

Hans Kelsen: ruptura ou continuidade entre a Teoria Pura do Direito e a Teoria Geral das Normas^{1 2}

Hans Kelsen: rupture or continuity between Pure Theory of Law and the General Theory of Norms

Daniela Mirante³

Resumo

O presente artigo toma como objecto a análise da última fase da obra de Kelsen, procurando aferir a existência de rupturas no edifício conceptual kelseniano que se iniciou com a publicação da segunda edição da Teoria Pura do Direito, nomeadamente no que diz respeito à Grundnorm e à relação entre o Direito e a Lógica.

Palavras-Chave: Kelsen, Grundnorm, Lógica, Ruptura, Continuidade.

Abstract

This article analyzes Kelsen's latest phase, in order to determine if Kelsen's conceptual building was deeply affected by its last phase opinions and, therefore, if there are some logic ruptures or departs from his initial premises, namely in what concerns Grundnorm and the relation between Law and logic.

Keywords: Kelsen, Grundnorm, Logic, Rupture, Continuity.

Sumário

I. Nota Introdutória; **II.** Teoria Geral das Normas – um breve enquadramento; **III.** Teoria Geral das Normas – a última fase de Kelsen; **IV.** A última fase de Kelsen – pistas de reflexão sobre uma eventual ruptura ou continuidade na Teoria Geral das Normas; **V.** A Norma Fundamental de Kelsen; **VI.** A Função da Grundnorm na segunda edição da Teoria Pura do Direito; **i)** A Grundnorm como pressuposição lógico-transcendental; **ii)** A Grundnorm na Teoria Geral das Normas; **VII.** A Relação entre o Direito e a Lógica; **i)** A Lógica e a Teoria Pura do Direito; **ii)** A Lógica na Teoria Geral das Normas; **V.** Conclusão.

¹ Artigo recebido em 07 de janeiro de 2014 e aceito em 06 de maio de 2014.

² O presente trabalho corresponde, no essencial e excepto alterações pontuais, ao relatório apresentado na disciplina de Metodologias da Análise do Discurso, lecionada no ano lectivo 2012/2013 do curso de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob coordenação do Professor Doutor José Lamego.

³ Licenciada em Direito, Mestre em Direito, na área de Ciências Jurídico Forenses, e Doutoranda em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. E-mail: daniela_mirante@hotmail.com.

I. Nota Introdutória

HANS KELSEN (1881-1973) é comumente classificado como um dos nomes mais influentes da Ciência Jurídica do último século, bem como uma das mentes mais produtivas nas mais diversas áreas jurídicas, tendo deixado, à data da sua morte, cerca de 600 publicações, traduzidas para mais de 24 línguas diferentes ⁽⁴⁾. Para além da sua produção científica directa, KELSEN teve um impacto inegável na produção de outros, existindo centenas de obras que se dedicam à análise, construção e desconstrução das teorias *kelsenianas*.

Atendendo ao facto de a actividade académica e científica de KELSEN se ter prolongado por seis décadas, surge a questão de saber em que medida é que o seu edifício conceptual foi sendo alvo de ajustes ou alterações, uma vez que as teorias, sendo um produto resultante da actividade humana, estão sujeitas ao devir e à própria evolução do pensamento do seu autor.

O exercício a que nos propomos com o presente estudo passa pela análise da evolução do pensamento de HANS KELSEN balizada entre a publicação da segunda edição da sua *Teoria Pura do Direito* e a edição da sua obra póstuma *Teoria Geral das Normas*, com vista a responder a uma questão específica: em que medida é que o último escrito de KELSEN consubstancia uma ruptura com a sua doutrina clássica ou, pelo contrário, que ecos de continuidade encontramos na mesma.

Esta análise, considerando o fim a que destina, bem como as contingências que, nessa medida, lhe estão associadas, será delimitada por duas matérias específicas: a teoria da Grundnorm e as relações entre a lógica e o Direito. Deste modo, procuraremos traçar o percurso evolutivo da figura da Grundnorm – pilar fundamental da construção teórica do autor – e descortinar qual o impacto que a nova formulação que lhe é dada na *Teoria Geral das Normas* tem na mesma.

O nosso segundo tópico de reflexão assenta no domínio das relações entre a lógica e o Direito, com o qual procuraremos explicitar qual o entendimento de Kelsen na matéria, não nos sendo possível, todavia, uma análise pormenorizada de todo esse campo, pelo que elegemos a problemática da aplicação dos princípios lógicos ao Direito e o tópico dos conflitos de normas como os subtemas a explorar.

⁽⁴⁾ Cfr. (RAZ, 1976, p. 495).

I. Teoria Geral das Normas – um breve enquadramento

A obra *Teoria Geral das Normas* ⁽⁵⁾ consiste na publicação de um manuscrito que ficou incompleto aquando da morte de HANS KELSEN, a 19 de Abril de 1973 ⁽⁶⁾, tendo sido editada somente no ano de 1979, volvidos que estavam, aproximadamente, seis anos sobre o falecimento do seu autor.

RUDOLF A. MÉTALL, discípulo e amigo de longa data de KELSEN, foi o escolhido para assegurar a conservação, bem como a organização da vasta produção científica do autor, tendo sido estabelecido que após a sua morte, que teve lugar a 30 de Novembro de 1975, tal tarefa teria continuidade pela mão do Instituto Hans Kelsen ⁽⁷⁾, situado em Viena. O curto espaço temporal em que RUDOLF A. MÉTALL teve acesso ao espólio *kelseniano* não lhe permitiu, certamente, desencadear uma organização profunda do mesmo, pelo que, necessariamente, apenas efectuou uma análise preliminar de toda a documentação.

O percurso que levou à publicação do manuscrito pode ser caracterizado, deste modo, como sinuoso, repousando a decisão sobre o seu futuro, por expressa vontade da sua mente criadora, nos órgãos do Instituto. Efectivamente, foram estes últimos que assumiram como missão a tarefa de aferir do interesse, da necessidade e da mais-valia na publicação da obra, tendo concluído, após extensa, cuidada e profunda análise, no sentido de avançar com a edição da mesma.

⁽⁵⁾ Na língua original, alemão, a obra tem o nome de *Allgemeine Theorie der Normen*. Não obstante, a versão por nós consultada não foi a original, mas a tradução inglesa elaborada por MICHAEL HARTNEY e publicada pela editora Clarendon Press Oxford, 1991.

⁽⁶⁾ HANS KELSEN nasceu a 11 de Outubro de 1881, em Praga, filho de Adolf e Auguste Kelsen. Com apenas quatro anos, KELSEN muda-se com a família para Viena, cidade onde desenvolve a sua educação até ao final do ensino secundário. Após cumprir o serviço militar obrigatório, KELSEN ingressa na Faculdade de Direito, muito embora o seu desejo inicial fosse dedicar-se ao estudo da Filosofia. No ano de 1911 é publicada a primeira edição do seu trabalho de habilitação, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. A aprovação nas provas de habilitação conferiu-lhe o lugar de catedrático na Faculdade de Direito da Universidade de Viena, assegurando as disciplinas de Direito Público e Filosofia do Direito. HANS KELSEN foi ainda juiz do Tribunal Constitucional austríaco (1919-1930) e Professor na Universidade de Colónia, tendo sido afastado deste último cargo pelas forças nacionais-socialistas, tendo emigrado para a Suíça, onde foi Professor Convidado do Instituto de Altos Estudos Internacionais. No ano de 1940 emigrou com a família (esposa e suas duas filhas) para os Estados Unidos da América, fixando-se em Berkeley, na Califórnia, onde, somente em 1945, conseguiu o cargo de Professor Catedrática. HANS KELSEN morre a 19 de Abril de 1973. Sobre este assunto, (JESTAEDT, 2008) bem como (WALTER, [s.d.], pp. 332-337). Com particular enfoque no período que KELSEN passou em Viena, Cfr. (JABLONER, 1998, pp. 368-385).

⁽⁷⁾ Informação sobre o Instituto pode ser encontrada em <http://www.univie.ac.at/staatsrecht-kelsen/>.

De acordo com o prefácio da edição alemã do livro, o manuscrito de KELSEN contava com um elevado grau de completude, na medida em que, muito embora existissem diversas adendas, referências e reajustamentos manuscritos no texto, o mesmo já se encontrava dactilografado.

Existia, no entanto, um ponto essencial que importar frisar no que à versão manuscrita da *Teoria Geral das Normas* diz respeito, o qual tem que ver com a inexistência de uma divisão sistemática da obra da autoria do próprio autor. Por conseguinte, recaiu nas mãos dos editores, ainda que contando com algumas instruções deixadas por KELSEN, a tarefa de pensar e elaborar uma divisão sistemática.

Ora, KELSEN havia inicialmente fundado a organização da obra em 58 secções, vindo a adicionar-lhes, no decurso do percurso de escrita, mais algumas. Por outro lado, diz-nos ainda o prefácio da edição alemã, ao longo da obra existia uma lista de tópicos, por vezes na forma de cabeçalhos, que tinham por função descrever os problemas que eram analisados e discutidos em cada ponto.

Desta feita, e com o propósito de manterem a organização da obra o mais fiel possível aos propósitos do seu autor, os editores guiaram o seu trabalho de acordo com as orientações existentes, pelo que a divisão em capítulos da obra acabou por corresponder exactamente à organização do manuscrito, tendo os títulos da mesma sido extraídos das indicações do próprio KELSEN.

O livro *A Teoria Geral das Normas* conta assim com um total de sessenta e um capítulos, de dimensão variável, aos quais acrescem cento e oitenta e cinco notas de rodapé, as quais constituem, aproximadamente, metade da obra ⁽⁸⁾.

O manuscrito de KELSEN regista, no entanto, uma natureza ambivalente, pois se, por um lado, tem um elevado grau de completude técnica, por outro, não é possível afirmar o mesmo do seu conteúdo. Em bom rigor, é necessário antever que a obra tenha algumas debilidades, as quais

⁽⁸⁾ STANLEY L. PAULSON defende que a obra pode ser decomposta em três unidades: (i) a primeira compreenderia a parte geral e englobaria os capítulos 1-27 e 59 § ii A, (ii) a segunda respeitaria aos capítulos 28, 30-49, 59 § i B-F e 60-1, os quais se dedicam à análise de temas semelhantes, com especial ênfase na distinção entre norma jurídica e proposição jurídica, na discussão entre norma jurídica e princípio jurídico, a concepção de sanção e o princípio da retribuição, o pensar e o querer e a referência, única na obra, à *Grundnorm*, (iii) esta terceira e última parte seria composta pelos capítulos 29, 50-8, 59 § ii B e 60-1 e dedicar-se-ia à análise do papel da lógica no Direito, designadamente da aplicabilidade dos princípios lógicos às normas jurídicas. Cfr. (PAULSON, 1992, p.267).

se devem a todo um conjunto variado de motivos, desde logo pelo facto do autor ter falecido antes mesmo de a ter terminado e aperfeiçoado ⁽⁹⁾.

Por conseguinte, foi impossível proceder a um processo de revisão e maturação tão cuidado como sucedeu com a segunda edição da *Teoria Pura do Direito*. Assim, e sem negar a sua profundidade científica e o seu carácter intelectualmente estimulante, a obra apresenta-se, necessariamente, fragmentada e a escrita não surge tão fluente como noutras obras do autor, sendo, por vezes, repetitiva, pelo que requer um especial cuidado na sua leitura e interpretação.

II. Teoria Geral das Normas – a última fase de Kelsen

a. Uma tentativa de periodização

A obra póstuma de HANS KELSEN assume-se, segundo a crítica, como o ponto alto da sua última fase, a qual é comumente caracterizada por um cepticismo acentuado ⁽¹⁰⁾. Importa, pois, ensaiar um pequeno excuro pelos contributos que visam periodizar a produção científica de KELSEN.

Na verdade, as tentativas de periodização da obra *kelseniana* têm sido levadas a cabo, essencialmente, por dois grandes vultos da teoria do Direito: STANLEY L. PAULSON e CARSTEN HEIDEMANN ⁽¹¹⁾, os quais apresentam poucos pontos de convergência, mas, sobretudo, diferenças assinaláveis.

De acordo com STANLEY L. PAULSON, a caminhada jurídico-filosófica de KELSEN pode ser repartida em três fases ⁽¹²⁾, as quais denomina como (i) Construtivismo Crítico (ii) Clássica (iii) Céptica ⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ (BEYLEVELD, 1993, p.104), afirma que a obra é “*very much a work in progress rather than a finished piece*”.

⁽¹⁰⁾ V. (PAULSON, 1998a). Em bom rigor, (HEIDEMANN, 2000, pp.263-281), também considera ser esta a obra de referência na fase final de KELSEN, não obstante designa-a, não como céptica, mas como analítico-linguística. OTA WEINBERGER foi o autor designou este último momento como a fase do irracionalismo normativo.

⁽¹¹⁾ V. (PAULSON, 1998, p.xliiii), (PAULSON, 1992, pp.265-274), (PAULSON, 1998b, pp.153-166), (VERDU, 1990, pp.7-93) e (HEIDEMANN, 2000).

⁽¹²⁾ EUGENIO BULYGIN também defende uma estruturação tripartida das fases de KELSEN, as quais se organizariam do seguinte modo: (i) o primeiro momento seria marcado por uma convivência pacífica entre os elementos kantianos e positivistas e enquadrava-se entre 1911-1940; (ii) o segundo momento desenvolver-se-ia entre 1940 e 1960, assumindo como fase de transição e ficando marcado pela saída de Kelsen do território europeu e pelo seu

Sustenta o autor norte-americano que a primeira fase de KELSEN inclui todo o período temporal até 1912, ano após o qual tem início o período de transição, que apenas vem a terminar no ano de 1922. Nesta fase inicial, KELSEN estaria a desenvolver e a consolidar os seus conceitos-base. STANLEY L. PAULSON defende que, neste período, o autor tinha objectivo fundamental o estabelecimento da ciência jurídica como disciplina normativa⁽¹⁴⁾

O segundo momento de KELSEN, que dá pela designação de Clássico, tem a duração mais longa de todas as suas fases, considerando que engloba todo o período temporal compreendido entre 1922 e 1960. Não obstante ser concebida como uma fase una, o autor defende que devem ser assinalados dois momentos distintos no interior da mesma; por um lado, entre 1922 e 1935 assistiu-se a um período neo-kantiano, por outro lado, entre 1935 e 1960 registou-se aquilo que STANLEY L. PAULSON designa de período híbrido.

A fase Céptica é o último momento de KELSEN, desenvolvendo-se, por conseguinte, a partir de 1960, no âmago da qual é elaborada a *Teoria Geral das Normas*. Esta é, na perspectiva de STANLEY L. PAULSON⁽¹⁵⁾, a fase que marca a ruptura com as doutrinas de KANT que haviam acompanhado KELSEN ao longo do seu percurso. Por outro lado, segundo este autor, KELSEN defende, neste seu último período, uma teoria do Direito voluntarista, ou seja, baseada na vontade.

Por sua vez, CARSTEN HEIDEMANN⁽¹⁶⁾ conceptualiza a estruturação da obra de HANS KELSEN em quatro momentos, os quais designa de (i) Construtivista ou fase da obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (ii) Transcendental ou Neo-Kantiana (iii) Realista (iv) Analítico-Linguística ou Linguística. A primeira época desenvolveu-se, segundo sustenta o autor, entre 1911, ano da tese

estabelecimento nos Estados Unidos da América; (iii) a última fase iniciar-se-ia em 1960 e duraria até ao final da vida do autor e teria um cariz marcadamente positivista. Cfr. (BULYGIN, 1990).

⁽¹³⁾ Cfr. (PAULSON, 1998b). Registe-se quanto este artigo de PAULSON, que consistia numa revisão crítica da obra de CARSTEN HEIDEMANN, *Die Norm als Tatsache: Zur Normentheorie Hans Kelsens*, Baden-Baden: Nomos, 1997, a resposta deste último, igualmente sob a forma de artigo, (HEIDEMANN, 1999). Posteriormente, e em resposta às duras críticas feitas por CARSTEN HEIDEMANN, STANLEY L. PAULSON veio, uma vez mais, dar o seu contributo ao debate: (PAULSON, 1999a).

⁽¹⁴⁾ STANLEY L. PAULSON escreve “one of Kelsen’s central aims in the early phase – but not just there – is to establish legal science as a ‘normative’ discipline, by which he understands a discipline that is addressed to normative material and whose statements are formulated in normative language. And this aim makes sense of his effort to ‘construct’ the fundamental concepts of the law (...)”, in (PAULSON, 1998a, xxiv).

⁽¹⁵⁾ (PAULSON, 1998a, p. xxvii).

⁽¹⁶⁾ V. (PAULSON, 1998a, p. xxvii) e (HEIDEMANN, 2000, pp. 263-281).

de habilitação de KELSEN ⁽¹⁷⁾, e 1915. Nesta fase inicial Kelsen estaria a proceder ao desenvolvimento da sua teoria, bem como dos seus conceitos isto é, dedicou-se ao estabelecimento, ou noutras palavras, construção, da ciência legal como uma disciplina normativa.

A fase transcendental iniciou-se, por sua vez, em 1922 ⁽¹⁸⁾ e terminou em 1934, tendo sido durante esse período que foi publicada a primeira edição da *Teoria Pura do Direito* ⁽¹⁹⁾. Ambos os autores em análise concordam que esta é uma das fases mais ricas e produtivas de KELSEN, tendo sido nesta época que o autor austríaco procura fundar as construções centrais da sua teoria em bases kantianas ou neo-kantianas.

A terceira fase é aquela que se inicia em 1935 e termina somente em 1962. A designação de realista funda-se no facto de, segundo HEIDEMANN, ter sido, por volta de 1940, que sucedeu a ruptura mais radical na teoria, aquando do abandono por KELSEN da concepção de norma enquanto idêntica ao juízo hipotético da ciência jurídica, substituindo-a por uma concepção realista ⁽²⁰⁾.

A quarta e última fase, na perspectiva de CARSTEN HEIDEMANN, arranca em 1962 e prolonga-se até ao final da vida de KELSEN, tendo o seu apogeu na elaboração da obra *Teoria Geral das Normas*.

b. A última fase de KELSEN – pistas de reflexão sobre uma eventual ruptura ou continuidade na *Teoria Geral das Normas*

⁽¹⁷⁾ Com o título *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. A habilitação é o procedimento seguinte à obtenção do grau de Doutor, consistindo na elaboração de uma dissertação que será discutida pelo candidato perante um júri, cuja aprovação lhe permitirá assumir a função de Professor numa Universidade. É um requisito obrigatório para aceder ao cargo de Professor na Alemanha, entre outros países.

⁽¹⁸⁾ Entre 1916 e 1922 teria decorrido um período de transição.

⁽¹⁹⁾ Da qual consultámos a tradução inglesa: HANS KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Translated by BONNIE LITSCHESKI PAULSON and STANLEY L. PAULSON, New York, Clarendon Press Oxford, 2002.

⁽²⁰⁾ É expressivo CARSTEN HEIDEMANN quando afirma que a ruptura tem lugar quando “*Kelsen abandons his neo-Kantian conception of the legal norm as being identical with the hypothetical judgment of legal science, and replaces it by a ‘realist’ conception according to which the knowledge independent norm is not created, but just reflected, described or descriptively reproduced in the judgments of legal science.*”, Cfr. (HEIDEMANN, 1999, p.345). STANLEY L. PAULSON discorda veementemente desta opinião, argumentando no sentido em que a única grande ruptura na linha de raciocínio de HANS KELSEN tem lugar, somente, na década de 1960, quando este último abandona os seus fundamentos kantianos em favor da adopção de uma nova linha de cepticismo. V. (PAULSON, 1998b, p. 156).

Após diversos anos de dedicação à preparação e aperfeiçoamento da edição da sua *Teoria Pura do Direito*, HANS KELSEN vocacionou a sua atenção para o estudo da teoria das normas, tomando como missão o estudo desta última. O livro que resultou deste seu trabalho é considerado como o expoente máximo das profundas mudanças e rupturas na teoria de KELSEN tal como era conhecida até àquela data ⁽²¹⁾.

Neste sentido, há quem afirme que parte do interesse que a obra suscita está inegavelmente relacionado com a ruptura que estabelece em relação às, até então, doutrinas clássicas preconizadas pela *Teoria Pura do Direito*, as quais encontraram a sua expressão mais perfeita na segunda edição desta última obra, publicada em 1960 ⁽²²⁾.

Não obstante os diversos pontos nos quais a comunidade científica tem vindo a assinalar e a procurar aferir, na sequência da *Teoria Geral das Normas*, rupturas no pensamento *kelseniano*, no âmbito deste trabalho somente nos dedicaremos à análise de duas problemáticas: a mudança de estatuto da norma fundamental (*Grundnorm*) e a relação entre a lógica e o Direito, designadamente a aplicação dos princípios lógicos ao Direito.

Desenvolver-se-á, desta forma, um diálogo constante entre a segunda edição da *Teoria Pura do Direito* e a *Teoria Geral das Normas*, buscando, assim, traçar os caminhos da continuidade dos conceitos e ideias de KELSEN ou, pelo contrário, identificar os pontos em que se regista uma brecha ou ruptura no edifício que estrutura o pensamento *kelseniano*.

III. A Norma Fundamental de Kelsen

a. A Função da *Grundnorm* na segunda edição da Teoria Pura do Direito

HANS KELSEN refere-se à sua norma fundamental (*Grundnorm*) logo no início da segunda edição da *Teoria Pura do Direito* ⁽²³⁾, apresentando-a, de forma sucinta, como o pressuposto

⁽²¹⁾ “The book marks truly extraordinary changes in Kelsen’s theory.” A afirmação encontra-se em (PAULSON, 1992, p. 266).

⁽²²⁾ Esta é a posição que se regista em (PAULSON, 1985, p.153).

⁽²³⁾ (KELSEN, 2008, p.9). Esta obra de KELSEN assume-se, logo na página 1, como uma teoria do Direito positivo e tem por finalidade conhecer o seu próprio objecto, isto é, saber “o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”. A qualificação enquanto “pura” mais não significa que esta teoria procura excluir do seu âmbito todos os elementos

fundante da validade objectiva de uma norma válida, indiciando, desde logo, a sua função enquanto fundamento de validade de uma ordem normativa.

Contudo, só num momento mais avançado da obra é que KELSEN recupera a noção de norma fundamental, tomando como objecto a resposta a duas questões que reputa como fundamentais e indissociáveis, as quais formula do seguinte modo: “*O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? (...) Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?*”⁽²⁴⁾. A resposta a ambas as questões reside na figura da *Grundnorm* e na sua função, a qual está intimamente ligada com a distinção clássica de KELSEN entre o ser (*sein*) e o dever-ser (*sollen*)⁽²⁵⁾.

Em bom rigor, a questão da validade de uma norma, isto é, de saber o porquê de um determinado indivíduo se conduzir de acordo com o disposto numa norma, não pode encontrar a sua resposta num facto da ordem do ser⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾.

Pelo contrário, a validade de uma norma apenas pode resultar de outra norma, a qual designamos como hierarquicamente superior em relação àquela cuja validade fundamentou e que, nessa medida, surge como hierarquicamente inferior.

Contudo, o processo de fundamentação da validade de uma norma através de outra que lhe seja superior não pode prosseguir de modo infinito, sob pena de o exercício prático não obter qualquer resultado.

KELSEN introduz, deste modo, a ideia de que o processo tem de culminar numa norma que se *pressupõe* como a última e a mais elevada, a qual tem de ser *pressuposta* e não *posta*, pois que se assim não fosse não poderia ser caracterizada de última. Admitir que a *Grundnorm* fosse resultado de um acto de vontade de uma autoridade, equivaleria a conceber que a competência

estranhos ao seu objecto, tudo o que não seja Direito ou, nas palavras de KELSEN, “*pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos*”. Cfr. (KELSEN, 2008, p.1).

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, p. 215.

⁽²⁵⁾ Sobre entre o ser e o dever em KELSEN, V. (PAULSON, 2003).

⁽²⁶⁾ “*Do facto de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do facto de algo deve ser se não pode seguir que algo é.*”, V. (KELSEN, 2008, p.215).

⁽²⁷⁾ “*The reason of the validity of a norm can never be a fact, even not the act of will by which the norm is created; it can be only a norm, another, a higher norm.*”, in (KELSEN, 1959, p. 108).

desta autoridade legislativa teria a sua raiz numa norma ainda mais elevada, dando início, novamente, ao ciclo tautológico de busca pela norma última ⁽²⁸⁾.

Por conseguinte, é a *Grundnorm* a fonte comum de validade das normas pertencentes a uma ordem normativa, ou seja, a resposta à primeira questão atrás colocada pode ser formulada da seguinte forma: uma determinada norma pode ser caracterizada como integrante de um determinado ordenamento jurídico quando o seu fundamento último de validade consistir na norma fundamental desta ordem. A *Grundnorm* apresenta-se, portanto, como o aglutinador comum da unidade de um determinado conjunto de normas.

Por outro lado, a norma fundamental assume ainda a função de fundamento de validade de uma ordem jurídica. KELSEN sustenta, efectivamente, na sua *Teoria Pura do Direito* que a validade de uma norma não deriva do seu conteúdo, isto é, “(...) *uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela 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*” ⁽²⁹⁾.

Deste modo, o autor faz radicar o fundamento de validade, não no conteúdo das normas, mas, sim, na sua forma de criação. Tal concepção formalista da validade acarreta a conclusão necessária de que todo e qualquer conteúdo pode ser Direito, uma vez que a norma fundamental não reveste a natureza de uma norma material ⁽³⁰⁾. Na verdade, considerando que a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo, a sua resposta à pergunta sobre o fundamento de validade de uma ordem jurídica nunca se poderia colocar da mesma forma que o faz a doutrina do Direito natural.

⁽²⁸⁾ HANS KELSEN é particularmente claro quando afirma que “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.”, Cfr. (KELSEN, 2008, p. 216).

⁽²⁹⁾ (KELSEN, 2008, p. 220).

⁽³⁰⁾ É neste ponto que o Direito positivo se afasta da doutrina do Direito natural, pois esta última, à pergunta de saber o porquê da validade do Direito positivo, dá uma resposta absoluta, no sentido em que defende que uma determinada ordem jurídica vale na medida em que o seu conteúdo encontre correspondência no Direito natural. Isto equivale a afirmar que não existindo uma correspondência entre o conteúdo de ambas as ordens, o Direito positivo já não será válido. Em suma, a teoria do Direito natural encontra o fundamento para a validade do Direito positivo no seu conteúdo: “O direito positivo é válido porque tem um determinado conteúdo e, por isso mesmo, é justo; não é válido porque tem o conteúdo oposto e, por isso mesmo, é injusto.”, (KELSEN, 2009, p.151).

Desta forma, não se atenderá, assim, ao conteúdo axiológico das normas. Na verdade, *“a norma fundamental determina tão-só o fundamento de validade, não o conteúdo de validade do direito positivo. Este fundamento de validade é completamente independente do conteúdo de validade”* ⁽³¹⁾.

Em suma, a norma fundamental não surge, na Teoria Pura do Direito, como distinta do Direito positivo, *“(...) ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade e, como tal, não tem qualquer carácter ético-político, mas apenas um carácter teórico-gnoseológico”* ⁽³²⁾.

Ao vincar como elemento essencial, não o conteúdo, mas a forma de criação das normas, KELSEN pretende significar que uma determinada norma jurídica será válida se houver sido produzida de acordo com a norma fundamental, a qual não é uma norma posta, mas pressuposta pelo pensamento jurídico.

De facto, quando se questiona o fundamento da validade de uma ordem jurídico-positiva e, nessa medida o fundamento da sua Constituição estadual, o processo levar-nos-á até à primeira Constituição histórica, na medida em que cada uma delas fundará a sua validade na anterior, o que sucederá até encontrarmos a primeira Constituição histórica, a qual não pode fazer derivar a sua validade de uma outra anterior.

Por conseguinte, a primeira Constituição histórica não pode buscar a sua validade numa norma superior positivada, pelo que temos que considerar que a origem da mesma *“(...) tem que ser pressuposta para que seja possível interpretar os actos postos em conformidade com ela (...)”* ⁽³³⁾. Ora, considerando a impossibilidade de fundar a validade de uma norma num facto da ordem do ser, esta pressuposição tem de revestir a natureza de norma: uma norma pressuposta e não positivada ou posta ⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾ ⁽³⁷⁾.

⁽³¹⁾ (KELSEN, 2009, p.152). Acrescenta ainda o autor no mesmo local que *“A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é de forma alguma uma norma de justiça”*.

⁽³²⁾ (KELSEN, 2009, p.153).

⁽³³⁾ (KELSEN, 2008, p. 223).

⁽³⁴⁾ STANLEY L. PAULSON escreve o seguinte: *“Desde su punto de vista, la validez de una norma jurídica se establece en referencia a la apropiada norma de nivel superior, cuya propia validez se establece, sucesivamente, hasta que se alcanza la norma de nivel más alto en el sistema jurídico, el nivel de la constitución. Mas allá del nivel constitucional, no puede haber más referencias. Una referencia a un nivel todavía más alto de normas de Derecho positivo se excluye ex hypothesi. Y una referencia a algún tipo de hecho está cerrada por la fuerte y firme distinción entre “es” y “debe”, como reflejo del dualismo metodológico. Una tercera vía de referencia, la de la moral, está cerrada por la tesis de la*

b. A *Grundnorm* como pressuposição lógico-transcendental

A *Grundnorm* é uma norma pressuposta e não uma norma posta por uma autoridade jurídica. Nas palavras de KELSEN, a norma fundamental é “(...) *uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjectivo dos factos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objectivo*”⁽³⁸⁾.

Qual a natureza desta norma fundamental da qual resultam a unidade e a validade⁽³⁹⁾ de um ordenamento jurídico? Em primeiro lugar, devemos referir que a pressuposição da norma fundamental não se realiza de forma arbitrária, na medida em que aquela tem sempre por referência uma Constituição⁽⁴⁰⁾ determinada, estabelecida e eficaz. Em bom rigor, não assiste a quem pressupõe a norma fundamental a possibilidade de escolher entre diferentes normas fundamentais aquando da interpretação do sentido subjectivo do acto constituinte e das normas jurídica objectivamente válidas como sendo o seu sentido objectivo. Por outro lado, segundo KELSEN, na pressuposição da norma fundamental não há lugar à afirmação de qualquer conteúdo axiológico e transcendente ao Direito positivo.

separation. (...) A falta de ninguna outra referencia, se assume su validez. Y la asunción toma la forma de la norma fundamental.”, Cfr. (PAULSON, 1991, p.177).

⁽³⁵⁾ A primeira Constituição histórica apresenta-se, assim, como Constituição no sentido jurídico-positivo, a norma que a valida é a constituição no sentido lógico-jurídico. Cfr. (KELSEN, 2008, p.221).

⁽³⁶⁾ Segundo (COUTINHO, 2009, pp. 489-490), a norma fundamental surge em KELSEN como “(...) *sendo estruturalmente uma ‘norma autorizadora’*” e que “*verdadeiramente nada mais significa do que uma pressuposta norma em branco de competência constituinte.*”.

⁽³⁷⁾ (PAULSON, 1985, p. 177) escreve o seguinte: “(...) *la referencia a la norma fundamental claramente utiliza un razonamiento circular. Ya que si el problema es porqué las normas del nivel más alto son válidas, y luego simplemente se assume que son válidas, nos coloca de nuevo ante el mismo problema.*”

⁽³⁸⁾ *Idem*, p. 223.

⁽³⁹⁾ (SANTIAGO NINO, 1978) apresenta uma reflexão profunda e bastante interessante sobre o conceito de validade na teoria de Kelsen. De acordo com o autor, o conceito de validade de Kelsen tem sido objecto de equívocos ao nível da sua interpretação, nomeadamente pelo facto de “[t]he current assumption is that Kelsen’s notion of validity is primarily related to issues such as those of the identity of a legal system, the membership of particular norms to it, the internal consistency of the system, and that, consequently, it has no affinity with the idea of validity prevailing in traditional legal philosophy, which was mainly connected with the justification of the law.”

⁽⁴⁰⁾ O termo é aqui utilizado em sentido jurídico-positivo.

A apresentação da *Grundnorm* como condição lógico-transcendental ⁽⁴¹⁾ da interpretação do sentido subjectivo do facto constituinte e dos factos positivados em conformidade com a sua Constituição como o seu sentido objectivo, resulta de uma analogia com um conceito da teoria do conhecimento de KANT ⁽⁴²⁾ ⁽⁴³⁾.

O objectivo do autor quanto a esta analogia passava pela resposta à seguinte questão: “*como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas como Deus ou a natureza, do sentido subjectivo de certos factos como um sistema de normas jurídicas objectivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?*” ⁽⁴⁴⁾. A resposta, de acordo com KELSEN, repousa, necessariamente, na pressuposição da norma fundamental, segundo a qual devemos conduzir o nosso comportamento nos termos consagrados na Constituição ⁽⁴⁵⁾.

Consequentemente, a função da *Grundnorm* é fundamentar a validade objectiva de uma ordem jurídica positiva, o que equivale a afirmar que somente a sua pressuposição permite conferir um sentido objectivo à interpretação dos actos de vontade humanos que positivam as normas ⁽⁴⁶⁾.

KELSEN sustenta na sua *Teoria Pura do Direito* que é através de um processo silogístico que se realiza a fundamentação da validade de uma norma positiva que tem por objecto, a prescrição de uma conduta. De acordo com o autor o silogismo constrói-se do seguinte modo:

⁽⁴¹⁾ (LAMEGO, 2008, p.348) afirmando que “*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 “Como é possível o Direito positivo como objecto de conhecimento, como objecto de uma ciência jurídica, e, bem assim: como é esta possível?”*”.

⁽⁴²⁾ (KELSEN, 2008, p.225).

⁽⁴³⁾ KELSEN assume de forma expressa a ligação da *Teoria Pura do Direito* à interpretação neo-kantiana de Kant numa carta que escreve a RENATO TREVES em 3 de Agosto de 1933. Na missiva enviada pode ler-se “*Il est absolument vrai que le fondement philosophique de la Théorie Pure du Droit repose sur le philosophie kantienne ou, plus précisément, sur l’interprétation cohenienne de sa philosophie*”, Cfr. (KELSEN, 1987, p.334). O mesmo texto encontra-se disponível, desta feita na versão inglesa, (KELSEN, 1998, pp. 169-175).

⁽⁴⁴⁾ (KELSEN, 2008, p.225).

⁽⁴⁵⁾ (LAMEGO, 2008, p. 348) escreve o seguinte: “*A norma fundamental (Grundnorm) hipotética tem em termos epistemológicos o estatuto de uma pressuposição lógico-transcendental. A qualidade transcendental da norma fundamental (Grundnorm) traduz-se no seu carácter constitutivo do Direito como dever-ser (Sollen). É por via da pressuposição da norma fundamental (Grundnorm) hipotética que é possível determinar o sentido objectivo de um “querer” (Wollen) como um “dever-ser (Sollen)”*”.

⁽⁴⁶⁾ “*Dado que – como se mostrou – a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas tão-só uma função teórico-gnoseológica.*”, Cfr. (KELSEN, 2008, p.247).

Premissa Maior: Afirmação de uma norma que é considerada como objectivamente válida por força da qual devemos obedecer aos comandos de determinada pessoa;

Premissa Menor: Afirmação do facto de que essa pessoa ordenou que agíssemos de determinado modo.

Conclusão: Afirmação da validade da norma que nos de que devemos agir de determinado modo.

Por conseguinte, decorre deste silogismo que a norma apresentada na premissa maior desempenha a função de validação da norma que, por sua vez, surge na premissa menor ⁽⁴⁷⁾.

c. A Grundnorm na Teoria Geral das Normas

Ao contrário do que sucede na segunda edição da sua *Teoria Pura do Direito*, KELSEN apenas aborda a problemática da norma fundamental quase na parte final da sua obra póstuma, *Teoria Geral das Normas* ⁽⁴⁸⁾.

Traçando, uma vez mais e à semelhança do que fez na sua obra anterior, o trilho que leva à validação de uma norma através de outra norma que se apresenta como hierarquicamente superior, KELSEN chega à figura da última Constituição jurídico-positiva da história, afirmando a propósito da mesma o seguinte: *“If this is the historically first constitution and one asks why the subjective meaning of the constitution-granting act is also its objective meaning (i.e. is a valid norm), or in other words, what is the reason for the validity of this norm, the answer is: Because as a jurist one presupposes that one is to behave as the historically first constitution prescribes. This is a Basic Norm. This Basic Norm empowers the individual or individuals who posited the historically first constitution to posit the norms which represent the historically first constitution”* ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ STANLEY L. PAULSON dedica largas páginas à análise do recurso aos argumentos transcendentais de KANT na obra *Teoria Pura do Direito*, nas quais se foca quer na versão regressiva, quer na versão progressiva do argumento. Cfr. (PAULSON, 1987), (PAULSON, 1991),(PAULSON, 1992b), (PAULSON, 1999b) e, por ultimo, (PAULSON, 2000, especialmente pp. 285 e ss).

⁽⁴⁸⁾ A primeira e única referência à figura da *Grundnorm* surge somente no Capítulo 59, a propósito da norma fundamental como fundamento último da validade de uma ordem normativa.

⁽⁴⁹⁾ (KELSEN, 1990, p.255).

A doutrina da norma fundamental enquanto norma última e acerca da qual nada pode ser questionado sobre a sua validade, porquanto esta é norma pressuposta e não uma norma positivada, continua a marcar presença na construção conceptual de KELSEN.

Efectivamente, o autor volta a afirmar a função de legitimação da sua *Grundnorm* enquanto fundamento de validade e de unidade de uma ordem jurídica, sendo categórico quando escreve que aquela representa a razão última para a validade de todas as normas jurídicas que compõem a ordem jurídica ⁽⁵⁰⁾.

O autor esclarece, em seguida, que a pressuposição da norma fundamental apenas tem de ter lugar quando se pretenda interpretar o sentido subjectivo do acto de vontade que se dirige ao comportamento de alguém como sendo o seu sentido objectivo, isto é, enquanto uma norma válida.

Este é o significado da afirmação de KELSEN quando declara que “[t]he Basic Norm can be presupposed, but it need not be” ⁽⁵¹⁾, o que conduz, necessariamente, à seguinte conclusão: a interpretação de uma norma como objectivamente válida está subordinada à pressuposição da norma fundamental, sendo esta última a condição *sine qua non* da validade das normas integrantes do ordenamento jurídico ⁽⁵²⁾.

KELSEN mantém, desde modo, a mesma linha de raciocínio que havia expressado previamente na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, na qual afirmou, a propósito da pressuposição da *Grundnorm* ⁽⁵³⁾, que “[...] [s]omente quando pressuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada – é que podemos interpretar o sentido subjectivo do acto constituinte e dos actos constitucionalmente postos como

⁽⁵⁰⁾ (KELSEN, 1990, p.255).

⁽⁵¹⁾ (KELSEN, 1990, p.256).

⁽⁵²⁾ (KELSEN, 2008, p.247) lê-se o seguinte: “[e]la descreve o Direito positivo, quer dizer, toda a ordem de coerção globalmente eficaz, como ordem normativa objectivamente válida, e constata que esta interpretação somente é possível sob a condição de se pressupor uma norma fundamental por força da qual o seu sentido subjectivo dos actos criadores de Direito é também o seu sentido objectivo. Portanto, caracteriza esta interpretação como uma interpretação possível, não como necessária, e descreve a validade objectiva do Direito positivo como uma validade apenas relativa ou condicionada: condicionada pela pressuposição da norma fundamental.”.

⁽⁵³⁾ Sobre a uma outra perspectiva na pressuposição da norma fundamental, Cfr. (BINDREITER, 2001).

sendo o seu sentido objectivo, quer dizer, como normas jurídicas objectivamente válidas (...)”⁽⁵⁴⁾ (55).

Não obstante se mantenha inteiramente fiel à sua concepção da *Grundnorm* enquanto razão última da validação de um ordenamento jurídico⁽⁵⁶⁾, KELSEN altera, na sua obra póstuma, a forma pela qual apresenta e concebe a sua norma fundamental⁽⁵⁷⁾. Neste momento, a *Grundnorm* já não é explicitada, tal como acontecia na *Teoria Pura do Direito*, enquanto pressuposição lógico-transcendental, no sentido da tradição neo-kantiana, mas, sim, enquanto norma ficcionada, ou seja, uma ficção jurídica no sentido de HANS VAHINGER⁽⁵⁸⁾.

De acordo com KELSEN, a norma fundamental de uma *ordem jurídica não é uma norma positiva, mas uma norma meramente pensada (isto é, uma norma fictícia), o significado de um acto de vontade fictício e não real*⁽⁵⁹⁾. Considera o autor que esta nova concepção da *Grundnorm* é mais consentânea com a função desta última, a qual apenas pode ser preenchida com recurso à utilização de uma ficção, na medida em que “[t]he cognitive goal of the Basic Norm is to ground the validity of the norms forming a positive moral or legal order, that is, to interpret the subjective

⁽⁵⁴⁾ (KELSEN, 2008, p.224).

⁽⁵⁵⁾ A manutenção da ideia de uma interpretação condicionada à pressuposição da norma fundamental é ainda expressamente afirmada por KELSEN na década de 1960: “[i]t is not necessary to presuppose the basic norm, that only if we presuppose it can we consider a coercive order which is by and large effective as a system of objectively valid norms. Consequently, the Foundation of the objective validity of the legal norms is conditional, conditioned by the presupposition of the basic norm.”, Cfr. (KELSEN, 1965b).

⁽⁵⁶⁾ Num artigo de Julho de 1965 (e, portanto, situado já sua última fase) KELSEN, em resposta às críticas do PROFESSOR JULIUS STONE, escreve o seguinte: “[i]t is as a norm presupposed in juristic thinking that the basic norm (if it is presupposed) is ‘at the top of the pyramid of norms of each legal order’. It is ‘meta-legal’ if by this term is understood that the basic norm is not a norm of positive law, that is, not a norm created by a real act of will of a legal organ. It is legal if by this term we understand everything which has legally relevant functions, and the basic norm presupposed in juristic thinking has the function to found the objective validity of the subjective meaning of the acts by which the constitution of a community is created.”, (KELSEN, 1965b) Ainda no mesmo artigo, mas já na p. 1143, KELSEN, dedicando-se à explicitação da função da norma fundamental, escreve o seguinte: “[t]he function of the basic norm is – as I have frequently said – to make it possible to consider the subjective meaning of the law-creating acts – which is an “ought” – as their objective meaning, and thus as objective meaning, and thus as objectively valid norms”.

⁽⁵⁷⁾ Em bom rigor, KELSEN já havia indiciado uma mudança no que respeita à formulação da sua *Grundnorm* num artigo de 1964, quando afirma que “[...] along with the basic norm, presupposed in thought, one must also think of an imaginary authority whose (fictitious) act of will has the basic norm as its meaning”, V. (KELSEN, 1986, p. 112). Por outro lado, o autor assume de forma expressa, também neste artigo, a adopção da figura da ficção, no sentido da filosofia de VAHINGER, como nova formulação da *Grundnorm*.

⁽⁵⁸⁾ (VAHINGER, 2009).

⁽⁵⁹⁾ “[T]he Basic Norm of a positive moral or legal system is not a positive norm, but a merely thought norm (i.e., a fictitious norm), the meaning of a merely fictitious, and not a real, act of will.”, in (KELSEN, 1990, p. 256).

meaning of the normpositing acts as their objective meaning (i.e. as valid norms) and to interpret the relevant acts as norm-positing acts” ⁽⁶⁰⁾.

Segundo VAIHINGER, as ficções são estruturas mentais ⁽⁶¹⁾ e reúnem um conjunto muito específico de características que permite distingui-las de meras hipóteses ⁽⁶²⁾. Por um lado, uma ficção contraria não só a realidade, bem como se auto-contraria, na medida em que se assume como algo verdadeiramente fictício e que, nessa medida, não existe verdadeiramente ⁽⁶³⁾.

Por outro lado, a ficção é conscientemente fictícia, na medida em que é sempre entendida de forma expressa enquanto uma estrutura de pensamento sem efectiva base real, ou seja, existe *“(…) the express awareness that the fiction is just a fiction, in other words, the consciousness of its fictional nature and the absence of any claim to actuality”* ⁽⁶⁴⁾.

Um outro traço incontornável na qualificação das ficções é a sua finalidade: são meios tendentes à obtenção de um determinado fim, o que significa que são um expediente, um recurso com vista a alcançar um resultado ⁽⁶⁵⁾.

Ora, KELSEN assume de forma expressa que a sua *Grundnorm* é uma ficção jurídica no sentido que é dado a este termo na filosofia de VAIHINGER, na medida em que a norma fundamental apresenta exactamente as características que lhe permitem ser reconduzida àquela figura.

Sustenta o autor que a pressuposição da *Grundnorm* encerra uma contradição com a realidade em si mesma, dado que não existe, efectivamente, uma qualquer norma que consubstancie o significado de um acto de vontade real. Simultaneamente, a norma fundamental entra em auto-contradição, uma vez resulta da atribuição de uma competência a uma entidade, jurídica ou moral, ainda mais elevada do que a própria *Grundnorm*. KELSEN afirma, desta forma, que a sua norma fundamental resultaria de uma autoridade suprema fictícia, a qual estaria no

⁽⁶⁰⁾ (KELSEN, 1990, p. 256).

⁽⁶¹⁾ (VAIHINGER, 2009, p. 12).

⁽⁶²⁾ (VAIHINGER, 2009, pp. 95 e ss.) Quanto à contraposição com a figura da hipótese, Cfr. (VAIHINGER, 2009, pp. 85-90).

⁽⁶³⁾ *“Ideational constructs are in the strict sense of the term real fictions when they are not only in contradiction with reality but self-contradictory in themselves”*, (VAIHINGER, 2009, p.16).

⁽⁶⁴⁾ (VAIHINGER, 2009, p. 98).

⁽⁶⁵⁾ Na versão inglesa da obra pode ler-se o seguinte: *“[a] further essential character of fictions, i.e. of scientific fictions, is that they are means to a definite end, in other words that they are expedient. Where there is no expedient the fiction is unscientific.”*, in (VAIHINGER, 2009, p.99).

topo da hierarquia normativa, sendo mais elevada que a norma fundamental, a qual não poderia ser a norma última.

A diferente formulação do estatuto da *Grundnorm* na obra póstuma de Kelsen desencadeou a ideia da existência de uma ruptura profunda no que à teoria da norma fundamental diz respeito, levando, igualmente, a afirmações sobre uma eventual desestabilização do edifício conceptual no qual se havia fundado a segunda edição da *Teoria Pura do Direito* (⁶⁶).

A crítica generalizada quanto a esta última fase de Kelsen apoia-se no abandono por parte do autor das suas, até então, clássicas bases neo-kantianas, segundo as quais havia, ao longo de décadas, explicado a figura da norma fundamental com recurso à ideia de pressuposição lógico-transcendental.

Esta fundamentação de matriz neo-kantiana terá sido, assim, preterida em função da ideia de ficção de VAIHINGER (⁶⁷), implicando, segundo a visão de STANLEY L. PAULSON, que o conteúdo do Direito seja entendido como irredutivelmente normativo e que, por conseguinte, a tese da normatividade, na qual se afirmaria o carácter irredutivelmente normativo do Direito não seria passível de continuar a ser defendida (⁶⁸). Esta mudança é, quase unanimemente, entendida como profunda e significativa (⁶⁹).

Efectivamente, na sua obra póstuma, e seguindo um caminho que havia começado a desenvolver em artigos anteriores, HANS Kelsen vem operar um afastamento significativo quer em relação às bases filosóficas nas quais se apoiava o edifício conceptual da *Teoria Pura do Direito*, quer no que concerne à sua doutrina da *Grundnorm*.

Kelsen apresenta a *Grundnorm* enquanto norma fictícia, ou seja, uma ficção no sentido de VAIHINGER, rejeitando a sua fundamentação como pressuposição lógico-transcendental, o que implica um afastamento dos seus pressupostos filosóficos de natureza neo-kantiana.

(⁶⁶) Cfr. neste sentido e a título exemplificativo, (PAULSON, 1992a) e, do mesmo autor, (PAULSON, 1995, especialmente pp. 75 e ss).

(⁶⁷) Esta é a opinião propugnada por (PAULSON, 1995, p.79).

(⁶⁸) Nas palavras de STANLEY L. PAULSON, “[b]y means of the basic norm, now a fictitious construct of Kelsen’s, one can proceed as though the material of law were irreducibly normative. That is, the fictitious character of the basic norm amounts to a concession that the normativity thesis is not defensible, and the result is the overturning of the Pure Theory of Law as we know it from Kelsen’s classic period.”, Cfr. (PAULSON, 1992a, p. 270).

(⁶⁹) (PAULSON, 1985, p.157), destaca de forma expressa o abandono por parte de Kelsen dos seus pressupostos neo-kantianos. MARTIN P. GOLDING, afirma de forma peremptória que “If this is Kelsen’s final view, General Theory of Norms represents the swan song of his pure theory of law”, in (GOLDING, 1993, p.827).

Ora, a concepção da norma fundamental enquanto ficção não tem quaisquer implicações no que respeita à função que o autor lhe consagra: a *Grundnorm* continua a ser a pedra de toque da teoria *kelseniana* e mantém a sua função de legitimação e validação de uma determinada ordem jurídica. Apenas com recurso à norma fundamental será possível, de acordo com a posição de KELSEN, interpretar o sentido subjectivo de um acto de vontade como o seu sentido objectivo, isto é, como uma norma objectivamente válida. Este é um ponto assente e sobre o qual não é possível afirmar que exista mudança e, menos ainda, uma ruptura.

Contudo, a *Teoria Geral das Normas* marca aquela que parece ser ⁽⁷⁰⁾ uma ruptura epistemológica profunda no que concerne à natureza e concepção da *Grundnorm*.

De facto, na *Teoria Pura do Direito* a norma fundamental é pensada como uma norma pressuposta e não como uma norma positiva, seria assim a norma última à luz da qual seria possível interpretar o acto subjectivo que levou à criação da primeira Constituição histórica como o seu significado objectivo, isto é, como uma norma válida.

Sucedo, porém, que, na *Teoria Geral das Normas*, durante o processo de caracterização da *Grundnorm* como ficção, KELSEN afirma que a mesma encerra uma contradição interna, na medida em que a própria *Grundnorm*, aquela cuja caracterização como norma última, resultaria da atribuição de uma competência a uma entidade jurídica ou moral ainda mais elevada do que a própria *Grundnorm*. Nas palavras do autor “(...) is also self-contradictory, since it represents the empowering of an ultimate moral or legal authority – even higher than this one” ⁽⁷¹⁾.

Por conseguinte, a norma fundamental não poderia ser a norma última, pois que sobre ela existira uma entidade hierarquicamente superior que a havia produzido através de um acto de vontade, o qual apenas poderia ser objectivamente interpretado se existisse uma norma superior que o permitisse e assim sucessivamente. Isto significa que KELSEN, ao reformular a apresentação da *Grundnorm*, reabriu a verdadeira caixa de Pandora a que, anos antes, havia tentado colocar um fim: a busca interminável da validade de uma norma através de uma norma superior.

⁽⁷⁰⁾ Atendendo ao facto de ser uma obra inacabada, uma vez que o autor faleceu antes de terminá-la, e, por outro lado, não ter sido objecto de uma análise tão cuidada quanto foi a *Teoria Pura do Direito* na sua segunda edição, afirmar de forma irredutível que o autor pretendeu operar uma ruptura pode ser arriscado, pois não pode existir uma certeza inadiável quanto a esse aspecto. Assim, as críticas que aqui forem apresentadas devem considerar-se exactamente o que são: críticas e não pretensões de verdade.

⁽⁷¹⁾ (KELSEN, 1990, p.256).

Em suma, ao admitir que a norma fundamental *é uma norma ficcionada e que pressupõe um acto de vontade fictício que põe esta norma* ⁽⁷²⁾, KELSEN nega a possibilidade de designar a Grundnorm como a norma última, privando-a da sua própria essência.

No entanto, esta ruptura não surge de uma forma gratuita, mas, sim, como coerente com a própria construção da obra *Teoria Geral das Normas*, a qual regista uma mudança de perspectiva por parte de KELSEN, que abandona o plano lógico-transcendental da sua teoria, para adoptar uma visão mais empirista ⁽⁷³⁾.

Por outro lado, consideramos que a própria definição de norma dada por KELSEN em a *Teoria Geral das Normas* forçou, em articulação com a doutrina da *Teoria Pura do Direito* de acordo com a qual a validade de uma norma apenas pode resultar de outra norma, a modificação na apresentação da Grundnorm. Ou seja, KELSEN, ao contrário do que defendeu na sua *Teoria Pura do Direito* ⁽⁷⁴⁾, afirma agora que uma norma é o significado de um acto de vontade ⁽⁷⁵⁾, o que liga indissociavelmente a norma à existência de um acto de vontade.

Por conseguinte, uma norma meramente pensada e não positivada, isto é, uma norma pressuposta nos termos em que era apresentada na *Teoria Pura do Direito* não consubstanciava uma verdadeira norma, dado que lhe faltava esse novo elemento essencial: a existência de um acto de vontade. Com vista a ultrapassar este obstáculo, o autor vem sustentar o seguinte: “[a] merely thought norm is the meaning of a fictitious act of will, unlike a positive norm, which is the

⁽⁷²⁾ “Meine Grundnorm ist eine fiktive Norm, die einen fiktiven Willensakt voraussetzt, der diese Norm setzt.”, são as palavras de (KELSEN, [s.d], p. 120).

⁽⁷³⁾ Tal como afirma (LAMEGO, 2012, p.130): “[e]sta matriz orientadora acaba por ser perturbada pela acentuação (mormente, no período subsequente a 1960) de elementos voluntaristas e empiristas na teoria kelseniana, de tal modo que a fase final da investigação de Kelsen, documentada, sobretudo, na obra póstuma *Teoria Geral das Normas*, indicia uma verdadeira desarticulação da base filosófica da *Teoria Pura do Direito*.” Continua o autor, na p. 131, dizendo que: “[a] razão fundamental das tensões no edifício conceptual da *Teoria Pura do Direito* e do abandono do logicismo na fase derradeira de Kelsen reside no facto de que Kelsen vai adequando progressivamente a *Teoria Pura do Direito* à descrição do Direito como sistema normativo dinâmico, isto é, à “reconstrução” do Direito como sistema de reacções entre atos de vontade condicionados.”

⁽⁷⁴⁾ Nesta obra uma norma era apresentada do seguinte modo: “[c]om o termo norma quer-se significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira.” ou então “(...) como o sentido específico de um acto intencional dirigido à conduta de alguém”, Cfr. (KELSEN, 2008, p.4).

⁽⁷⁵⁾ KELSEN afirma na sua obra: “[w]hen it refers to a prescription or command, the word “norm” means that something is to be or is to happen. (...) The act of whose meaning is that something is commanded or prescribed is an act of will (...) The Ought – the norm – is the meaning of a willing or an act of will (...)”, Cfr. (KELSEN, 1990, p.6).

meaning of a real act of will. In general terms: No Ought without a will (even if it is only fictitious) (⁷⁶).

É esta necessidade de superar as dificuldades imanentes ao edifício teórico propugnado por KELSEN que justifica a nova formulação da norma fundamental, buscando, simultaneamente, o reforço conceptual das bases da teoria. Assim, admitindo que a *Grundnorm* se caracteriza como o significado de um acto de vontade fictício, KELSEN afasta essa fragilidade da sua teoria, trazendo para a equação o elemento que faltava.

Contudo, esta construção abre a porta a todo um conjunto de dificuldades, desde logo, a que já tivemos oportunidade de referir: partilhando a *Grundnorm* com uma norma positiva o facto de ser o significado subjectivo de um acto de vontade (ainda que fictício) de uma entidade hierarquicamente superior, a conclusão necessária é, no seguimento da teoria de KELSEN (⁷⁷) que existe uma outra norma hierarquicamente superior de acordo com a qual podemos interpretar objectivamente o significado da *Grundnorm* enquanto norma objectivamente válida, iniciando, desta forma, uma espiral interminável de busca pelo fundamento de validade da norma.

IV. A Relação entre o Direito e a Lógica

a. A Lógica e a Teoria Pura do Direito

O interesse de KELSEN pela relação entre a lógica e o Direito pode classificar-se como tardio, de tal modo que na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* esta temática foi abordada de forma breve (⁷⁸).

Na sua obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen apresenta o seguinte raciocínio: uma vez que as normas jurídicas enquanto prescrições não podem ser objecto de um juízo de verdade ou falsidade, ou seja, não podem ser verdadeiras nem falsas, em que medida é possível aplicar-lhes princípios lógicos, nomeadamente o princípio da não-contradição e as regras da concludência? (⁷⁹)

A resposta dada pelo autor toma a seguinte forma “(...) *os princípios lógicos podem ser – se não directa, indirectamente – aplicados às normas jurídicas na medida em que podem ser*

(⁷⁶) (KELSEN, 1990, p.6).

(⁷⁷) De acordo com a qual uma norma pressupõe sempre uma outra superior na qual possa fundar a sua validade.

(⁷⁸) Neste sentido, (LAMEGO, 2012, p.138).

aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas”, o autor continua e afirma ainda que “[d]uas normas jurídicas contradizem-se, e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas, quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem; e uma norma jurídica pode ser deduzida de uma outra quando as proposições lógicas que as descrevem podem entrar num silogismo lógico.” ⁽⁸⁰⁾.

Deste modo, é inequívoco que, nesta sua obra, KELSEN admite que os princípios lógicos, sobretudo o que determina a não contradição, têm aplicação às normas jurídicas, ainda que de forma indirecta e pela mão das proposições jurídicas que descrevem as normas de Direito, no sentido em que estas últimas são passíveis, sem sombra de dúvida, de ser objecto de juízos de verdade ou falsidade.

Uma outra temática analisada a propósito da relação entre o Direito e a lógica tem que ver com a possibilidade da existência de conflitos de normas. Segundo defende KELSEN, *“[d]izer ao mesmo tempo que A deve ser e que não deve ser é tão sem sentido como dizer ao mesmo tempo A é não é. Um conflito de normas representa, tal como uma contradição lógica, algo sem sentido”* ⁽⁸¹⁾.

Por conseguinte, o autor considera que qualquer conflito de normas que venha a surgir pode e será, em princípio, resolvido. Desta forma, quando o conflito tenha como intervenientes normas de escalões diferentes ⁽⁸²⁾ será sanado com recurso à doutrina da construção escalonada do ordenamento jurídico (*Stufenbaulehre*), o que significa que se estiverem em confronto normas gerais, produzidas pelo mesmo órgão em momentos diferentes, terá aplicação o princípio lógico segundo o qual *lex posterior derogat priori*. Nos casos em que ambas as normas tenham sido postas ao mesmo tempo e não seja possível qualquer outra interpretação, *“(...) o legislador prescreve algo sem sentido (...) e, portanto, algo que não é sequer um acto cujo sentido subjectivo*

⁽⁷⁹⁾ Cfr. (KELSEN, 2008, p.86).

⁽⁸⁰⁾ *Idem*, pp. 86-87.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*, p. 231.

⁽⁸²⁾ Socorremo-nos neste ponto na doutrina da *Stufenbaulehre* concebida por ADOLF MERKEL e seguida por HANS KELSEN, segundo a qual uma ordem jurídica é uma construção escalonada de normas organizadas hierarquicamente, no sentido em que a norma do escalão superior determina a criação da norma do escalão inferior. Quanto a este assunto, V. (KELSEN, 2008, pp.250 e ss.), bem como (PAULSON, 1996, pp.49-62). Nos casos em que o conflito ocorra entre uma norma de escalão superior e uma de escalão inferior, o autor entende que não se verifica qualquer conflito, uma vez que a primeira é o fundamento da validade da segunda, pelo que esta tem necessariamente que estar conforme com a anterior.

possa ser interpretado como seu sentido objectivo”⁽⁸³⁾, o que equivale a afirmar que não estamos na presença de uma norma válida, o que impossibilita a própria existência do conflito.

b. A Lógica na Teoria Geral das Normas

No decurso da década de 1960, KELSEN desenvolveu um interesse crescente no que respeita às relações entre o Direito e a lógica, tornando-se este um dos seus principais pontos de interesse⁽⁸⁴⁾.

Com efeito, no ano de 1965 o autor desenvolve uma troca de correspondência com ULRICH KLUG⁽⁸⁵⁾ com o objectivo de obter uma resposta à seguinte questão: “[I]as reglas de la Lógica, ¿se aplican en su opinión al Derecho considerado como conjunto de normas, a la Ciencia Jurídica como conocimiento de ese objeto o ambas? Si se aplican al Derecho, es decir, a normas (...) que no pueden ser ni verdaderas ni falsas, surge la cuestión de cómo es posible esto si los principios de la Lógica son aplicables sólo a proposiciones (juicios), que pueden ser verdaderos o falsos.”⁽⁸⁶⁾.

Este interesse encontra a sua expressão máxima na sua obra póstuma, na qual o autor dedica, aproximadamente, metade do livro à análise da problemática da aplicação dos princípios lógicos às normas jurídicas.

Não obstante, este novo interesse de KELSEN não se desenvolve em consonância com o edifício conceptual da sua *Teoria Pura do Direito*, sendo palco de profundas rupturas e diferenças, dando origem ao que OTA WEINBERGER designou de “irracionalismo normativo”⁽⁸⁷⁾.

KELSEN, na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, admitia de forma expressa que os princípios lógicos eram susceptíveis de aplicação às normas jurídicas, ainda que de forma

⁽⁸³⁾ (KELSEN, 2008, p.232).

⁽⁸⁴⁾ O foco da atenção de KELSEN é descrito pelo próprio da seguinte forma: “[t]he following inquiry concerns the question whether certain principles of so-called bivalent (true-false) logic, specifically the principle of contradiction and the rules of inference, are applicable to norms of morality and law. (...) The question is not whether these principles are in fact applied to norms – and to legal norms in particular – or whether their application is desirable or not from the point of view of legal politics.”, (KELSEN, 1990, p.189).

⁽⁸⁵⁾ A qual consultámos na versão castelhana: (KELSEN; KLUG, 1988).

⁽⁸⁶⁾ *Idem*, p. 29.

⁽⁸⁷⁾ (BULYGIN, 1985, p. 145) escreve o seguinte: “Weinberger’s approach to this late state of Kelsen’s philosophy is very critical. He maintains that Kelsen’s position leads to an irrationalism regarding norms (Normenirrationismus); that it is incompatible with the main tenets of the Pure Theory of Law as an analytical “Strukturtheorie”, and that it lacks any philosophical basis”.

indirecta, ou seja, através das proposições jurídicas – as quais são susceptíveis de juízos de verdade e falsidade – que descrevem estas normas. Este entendimento é violentamente abandonado na última fase do autor, vindo este a defender a posição totalmente oposta, cuja formulação apresenta a seguinte forma: “(...) *the logical principles of contradiction and inference can not be applied to norms, at least not directly; and, if at all, only by analogy. But an analogous application would be possible only if there existed an analogy between the validity of a norm and the truth of an assertion. But such analogy does not exist.*”⁽⁸⁸⁾.

O raciocínio de KELSEN estabelece-se do seguinte modo ⁽⁸⁹⁾: uma norma é o significado de um acto de vontade e, nos casos em que reveste a natureza de um comando é linguisticamente expressada sob a forma de um imperativo, pelo que é o significado de um acto de vontade sobre o comportamento de outrem. Por conseguinte, as normas que têm a função de comando são prescrições (proposições prescritivas), as quais não são susceptíveis de um juízo de verdade ou de falsidade ⁽⁹⁰⁾, na medida em que uma prescrição apenas pode ser válida ou inválida.

Ora, de acordo com KELSEN a análise lógica somente pode tomar como objecto afirmações passíveis de um juízo de verdade ou falsidade, e nessa medida, verificáveis, daí que do seu campo de acção se encontrem excluídas as normas jurídicas, uma vez que não são verdadeiras nem falsas ⁽⁹¹⁾ ⁽⁹²⁾.

Por outro lado, o autor afasta ainda qualquer possibilidade de aplicação analógica das regras da lógica, pois considera que tal possibilidade dependeria da existência de uma analogia

⁽⁸⁸⁾ (KELSEN, 1965a, p. 231).

⁽⁸⁹⁾ Encontra-se suficientemente desenvolvido na obra (KELSEN, 1990, pp.189 e ss.).

⁽⁹⁰⁾ Tal como afirma (BULYGIN, 1988, p.10):“(...) *deriva Kelsen que las normas son imperativos o directivas y que, en cuanto tales, no pueden ser caracterizadas como verdaderas o falsas. Como las relaciones lógicas de la contradicción y de la implicación han sido definidas tradicionalmente en términos de verdade, se sigue de ello que entre normas no existen relaciones lógicas. Por ele contrario, las proposiciones normativas son verdaderas o falsas; por esta razón no es problemática la aplicabilidade de los principios lógicos a las proposiciones normativas.*”.

⁽⁹¹⁾ “*For, logical principles are – by their very nature – applicable – or at least directly applicable – only to assertions which – as the meaning of acts of thinking – are true or false.*”, Cfr. (KELSEN, 1965a, p.232).

⁽⁹²⁾ Conforme bem explica (LAMEGO, 2012, p.139), “[a] *negação da aplicabilidade dos princípios lógicos ao Direito é uma consequência da concepção clássica de Lógica de Kelsen e está em linha com o dualismo entre “ser” (Sein) e “dever-ser” (Sollen) como conceitos relacionantes irreductíveis: de facto, as concepções de Kelsen sobre a Lógica têm a sua origem no sistema de Lógica de Christoph Sigwart (1830-1904) e atêm-se à concepção clássica de “verdade”, o que, como observa Klug, impede Kelsen de aceitar a possibilidade de operações formais logicamente válidas que tenham por objeto proposições prescritivas.*”.

entre a validade de uma norma e a verdade de uma proposição, a qual reputa como impossível⁽⁹³⁾ pelos seguintes motivos que passamos a sintetizar: (i) a verdade e a falsidade são qualidades de uma proposição, a validade, por seu turno, é a própria existência de uma norma e não uma qualidade⁽⁹⁴⁾; (ii) uma norma tem uma existência temporal, inicia a sua vigência numa altura determinada e cessa numa outra altura, o mesmo não pode ser afirmado quando a uma proposição, na medida em que se é verdadeira, terá sido e será sempre verdadeira; (iii) uma proposição é o significado de um acto de pensamento, sendo que a sua qualificação como verdadeira é independente do facto que lhe deu origem; uma norma, por sua vez, é o significado de um acto de vontade cuja validade se encontra condicionada pelo facto que lhe deu origem, ou seja, *“(...) the meaning of a norm – or more exactly formulated – the norm as a meaning, is an “ought”; na this is “ought” is in correlation with a will. No “ought” without a will whose meaning it is, no norm without a norm-creating will (...)”*⁽⁹⁵⁾.

KELSEN rompe, desta feita, de forma inegável com a posição que havia previamente sustentado na sua *Teoria Pura do Direito*⁽⁹⁶⁾. Contudo, o afastamento em relação ao seu entendimento inicial quanto das relações entre Direito e a Lógica não se fica por aqui.

Os conflitos de normas, outrora negados pelo autor, são agora, na *Teoria Geral das Normas*, expressamente admitidos⁽⁹⁷⁾ como existentes e explicados da seguinte forma *“[a] conflict of norms obtains when one norm decrees a certain behaviour to be obligatory and the other decrees the omission of this behaviour to be obligatory”*⁽⁹⁸⁾⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹³⁾ (KELSEN, 1965a, p.232)

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*, p. 232: *“(...) validity, however, is not the quality of a norm but its existence, its specific existence, not a material but an ideal existence.”*

⁽⁹⁵⁾ (KELSEN, 1965a, p.233).

⁽⁹⁶⁾ O próprio KELSEN reconhece o seu afastamento da sua posição inicial, nomeadamente quando afirma *“[t]hat the logical laws of contradiction and inference are applicable to legal norms – a view which I myself maintained a long time – is taken for granted.”*, (KELSEN, 1965a, p.231) (destaque nosso). O autor afirma que manteve e não que continua a partilhar esse entendimento, ou seja, o tempo verbal utilizado indica a mudança.

⁽⁹⁷⁾ Para INÉS WEYLAND (formerly ORTIZ) o facto de Kelsen reconhecer de forma expressa a existência de conflitos de normas constitui *“(...) a positive development towards a more realistic perception of legal* (WEYLAND, 1986).

⁽⁹⁸⁾ (KELSEN, 1990, p. 213).

⁽⁹⁹⁾ Destaque-se o breve, mas interessante artigo de (RAZ, 1976, pp.495-504).

Segundo KELSEN, é requisito essencial para a existência de um conflito de normas que ambas sejam válidas ⁽¹⁰⁰⁾, pois se assim não for não podemos afirmar que estejamos perante um conflito.

Por outro lado, o conflito de normas não é, nem pode ser entendido como uma contradição lógica, devendo, pelo contrário, ser visto como uma antítese ou uma oposição, visto que uma contradição lógica apenas pode ter lugar entre realidades que possam ser classificadas de verdadeiras ou falsas.

Deste modo, e no seguimento sequencial do seu raciocínio, KELSEN sustenta que um tal conflito apenas não pode ser sanado por recurso a interpretação científica, nem aos princípios da lógica.

A forma de resolução de um conflito entre normas passa, portanto, por uma norma jurídico positiva (uma norma de derrogação) ⁽¹⁰¹⁾ que tem como função repelir a função de uma ou ambas as normas conflituantes ⁽¹⁰²⁾.

KELSEN assume a sua posição de forma bastante clara quando afirma que “[j]ust as the conflict between norms is not a logical contradiction, derogation solving the conflict is not a logical principle either; but it is the function of a positive norm, especially a positive legal norm, just as in the case where derogation takes place without there being a conflict between norms.” ⁽¹⁰³⁾.

Consequentemente, o autor veio, igualmente, a adequar a sua posição quanto ao princípio *lex posterior derogat priori*, defendendo quanto ao mesmo que “(...) since derogation is not a logical principle but the function of a positive legal norm, it does not necessarily apply, but can apply only if it is positively stipulated; and even if stipulated, it does not apply in all cases of

⁽¹⁰⁰⁾ Na *General Theory of Norms* pode ler-se o seguinte “[a]s far as conflicts between general norms are concerned, it is not the case – as I claimed in my *Pure Theory of Law* – that a conflict of norms which cannot be resolved by the principle *Lex posteriori derogate legi priori* makes no sense and that both norms are therefore invalid. Each of the two general norms makes sense and both are valid.”, Cfr. (KELSEN, 1990, p. 214)

⁽¹⁰¹⁾ Sobre as normas de derrogação remete-se para o artigo (KELSEN, 1962), no qual se analisa com profundidade esta categoria de normas. Ainda sobre a matéria, Cfr. (PAULSON, 1986) e (AGUILÓ REGLA, 1991).

⁽¹⁰²⁾ “If a conflict of legal norms is not a logical contradiction and nothing analogous to a logical contradiction it cannot be solved by the application of the logical law of contradiction. It can be solved only by a positive legal norm, a derogating norm repealing the validity of one or the both of the conflicting norm. The logical law of contradiction is not applicable to the relation between legal norms, neither directly nor indirectly.”, pode ler-se assim em (KELSEN, 1965a, p. 235).

⁽¹⁰³⁾ (KELSEN, 1962, p. 351).

conflicts of norms"⁽¹⁰⁴⁾. O novo entendimento deste princípio rompe, igualmente, com o que havia defendido na sua *Teoria Pura do Direito*, onde sustentava que uma aplicação como que automática do mesmo.

Na realidade, KELSEN, na sua *Teoria Pura do Direito* e a propósito dos conflitos de normas gerais e pertencentes ao mesmo escalão hierárquico, defendia que *"a validade da norma estabelecida em último lugar sobreleva à da norma fixada em primeiro lugar e que a contradiz, segundo o princípio lex posterior derogat priori. Como o órgão legislativo (...) é normalmente competente para a produção de normas modificáveis e, portanto, derogáveis, o princípio lex posterior derogat priori pode ser considerado como incluído, co-envolvido, na atribuição de competência"*⁽¹⁰⁵⁾.

Em suma, o KELSEN desta última fase surge, de forma inegável, em ruptura com a teoria que havia fundado e trabalhado ao longo dos anos. Os ecos da mudança fizeram sentir-se logo na década de 1960 através de diversos artigos que publicou e atingiram o seu ponto máximo na obra póstuma *Teoria Geral das Normas*.

O domínio das relações entre o Direito e a lógica foi dos mais férteis em alterações, tendo surgido como totalmente permeável à mudança na perspectiva de KELSEN. A designação de "irracionalismo normativo" atribuída por WEINBERGER⁽¹⁰⁶⁾ fundamenta-se num percurso de afastamento crescente das relações entre o Direito e a lógica, processo este que culmina, nas palavras deste último autor *"[i]n consequence of Kelsen's late teaching, legal dynamics is no longer based on logical relations, as had been held by the classical Pure Theory of Law. Instead, it consists of a system of creating acts which may correspond to authorizations by other norms. The irrationalist conception of the relations between norms leads to the destruction of the ingenious dynamic and hierarchic theory of law."*⁽¹⁰⁷⁾.

V. Conclusão

⁽¹⁰⁴⁾ *Idem*, p. 354.

⁽¹⁰⁵⁾ (KELSEN, 2008, p. 231).

⁽¹⁰⁶⁾ OTA WEINBERGER, apresenta cinco elementos dos quais resulta o irracionalismo em matéria de normas, os quais não podemos, por razões de economia de espaço, reproduzir nesta sede, mas para os quais remetemos, Cfr. (WEINBERGER, 1986, pp. 194-195).

⁽¹⁰⁷⁾ *Idem*, p.199.

O objectivo a que nos propusemos passava pela análise daquela que é conhecida como a última fase de KELSEN, sendo que assumimos como missão a identificação de pontos de ruptura ou de traços de continuidade na doutrina da *Grundnorm* e no domínio das relações entre a lógica e o Direito.

No que concerne à *Grundnorm*, e não obstante a manutenção da função de legitimação da ordem jurídica desempenhada pela mesma, assistimos à apresentação de uma nova formulação, desta feita, já não como pressuposição lógico-transcendental, mas como uma ficção no sentido da filosofia de VAHINGER.

Esta mudança tem que ver, de acordo com a nossa opinião, com um conjunto diverso de factores e consubstancia a renegação da base filosófica de matriz neo-kantiana.

KELSEN, em oposição ao que defendeu na sua *Teoria Pura do Direito*, afirma agora que uma norma é o significado de um acto de vontade, o que liga indissociavelmente a norma à existência de um acto de vontade. Por conseguinte, uma norma meramente pensada e não positivada (nos termos em que era apresentada na *Teoria Pura do Direito*) não consubstanciava uma verdadeira norma, dado que lhe faltava esse novo elemento essencial: a existência de um acto de vontade. Assim, para superar esta dificuldade, KELSEN admite que a *Grundnorm* se caracteriza como o significado de um acto de vontade fictício de uma autoridade – também fictícia – superior.

Ora, a norma fundamental já não surge, portanto, como uma norma pressuposta, mas, sim, como uma norma posta, o que leva a que se reinicie a busca pela validade de uma norma noutra hierarquicamente superior, pois a *Grundnorm* já não é a norma última.

Também no plano das relações entre a lógica e o Direito se regista um afastamento significativo em relação às posições sustentadas na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, as quais se podem sintetizar nos seguintes pontos: negação da aplicação dos princípios lógicos às normas jurídicas – o que conduz a um irracionalismo normativo – e admissão da existência de conflitos de normas, os quais apenas podem ser resolvidos com recurso a uma norma jurídico-positiva com a função de derrogação. Este último ponto concernente à derrogação consubstancia uma acentuação do traço positivista.

A *Teoria Geral das Normas* é verdadeiramente um momento de ruptura, afectando de forma irreversível o edifício conceptual proposto e defendido na fase clássica de KELSEN.

LISTA BIBLIOGRÁFICA

- AGUILÓ REGLA, J. La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 10, 1991.
- BEYLEVELD, D. From the “Middle-way” to Normative Irrationalism: Hans Kelsen’s General Theory of Norms. **The Modern Law Review**, v. 56, 1993.
- BINDREITER, U. Presupposing the Basic Norm. **Ratio Juris**, v. 14, n. 2, jun. 2001.
- BULYGIN, E. Norms and Logic – Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms. **Law and Philosophy**, n. 4, 1985.
- BULYGIN, E. “Estudio Preliminar”. In: **Normas Jurídicas y Analisis Logico**. Madrid: Normas Jurídicas y Analisis Logico, 1988.
- BULYGIN, E. An Antimony in Kelsen’s Pure Theory of Law. **Ratio Juris**, v. 3, n. 1, mar. 1990.
- COUTINHO, L. P. **A Autoridade Moral da Constituição – Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- GOLDING, M. P. Hans Kelsen General Theory of Norms – Michael Hartney Translation – Review. **Ethics**, jul. 1993.
- HEIDEMANN, C. Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S. L. Paulson. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 19, n. 2, Summer 1999.
- HEIDEMANN, C. The Creation of Normative Facts. **Law and Philosophy**, n. 19, 2000.
- JABLONER, C. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. **European Journal of International Law**, n. 9, 1998.
- JESTAEDT, M. **Hans Kelsen: autobiografía**. Tradução LUIS VILLAR BORDA. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- KELSEN, H. Diskussionen”, in *Östereichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*. v. XIII, n. 1-2, [s.d].
- KELSEN, H. On the Basic Norm. **California Law Review**, v. 47, n. 1, p. 107, 31 mar. 1959.
- KELSEN, H. Derrogation. In: RALPH ABRAHAM NEWMAN (Ed.). **Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.
- KELSEN, H. Law and Logic. In: DOOYEWEERD, H. (Ed.). **Philosophy and Christianity; philosophical essays dedicated to Professor Dr. Herman Dooyeweerd**. Kampen: North-Holland Publishing Company, 1965a.

- KELSEN, H. "Reply to Professor Stone". **Stanford Law Review.**, v. 17, n. 6, jul. 1965b.
- KELSEN, H. The Function of the Constitution. In: TUR, R.; TWINNING, W. (Eds.). **Essays on Kelsen.** Tradução I. STEWART. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- KELSEN, H. Renato Treves – Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennees. **Droit et Société**, n. 7, Hiver 1987.
- KELSEN, H. **General theory of norms.** Tradução MICHAEL HARTNEY. Oxford [England]; New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1990.
- KELSEN, H. The Pure Theory of Law, "Labandism" and Neo-Kantianism. A letter to Renato Treves. In: PAULSON, S. L.; PAULSON, B. L. (Eds.). **Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes.** New York: Clarendon Press Oxford, 1998.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito.** Tradução JOÃO BAPTISTA MACHADO. 2.^a Edição (1960), 7.^a Edição da tradução portuguesa ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- KELSEN, H. **A Justiça e o Direito Natural.** Tradução JOÃO BAPTISTA MACHADO. Coimbra: Almedina, 2009.
- KELSEN, H.; KLUG, U. **Normas jurídicas y análisis lógico.** Tradução JUAN CARLOS GARDELLA. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- LAMEGO, J. A Argumentação Transcendental em Kelsen. In: AAVV (Ed.). **Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão.** Coimbra: Almedina, 2008. v. I.
- LAMEGO, J. A Teoria Pura do Direito entre o Logicismo e o Voluntarismo. In: AAVV (Ed.). **Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles.** Coimbra: Almedina, 2012. v. I.
- PAULSON, S. L. El Periodo Posterior a 1960 de Kelsen: ¿Ruptura o Continuidad? **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 2, 1985.
- PAULSON, S. L. On the Status of the Lex Posterior Derogating Rule. In: TUR, R.; TWINNING, W. (Eds.). **Essays on Kelsen.** [s.l.] Clarendon Press, 1986.
- PAULSON, S. L. La Normativité dans la Théorie Pure du Droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendants? **Droit et Société**, n. 7, Hiver 1987.
- PAULSON, S. L. La Alternativa Kantiana de Kelsen: Una Critica. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 9, 1991.
- PAULSON, S. L. Kelsen's Legal Theory: the Final Round. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 12, Summer 1992a.

- PAULSON, S. L. The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 12, n. 3, 1992b.
- PAULSON, S. L. Hans Kelsen et Les Fictions Juridiques. **Droits – Revue Française de Théorie Juridique**, n. 21, 1995.
- PAULSON, S. L. On the Implications of Kelsen's Doctrine of Hierarchical Structure. **The Liverpool Law Review**, v. XVIII (I), 1996.
- PAULSON, S. L. Introduction. In: PAULSON, S. L.; PAULSON, B. L. (Eds.). **Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes**. New York: Clarendon Press Oxford, 1998a.
- PAULSON, S. L. Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 18, n. 1, Spring 1998b.
- PAULSON, S. L. Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 19, n. 2, Summer 1999a.
- PAULSON, S. L. The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law. In: CAMPBELL, T. D. (Ed.). **Legal Positivism**. Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1999b.
- PAULSON, S. L. On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm. **Ratio Juris**, v. 13, n. 3, Setembro 2000.
- PAULSON, S. L. La Distinción entre Hecho y Valor: La Doctrina de los Mundos y el Sentido Inmanente – Hans Kelsen como neokantiano. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, 2003.
- RAZ, J. Critical Study – Kelsen's General Theory of Norms. **Philosophia**, v. 6, n. 3-4, Setembro-Dezembro 1976.
- SANTIAGO NINO, C. "Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity". **ARSP – Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, v. LXIV/4, 1978.
- VAIHINGER, H. **The philosophy of 'as if': a system of the theoretical, practical and religious fictions of mankind**. Tradução C. K Ogden. Mansfield Center, CT: Martino Pub., 2009.
- VERDU, P. L. El Orden Normativista Puro (Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen). **Revista de Estudios Políticos**, n. 68, jun. 1990.
- WALTER, R. Hans Kelsen vida y obra. Una introducción. **Anales**, n. 41, [s.d.].
- WEINBERGER, OTA. "Logic and the Pure Theory of Law". In: TUR, R.; TWINNING, W. (Eds.). **Essays on Kelsen**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

WEYLAND, I. (FORMERLY O. Kelsen's Treatment of Norm Conflicts. In: TUR, R.; TWINNING, W. (Eds.). **Essays on Kelsen**. Oxford: Clarendon Press, 1986.