



HANS KELSEN E A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DO PAPEL DA NORMA FUNDAMENTAL¹

Diogo Teixeira Da Silva², Gilmar Antonio Bedin³

¹ Trabalho desenvolvido no Projeto de Iniciação Científica no Curso de Graduação em Direito-UNIJUI, financiado pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - PIBIC/UNIJUI.

² Acadêmico do Curso de Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e Bolsista de Iniciação Científica - PIBIC/UNIJUI. E-mail: diogo.teixeira@sou.unijui.edu.br.

³ Doutor e Mestre em Direito pela UFSC. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da UNIJUI e da URI. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Governança e Democracia. E-mail: gilmarb@unijui.edu.br

INTRODUÇÃO

Hans Kelsen nasceu em Praga, em 1881, e faleceu em 1973, nos Estados Unidos. É considerado por muitos analistas como o maior jurista do século XX. É autor de muitas obras. Entre estas, se destaca o livro Teoria do Direito, escrito em 1934. Esta obra é considerada até hoje como a principal referência da chamada escola positivista normativista. O núcleo central desta forma de pensar o Direito é a pretensão de buscar estabelecer um conhecimento “apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto” (Kelsen, 1998, p. 01).

Em busca da objetividade e exatidão, Kelsen pretendia elevar o Direito ao patamar de verdadeira ciência, como ele mesmo defendia em sua obra, quando afirma que o objeto da Ciência Jurídica é, exclusivamente, a dimensão formal das normas jurídicas. Desta forma, o objeto da Ciência Jurídica não é diretamente os fatos que impulsionam a sua criação e nem as condutas humanas reguladas. De fato, as condutas humanas são apenas pressuposto ou, então, consequência das normas jurídicas, ou seja, são relevantes, mas não diretamente para a Ciência Jurídica.

A consequência mais imediata desta forma de compreender o objeto da Ciência Jurídica é a defesa de um recorte formal do direito e o reconhecimento de que o mesmo é um sistema jurídico. Dito de outra forma, que o direito é um conjunto unitário, coerente e completo de normas jurídicas. Deste pressuposto emerge a busca do estabelecimento de uma única referência para todo o ordenamento jurídico. Esta referência é o que o autor chama de norma fundamental. Assim, a norma fundamental é o que garante a unidade e o fechamento



do sistema jurídico. Esta é uma das teses fundamentais desenvolvidas na obra Teoria Pura do Direito.

METODOLOGIA

A metodologia que foi utilizada no presente trabalho foi o método hipotético-dedutivo. No que se refere à forma de abordagem, destaca-se que foi uma abordagem qualitativa e teve como estratégia de análise principal a leitura e a análise de livros e artigos científicos. Por fim, destaca-se que a presente pesquisa tem cunho exploratório e que, no que se refere aos procedimentos, é uma pesquisa bibliográfica e documental.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Em seu livro mais importante, denominado de Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen, ao utilizar a expressão “pura”, revela que pretende garantir um conhecimento apenas ao direito e excluir do mesmo tudo que não pertença e não se possa, de forma rigorosa, determinar como Direito. Em outras palavras, ele buscava, em sua formulação teórica inovadora, construir uma ciência descritiva do direito e, para isto, era fundamental restringir a forma específica do seu objeto: o sentido objetivo de um comando de um órgão jurídico competente.

Este foi um esforço de grande repercussão. É que até aquele momento histórico a Ciência Jurídica não tinha um estatuto próprio e um recorte específico do seu objeto. Portanto, o objetivo da obra de Hans Kelsen era buscar solucionar os principais embaraços enfrentados pelos juristas na concepção de uma ciência normativa em sentido estrito do direito e, portanto, distinguir os seus enunciados das construções da Filosofia, da História, da Ética e da Sociologia.

Para isto se tornar possível, o direito (como um conjunto de normas) tinha que ser compreendido em suas especificidades e ser reconhecido como um sistema fechado e autojustificado. É então que Hans Kelsen constrói o conceito de norma fundamental. Esta norma hipotética ajuda o autor a fechar o sistema jurídico a partir dele mesmo e estabelecer uma correlação específica entre os conhecimentos jurídicos e a dimensão formal das normas jurídicas. Este fato é fundamental para o projeto kelseniano de construção de uma ciência pura do direito.



Mas, como entender o papel da norma fundamental como referência fundante do direito? Para isto, é fundamental a percepção do autor que o direito é um conjunto escalonado de normas. Daí surge a ideia que o direito configura uma pirâmide normativa que tem início com as normas mais elementares e que de escala em escala chega a norma fundamental do sistema.

A referida norma fundamental pode ser pensada, num primeiro momento, como a atual constituição de um país ou, então, como a sua primeira constituição de sua história. Mas, também pode ser pensada como uma norma hipotética e justificadora anterior à primeira constituição. Independentemente deste fato, a norma fundamental para Hans Kelsen é a última norma do sistema jurídico e, portanto, é um dos postulados mais importantes da Teoria Pura do Direito. Esta importância deve-se ao fato de que, para Kelsen (Kelsen, 1998, p. 136), a norma fundamental

é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.

Em outras palavras, para Hans Kelsen (1998, p. 149), as normas de uma ordem jurídica valem (são obrigatórias)

porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência).

Esta forma de compreender o sistema jurídico e o papel da norma fundamental é compartilhada também por Norberto Bobbio. De fato, afirma o jurista italiano que para o fechamento do ordenamento jurídico, conferindo validade a todas as suas normas e uma unidade sistêmica, é necessário o estabelecimento da norma fundamental. Mas, esta norma, lembra o autor,

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.(Bobbio, 1995, p. 201).

Portanto, a norma fundamental é uma pressuposição da razão e fruto de uma espécie silogístico lógico (obtido por dedução). Neste sentido, Hans Kelsen (1998, p.142), explica que:

Neste silogismo a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira. A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo.

Essa, claro, é uma construção teórica que gerou grande polêmica. Mas, isto deve-se ao fato, como lembra Norberto Bobbio, que os juristas normalmente não entendem a sua função lógica. Nas suas palavras do autor, ele afirma que:

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.(Bobbio, 2010, p. 220, apud Sgarbossa, 2014, p. 20).

Assim, pode-se verificar que a análise crítica de Bobbio complementa a visão de Hans Kelsen da norma fundamental e destaca a necessidade da mesma para a integridade e a eficácia do ordenamento jurídico. Desta forma, fica evidente a contribuição do autor da obra *Teoria Pura do Direito* para afirmação da autonomia do sistema jurídico e para, em consequência, a constituição de uma verdadeira Ciência Jurídica, como um conhecimento descritivo.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto epistemológico de Hans Kelsen é uma marca na história da Ciência Jurídica. A construção deste projeto somente foi possível com a garantia da unidade e da autonomia do direito. Isto foi alcançado com o estabelecimento do conceito de norma fundamental e, portanto, da ideia que uma norma jurídica somente é válida se for fundamentada em outra norma jurídica.

Assim, a norma fundamental é, para o autor, a fonte maior de validade de todas as normas. Com a utilização do raciocínio silogístico para justificar a validade das normas, o mesmo contribui para uma aplicação mais rigorosa e consistente da Ciência Jurídica. Portanto, é justamente a ideia de norma fundamental que garante uma estrutura lógica ao sistema jurídico e a interpretação das normas como atos de comando objetivo válido com base na coação.

A norma fundamental emerge, neste contexto, como um elemento indispensável para a manutenção da ordem e da paz no conjunto da sociedade, garantindo que o direito funcione como uma ciência normativa independente e eficaz. Dessa forma, a obra de Kelsen continua a ser uma referência vital para um entendimento mais profundo e sistemático do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Norma Fundamental. Hans Kelsen. Positivismo Jurídico. Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.