

# ANOTAÇÕES ACERCA DA NORMA FUNDAMENTAL KELSENIANA<sup>1</sup>

Ildemar Egger<sup>2</sup>

A Teoria Geral das Normas veio reavivar os debates acadêmicos entorno da Teoria kelseniana.

Uma vez que, com as críticas ao positivismo – ao postulado da pureza metódica e do objeto – se considerava haver ultrapassado o purismo jurídico kelseniano<sup>3</sup>; passando a Teoria Pura do Direito a ser vista como uma passagem a ser superada na trajetória do desenvolvimento dos estudos acadêmicos<sup>4</sup>.

Entretanto, o lume trazido ao palco, com esta obra póstuma, fez ressurgir, com intensidade nos debates acadêmicos, o pensamento teórico de Hans Kelsen.

Em homenagem ao esforço, cumpre expressar, tais debates se tornaram possíveis na América-Latina a partir dos trabalhos do tradutor e intérprete José Florentino Duarte, Professor e Procurador do Estado da Paraíba.

Fato que direcionou estas notas à apreciação de sua comunicação intitulada “Fundamento Primordial da Ordem Jurídica” apresentada no SEMINÁRIO LATINOAMERICANO SOBRE A ‘TEORIA GERAL DAS

---

<sup>1</sup> Ou, ANOTAÇÕES À MARGEM DE DUARTE, José Florentino. FUNDAMENTO PRIMACIAL DA ORDEM JURÍDICA. Comunicação apresentada no Seminário Latino-americano sobre a TEORIA GERAL DAS NORMAS, de KELSEN, Hans, realizado pela Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – PGD/UFSC, Florianópolis, de 23 a 25 de novembro de 1987. Comunicação esta publicada no NEC/INFORMATIVO Nº 1, ano I, do Núcleo de Estudos Catarinenses, Florianópolis (SC): NEC/UFSC, 1988.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito – PGD/UFSC; membro colaborador do Núcleo de Estudos Catarinenses – NEC. ([http://www.egger.com.br/ie/ie\\_curr.htm](http://www.egger.com.br/ie/ie_curr.htm))

<sup>3</sup> A respeito ver WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder. Florianópolis: UFSC, 1984.

<sup>4</sup> Vide EGGER, Ildemar. ANÁLISE SOCIOLÓGICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA: A DOGMÁTICA COMO EPISTEMOLOGIA, COMO DOCTRINA E COMO IDEOLOGIA. Dissertação de Mestrado. PGD/UFSC: Florianópolis: 05 de dezembro de 1983. In <http://www.egger.com.br/ie/dissertacao.pdf>

NORMAS' de Hans Kelsen, realizado na UFSC, sob a coordenação do Centro de Ciências Jurídicas, de 23 a 25 de novembro de 1987.

Assim, consoante DUARTE,

*“A norma fundamental – ou, norma básica, ou, norma-base ou, norma fundamento – foi revelada por HANS KELSEN para justificar a condição de validade de atos humanos, instituidores de normas jurídicas, a começar pela da fonte ordenadora das normas: a historicamente Primeira Constituição.”* (comunicação retro citada, pág.4)

Ao que entendo, pode-se acrescentar que, a norma fundamental serviu, também, para HANS KELSEN, como arquétipo – pressuposto gnoseológico justificador e fundamentador da condição de validade da Ciência do Direito.

Pois, segundo a conhecida afirmação de MARX, *“o homem faz a história, mas, condicionado pelo meio em que vive”*.

E, a fase histórica desde a gestação da Teoria Pura do Direito deu-se sob a influência do modelo de ciência positivista, onde o paradigma de ciência são as ciências naturais. E, toda produção acadêmica, para ser aceita como científica, teria que adotar os métodos utilizados por essas ciências.

Isto, em virtude do desenvolvimento que obtiveram essas ciências naturais e pela adoção positivista do pressuposto pelo qual os métodos utilizados pelas ciências matematizantes do mundo exterior possuíam uma virtude inerente.

Daí, o postulado da pureza metódica e do objeto.

Assim, para alcançar êxito, todas as demais ciências deveriam adotar esses métodos, constituindo mesmo, tais métodos, um critério para a pertinência científica em geral.

Desse modo, método e objeto mesclaram-se na busca de um discurso científico para as ciências sociais; tendo presente o discurso científico como aquele rigoroso, que fala a verdade, de um signo que não admite controvérsia, ou seja, um dogma – um axioma.

Assim, construiu-se as ciências sob axiomas que lhes serviram de “topos” – condição de fundamentação e validade – no caso kelseniano, a Ciência do Direito.

E, justamente, a norma fundamental – único ponto não explicitado na Teoria Pura do Direito – foi o axioma sob o qual Kelsen, como condição de validade, erigiu em sua crítica à dogmática existente, a dogmática jurídica kelseniana.

Partindo da premissa que toda ciência deve ter seu objeto identificado e delimitado, Kelsen delimitou como objeto das ciências jurídicas, as normas jurídicas.

Nesse sentido, em sua Teoria Pura, expõe:

*“Na afirmação evidente de que o objecto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objecto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.”<sup>5</sup>*

No mesmo sentido se expressa na sua obra póstuma:

*“A Ciência do Direito contém proposições que são enunciados sobre normas jurídicas. Ela expõe normas jurídicas, descreve normas jurídicas. Essas proposições não são propriamente normas, mas enunciados sobre normas. Como ciência, a Ciência do Direito apenas pode conhecer e*

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4ª ed. Coimbra, Portugal: Armênio Amado, 1979. p.109.

*descrever normas a ela dadas, e não estabelecer normas, e não prescrever alguma coisa.”<sup>6</sup>*

Destarte, delimitado o objeto da Ciência do Direito, necessário fundamentar sua validade como condição de verdade. Donde a necessidade de um axioma que lhe sirva de critério gnoseológico insuspeito.

Assim, toda norma é válida se atendido o pressuposto de validez, ou seja, estar em consonância com as normas que lhes são superiores, logo, com a norma fundamental.

A respeito, Kelsen apresenta a questão seguinte:

*“Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta do homem, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas? Por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale? O que é que constitui o seu fundamento de validade?”<sup>7</sup>*

Ao que responde:

*“O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.”<sup>8</sup>*

E agrega:

---

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. 509p. p.195.

<sup>7</sup> KELSEN, 1979: 267.

<sup>8</sup> KELSEN, 1979: 267.

*“Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O facto 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 de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.”<sup>9</sup>*

Assim,

*“É a norma fundamental da Moral cristã que fundamenta a validade de todas as normas da Moral cristã, uma norma-‘fundamento’, porque acerca da razão de sua validade não mais pode ser indagado.”<sup>10</sup>*

Destarte, entendo a norma fundamental como o axioma – o pressuposto gnoseológico – sobre o qual Kelsen edificou toda a condição de validade da Ciência do Direito.

E, transferindo a norma fundamental do âmbito da hipótese para o da ficção no sentido vaihingeriano, Kelsen conferiu-lhe maior sedimentação, como condição de validade da ciência jurídica; pois, uma hipótese é um recurso do pensamento e,

*“Segundo Vaihinger, [...], uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve se não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente.”<sup>11</sup>*

---

<sup>9</sup> KELSEN, 1979: 269.

<sup>10</sup> KELSEN, 1986:326.

<sup>11</sup> KELSEN, 1986:329.

Corroborando o entendimento de que a norma fundamental, entendida como ficção no sentido da Filosofia vaihingeriana, veio ratificá-la e consolidá-la como pressuposto fundante da validade da Ciência do Direito, Kelsen em sua obra póstuma, textualmente afirma:

*“É a norma fundamental – da, historicamente, primeira Constituição – no mais profundo sentido, que se baseia o ordenamento jurídico.”<sup>12</sup>*

Em suma, o que pretendo dizer, com esta breve nota que faço à comunicação – Fundamento Primordial da Ordem Jurídica – apresentada pelo Professor Duarte, é que a alteração na posição de Kelsen qualificando a norma fundamental no terreno da ficção no sentido da Filosofia do Como-se e não da hipótese como o fizera em sua Teoria Pura do Direito, não desvirtua o sentido da norma fundamental, ao contrário, tal reposicionamento, veio consolidar a norma fundamental, como critério de validade e suporte gnoseológico da Ciência do Direito.

ILHA DE SANTA CATARINA,

MARÇO, 1988

Ildemar Egger  
Doutorando em Direito/UFSC

---

<sup>12</sup> KELSEN, 1986:327.