

A dupla perspetiva da norma fundamental em Hans Kelsen

JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO RAMOS

Mestre em Direito

Doutorando pela Universidade de Lisboa

Resumo: Com a finalidade de afirmar o Direito como ciência e assim o afastar da Sociologia do Direito e do Direito Natural, Hans Kelsen concebeu a **Teoria Pura do Direito**, que se assume como “Pura” porquanto suportada na absoluta cissão entre o ser e o dever ser. O Direito, sendo uma ciência das normas e dos sistemas normativos, não encontra o seu estribo fundamental nos factos: nenhum facto legitima a existência de normas, estas encontram a sua validade na conformidade com outra norma superior que a legitima. Para encerrar e, deste modo, validar e conhecer o sistema escalonado de atribuição de competências que assim necessariamente se gera, a *grundnorm* ordena a obediência à primeira constituição historicamente considerada e, bem assim, às posteriores que resultarem de alterações à ordem constitucional (sentido jurídico dos factos). A sua dupla fundamentação filosófica (hipótese lógico-transcendental e ficção jurídica) e as funções que lhe são inerentes (epistemológica e sistémica) levam-nos a considerar que Hans Kelsen entendeu a norma fundamental em duas diferentes dimensões.

Palavras-chave: norma fundamental, pressuposição lógico-transcendental, ficção, necessidade epistemológica e normativo-sistémica.

Abstract: With the purpose of affirming Law as a science and consequently excluding it from the Sociology of Law and Natural Law, Hans Kelsen conceived the Pure Theory of Law that is assumed as “Pure” while based on the absolute division between “to be” and “should be”. Law, being a science of norms and of normative systems, cannot find its fundamental pillar in facts: No fact legitimizes the existence of norms; these find their validity in the conformity with other higher norm whi-

ch legitimizes it. To end and thereby validate and know the graduated system of powers assignment generated this way, the grundnorm. The grundnorm orders obedience to the first historically considered Constitution, as well as to the subsequent constitutions resulting from amendments to the constitutional order (legal sense of the facts). His double philosophical reasoning (logical and transcendental hypothesis and legal fiction) and its inherent (systemic and epistemological) functions lead us to think that Hans Kelsen understood the fundamental norm in two different dimensions.

Keywords: fundamental norm, logical and transcendental assumption, fiction, epistemological and normative, systemic need.

Introdução

Na época em que Hans Kelsen iniciou as suas investigações, o Direito, como atividade científica, estava colocado perante o dilema de, por um lado, procurar afirmar a sua própria cientificidade ou de, por outro lado, se reduzir a uma mera técnica de regulação social, sem substrato científico. A sociologia do Direito assumia-se como a verdadeira ciência do Direito, reservando à tradicional ciência jurídica uma função puramente técnica e de mero auxiliar da atividade jurisdicional¹.

A ciência do Direito, fundada sob os axiomas do direito natural, suportada numa fundamentação metafísica e na procura do justo e do injusto, recusava as possibilidades epistemológicas do empirismo e, para Hans Kelsen, era incompatível com a procura de uma fundamentação objetiva e, como tal, verdadeiramente científica do Direito.

É entre estes dois pólos – a sociologia do Direito e o direito natural – que Hans Kelsen vai empreender uma intensa atividade juscientífica na procura de um objeto e de um método para o direito², *i.e.* na refundação epistemológica do Direito. Contra a sociologia do Direito Hans Kelsen vai afirmar o Direito como ciência do dever ser e não dos factos, área

¹ O presente artigo corresponde – com alterações pontuais e de pormenor – ao relatório apresentado ao Sr. Professor Doutor José Lamego no âmbito do seminário de doutoramento (Filosofia do Direito) realizado na Universidade de Lisboa, no ano de 2013/2014.

Assim, LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, 3.^a Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian – 1997, p. 91.

² BOBBIO, Norberto, *Direito e Poder*, tradução de Nilson Moulin, São Paulo, Unesp – 2008, p. 23.

reservada à sociologia³, deste modo procurando diferenciar o objeto de ambas as ciências. A sociologia estuda os factos e os fenómenos sociais, enquanto o Direito encontra o seu objeto analítico nas normas e nos sistemas normativos.

Ao jusnaturalismo Hans KELSEN aponta a falta de objetividade, uma vez que o Direito como ciência deve estudar e não criar o seu objeto; só o que resulta do método científico pode ser objeto de ciência. A ciência jurídica não deve criar nem avaliar a realidade, mas limitar-se a conhecê-la. O direito natural exprime as ideologias experimentadas nos diversos espaços e nos variados momentos, bem como as crenças dos respetivos atores políticos e dos juristas. A subjetividade imanente ao jusnaturalismo impede uma verdadeira análise científica.

A esta luz entendem-se as palavras de Norberto Bobbio “a Teoria Pura do Direito avança duas pretensões fundamentais: a) ser ciência (e não ideologia); b) ser a ciência própria do objeto a que se dirige, o Direito (e não de objetos diversos, embora afins, como são aqueles estudados pela Sociologia)”⁴.

É pretensão de Hans KELSEN afirmar uma ciência jurídica analítica-descriptiva e não prescritiva⁵, função própria do legislativo.

Com Hans KELSEN a ciência jurídica é entendida como uma ciência de normas e só de normas (se bem que agregadas em sistemas), que se assume como uma jurisprudência analítica, conceptual e eidética, afastada de toda e qualquer valoração sobre o conteúdo das normas⁶. Por esta razão o objeto da ciência do Direito são as normas e os sistemas normativos, sempre e só de direito positivo⁷.

³ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito...*, p. 93.

⁴ BOBBIO, Norberto, *Direito e Poder...*, p. 24.

⁵ Logo na sua tese de habilitação, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen – 1911, Hans KELSEN afirma que o seu objectivo se centra na purificação epistemológica do direito, mormente no seu método.

⁶ A este propósito são esclarecedoras e lapidares as palavras de Hans KELSEN “O facto, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva”, *Teoria Pura do Direito*, 2.^a edição (1960), tradução de João Baptista Machado, 7.^a edição, Coimbra, Almedina – 2008, p. 56.

⁷ É paradigmática a afirmação com que o próprio Hans KELSEN abre a sua obra principal “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral e não de uma ordem jurídica especial”, in *Teoria Pura do Direito...*, p. 1. Assim, LAMEGO, José, “O papel do kantismo na configuração disciplinar da filosofia do Direito”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, AAFDL – 2014, p. 19.

1. Teoria Pura do Direito e Norma Fundamental

O substrato metodológico da Teoria Pura do Direito é a distinção entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*), conceptualização que permite a cissão entre o Direito e a sociologia ao mesmo tempo que define o objecto de cada uma destas ciências⁸. Ao Direito está reservado o estudo da realidade normativa (dever ser) e a sociologia encontra o seu objecto na realidade social (ser).

Tomando como ponto de partida a cissão Kantiana⁹ entre as esferas do ser e do dever ser¹⁰ Hans Kelsen afirma a estrita separação entre a realidade normativa e a realidade factual, na medida em que factos e normas são duas dimensões distintas que se não confundem entre si, o que o conduz ao absoluto respeito pela lei de Hume¹¹: do ser não se extrai o dever ser e do dever ser não se extrai o ser¹². Na lógica da sua conformação interna o mundo factual obedece a juízos de matriz causal/naturalísticos (se A ocorre então necessariamente B sucede), enquanto o dever ser se rege por relações de imputação suportadas em juízos hipotéticos (se A se comporta de certa forma deve-lhe ser aplicada a pena B)¹³.

Para Hans Kelsen entre *ser* e *dever ser* existe, pois, um “abismo intransponível”¹⁴, sendo que as duas categorias são conceitos de na-

⁸ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito...*, p.92 e 94, e LAMEGO, José, “A Teoria Pura do Direito entre logicismo e voluntarismo”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, AAFDL – 2014, p. 141.

⁹ Tese desenvolvida por KANT, Immanuel, no segundo capítulo da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, tradução de Paulo Quintela, Lisboa, Edições 70 – 2011, pp. 41 e ss.

¹⁰ BOBBIO, Norberto, *Direito e Poder...*, p.94 e AFONSO, Elza Maria Miranda, “Passos da Teoria de Kelsen Rumo à Construção da Teoria do Direito”, in *Hans Kelsen – Teoria Jurídica e Política*, coordenação de Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, São Paulo, Forense Universitária – 2013, p. 50.

¹¹ A lei de (David) Hume traduz a ideia que não se pode deduzir o que deveria ser daquilo que é, i.e. os postulados descritivos puramente factuais apenas são susceptíveis de gerar outros postulados factuais e jamais normas. Kelsen, Hans, em *Teoria Geral das Normas*, tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre, Sérgio António Fabris Editor – 1986, p.108, expressamente aborda a filosofia de David Hume.

¹² Neste sentido, BRITO, José de Sousa e, *O Que é o Positivismo Jurídico. Como se Autodefine e Como se Auto-suspende*, publicado em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JSB_MA_9103.doc, consultado em 10/05/2014, p.8 e GREEN, Michael Steven, *Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems*, publicado em <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article> e consultado a 09/05/2014, p. 390.

¹³ BOBBIO, Norberto, *Direito e Poder...*, p. 76.

¹⁴ *Apud* LAMEGO, José, “O conceito de Direito como forma lógica da “experiência” jurídica: a filosofia do Direito do neo-kantismo de Marburgo”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, AAFDL – 2014, p. 93.

tureza formal e carentes de conteúdo. A factualidade *de per se* não é susceptível de revelar valores (justo ou injusto, bom ou mau, belo ou feio), estes derivam de puros actos de vontade humana que qualifica os factos em razão da subjectividade da sua percepção – quiçá toldada pelo seu próprio interesse – e não de dados objectivos da realidade social.

A conceptualização do objecto do Direito com base na forma sintética do dever ser encontra o seu fundamento epistemológico na filosofia kantiana¹⁵ do apriorismo das formas de conhecimento que se reconduzem a “juízos que representam uma forma de síntese que se estabelece como condição universal e necessária (*a priori*) de todo o conhecimento”¹⁶, bem como na fenomenologia de Husserl, designadamente na sua ontologia formal¹⁷. O dever ser, enquanto objecto da ciência jurídica, tem uma natureza lógico-transcendental¹⁸ na visão que a escola de Marburgo – em especial, Herman COHEN – atribuiu à filosofia epistemológica kantiana, mormente à teoria das formas apriorísticas do conhecimento, *i.e.* da organização da experiência¹⁹.

Se os factos e as normas constituem duas dimensões separadas entre si, o fundamento do dever ser não pode decorrer de um facto, mas apenas e só de outra norma (relação de imputação). Só as normas são fundamento das normas, o que importa que estas se não podem reduzir a factos (assim se afasta o realismo jurídico²⁰), nem a processos psico-

¹⁵ Opção filosófica assumida por HANS KELSEN em “The Pure Theory of Law, “Labandism”, and Neo-Kantianism. A Letter do Renato Treves”, in Stanley Paulson e Bonnie Paulson, *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford – 1998, p. 171.

¹⁶ LAMEGO, José, “O que é a Teoria Pura do Direito”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, AAFDL – 2014, p. 104.

¹⁷ LAMEGO, José, “A Teoria Pura do Direito entre logicismo e voluntarismo”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo..*, p. 142.

¹⁸ O neokantismo foi representado na Alemanha por duas escolas, a de Marburgo e a de Baden. A escola de Marburgo, especialmente através de Herman Cohen (1842-1918) reflectiu fundamentalmente sobre as condições de possibilidade da experiência, numa refundação da epistemologia kantiana (apriorismo lógico-transcendental das categorias possibilitadoras do conhecimento). A escola de Baden aprofundou o estudo dos apriorismos transcendentais da cultura e do mundo.

¹⁹ LAMEGO, José, “A argumentação transcendental em Kelsen”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, AAFDL – 2014, p. 114.

²⁰ O realismo jurídico é uma corrente doutrinária de génese anglo-saxónica (Estados Unidos) criada na primeira metade do século passado, que centra a análise científica do Direito na *praxis* judiciária. O realismo jurídico escandinavo, por sua vez, centra o

lógicos (deste modo se nega o psicologismo jurídico²¹). Aqui chegado, Hans Kelsen afirma o método normológico²² ou a normatividade ideal do direito, segundo a qual o Direito é um fenómeno exclusivamente normativo²³, sendo que as normas encontram a sua validade na relação com outras normas e não por apelo aos factos. As normas são fenómeno exclusivamente normativo.

Tal, porém, não impede a existência de relações entre facto e direito (ser e dever ser), a questão é que os factos apenas comportam relevo jurídico se e quando o direito assim o determina (sentido jurídico dos factos). Na verdade, “o significado normativo de um «facto» só pode ser estabelecido por via de uma «interpretação normativa» (*normative Deutung*) e é distinto do seu significado natural, que é estabelecido na base de uma «interpretação causal» (*kausale Deutung*)”²⁴, v.g. de que vale uma votação parlamentar se uma norma (Constituição e/ou Regulamento) não lhe atribuir valor?

Considerando que as normas não são factos nem processos psíquicos, a sua realidade não é apreensível pelos critérios do espaço e do tempo, razão pela qual a sua existência se centra na questão da sua validade²⁵. A validade é, pois, o modo específico de existência²⁶ das normas²⁷. A norma será válida quando há outra norma que regula

seu estudo nos conceitos jurídicos fundamentais e na análise do comportamento dos destinatários do direito.

²¹ O psicologismo jurídico é uma corrente doutrinária do fim do século XIX e do início do século XX, nos termos da qual o Direito deve ser interpretado em termos puramente psicológicos, de forma a quebrar o axioma do legalismo jurídico.

²² MATOS, Anditas Soares de Moura Costa, “KELSEN e a Violência: Uma Leitura Crítica das “Limitações” da Teoria Pura do Direito”, in Hans Kelsen – *Teoria Jurídica e Política*, coordenação de Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, São Paulo, Forense Universitária – 2013, p. 257.

²³ Para LAMEGO, José a normatividade do Direito é o problema central da Teoria Pura do Direito, in “O conceito de Direito como forma lógica da “experiência” jurídica: a filosofia do Direito do neo-kantismo de Marburgo”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 94.

²⁴ LAMEGO, José, “A argumentação transcendental em Kelsen”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 116 e NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2.ª edição, 12.ª reimpressão, Buenos Aires, Editorial Astrea – 2003, p.122.

²⁵ LAMEGO, José, “A argumentação transcendental em Kelsen”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 118.

²⁶ *Teoria Pura do Direito...*, p. 11.

²⁷ Para MATOS, Anditas Soares de Moura Costa, o conceito de validade é a principal estrutura operativa da Teoria Pura do Direito, cfr. “Kelsen e a Violência: Uma Leitura

e legitima o seu modo de produção ou a norma será mero produto de livre arbítrio; ora tal não é admissível na medida em que equivaleria a uma demonstração de não separação entre ser e dever ser, para além de corresponder a uma norma não válida porque a sua produção não estava legitimada por norma superior. Neste sentido José de Sousa e Brito ensina que “Para KELSEN a existência ou vigência de uma norma jurídica depende apenas inicialmente da norma que a autoriza e depois para se manter em vigor também do facto da sua própria eficácia”²⁸.

Na Teoria Pura do Direito uma norma é válida quando, dentro do sistema em que se integra, também for válida uma outra norma de valor superior que autorize a sua produção²⁹. Questão diversa e que se prende com a manutenção da validade da norma, é a da sua eficácia. Para que as normas se mantenham válidas, Hans KELSEN³⁰ exige um mínimo de eficácia, sob pena de caírem em desuso e serem derogadas³¹.

A necessidade de cada norma estar fundada na existência de outra norma de grau – necessariamente – superior que a autoriza e lhe confere legitimidade, importa que o sistema normativo corresponda a uma estrutura encadeada de comandos sucessivos na qual cada norma de grau superior autoriza a norma de grau inferior, o que conduz Hans KELSEN

Crítica das “Limitações” da Teoria Pura do Direito”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política...*, p. 256.

²⁸ Cfr. *O Que é o Positivismo Jurídico. Como se Autodefine e Como se Auto-suspende...*, p. 5.

²⁹ HART, Herbert, perante o mesmo problema do fundamento da validade normativa, defende a Teoria da Regra de Reconhecimento (*rule of recognition*) a qual postula que são válidas as normas que forem aceites pela *praxis* social de cada comunidade humana. Assim, a regra de reconhecimento é uma questão de facto e apenas é verificável pela análise das práticas sociais, uma vez que não é formulada de forma explícita; in *O Conceito de Direito*, tradução de Armindo Ribeiro Mendes, 6.ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian – 2011, pp.113 e ss. Sobre a regra do reconhecimento ver, SPAAK, Torben, *KELSEN and Hart on the Normativity of Law*, publicado em <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf> e consultado em 09/05/2014, p.p.408 e ss. e DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya, “A Validade do Direito na Perspectiva Juspositivista. Reflexões em Torno de Hans KELSEN”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política*, coordenação de Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, São Paulo, Forense Universitária – 2013, pp. 223 e ss.

³⁰ *Teoria Pura do Direito...*, pp.12 e 236.

³¹ Cfr. BRITO, José de Sousa e, *Reconhecimento Judicial e Fontes de Direito*, publicado em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jsb_MA_21549.doc e consultado em 19/05/2014, consultado a 10/05/2014, p.2.

a aceitar a teoria da estrutura escalonada do Direito³² (*Stufenbaulehre*) já defendida por Adolf Julius Merkel³³. O sistema normativo é, destarte, entendido como um sistema hierárquico e dinâmico (nomodinâmica), cujo substrato se consubstancia numa cadeia vertical³⁴ de relações normativas de autorização para criação legislativa e na atribuição de poderes para determinação de normas individuais³⁵. Com efeito, “A estrutura com múltiplos escalões de Merkel fora pensada no sentido de exibir um encaixe perfeito de atribuições normativas de poder ou competência ao longo de todo o caminho da estrutura escalonada de normas jurídicas”³⁶.

Todavia, se o postulado do escalonamento normativo permite resolver a questão da validade e, portanto, da obrigatoriedade de obediência às normas, ele não deixa de concomitantemente criar outro problema. O regresso *ad infinitum* parece ser uma consequência lógica na teoria escalonada do Direito. Se cada norma, para ser válida, está autorizada por outra norma de escalão superior sempre haverá uma outra norma que a fundamenta, *iter* que inapelavelmente nos conduz ao infinito.

³² *Teoria Pura do Direito...*, pp.250 e ss. Já em 1923, no prefácio de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Hans KELSEN reconhecia a importância de Adolf Julius Merkel para a assunção de uma visão nomodinâmica na Teoria Pura do Direito. Para um maior aprofundamento da Teoria da Estrutura Escalonada do Direito, sua gênese e evolução, bem como da recepção por Hans KELSEN na Teoria Pura do Direito, ver BOROWSKI, Martin, “A Doutrina da Estrutura Escalonada do Direito de Adolf Julius Merkl e a sua Recepção em KELSEN”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política*, coordenação de Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, São Paulo, Forense Universitária – 2013, pp.129 a 183.

³³ Adolf Julius Merkel (1890-1970) integrou a escola de Viena, grupo que nesta cidade se reuniu em redor de Hans KELSEN; o mesmo elaborou a Teoria da Estrutura Escalonada do Direito na obra *Das Recht im Lichte Seiner Anwendung*, dada à estampa em Hannover no ano de 1917.

³⁴ SPAAK, Torben, *KELSEN and Hart on the Normativity of Law*, publicado em <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf> e consultado em 09/05/2014, p.402 e D’ALMEIDA, Luís Duarte, “In Canonical Form: KELSEN’s Doctrine of the Complete Legal Norm”, in *KELSEN Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, coordenação de Luís Duarte D’Almeida, J. Gardner e L. Green, Edimburgo, Hart Publishing – 2013, p. 276.

³⁵ LAMEGO, José, “O que é a Teoria Pura do Direito”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p.109 e “A função epistemológica e a função sistémica da norma fundamental”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, AAFDL – 2014, p. 163.

³⁶ PAULSON, Stanley, “Reflexões Sobre a Periodização da Teoria do Direito de Hans KELSEN”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política*, coordenação de Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, São Paulo, Forense Universitária – 2013, pp.22 e 23.

Para enfrentar este paradoxo, *rectius* dilema, Hans Kelsen conceptualiza³⁷ a norma fundamental (*grundnorm*)³⁸ a qual é o fundamento da obrigatoriedade de cumprimento das normas constitucionais³⁹ e, por essa via, legitima todas as normas integradas no sistema. A existência da norma fundamental não está suportada por qualquer norma superior habilitante, sendo o vértice da cadeia de autorizações legislativas e de competência que valida todas as normas dos diversos escalões inferiores⁴⁰, pelo que encerra o sistema⁴¹ possibilitando o conhecimento do direito positivo, sem necessidade de convocar o regresso ao infinito.

O teor da *grundnorm* pode ser reduzido a “«devem ser postos actos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela». (Em forma abreviada: «devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve»)”⁴², o que revela a razão da atribuição de competência no que concerne aos órgãos legislativos e de emprego do Direito (que rege a sua própria produção e aplicação)⁴³, o fundamento único da validade jurídica e da unidade dos respectivos sistemas (possibilitando à ciência jurídica a descrição do Direito como sistema de normas válidas)⁴⁴ e o fundamento único da obrigação jurídica relativamente aos sujeitos subordinados às normas⁴⁵.

³⁷ Em 1913, na obra *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, já Walter Jellinek (1885-1955), tinha defendido a necessidade conceptual de uma norma de encerramento do sistema, à qual não correspondia a qualquer vontade humana.

³⁸ Nas palavras de LAMEGO, José, a norma fundamental é a doutrina mais emblemática da Teoria Pura do Direito, in “A função epistemológica e a função sistémica da norma fundamental”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p.161.

³⁹ Assim, o assume o próprio Hans Kelsen que denomina a norma fundamental como “constituição no sentido lógico jurídico”, em *Teoria Pura do Direito...*, pp. 221. BRITO, José de Sousa e, numa reformulação semântica da norma fundamental apresenta-a como “a síntese das regras constitutivas da ordem jurídica”, in *O Que é o Positivismo Jurídico. Como se Autodefine e Como se Auto-suspende*, publicado em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JSB_MA_9103.doc, consultado em 10/05/2014, p. 9.

⁴⁰ Assim, GREEN, Michael Steven, *Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems*, publicado em <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article> e consultado a 09/05/2014, p. 388.

⁴¹ BOBBIO, Norberto, *Direito e Poder...*, p. 158

⁴² Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito...*, p. 223.

⁴³ Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito...*, p. 59.

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito...*, p. 220.

⁴⁵ Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito...*, p. 35.

Tal norma não é posta por uma qualquer autoridade⁴⁶, *i.e.* não é direito positivo⁴⁷, mas sim pressuposta⁴⁸ por razão de hipótese lógico-transcendental⁴⁹ (fruto do método lógico-analítico kantiano, à luz da refundação da escola de Marburgo), uma vez que a mesma não corresponde a uma categoria empiricamente demonstrável, mas necessária para que o edifício (sistema) normativo seja cientificamente aceite e demonstrável⁵⁰. A norma fundamental não é produto do arbítrio, mas da razão científica e, por essa via, demonstrável.

A norma fundamental não tem conteúdo valorativo, mas apenas de forma, ou seja legítima a produção de normas do escalão inferior, mas não determina o seu concreto conteúdo, tudo pode ser ou não ser direito, independentemente da justiça e do mérito das soluções legalmente consagradas⁵¹.

A doutrina da norma fundamental surge pela primeira vez nos estudos de Hans KELSEN no ano de 1914, em *Rechtsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung* e apresenta-se, nesta fase, como uma revelação lógica com fundamento na filosofia epistemológica kantiana (analítica transcendental), conceptualizada⁵² como “uma norma originária pressuposta”. Posteriormente, num ensaio de 1964 intitulado A Função da Constituição (*Die Funktion der Verfassung*)⁵³, Hans KELSEN passa

⁴⁶ AFONSO, Elza Maria Miranda, “Passos da Teoria de KELSEN Rumo à Construção da Teoria do Direito”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política...*, p. 58.

⁴⁷ Alf ROSS (1899-1979) afirma que Hans KELSEN é um “quasi-positivista”, na medida em que a doutrina da norma fundamental, enquanto entidade normativa não positiva, não tem lugar numa teoria do direito positivo. A respeito desta discussão ver LAMEGO, José, “A argumentação transcendental em KELSEN”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, pp.122 e ss.

BOBBIO, Norberto, em *Direito e Poder...*, p.166, critica a doutrina da norma fundamental na medida em que a mesma consubstancia uma derivação de fundamentação do direito no facto.

⁴⁸ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito...*, p. 99.

⁴⁹ LAMEGO, José, “A argumentação transcendental em KELSEN”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 119.

⁵⁰ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito...*, p. 225 e BOBBIO, Norberto, *Direito e Poder...*, p. 136.

⁵¹ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito...*, pp. 59 e 246.

⁵² LAMEGO, José, “A função epistemológica e a função sistémica da norma fundamental”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 161.

⁵³ Este texto corresponde à comunicação que Hans KELSEN preparara para apresentação na Segunda Jornada Austríaca de Juristas, que decorreu em Viena no ano de

a alicerçar a norma fundamental na filosofia do “Como Se” de Hans Vaihinger (1852-1933), assumindo que a norma fundamental é uma ficção ou norma ficcionada⁵⁴.

Para Hans KELSEN a norma fundamental não é perene e imutável, pelo contrário ela está sujeita às vicissitudes próprias das normas, entre as quais a revogação por⁵⁵ via revolucionária⁵⁶. Hans KELSEN admite que a força, v.g. uma alteração violenta do *status quo* constitucional, tem a capacidade jurídica de alterar a ordem estabelecida e, como tal, de provocar uma mutação na norma fundamental.

Tem sido dirigida a Hans KELSEN a crítica que a assunção da capacidade de criação normativa da revolução (de revogação/derrogação da norma fundamental) consubstancia uma violação da lei de Hume e que, em consequência, o Direito é influenciado pelos factos, entre ser e dever ser existiram, assim, mútuas derivações⁵⁷.

Norberto Bobbio entende que, na visão KELSENIANA, a norma fundamental comporta *per se* a possibilidade de um poder coercivo alterar a ordem jurídica estabelecida e ser ele próprio o fundador de uma nova ordem. Se a previsão da norma fundamental é assim ampla, em bom rigor, a mesma permanece inalterada, sendo que o conteúdo do seu comando se reduz a cumprir a constituição quaisquer que sejam os seus preceitos⁵⁸.

Andityas Costa Matos assume que a Teoria Pura do Direito é uma teoria da violência, o que demonstra ser impossível pensar o direito

1964. Contudo, devido a uma indisposição, Hans KELSEN não pode comparecer, sendo o texto da comunicação anexado às actas.

⁵⁴ LAMEGO, José, “A Teoria Pura do Direito e o ficcionalismo”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, AAFDL – 2014, p. 177.

⁵⁵ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito...*, p. 223 e, no que especificamente concerne à aceitação pelo direito internacional da ordem jurídica fundada na revolução, ver p. 244.

⁵⁶ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa, defende que “o grande mérito da Teoria Pura do Direito consiste em ter revelado, mediante instrumento filosófico-jurídico, o carácter originalmente violento do direito”, cfr. “KELSEN e a Violência: Uma Leitura Crítica das “Limitações” da Teoria Pura do Direito”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política...*, p. 255. A título meramente exemplificativo – sobre a relevância da revolução na edificação de uma nova ordem jurídica – ver, KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito...*, pp. 304 e 234.

⁵⁷ Crítica formulada por Mario Losano e Renato Treves, *Apud* MATOS, Andityas Soares de Moura Costa, cfr. “KELSEN e a Violência: Uma Leitura Crítica das “Limitações” da Teoria Pura do Direito”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política...*, p. 261.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto, em *Direito e Poder...*, pp. 162 e ss.

fora do quadro da própria violência. A norma fundamental originária e fundadora do sistema transforma a violência em força juridicamente qualificada para fundar a nova ordem jurídica⁵⁹.

Summo rigore, a solução apresentada por Andityas Costa Matos não nos parece capaz de obviar à crítica acima enunciada; com efeito, a mesma não deixa de convocar um facto (a revolução/violência) como condição geradora e, *qua tal*, legitimadora da norma fundamental.

Já relativamente à proposta avançada por Norberto Bobbio, não nos custa aceitar a sua bondade, porquanto, para além de se mostrar idónea na resolução da contradição da recensão atrás expressa (ao atribuir sentido jurídico à revolução – sentido jurídico dos factos – nega a confluência entre o ser e a fundamentação do dever ser), respeita uma das pedras angulares da Teoria Pura do Direito, a saber: a sua natureza eidética que não convoca valores, mas realidades normativas formais. Se recordarmos as palavras de Hans KELSEN (devem ser postos actos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela)⁶⁰, concluiremos que a norma fundamental é compatível com todas as estruturas axiomáticas⁶¹.

A **Teoria Pura do Direito** apresenta-se como “pura” porque expurgada de conteúdo valorativo e assume o método da lógica-transcendental das formas que possibilitam o conhecimento (experiência), sendo seu objecto o direito positivo. Assim, a preocupação epistemológica da doutrina da norma fundamental centra-se na explicação racional do sistema normativo, designadamente na descoberta da sua génese, de molde a conferir validade às normas integrantes de um mesmo sistema.

2. Da natureza da norma fundamental

Nem sempre Hans KELSEN entendeu o fundamento filosófico da norma fundamental com referência ao mesmo substrato⁶². Na fase inicial

⁵⁹ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa, “KELSEN e a Violência: Uma Leitura Crítica das “Limitações” da Teoria Pura do Direito”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política...*, p. 261.

⁶⁰ *Teoria Pura do Direito...*, p. 59.

⁶¹ A este respeito ver os exemplos referidos por KELSEN, Hans, a respeito das revoluções francesa e russa, in *Teoria Pura do Direito...*, p. 56.

⁶² Cfr. LAMEGO, José, “A função epistemológica e a função sistémica da norma fundamental”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, pp. 161 e ss.

das suas investigações⁶³, KELSEN sustenta a norma fundamental como uma pressuposição lógico-transcendental decorrente da aplicação do método do apriorismo das formas sintéticas do conhecimento (hipótese) da filosofia epistemológica kantiana, na refundação da escola de Marburgo, em especial Herman COHEN (para quem conhecimento equivale a experiência).

Ainda que Hans KELSEN assumia, na carta a Renato TREVES⁶⁴, datada de 3 de Agosto de 1933, que o princípio da economia do pensamento (*Denkökonomie*) de Ernst MACH e o ficcionalismo (*Als ob*) de Hans VAHINGER também contribuíram para a construção filosófica da norma fundamental, desde logo afirma que afastou tais contributos devido a algumas críticas e mal entendidos.

Posteriormente⁶⁵, Hans KELSEN retoma o ficcionalismo de VAHINGER, mas já não, pelo menos de forma explícita, o pensamento de Ernst MACH; possivelmente nunca conheceremos o contributo da doutrina da economia do pensamento para a construção filosófica da norma fundamental de KELSEN.

2.1. *Hipótese lógico-transcendental*

Porque a investigação inicial de Hans KELSEN compreende a descrição das condições formais do conhecimento científico do Direito positivo, logo em 1914⁶⁶, KELSEN aceita a existência de uma norma fundamental, cuja validade não deriva de uma norma superior e que assenta no modelo da hipótese lógico-transcendental, em tributo da filosofia neokantiana, na interpretação de Herman COHEN⁶⁷, o qual defende que o objecto do conhecimento é logicamente determinado por via do

⁶³ Sobre a periodização da obra de Hans KELSEN, ver PAULSON, Stanley, “Reflexões Sobre a Periodização da Teoria do Direito de Hans KELSEN”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política...*, p.3 e ss. e LAMEGO, José, “O que é a Teoria Pura do Direito”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, pp. 110 e ss.

⁶⁴ KELSEN, Hans “The Pure Theory of Law, “Labandism”, and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves”..., pp. 173 e 174.

⁶⁵ A partir de 1964, com a publicação de A Função da Constituição (*Die Funktion der Verfassung*), anexa às actas Segunda Jornada Austríaca de Juristas.

⁶⁶ *Rechtsgesetz und Landsgesetz nach österreichischer Verfassung*.

⁶⁷ A sua principal obra é *Logik des reinen Erkenntnis*, sobre lógica do conhecimento.

entendimento, o qual verdadeiramente constitui a materialidade desse mesmo objecto.

No caso da *Teoria Pura do Direito* o dualismo ser e dever ser são as categorias apriorísticas que fundam o entendimento do Direito⁶⁸. A aceitação do Direito como dever ser importa, para que o mesmo seja válido, a existência da *grundnorm*, que não corresponde a uma categoria empiricamente demonstrável, mas que se revela pela necessidade conceptual de fundamentar a validade do sistema normativo sem recurso a elementos factuais ou psicológicos⁶⁹; o conhecimento (organização da experiência normativa) da norma fundamental é revelado pelo método transcendental⁷⁰.

A hipótese lógico-transcendental, na doutrina de Herman COHEN, é uma pressuposição necessária ao conhecimento do objecto, a qual se constrói por aproximação ao ideal da realidade e no quadro do seu entendimento. A hipótese está funcionalmente orientada a possibilitar o conhecimento da experiência, pelo que a deve revelar e não criar⁷¹. Todavia, a conceptualização do objecto não existe fora das possibilidades do seu conhecimento, ou seja fora do apriorismo das formas lógico-transcendentais. Logo, só a existência de uma norma que “feche” o sistema e permita perceber as normas como objectivamente válidas, é hipótese apriorística de conhecimento e descrição de todo o sistema⁷².

Com efeito, «Na doutrina da norma fundamental (*Grundnorm*) hipotética condensa-se a resposta à tarefa transcendental da *Teoria Pura do Direito*, tarefa que KELSEN resumia na questão de saber “*como é possível*

⁶⁸ LAMEGO, José “O conceito de Direito como forma lógica da “experiência” jurídica: a filosofia do Direito do neo-kantismo de Marburgo”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 81.

⁶⁹ “the act of presupposing the basic norm is really an *act of cognition*, not an act of volition, and that therefore the basic norm is the meaning of an act of *thinking*, not the meaning of an act of will”, SPAAK, Torben, *KELSEN and Hart on the Normativity of Law*, publicado em <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf> e consultado em 09/05/2014, p. 405.

⁷⁰ LAMEGO, José, “A argumentação transcendental em KELSEN”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 115.

⁷¹ Sobre o conceito de hipótese na filosofia de Herman Cohen e sua comparação com as ficções de Hans Vaihinger ver AFONSO, Elza Maria Miranda, “Passos da Teoria de KELSEN Rumo à Construção da Teoria do Direito”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política...*, pp. 67 e ss.

⁷² O próprio Hans KELSEN se refere à norma fundamental como o instrumento necessário para o fundamento (logo conhecimento e descrição) do sistema normativo. Assim, *Teoria Pura do Direito...*, p. 278.

o Direito positivo como objecto do conhecimento, como objecto de uma ciência jurídica, e, bem assim: como é esta possível»⁷³.

2.2. Ficção jurídica

Posteriormente, em 1964 com o artigo *Die Funktion der Verfassung* e na obra póstuma *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen – 1979)*⁷⁴, Hans Kelsen assume de forma clara que a norma fundamental tem a natureza de uma ficção ou de uma norma ficcionada segundo a filosofia de Hans Vaingher do “Como se”⁷⁵. Desde cedo que Hans Kelsen se sentiu atraído pela ficcionalismo, logo em 1911 (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*) e num ensaio de 1919 sobre as ficções jurídicas⁷⁶ remeteu para a filosofia de Hans Vaingher a fundamentação do conceito “sujeito de direito”. Na troca epistolar com Renato Treves, em 1933, Hans Kelsen assumiu que o princípio da economia do pensamento de Ernst Mach e que o ficcionalismo de Hans Vaingher foram importantes contributos para a sedimentação filosófica da norma fundamental, preferindo, todavia, explicar o seu estatuto como pressuposição logico-transcendental, em tributo da epistemologia neokantiana.

A doutrina de Hans Vaingher parte do axioma que a realidade não pode ser abarcada pelo pensamento humano tal como é, razão pela qual construímos modelos de relação com a realidade e agimos tal como se esses modelos, efectivamente, correspondessem à realidade. Assim, as conceptualizações da filosofia transcendental são ficções heurísticas das quais só se pode fazer uso condicionado ao juízo

⁷³ LAMEGO, José “O conceito de Direito como forma lógica da “experiência” jurídica: a filosofia do Direito do neo-kantismo de Marburgo”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 95.

⁷⁴ Cfr., *Teoria Geral das Normas...*, p.328 e 329 e HARTNEY, Michael, “Introduction: The Final Form of The Pure Theory of Law”, in *General Theory of Norms*, Oxford, Oxford Scholarship – 1991, p. XVIII.

⁷⁵ Doutrina expressa em *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche*, Berlin – 1911.

⁷⁶ *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*, publicado no primeiro número da revista *Annalen der Philosophie*, fundada por Hans Vaingher com o propósito de difundir o ficcionalismo como método científico.

“como se”, cuja finalidade é “a construção e a ligação aos objectos da experiência”⁷⁷.

Ao entender o sistema normativo, fundamentalmente, na sua dimensão nomodinâmica, em detrimento da nomoestática, Hans Kelsen viu-se confrontado com o dilema de procurar saber qual a entidade superior na cadeia sucessiva de atribuições de competência. A estrutura escalonada do ordenamento, entendido o mesmo na sua perspectiva dinâmica e hierárquica, impõe de forma necessária a existência um órgão legislativo supremo (que, por acto de vontade, cria a norma fundamental⁷⁸), acima do qual inexistem outros órgãos. A habilitação deste órgão para criar normas não pode ser posta por norma de competência, uma vez que esta criaria um paradoxo ao exigir a existência de órgão superior ao órgão supremo (só assim a norma de competência existiria)⁷⁹.

A norma fundamental não pode, pois, ser ainda uma hipótese lógico-transcendental (concepção compatível com a nomoestática), uma vez que a hipótese procura a aproximação à realidade, ao contrário da ficção que parte do postulado da irrealidade e da contrariedade interna⁸⁰. Assim, a norma fundamental é uma ficção, *i.e.* um expediente heurístico que, segundo um padrão gnosiológico, permite representar o Direito como sistema de normas válidas. *Summo rigore* estamos perante duas ficções, ficciona-se a norma fundamental e, bem assim, a autoridade suprema que a criou⁸¹.

⁷⁷ LAMEGO, José, “A Teoria Pura do Direito e o ficcionalismo”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, AAFDL – 2014, p. 181.

⁷⁸ SPAAK, Torben, *KELSEN and Hart on the Normativity of Law*, publicado em <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf> e consultado em 09/05/2014, p. 405.

⁷⁹ LAMEGO, José, “A função epistemológica e a função sistémica da norma fundamental”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p.171 e “A Teoria Pura do Direito e o ficcionalismo”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p.184, e AFONSO, Elza Maria Miranda, “PASSOS da Teoria de Kelsen Rumo à Construção da Teoria do Direito”, in *Hans Kelsen – Teoria Jurídica e Política...*, p. 72.

⁸⁰ Cfr., *Teoria Geral das Normas...*, p. 328.

⁸¹ A respeito da natureza da norma fundamental ver, MATOS, Anditas Soares de Moura Costa, *A Norma Fundamental de Hans Kelsen Como Postulado Científico*, publicado em www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista e consultado em 08/05/2014. *A autora defende um caminho oposto ao comumente aceite para a doutrina de Hans Kelsen, porquanto afirma que a norma fundamental começou por ter, no escritos de Kelsen, a natureza de ficção e só depois de proposição lógico-transcendental.*

3. Da razão da norma fundamental

3.1. Função epistemológica

A norma fundamental responde, no período inicial das investigações KELSENIANAS, a uma necessidade conceptual na exacta medida em que possibilita a validade das normas, ao mesmo tempo que permite conhecer as normas que integram um mesmo sistema⁸². Sem norma fundamental as normas não são válidas, logo não existem, nem integram um qualquer sistema, razão pela qual “só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjectivo do facto constituinte e dos factos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objectivo, quer dizer, como normas objectivamente válidas”⁸³.

A bipartição entre ser e dever ser – que decorre da busca da “purificação” da ciência jurídica – impõe de forma necessária que o Direito se apresenta como uma realidade normativa e só normativa. A pressuposição lógico-transcendental da norma fundamental permite preservar a “pureza” do Direito uma vez que o fundamento de validade das normas é uma norma e não um facto.

A norma fundamental tem, pois, uma função⁸⁴ epistemológica⁸⁵: só a sua pressuposição permite conhecer, analisar e descrever o objecto juscientífico, *i.e.* o ontológico normativo⁸⁶. A assunção da norma fundamental permite a representação científica do direito como realidade normativa, sendo que qualquer outra assunção seria um regresso à “confusão” entre factos e direito, entre causalidade e imputação⁸⁷.

⁸² BRITO, José de Sousa e, *Reconhecimento Judicial e Fontes de Direito*, publicado em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jsb_MA_21549.doc e consultado em 19/05/2014, consultado a 10/05/2014, p.1.

⁸³ Cfr., *Teoria Geral das Normas...*, p. 225.

⁸⁴ LAMEGO, José, “A função epistemológica e a função sistémica da norma fundamental”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 164.

⁸⁵ PAULSON, Stanley, denomina esta função de fundamentação ou embasamento, in *Hans Kelsen – Teoria Jurídica e Política...*, p. 29.

⁸⁶ KELSEN, Hans admite a função teórico-gnosiológica da norma fundamental, in *Teoria Geral das Normas...*, p. 225.

⁸⁷ Cfr. LAMEGO, José, “A função epistemológica e a função sistémica da norma fundamental”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 167, no que concerne à citação de Hans Kelsen em *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*.

3.2. Função sistémica

Paulatinamente Hans Kelsen foi-se afastando da visão nomoestática do sistema normativo para uma visão nomodinâmica, centrada nos aspectos hierárquicos e activos do sistema, de modo a entendê-lo na sua dimensão de “atribuição de competência”⁸⁸. As tensões e dilemas conceptuais que este novo entendimento foi revelando abalaram o fundamento de algumas das estruturas categoriais nas quais Hans Kelsen estribava a Teoria Pura do Direito. Desde logo, como já acima tentámos demonstrar, ocorre uma mutação nos fundamentos filosóficos da doutrina de Kelsen, de pressuposição lógico-transcendental, Kelsen passa entender a norma fundamental como ficção no sentido da filosofia de Hans Vaihinger.

Se bem que já em 1934 (com a 1.ª edição da Teoria Pura do Direito) Hans Kelsen entendia a existência de uma concomitante função sistémica para a norma fundamental⁸⁹, com a 2.ª edição da mesma obra, Kelsen assume de forma clara esta função⁹⁰.

Nesta dimensão funcional a norma fundamental vale como elemento superior do sistema que, atribuindo validade à primeira constituição histórica que funda o sistema normativo no qual se integra, inicia uma cadeia sucessiva e descendente de atribuições de competência, em termos que é o factor gerador de validade de todas as normas que constituem o sistema⁹¹. A validade tem uma matriz puramente eidética, uma vez que obedece a um critério de competência do órgão legislador ou aplicador da norma e não à sua materialidade (a norma pode ser justa ou injusta mas é Direito e como tal tem de ser obedecida).

Esta linha de pensamento é continuada e aprofundada por Hans Kelsen na sua obra póstuma, Teoria Geral das Normas⁹², onde o autor pretendeu acomodar a norma fundamental à sua visão nomodinâmica, atribuindo uma maior relevo à função sistémica.

⁸⁸ Lamego, José, “A função epistemológica e a função sistémica da norma fundamental”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 164.

⁸⁹ Lamego, José, “A função epistemológica e a função sistémica da norma fundamental”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 1648.

⁹⁰ *Teoria Geral das Normas...*, pp. 216 e ss.

⁹¹ Lamego, José, “A função epistemológica e a função sistémica da norma fundamental”, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 169.

⁹² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoria Geral das Normas...*, pp. 326 e ss.

Conclusões

Em razão da análise *supra* realizada verificamos que, em bom rigor, os estudos da doutrina de Hans KELSEN revelam a existência de uma dupla perspectiva da norma fundamental.

Num primeiro momento a norma fundamental tem por finalidade fazer face às necessidades epistemológicas e conceptuais do conhecimento, da descrição e da sistematização do Direito. Nesta fase, Hans KELSEN procura entender o sistema normativo como uma realidade estática, centrada na categoria proposição jurídica, sendo a norma fundamental apresentada como uma pressuposição lógico-transcendental (categoria apriorística do conhecimento ou da organização da experiência normativa), que permite a representação científica do Direito enquanto entidade normativa.

Quando Hans KELSEN procura entender a nomodinâmica e vê o sistema normativo centrado na atribuição de competência, a norma fundamental passa a ser entendida como uma ficção heurística, porque contrária à realidade e contraditória consigo mesma, cuja principal utilidade é dar coerência interna ao sistema e harmonia aos vários degraus da estrutura escalonada do Direito. A norma fundamental, na visão nomodinâmica, configura uma dupla ficção (a norma fundamental e o órgão que a produziu) que atribui legitimidade à constituição que funda o sistema e as todas as normas que dela dependem.

A alteração do estribo filosófico na doutrina da norma fundamental de Hans KELSEN resulta, pois, da necessidade, quiçá dificuldade, que o autor tem de compatibilizar a nomodinâmica com a primeira parte dos seus estudos sobre nomoestática.

Bibliografia

- AFONSO, Elza Maria Miranda, “Passos da Teoria de KELSEN Rumo à Construção da Teoria do Direito”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política*, coordenação de Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, São Paulo, Forense Universitária – 2013, pp.41 a 83.
- ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1.^a reimpressão, Buenos Aires, Editorial Astrea – 1987.
- BOBBIO, Norberto, *Direito e Poder*, tradução de Nilson Moulin, São Paulo, Unesp – 2008.

- BOROWSKI, Martin, “A Doutrina da Estrutura Escalonada do Direito de Adolf Julius Merkl e a sua Recepção em KELSEN”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política*, coordenação de Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, São Paulo, Forense Universitária – 2013, pp.129 a 183.
- BRITO, José de Sousa e, *Reconhecimento Judicial e Fontes de Direito*, publicado em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jsb_MA_21549.doc e consultado em 19/05/2014 e consultado a 10/05/2014.
- _____, *O Que é o Positivismo Jurídico. Como se Autodefine e Como se Auto-suspende*, publicado em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JSB_MA_9103.doc e consultado em 10/05/2014.
- D’ALMEIDA, Luís Duarte, “In Canonical Form: KELSEN’s Doctrine of the Complete Legal Norm”, in *KELSEN Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, coordenação de Luís Duarte D’Almeida, J. Gardner e L. Green, Edimburgo, Hart Publishing – 2013, pp.259 a 283.
- DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya, “A Validade do Direito na Perspectiva Jus-positivista. Reflexões em Torno de Hans KELSEN”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política*, coordenação de Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, São Paulo, Forense Universitária – 2013, pp.213 a 231.
- GREEN, Michael Steven, *Hans KELSEN and the Logic of Legal Systems*, publicado em <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article> e consultado a 09/05/2014.
- HART, Herbert, *O Conceito de Direito*, tradução de Armindo Ribeiro Mendes, 6.ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian – 2011.
- HARTNEY, Michael, “Introduction: The Final Form of The Pure Theory of Law”, in *General Theory of Norms*, Oxford, Oxford Scholarship – 1991, pp.IX a LIII.
- KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, tradução de Paulo Quintela, Lisboa, Edições 70 – 2011.
- KELSEN, Hans, *Teoria Geral das Normas*, tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre, Sérgio António Fabris Editor – 1986.
- _____, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª edição (1960), tradução de João Baptista Machado, 7.ª edição, Coimbra, Almedina – 2008.
- _____, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, tradução de Luís Carlos Borges, 3.ª edição, São Paulo, Martins Fontes – 2000.
- _____, “The Pure Theory of Law, “Labandism”, and Neo-Kantianism. A Letter do Renato Treves”, in Stanley Paulson e Bonnie Paulson, *Normativity and Norms. Critical Perspectives on KELSENIAN Themes*, Oxford, 1998, pp.169 a 175.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, 3.ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian – 1997.

- LAMEGO, José, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, AAFDL – 2014.
- MATOS, Anditas Soares de Moura Costa, “KELSEN e a Violência: Uma Leitura Crítica das “Limitações” da Teoria Pura do Direito”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política*, coordenação de Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, São Paulo, Forense Universitária – 2013, pp.253 a 279.
- _____, *A Norma Fundamental de Hans KELSEN Como Postulado Científico*, publicado em www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista e consultado em 08/05/2014;
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2.^a edição, 12.^a reimpressão, Buenos Aires, Editorial Astrea – 2003.
- PAULSON, Stanley, “Reflexões Sobre a Periodização da Teoria do Direito de Hans KELSEN”, in *Hans KELSEN – Teoria Jurídica e Política*, coordenação de Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, São Paulo, Forense Universitária – 2013, pp.3 a 37.
- SPAAR, Torben, *KELSEN and Hart on the Normativity of Law*, publicado em <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf> e consultado em 09/05/2014.