do postulado da norma fundamental pode ser explicada através

---

<sup>103</sup> BOBBIO, N. *Teoria Geral do Direito*, cit. p. 220-221.

do conceito de validade, que expressa a pertença de uma norma a um ordenamento jurídico e equivale, no plano do dever, à existência no plano do ser.<sup>104</sup>

Bobbio afirma ainda que grande parte das críticas à norma fundamental deriva da rejeição da indagação acerca do fundamento da própria norma fundamental, questão esta descabida, pois

Dissemos várias vezes que a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento; ela cumpre, num sistema normativo, a mesma função a que estão destinados os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas de que se deduzem as outras, mas que por sua vez não são dedutíveis. Os postulados são postos ou por convenção ou por sua suposta auto-evidência. Pode-se dizer o mesmo da norma fundamental: ela é uma convenção ou, se se preferir, uma proposição evidente que é posta (sic) no vértice do sistema, para que todas as outras normas possam reconduzir-se a ela.<sup>105</sup>

Por outro lado, a concepção não deixa de ter seus problemas. Como visto, a noção de norma fundamental está intimamente ligada à noção de validade. Robert Alexy distingue em sua obra *Conceito e validade do Direito (Begriff und Geltung des Rechts)* a os conceitos sociológico, ético e jurídico de validade.<sup>106</sup>

Alexy evidencia a dependência do conceito de validade jurídica ao menos relativamente ao conceito de validade social, mas distingue validade jurídica *lato sensu* de validade jurídica *stricto sensu*.<sup>107</sup>

Abordando o autor o conceito de validade jurídica em sentido estrito, assevera: “Fala-se de um conceito desse tipo quando se diz que uma norma é *juridicamente* válida se foi promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e se não infringe um direito superior; resumindo: se foi estabelecida conforme o ordenamento.”<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> BOBBIO, N. *Teoria Geral do Direito*, cit. p. 221. Bobbio observa que “é possível estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento (...) remontando de grau em grau, de poder em poder, até a norma fundamental”, concluindo que a norma fundamental estabelece o fundamento de validade de todas as normas do sistema e que constitui o critério maior que permite estabelecer a pertença de uma norma a um ordenamento jurídico. *Id.*, p. 222.

<sup>105</sup> BOBBIO, N. *Teoria Geral do Direito*, cit. p. 223. Bobbio conclui: “Todo sistema tem um início. Questionar-se sobre o que existia antes desse início é um problema mal colocado. A única resposta que se pode dar aos que queiram saber qual é o fundamento do fundamento é que, para sabê-lo, é preciso sair do sistema. Sendo assim, no que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que, se esse é um problema, não é mais um problema jurídico, mas um problema cuja solução deve ser buscada fora do sistema jurídico, ou seja, fora daquele sistema em que é postulada a norma fundamental.” *Id.*, p. 223-224.

<sup>106</sup> Capítulo 3, I, p. 101 e ss.

<sup>107</sup> ALEXY, op. cit. p. 104.

<sup>108</sup> *Ibid.*

Ora, evidentemente trata-se do conceito de validade sustentado por Kelsen. Segundo Alexy, tal conceito cria dois problemas, um interno, outro externo. O primeiro é a circularidade, pois a definição de validade jurídica parece pressupor a própria validade jurídica, o que remete exatamente à questão da *Grundnorm*. O segundo é o da relação com os outros dois conceitos de validade<sup>109</sup>, discussão esta que foge ao objeto do presente trabalho. Devemos, pois, nos ater à discussão da norma hipotética e do que Alexy denomina problema interno:

Os problemas internos resultam da circularidade da definição de validade jurídica. Esta diz que uma norma é juridicamente válida quando tiver sido promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e não infringir um direito superior; resumindo: quando for estabelecida conforme o ordenamento. Mas os conceitos de órgão competente, de promulgação de uma norma na forma prevista e de direito superior já pressupõem o conceito de validade jurídica. Só se pode fazer referência a um órgão competente em virtude de normas juridicamente válidas, a uma forma juridicamente regulada de promulgar normas e a um direito superior juridicamente vigente. Caso contrário, não se trataria do conceito de validade jurídica em sentido estrito.<sup>110</sup>

Posto o problema, Alexy evidencia que a finalidade do conceito de norma fundamental é exatamente evitar tal circularidade, fazendo referência a três tipos diferentes de normas fundamentais: a analítica, a normativa e a empírica.<sup>111</sup>

Interessa aqui a análise da norma fundamental analítica, exatamente aquela presente na obra de Kelsen. Como visto, uma norma fundamental em sentido analítico “é uma norma que fundamenta a validade de todas as normas de um sistema jurídico, salvo a sua própria.”<sup>112</sup>

Abordando a questão da norma fundamental analítica, Robert Alexy evidencia as várias discussões acerca de sua necessidade (crítica de Hart) e sua possibilidade (crítica de Dworkin), e as limitações das referidas críticas.<sup>113</sup> Aborda ainda algumas polêmicas relativas ao conteúdo e ao *status* da *Grundnorm*.<sup>114</sup>

Aqui interessa especificamente a questão do *status* da norma fundamental, isto é, o problema decorrente do fato de apesar de ser a norma que fundamenta a validade de todo o direito positivo, não ser, ela própria, uma norma de direito positivo, o que levanta a indagação acerca de seu *status*.<sup>115</sup>

---

<sup>109</sup> ALEXY, op. cit. p. 104.

<sup>110</sup> *Id.*, p. 113.

<sup>111</sup> *Id.*, p. 114. Alexy afirma que a norma fundamental analítica encontra-se em Kelsen, a normativa em Kant e a empírica em Hart. ALEXY, op. cit. p. 114 a 147.

<sup>112</sup> ALEXY, op. cit. p. 114.

<sup>113</sup> *Id.*, p. 117-124.

<sup>114</sup> *Id.*, p. 124 e ss.

<sup>115</sup> *Id.*, p. 128.

Alexy evidencia a hesitação do próprio Kelsen quanto à resposta a esta questão, evidenciando as polaridades entre a Teoria Pura de 1934 e o escrito de 1964.<sup>116</sup> De acordo com o autor, o *status* da *Grundnorm* seria definido por quatro características, quais sejam, o caráter de pressuposto necessário, pressuposto possível, norma pensada e insuscetibilidade de fundamentação.

De se abordar no presente estudo, à guisa de conclusão, a característica de norma pensada. Observa Alexy que se fosse considerada como norma *desejada* a *Grundnorm* precisaria pressupor outra norma e já não seria mais a norma fundante ou norma-fundamento.<sup>117</sup>

Segundo Alexy, “em sua obra tardia, Kelsen voltou atrás em sua tese de que a norma fundamental seria unicamente o ‘conteúdo de um ato de pensamento’”. Nessa nova fase – como visto – Kelsen assume a impossibilidade da existência de um *dever* sem um *querer* e portanto preconizava no recurso à ficção de uma autoridade imaginária cujo ato de vontade simulado teria a norma fundamental como sentido. Porém tal autoridade teria que ser também estabelecida.<sup>118</sup>

Alexy vê problemas em tal operação; vislumbra o restabelecimento do *regressus ad infinitum* que Kelsen, assumidamente, pretendia evitar com base na construção da *Grundnorm*:

(...) isso significa que a mais alta autoridade não é a autoridade mais alta. Do mesmo modo, seria preciso simular outra norma fundamental que autorizasse a autoridade simulada a instituir a norma fundamental, o que, em primeiro lugar, subtrairia à norma fundamental originária seu caráter de norma fundamental e, em segundo – como a outra norma fundamental só poderia ser o conteúdo de um ato de vontade –, pressuporia, *ad infinitum*, outras autoridades simuladas e normas fundamentais simuladas que as autorizassem. A tese de Kelsen de que se trataria de uma ‘verdadeira ficção’ e de que esta seria caracterizada justamente pelo fato de ser contraditória em si não soluciona o problema.<sup>119</sup>

Segundo Alexy somente seria possível solucionar o dilema renunciando-se à ideia de que todo dever remonta a um querer.<sup>120</sup>

Assim, parece plausível afirmar que a tentativa de criação de uma teoria do direito absolutamente “pura”, livre de elementos éticos e políticos, e da

---

<sup>116</sup> *Id.*, p. 129.

<sup>117</sup> ALEXY, op. cit. p. 131-132.

<sup>118</sup> *Id.*, p. 132.

<sup>119</sup> *Id.*, p. 132-133.

<sup>120</sup> *Id.*, p. 133. Segundo Alexy, isso se prende à pretensão de correção do direito e à compreensão de que algo seja moralmente devido, sendo que o reconhecimento de um dever, nesta ótica, não está necessariamente vinculada a um ato de vontade, seja ele próprio, seja alheio (*ibid.*). Como se vê, os dilemas teóricos referentes à *Grundnorm* têm sua origem mais profunda na amoralidade que caracteriza o normativismo kelseniano com suas teses positivista e normativista propriamente dita.

autonomização do conhecimento jurídico, que não prescinde do construto da *Grundnorm* acabou por levar o normativismo a dilemas teóricos possivelmente insuperáveis.

A noção de dever moralmente fundado em princípios éticos ou de justiça, por exemplo, pode fundar uma compreensão do jurídico, mas esta é incompatível com os postulados do positivismo.

A compreensão sociologista do direito como originado nas relações de poder e força da sociedade pode explicar de maneira plausível a força jurígena, no entanto, é incompatível com os postulados da tese normativista da separação entre os planos do ser e do dever.

A tentativa de autonomização de uma ciência jurídica pura levou ao problema da fundamentação da validade da ordem jurídica, e ao conceito jurídico de validade em sentido estrito, acometido do problema da circularidade conforme a análise de Alexy. Este problema, sem o recurso à moral ou outros conteúdos metajurídicos, conduziu à formulação da norma fundamental.

Esta, porém, na sua variante kelseniana, enredou-se em dilemas teóricos complexos e aparentemente insolúveis, pois a norma fundamental não pode ser hipotética, pois é sabidamente inexistente, e como norma para Kelsen seria necessariamente ato de vontade, a ideia de uma norma como ato de conhecimento seria uma *contradictio in terminis*. De outro lado, a ideia de norma posta por uma autoridade ficta restabelece o problema do *regressus ad infinitum*...

De certo modo é possível estabelecer-se uma analogia entre a fundamentação última da validade do direito e a fundamentação última do conhecimento: aquela, como esta, inexoravelmente terminará em um regresso ao infinito, do qual somente é possível escapar ilusoriamente, através de raciocínio circular ou interrupção arbitrária da argumentação em determinado ponto, o conhecido *Trilema de Agrippa*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia B. O. Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARIYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Ícone, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando P. Baptista; Ariani B. Sudatti. 3. ed., rev. Bauru: Edipro, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed., Brasília: UnB, 1999.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Trad. João B. Machado. 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José F. Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.