

Revista Bonijuris

www.bonijuris.com.br

Ano XXVI | # 609 | Agosto 2014

Ementário

Aplica-se o CDC aos contratos de participação financeira

pág. 64

Legislação

Criança e adolescente devem ser educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante

pág. 77

Não tropece na língua

Hexa, pentacampeão, multiuso

pág. 82

Repositório autorizado

TST - Registro nº 24/2001

STF - Registro nº 34/2003

STJ - Registro nº 56/2005

ISSN 1809-3256

Acórdãos em destaque | **pág. 41**

STJ

Bens adquiridos após separação de fato não integram a partilha

STJ

Existência de usucapião a favor de comprador de imóvel pode fundamentar a anulação de negócio jurídico por erro essencial

STJ

A partilha amigável é passível de anulação, enquanto a partilha judicial é rescindível

STJ

Deduções genéricas não podem ser utilizadas para elevar pena-base

TST

Auxiliar de limpeza com jornada variável vai receber pelo tempo à disposição

TRF

Não é necessária a intervenção de profissional químico em indústria de material cerâmico

STF

O ITBI não pode ser majorado por decreto, sendo necessária a edição de legislação ordinária

Doutrina

A IMPORTÂNCIA DA CONCEPÇÃO CULTURAL DE LEI FUNDAMENTAL PARA O DESENVOLVIMENTO DO SABER JURÍDICO CONSTITUCIONAL

Rafael de Lazari | **pág. 6**

APONTAMENTOS SOBRE A SUSPENSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL (ART. 145 DA LEP), A PARTIR DO ARRANJO CONSTITUCIONAL EM QUE SE COMUNICAM DIREITO, PROCESSO E EXECUÇÃO PENAL

Domingos Barroso da Costa | **pág. 13**

Eugênio Pedro Gomes de Oliveira Júnior

DA (IM)POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA EM FACE DOS LIVROS ELETRÔNICOS

Juliano Del Antonio | **pág. 17**

A TESE DE HANS KELSEN, A NORMA FUNDAMENTAL E O CONCEITO DE JUSTIÇA

Gisele Leite | **pág. 26**

DA IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL E DA SUA IRRENUNCIABILIDADE

Wylton Carlos Gaion | **pág. 35**

Súmulas em destaque | **pág. 79**

Súmulas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (III)

ISSN 1809-3256



R\$ 29,90

Neste mês de agosto, iniciamos a seção *Doutrina* com o advogado, doutorando e mestre em direito **Rafael de Lazari**, que trata da importância da concepção cultural de lei fundamental para o desenvolvimento do saber jurídico. Apregoa que o momento atual é de aprimoramento da concepção cultural de constituição, defendida por Peter Häberle, uma vez que a constituição, em verdade, tem um aspecto sociológico, político e jurídico e, ao mesmo tempo em que é resultante da cultura de um povo, ela também é condicionante dessa mesma cultura, contribuindo para a formação de novos valores.

Domingos Barroso da Costa e **Eugênio Pedro Gomes de Oliveira Júnior**, defensores públicos, tecem apontamentos sobre a suspensão do livramento condicional prevista na Lei de Execução Penal a partir do arranjo constitucional em que se comunicam direito, processo e execução penal. Aduzem que a suspensão do livramento condicional deve acompanhar as decisões que determinem o aprisionamento e a liberação do apenado ao longo da persecução penal a que esteja submetido em razão da prática de infração no curso do livramento – mesmo porque, estando preso, não poderá cumprir as condições do livramento.

Seguindo, o procurador jurídico e especialista em direito do Estado **Juliano Del Antonio** versa sobre possibilidade de incidência de imunidade tributária em face dos livros eletrônicos. Discorre que pouco importa o meio utilizado – se físico ou digital – a fim de propagar o conhecimento e que dificultar o acesso a novas tecnologias, que possuem o condão de proporcionar uma rápida e precisa difusão do conhecimento, não é o melhor caminho a ser percorrido numa sociedade em que a democracia foi recentemente reimplantada e que se almeja justa e participativa.

A mestre e doutora em direito **Gisele Leite** escreve sobre a tese de Hans Kelsen, a norma fundamental e o conceito de justiça. Arrazoa que referido doutrinador sustentou que a justiça é valor constituído por uma norma jurídica que serve como esquema de interpretação de conduta: é justa a conduta que corresponde a essa norma, e será injusta a que a contrariar e que, ao formular a norma fundamental, a teoria pura do direito propõe elevar o nível de consciência a respeito do que todos juristas fazem quando rejeitam o direito natural como fundamento de validade do direito positivo.

Por último, o advogado e especialista em processo civil **Wylton Carlos Gaion** traz considerações acerca da impenhorabilidade da pequena propriedade rural e da sua irrenunciabilidade. Alega que a impenhorabilidade desta espécie de bem permite ao trabalhador do campo sobreviver de maneira digna, com o mínimo necessário, e tal preceito garantidor é abrangido pela irrenunciabilidade posto que tutela a dignidade da pessoa humana e outras questões de ordem social que transcendem ao direito individual de propriedade.

Em *Legislação*, trazemos o texto da “Lei da Palmada” – recentemente rebatizada como “Lei Menino Bernardo”. Trata-se da **Lei 13.010**, de 26 de junho de 2014, que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante.

Lançando termos finais a esta edição, publicamos mais outra série das súmulas consagradas pelo entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Boa leitura.
Equipe Bonijuris

Revista Bonijuris

Ano XXVI | # 609 | Agosto 2014

Conselho Editorial

Antonio Carlos Facioli Chedid, Carlos Alberto Silveira Lenzi,
Carlos Roberto Ribas Santiago, Clèmerson Merlin Clève, Edésio Franco Passos,
Hélio de Melo Mosimann, Humberto D'Ávila Rufino,
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, João Casillo, João Oreste Dalazen,
Joel Dias Figueira Júnior, Luiz Fernando Coelho (coordenador),
Manoel Antonio Teixeira Filho, Manoel Caetano Ferreira Filho, Maximiliano Nagl Garcez,
Oksandro Gonçalves, Roberto Víctor Pereira Ribeiro, Rolf Koerner Júnior, Zeno Simm

Editor responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Pesquisadores

André Barbieri Souza, Carlos Oswaldo M. Andrade, Eduardo Cambi,
Elionora Harumi Takeshiro, Geison O. Rodrigues (coordenador), Geraldo Vaz da Silva, José Lúcio Glomb,
Joseph Ernst Gardemann Filho, Luciano Augusto de Toledo Coelho, Luiz Carlos da Rocha, Luiz Salvador,
Maria de Lourdes Cardon Reinhardt, Paula Tiemi Toyofuku, Pollyana Elizabeth Pissaia, Rafael Cessetti (editor adjunto),
Rogério Distéfano, Roland Hasson, Sérgio de Aragon Ferreira, Solange Roessle, Yoshihiro Miyamura

Coedição:

AMAPAR – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ
AMC – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS CATARINENSES
AMATRA – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO – IX E XII

Normas editoriais para encaminhamento de artigos à revista

1. As opiniões emitidas nos artigos não refletem, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial da Revista, sendo de exclusiva responsabilidade de seus autores.
2. A remessa e o recebimento de matérias não implicam a obrigatoriedade de publicação.
3. Dá-se preferência a trabalhos inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, seminários, palestras etc.).
4. Solicita-se que o autor envie os artigos por e-mail, em arquivo Word, onde conste também sua qualificação profissional/acadêmica e endereço.
5. Os artigos serão revisados, editados e publicados de acordo com as normas técnicas da Revista Bonijuris.

Endereço para correspondência:

Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris

Rua Marechal Deodoro, 344 | 3º and. | CEP: 80010-010 | Curitiba | PR | www.bonijuris.com.br | ISSN 1809-3256 | Qualis C – Capes
Para firmar convênios ou permutas jurídicas, entre em contato conosco. | Fone/FAX: (41) 3323-4020 | e-mail: contato@bonijuris.com.br

Repositório autorizado

TST Nº 24/2001
STF Nº 34/2003
STJ Nº 56/2005

Administrativo | Comercial

Fone-fax: (41) 3323-4020
bonijuris@bonijuris.com.br
comercial@bonijuris.com.br

Assinaturas

0800 645 4020

Jurídico | Pesquisa

Fone: (41) 3322-3835
juridico@bonijuris.com.br



Todos os acórdãos são fiéis às íntegras obtidas nos tribunais. Publicação dirigida ao território nacional. Edição mensal – Tiragem 1.000 exemplares

Doutrina

- 06 | **A Importância da Concepção Cultural de Lei Fundamental para o Desenvolvimento do Saber Jurídico Constitucional**
Rafael de Lazari
- 13 | **Apontamentos sobre a Suspensão do Livramento Condicional (art. 145 da LEP), a partir do Arranjo Constitucional em que se Comunicam Direito, Processo e Execução Penal**
Domingos Barroso da Costa
Eugênio Pedro Gomes de Oliveira Júnior
- 17 | **Da (Im)Possibilidade de Incidência de Imunidade Tributária em Face dos Livros Eletrônicos**
Juliano Del Antonio
- 26 | **A Tese de Hans Kelsen, a Norma Fundamental e o Conceito de Justiça**
Gisele Leite
- 35 | **Da Impenhorabilidade da Pequena Propriedade Rural e da sua Irrenunciabilidade**
Wylton Carlos Gaion

Acórdãos em destaque

- 41 | STJ | **Min. Raul Araújo**
Bens adquiridos após separação de fato não integram a partilha
- 45 | STJ | **Min. Luis Felipe Salomão**
Existência de usucapião a favor de comprador do imóvel pode fundamentar a anulação de negócio jurídico de compra e venda por erro essencial
- 51 | STJ | **Min. Raul Araújo**
A partilha amigável é passível de anulação, enquanto a partilha judicial é rescindível
- 55 | STJ | **Min. Nefi Cordeiro**
Deduções genéricas não podem ser utilizadas para elevar pena-base
- 57 | TST | **Min. Vieira de Mello Filho**
Auxiliar de limpeza com jornada variável vai receber pelo tempo à disposição
- 60 | TRF | **Des. Federal Johansom Di Salvo**
Não é necessária a intervenção de profissional químico em indústria de material cerâmico
- 62 | STF | **Min. Luiz Fux**
O ITBI não pode ser majorado por decreto, sendo necessária a edição de legislação ordinária

Legislação

- 77 | Lei 13.010/14
Criança e adolescente devem ser educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante

Ementário

- 64 | STJ | **Civil e Comercial**
Min. Sidnei Beneti
Aplica-se o CDC aos contratos de participação financeira
- 66 | TJ/RS | **Imobiliário**
Des. Pedro Celso Dal Prá
Ato de tolerância do proprietário não gera posse
- 67 | STJ | **Processo Civil**
Min. Humberto Martins
Valor da causa em ação rescisória deverá corresponder ao da ação originária
- 69 | STJ | **Penal e Processo Penal**
Min. Regina Helena Costa
Atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é crime
- 71 | TST | **Trabalhista e Previdenciário**
Min. Dora Maria da Costa
Empregada é indenizada por limitação ao uso de banheiro
- 73 | STJ | **Administrativo e Constitucional**
Min. Og Fernandes
Inexiste direito adquirido à nomeação em concurso público por desistência dos aprovados no certame
- 75 | STJ | **Tributário**
Min. Herman Benjamin
Incidência de imposto de renda sobre o pagamento acumulado de benefício previdenciário

Súmulas em destaque

- 79 | Súmulas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (III)

Não tropece na língua

- 82 | Maria Tereza de Queiroz Piacentini
Hexa, pentacampeão, multiuso

A TESE DE HANS Kelsen, A NORMA FUNDAMENTAL E O CONCEITO DE JUSTIÇA

Gisele Leite | professoragiseleite@yahoo.com.br

Mestre em Direito (UFRJ)

Doutora em Direito (USP)

Resumo

O texto esboça de forma didática e genérica as principais contribuições de Hans Kelsen sobre os conceitos de norma fundamental e justiça.

Hans Kelsen¹ é reconhecidamente um dos maiores teóricos do direito do século XX, sendo uma referência imprescindível para a reflexão sobre a adequação e profundidade das normas jurídicas e do fenômeno jurídico

Além do interesse no estudo da história das ideias, é o fato de que sua obra continua mesmo até hoje a ser muito importante para as cruciais questões da teoria do direito, permanecendo como fonte quase inesgotável de polêmicas, controvérsias e desafios. Os diversos matizes filosóficos da doutrina jurídica reconhecem que Kelsen buscou um conceito universalmente aceito do direito e independente da conjuntura em que fosse aplicado. E tal objetivo foi em grande parte alcançado.

A *Teoria Pura do Direito* deitou suas raízes na filosofia de Immanuel Kant e não em princípios metafísicos da doutrina jurídica, sendo focada na *Crítica da Razão Pura* e, mais, precisamente, na lógica transcendental. Suas origens kantianas estão reconhecidamente confessadas no capítulo III, que se refere à categoria do dever, considerado como categoria da lógica transcendental.

Nesse particular, estabeleceu um paralelo entre a imputação e a causalidade, sendo esta uma categoria transcendental, um princípio gnosiológico que permite compreender a realidade virtual.

Kelsen, rejeitando a inspiração kantiana da doutrina do direito natural, afirmou que a teoria pura do direito refere-se ao direito positivo², vindo no “dever”, de *Sollen*, uma categoria lógica das ciências normativas.

Na edição de 1960 de sua obra, Kelsen se dirigiu à aplicação da teoria do conhecimento de Kant, concebendo a norma fundamental como condição lógico-transcendental de validade da ordem jurídica.

Estão presentes as influências do neokantismo³, havendo **Renato Treves** afirmado que tal influência teria terminado em torno de 1940. Ao reelaborar a teoria pura do direito em sua derradeira versão, veio Kelsen incorporar as construções de teoria geral do direito e do Estado tendo conservado os princípios da lógica transcendental principalmente quando determinou o objeto de estudo ou conhecimento e ainda afirmou o fundamento de validade da norma jurídica.

Suas contribuições⁴ foram de amplo espectro, e pretendeu fundar a verdadeira ciência do direito, procurando atender aos questionamentos: “o que é” e “como é” o direito. Buscou estabelecer a teoria do conhecimento jurídico traçando-a bem delimitada pelo direito positivo que é o direito posto.

O objeto da ciência do direito⁵ positivo é conceituado como sistema de normas e para tanto recorreu ao postulado metodológico da pureza. Tal método de pureza utilizado por Kelsen fora criticado, tendo sido acusado de tentar indevidamente purificar o direito, isolando-o dos fatos morais, políticos e sociais.

No entanto, Kelsen reconheceu que o direito tem relações estreitas com outras ciências. Mas a teoria pura do direito não tratou de fenômenos prévios ao estabelecimento

da norma jurídica, e a fixação de seu conteúdo ocupa-se da norma posta (positiva).

Não pretendeu purificar o direito, nem mesmo supôs que a ciência jurídica seja uma ciência matemática, posto que, como ciência social aplicada, não seja definitivamente uma ciência exata. O próprio Kelsen tratou das aproximações e distinções entre direito e moral, registrou também a relação entre a justiça e o direito.

Apontou a equivocada identificação que se faz entre a ciência e o seu objeto. E, ainda a equivocada sinonímia de direito e ciência jurídica⁶.

Na teoria pura do direito, o objeto do conhecimento⁷ jurídico é o direito que representa um sistema de normas que regem a conduta humana. As normas jurídicas adquirem sentido objetivo de “dever ser”, o que põe em relevo seu caráter de imperativo, tanto de imposição como proibição apesar de existirem também outras funções deonticas.

A norma como “dever ser” provém da influência da teoria dos imperativos de Kant presente na sua obra *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. O “dever ser” mostra uma relação de uma lei objetiva da razão com a vontade.

Na doutrina kantiana, os imperativos categóricos impõem “dever ser” incondicional simbolizando a conduta devida, independentemente de qualquer condição, enquanto que os imperativos hipotéticos impõem um imperativo condicional dependente de uma hipótese previamente concebida, exemplificando na proposição: “se A é, deve ser B”, “na qual A é a condição de cuja realização depende da exigência do ‘dever’ simbolizado por B”.

Desta forma, Kelsen ao conceber a norma como um “dever ser” que tem sua origem em um ato de

vontade remonta às bases kantianas. Mas o “dever ser” não tem sentido axiológico, não se vincula a qualquer pretensão de ordenar a ação de ser racional movido pela representação do dever, e não envolve a ideia abstrata e transcendente do dever. É somente um significado lógico⁸.

“Ser” e “dever ser” são dois conceitos puramente formais, duas formas que podem tomar todo e qualquer conteúdo, mas precisam de certo conteúdo para ter portadores de sentido.

Entre o “ser” e o “dever” há o irreduzível dualismo que explicita que um “dever ser” não pode se reduzir a um “ser”, assim como um “ser” não pode se reduzir a um “dever ser”.

De um “ser” não se deduz um “dever ser”, assim como do “dever ser” não se deduz um “ser”. Enfim, o “ser” não se converte em “dever ser” e nem este em “ser”. Tal dualismo exposto por Kant fixou as fronteiras bem demarcadas entre o mundo da natureza e o mundo da razão, onde impera a causalidade, e da liberdade⁹, onde os seres racionais podem agir pela representação do dever.

Apesar de “ser” e “dever ser” serem formas distintas e irreduzíveis, na doutrina de Kelsen, as relações entre estes aparecem na gênese das normas que integram o sistema jurídico, nas relações existentes entre a natureza e o direito, entre o ato e o significado, entre a vontade e a norma.

Os atos adentram ao domínio do direito e adquirem qualidade de jurídicos; neles existem elementos da natureza (do mundo do ser) que podem ser captados pelo sensorial e outros elementos que não podem ser captados.

O que confere o sentido jurídico aos atos e fatos não é o seu ser natural, é uma norma jurídica, que

os qualifica e que funciona como esquema de interpretação com relação a eles. A norma jurídica que empresta sentido jurídico aos fatos de natureza, dentre os quais os atos humanos, é também, por sua vez, o sentido de um ato externalizado no reino do “ser”, no mundo da natureza. Reconhece-se que o reino do ser representa o suporte para o significado, para o reino do dever ser.

O ato propulsor da norma é ato de vontade intencionalmente dirigido à conduta de outrem, devendo haver o sentido objetivo e subjetivo. Mas a norma não é fruto do ato de vontade, embora esta seja imprescindível para sua criação e positivação.

Lembremos que o ato de vontade está no plano do “ser”, sendo fático no mundo da natureza. Kelsen refutava as críticas que lhe fizeram quando apontaram que a norma, em sua teoria, é a vontade do Estado, salientando que é errôneo encarar a norma como “vontade” ou “comando” do legislador ou do Estado¹⁰.

A norma não pode ser caracterizada como vontade nem psíquica e nem despsicologizada, posto que não esteja no plano do “ser”, mas é sentido de um ato de vontade que se interpreta como dever ser.

Kelsen definiu *in litteris*: “Norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém.”

Tal concepção ainda dá destaque à norma, que é o sentido do ato, e não o próprio ato, que agrega a função da norma jurídica de prescrição que engloba a imposição e a proibição de funções de permissão, de autorização e, ainda, a derrogação que implica a abolição de validade de uma norma por outra norma.

São funções deonticas que se compreendem como “dever ser”; e não se refere ao futuro, não é temporal. A gênese da norma pela correlação entre o ato de vontade e o sentido objetivo do “dever ser” que lhe é conferido por uma norma válida do sistema se processa em diversas instâncias competentes para criar as normas gerais e as normas individuais.

Na dinâmica do direito sempre em constante formação, todo processo de criação da norma é, simultaneamente, um processo de aplicação de normas. Todo processo de aplicação da norma é simultaneamente a criação da norma¹¹.

Exceto em dois casos extremos, o da pressuposição da norma fundamental e o da execução do ato coercitivo, todo ato jurídico é, simultaneamente, aplicação de uma norma superior e produção de uma norma inferior, regulada por aquela.

O direito, segundo Kelsen é uma ordem normativa da conduta humana, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.

As normas jurídicas que compõem essa ordem não surgem de fontes e de instâncias estranhas¹² ao próprio sistema jurídico, mas se formam mediante o processo por ele mesmo regulado. Assim, o direito é a sua própria fonte, enquanto regula o seu permanente processo de autoprodução.

A norma jurídica¹³ só existe no sistema e a identificação feita por Kelsen entre a validade e a existência da norma jurídica se explica exatamente porque só adquire sentido dentro do sistema que a regula.

Existiram várias propostas doutrinárias preocupadas em distinguir as normas religiosas das normas morais, das normas convencionais e baseadas em critérios que se tornaram clássicos, firmados em dualismos antinômicos¹⁴, como os

da autonomia e heteronomia, da interioridade e exterioridade, da unilateralidade e bilateralidade, da faculdade e coercibilidade.

E, com fulcro em tais critérios, buscava as classificações que nenhuma proposta se revelava satisfatória. **Norberto Bobbio**¹⁵ destacou que, ao contrário da doutrina tradicional que caracterizava a ordem jurídica como o sistema normativo composto de normas jurídicas, definindo o ordenamento pela natureza das normas, a perspectiva consagrou que as normas são jurídicas porque fazem parte do ordenamento jurídico.

Bobbio ainda sustentou que a classificação do ordenamento jurídico como objeto autônomo de estudo é recente e, em sua metáfora, apontou que se realçava mais o estudo das normas (consideravam-se as árvores, mas não a floresta).

A partir do momento em que a norma jurídica passou a ser considerada parte de um todo mais vasto, e que o ordenamento jurídico passou a ser tratado de forma autônoma, alguns impasses se dissiparam, tais como os conflitos entre normas, de norma e princípio, da norma sem sanção, das lacunas, da aplicação analógica, da própria criação de normas, sejam gerais e individuais, mediante aplicação de outras normas.

O isolamento dos problemas do ordenamento jurídico e dos da norma jurídica, propiciado principalmente pela teoria geral do direito de Hans Kelsen, revela que tinha consciência dos problemas conexos com a existência do ordenamento jurídico e, por isso, dedicou-lhes especial atenção.

Através da contribuição de Kelsen, a teoria geral do direito é construída sobre o cimento da análise estrutural da proposição jurídica. E o tratamento do direito como uma ordem normativa, um sistema

de normas, permitiu equacionar e buscar a resposta para as questões que antes não foram solucionadas em face do isolamento da norma, sem sua devida inserção no sistema normativo.

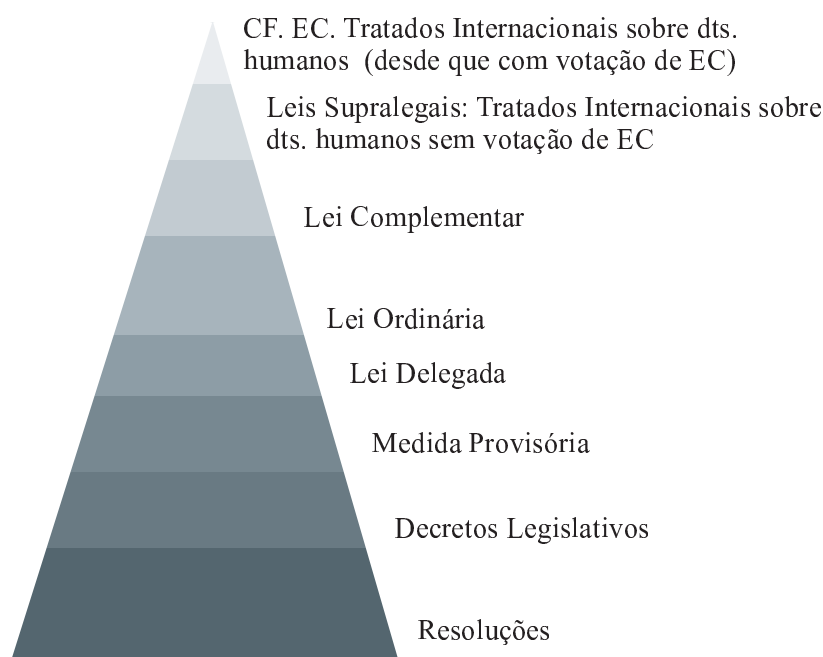
A diferenciação do direito das demais ordens normativas¹⁶ não se dá em razão da existência de sanções punitivas ou premiaias, mas porque se apresenta como ordem coativa, no sentido que aplica à inobservância da conduta prescrita uma pena que deve ser imposta, e no caso de resistência, com recurso à força física.

A mera pluralidade de normas não basta para se definir o direito como sistema. Pois é preciso que haja fundamento comum a essas normas para que a ordem jurídica forme um todo unitário. O fundamento de validade comum confere unidade ao sistema normativo, ao mesmo tempo em que confere validade para todas as normas que possam a este ser referidas.

Concebeu Kelsen o ordenamento jurídico como um sistema do tipo dinâmico, em que, diferentemente dos sistemas do tipo estático, o fundamento de validade de uma norma não é referido ao seu conteúdo, mas à sua forma de criação.

A representação geométrica do ordenamento jurídico como uma pirâmide espacial foi trazida por Kelsen, colhida pelos membros da Escola de Viena e por Adolf Merkl, em que as normas são organizadas em degraus inferiores e superiores, em uma relação supra-infra-ordenação.

Mesmo nos ditos ordenamentos organizados de forma linear existirá uma coordenação entre a norma de grau superior e outra de grau inferior, pelo menos no que concerne às relações entre as normas constitucionais e ordinárias (legisladas e consuetudinárias) e, de modo geral, as normas individuais.



* Pirâmide baseada no encarte do material Reta Final da ed. RT – autor: Erival da Silva Oliveira – Direito Constitucional, Parte I, 4ª edição.

Seja a estrutura piramidal dotada de vários escalões ou de um número reduzido de degraus, o fundamento de validade será buscado em norma superior do sistema. A atribuição de competência é uma função deontológica e, assim, depende de seu estabelecimento pela norma.

A teoria da norma fundamental¹⁷, conforme advertiu Kelsen, não é uma teoria do reconhecimento, mas uma teoria do conhecimento jurídico.

Esta não exerce qualquer função ético-política ou ideológica, mas tão somente uma função teórico-gnosiológica. A norma fundamental (*Grundnorm*) não é

uma norma positiva, não é uma norma posta. Trata-se de norma pressuposta, é uma hipótese teórico-gnosiológica bem peculiar da ciência do direito.

E tem dupla função: constitui unidade da pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes à ordem normativa. A norma fundamental¹⁸ não tem caráter axiológico, pretende ser uma resposta teórica para a validade das normas do sistema jurídico positivo, unificando a pluralidade de normas em um fundamento comum.

A respeito da norma fundamental baseada na *Teoria da Ficção*

de H. Vaiginger (efetivamente publicada em 1964), a norma fundamental tida como ficção, afirmando que, contra a suposição de uma norma não estabelecida por um ato real de vontade, mas somente pressuposta no pensamento jurídico, é possível argumentar que a norma pode somente constituir o sentido de um ato de vontade, não o sentido de um ato do pensamento, porquanto existe correlação essencial entre “dever” (*Sollen*) e “querer” (*Wollen*).

Ao formular o conceito de regra de reconhecimento, Hart oferecia o que, a seu ver, trata-se de uma evolução da norma fundamental. De caráter secundário, consiste na regra suprema do sistema jurídico, que estabelece quais as que devem ser reconhecidas como juridicamente válidas, ou seja, identificam quais regras diretas, regras primárias de obrigação, devem pertencer ao sistema normativo.

Tanto a norma fundamental como a regra de reconhecimento consideradas por diversos doutrinadores são disposições superiores do ordenamento jurídico: no entanto, a noção de validade não é aplicável para a regra de reconhecimento, enquanto a norma fundamental de Kelsen possui uma existência metafísica em que a noção de validade é central para sua doutrina.

A regra de reconhecimento não depende de coerção para a validade. Sua existência é uma questão de fato. Sua função é fornecer um critério de reconhecimento para a identificação de regras. Pode incluir critérios de validade. Fornece validade às regras dentro de um ordenamento jurídico ao permitir que aplicadores do direito reconheçam outras normas secundárias e primárias. Fornece unidade ao ordenamento jurídico. Sua

validade (que não possui qualquer importância em sua teoria) não pode ser demonstrada; esta simplesmente existe. Não há conexão necessária entre a validade e a eficácia de uma regra (salvo se a regra de reconhecimento contiver essa previsão).

Já a norma fundamental é baseada na coerção, é ficcionalmente pressuposta, sua função é validar todas as normas de um sistema; só existe uma norma fundamental, fornece validade a todo ordenamento jurídico e também é fonte de todas as outras normas; permite que o aplicador do direito interprete a validade das normas em um campo de significação não contraditório. É pressuposta em termos de eficácia, dessa forma, precisa ser válida e a sua escolha não é arbitrária e depende necessariamente da eficácia.

Tal objeção somente pode ser enfrentada reconhecendo-se que, junto à norma fundamental pensada, existe uma autoridade imaginária cujo ato de vontade é fingido.

Através dessa ficção, declara a suposição de que uma norma fundamental entra em contradição com a suposição de que a constituição seja validada na norma fundamental (sendo o ato de vontade da autoridade máxima acima da qual não pode haver nenhuma outra).

Com esse esquema, a norma básica se torna uma genuína ficção no sentido da filosofia. A norma fundamental é uma norma fictícia que dá significação de um ato de vontade não real, ou seja, fictício. É ficção¹⁹ caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade mas é também contraditória em si.

Hermann Cohen²⁰, fundador da Escola neokantiana de Marburgo em sua obra “Lógica do conhecimento puro”, substituiu o princípio kantiano novo, o da fecundida-

de do pensamento puro, que é essencialmente produção autônoma, sem contato com a sensação e a representação.

A doutrina kantiana previa o conhecimento transcendental, não se fundava em fato da realidade, e ocupava-se não tanto dos objetos, mas do modo de conhecê-los, enquanto deva ser *a priori*²¹.

Reafirmou desta forma, a filosofia como metodologia da ciência atribuindo-lhe o papel de indagar sobre os elementos *a priori* do conhecimento científico.

A justiça sempre representou um sonho irrenunciável da humanidade e, no apêndice da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen fez constar o título “A Justiça e o Direito Natural”, mas não acompanhou a edição das traduções francesa e portuguesa.

Kelsen não tratou da justiça dentro da teoria pura do direito, até por se referir ao direito positivo. Mas, ressaltou a importância daquele problema para uma política jurídica, à qual caberia decidir sobre a valoração da conduta humana como conteúdo das normas jurídicas.

Sustentou Kelsen que a justiça é valor constituído por uma norma jurídica que serve como esquema de interpretação de conduta: é justa a conduta que corresponde a essa norma, e será injusta a que a contrariar.

Num tratamento científico da justiça, teria como tarefa verificar as normas de justiça e buscar elementos que elas tenham em comum, para se lograr elaborar um conceito geral de justiça.

A justiça é ideal irracional posto que não possa ser apreendido com a razão e nem evidenciado de forma absoluta. A justiça reside na intersubjetividade, é um acalentado sonho da humanidade e não está confinada nos foros de

criação e aplicação do direito, é questão que envolve, em todos os planos, o relacionamento humano e a vida.

Muitas e diversas concepções de justiça que foram desenvolvidas ao longo do curso da história mostram que há a permanente tentativa de vencer as insuficiências e as imperfeições das fórmulas que tentaram em vão condensá-la.

A questão de valoração da conduta humana e como deve ingressar no domínio do direito, com conteúdo das normas, é questão dos valores que a sociedade quer proteger e cuja efetivação almeja assegurar.

Sobre o conceito de justiça, Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, na sua obra *Dicionário Básico de Filosofia*, esclarecem ser “princípio moral que estabelece o direito como ideal e exige sua aplicabilidade e seu acatamento. Por extensão, virtude moral que consiste no reconhecimento que devemos dar ao direito ao outro”. A justiça prevalecerá somente quando existir a igualdade entre as pessoas e a liberdade de expressão.

O papel das partes interessadas busca relacionar o dano causado pelo delito às necessidades específicas de cada interessado (vítima e transgressor), bem como inventariar um conjunto de possibilidades restaurativas capazes de atender a tais necessidades. O objetivo principal é o de mostrar que a reparação de danos aos sentimentos e às relações passa pelo fortalecimento dos interessados principais, afetados de forma mais direta.

Cumprido recordar que todos aqueles que possuem uma relação emocional significativa com a vítima ou com o transgressor são considerados diretamente afetados pelo delito, portanto, fazem parte também do processo res-

taurativo e participam através de debates.

John Rawls²², filósofo norte-americano, defende uma teoria da justiça centrada no social e na justiça distributiva. Ao negar o utilitarismo e o individualismo, busca reelaborar a teoria do contrato social. Em sua concepção de sociedade justa, todos devem possuir as mesmas oportunidades, mas os menos favorecidos (minorias) devem ser os primeiros a receber os benefícios da sociedade. Cabe aos mais favorecidos facilitar este processo de redistribuição.

Jürgen Habermas, filósofo alemão, critica o excessivo valor dado à razão técnica em detrimento das questões ligadas aos valores humanos. Aponta que a ciência priorizou a técnica a serviço da dominação, dirimindo, assim, a autonomia do ser humano. Propõe a retomada dos princípios morais e a consagração de uma sociedade justa e que passa pelo resgate da ação comunicativa entre os seres humanos e, por consequência, pelo estabelecimento de diretrizes morais e éticas capazes de superar as contradições existentes no mundo globalizado.

A justiça restaurativa é conceito baseado na colaboração entre as partes interessadas principais, das pessoas envolvidas diretamente por um delito, com vistas a determinar a melhor maneira de reparar o dano causado. Paul McCold e Ted Wachtel afirmam que a justiça restaurativa busca reduzir ao mínimo o dano causado às vítimas de algum delito.

A justiça restaurativa é composta de três estruturas conceituais diferentes, mas relacionadas, a saber: a janela de disciplina social, o papel das partes interessadas e a tipologia das práticas restaurativas.

A janela de disciplina social busca evitar as práticas puramente punitivas ou retributivas que somente estigmatizam as pessoas de forma negativa, ou práticas permissivas que apenas protegem as pessoas das consequências de suas ações erradas. Seu objetivo é explicar como o conflito pode se transformar em cooperação.

A tipologia das práticas restaurativas, através do chamamento ao consenso das partes interessadas (direta e indiretamente), busca conjuntamente uma solução efetiva para o conflito, de modo a preencher suas necessidades emocionais. Todos devem ter participação ativa no processo de conciliação. Seu principal objetivo é explicar porque a participação da vítima, do transgressor e das comunidades se faz necessária à reparação dos danos causados pelo delito perpetrado.

Há três tipos de justiça restaurativa: a *parcial* (que tem a participação de um dos grupos de partes interessadas principais); *maior parte restaurativa* (tem a participação da vítima e do transgressor através de processo de mediação sem as comunidades); *total*, tem a participação da vítima, do transgressor e das comunidades.

Em síntese, a justiça restaurativa é alcançada através do processo cooperativo das partes envolvidas a fim de encontrar a melhor forma de reparação do dano causado pelo delito. (In: WACHTEL e MCCOLD. *Social Discipline Window*. 2000).

Gustav Radbruch²³ é lembrado por ter provocado mudanças no direito positivo e por inspirar as declarações dos direitos huma-

nos. E a construção dos direitos humanos têm sido principalmente uma via para a luta contra a violência e a edificação da cidadania. A transformação na ordem jurídica se fará pela comunidade social, através de seus atos e de seu querer, com os respectivos significados normativos.

De fato, pesa sobre os ombros humanos a responsabilidade pelas transformações e inovações do direito. E esbarra nos limites dos

seres humanos em ser capaz de criar utopias e construir realidades.

Ao formular a norma fundamental, a teoria pura do direito não objetivou inaugurar um novo método para a ciência do direito. Apenas

propõe elevar o nível de consciência a respeito do que todos juristas fazem (na maior parte das vezes inconscientemente) quando, ao conceituar seu objeto de investigação, rejeitam o direito natural como fundamento de validade do direito positivo, mas, não obstante, entendem o direito positivo como um sistema válido, isto é, como norma, e não como meras contingências factuais de motivação.

Com a doutrina da norma fundamental, a teoria pura do direito analisa o atual processo do duradouro método de conhecimento do direito positivo, com objetivo simplesmente de revelar as condições lógico-transcendentais desse método.

Podemos entender que a função explicativa da norma fundamental encontra-se incorporada na função de fundamentação (ou embasamento), o que torna, portanto, parte dessa função.

O ATO PROPULSOR DA NORMA É ATO DE VONTADE INTENCIONALMENTE DIRIGIDO À CONDUTA DE OUTREM

Mas o intérprete não é compelido a entender a função explicativa desse modo. Pode também ser lida como uma função independente, que se refere à postura do jurista, enquanto este, nas palavras de Kelsen, “rejeita o direito natural como o fundamento de validade do direito positivo”, mas, não obstante, entende o direito positivo como um sistema válido²⁴, isto é, como norma. ■

Notas

1 Hans Kelsen nasceu em Praga, em 11 de outubro de 1881 e morreu em Berkeley em 19 de abril de 1973. Foi um jurista e filósofo austríaco, sendo um dos teóricos mais importantes e influentes do século XX. Publicou cerca de quatrocentos livros e artigos, com especial destaque para a *Teoria pura do direito* ou *Reine Rechtslehre*. Recebeu o título de doutor em 1906. Em 1911 recebeu o título de livre-docente e publicou o seu primeiro trabalho intitulado “Problemas fundamentais da teoria do direito do Estado”. Em 1919 tornou-se professor de Direito Público na Universidade de Viena, sendo considerado o principal representante da chamada Escola Normativista do Direito. Kelsen era judeu e fora perseguido pelo nazismo, razão pela qual emigrou para os Estados Unidos, e onde também exerceu o magistério na Universidade de Berkeley, vindo a falecer nesta cidade da Califórnia. Sofrera duras críticas ideológicas particularmente dos militantes da doutrina comunista. Em 2011 foi lançada a versão em língua portuguesa da “Autobiografia de Hans Kelsen”, pela editora Forense Universitária, do Rio de Janeiro, traduzida por Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto, com estudo introdutório elaborado por José Antonio Dias Toffoli e Otávio Luiz Rodrigues Junior.

2 Na poética ilusão do positivismo acreditava-se na simples esperança de descobrir as leis dos fenômenos, o que pode ser contestado pela afirmação de que a existência pretérita de uma forma de saber em nada deixava a desejar em relação à ciência moderna. A presente ciência se esquecera de suas raízes metafísicas, o que empobreceu o fundamento lógico e ético de suas descobertas.

3 O neokantismo ou neocriticismo é corrente filosófica desenvolvida na Alemanha a partir dos meados do século XIX até os anos 1930. Preconizou o retorno aos princípios de Kant opondo-se ao idealismo objetivo de Hegel, então predominante, e a todo tipo de metafísica, mas também se colocava contra o cientismo positivista e sua visão absoluta da ciência. O neokantismo pretendia recuperar a atividade filosófica como reflexão crítica sobre as condições que tornam válida a atividade cognitiva, principalmente a ciência e também

a moral até a estética. As principais vertentes do neocriticismo alemão foram a Escola de Baden que tendia a enfatizar a lógica e a ciência e a Escola de Marburgo que influenciaram boa parte da filosofia alemã posterior em particular o historicismo e a fenomenologia. Seus principais representantes são Hermann Cohen, o líder da Escola Marburgo e Paulo Natorp e Ernst Cassirer. O retorno a Kant parecia, naquela época, o único modo possível de pensar a ciência e o lugar da razão. E a maioria dos pensadores do final do século XIX e início do século XX são de alguma forma, neokantiana tal como Michel Foucault que em certa ocasião declarou: “somos todos neokantianos”.

4 A *Crítica da Razão Pura* ou *Kritik der reinen Vernunft* é a principal obra de Kant sobre a teoria do conhecimento e cuja primeira edição é de 1781, e a segunda contendo alterações substanciais feitas pelo autor em 1787. É considerada uma das mais influentes obras na história da filosofia e marca o início do idealismo alemão. Kant a escreveu como a primeira de três críticas, seguida pela *Crítica da Razão Prática* (1788) e a *Crítica do Juízo* em 1790. Nessa obra, o filósofo tenta responder a primeira das três questões fundamentais da filosofia ocidental: Que podemos saber? Que devemos fazer? Que nos é lícito esperar?

Kant distingue duas formas de saber: o conhecimento empírico, que se relaciona com as percepções dos sentidos, sendo posteriores à experiência. E o conhecimento puro, que não depende dos sentidos e da experiência, ou seja, *a priori*, universal e necessário. O conhecimento verdadeiro só é possível pela junção entre matéria, proveniente dos sentidos, e forma, que são as categorias do entendimento.

5 A concepção da Ciência do direito é associada normalmente ao positivismo jurídico, e parte da distinção entre fato e valor. Nesse sentido, a Ciência do direito estaria fundada num fenômeno objetivo desprovido de valores relativos e subjetivos. O referido conceito teria sido fundado pelo jurista John Austin que fora um dos pioneiros a estabelecer a distinção entre direito e moral e adquiriu especial relevância com o advento da Teoria Pura do Direito, do jurista austríaco Hans Kelsen, que buscava uma teoria do direito positivo. Preocupou-se Kelsen em afirmar uma ciência jurídica e não política do direito. E libertasse a ciência jurídica de todos os elementos e que lhe são estranhos. Desta forma, o objeto da ciência jurídica são as normas jurídicas e a conduta humana, apenas na medida em que esta se constitui como conteúdo das normas jurídicas. Enfim, o direito como ciência normativa limita-se ao conhecimento e descrição das normas e às relações entre fatos constituídas pelas próprias normas. Opõe-se às ciências da natureza ou naturais que visam o conhecimento credenciado pela lei da causalidade e de processos reais.

6 O enfoque da ciência jurídica é puro, positivista, e anti-ideológico cunhado por Kelsen com o fim de conservar o dogmatismo de sua teoria e afastar da influência de outras ciências. Classificou Kelsen a ciência jurídica como normativa e descritiva, e considerou

que os valores como a justiça não deveriam ser objeto de estudo da ciência jurídica. Assinalou que a finalidade existencial da ciência jurídica consiste em solucionar conflitos sociais e regulamentar situações de modo a viabilizar a coexistência pacífica e harmônica dos indivíduos. A ciência jurídica contemporânea se contrapõe ao posicionamento esboçado por Kelsen e aponta que não deve ser entendida como dogma, mas como fenômeno altamente mutante e, portanto inacabado principalmente para se adequar às mais diversas necessidades sociais presentes e futuras, advindas da modernidade e pós-modernidade e intangíveis a previsão do legislador. A ciência do direito tem por objeto estudar o fenômeno jurídico tal como se acha historicamente realizado em todas suas múltiplas manifestações e momentos.

7 A natureza do conhecimento, portanto, é a de um ato-relação. Conhecimento é ato porque pressupõe uma atitude problematizante, uma ação diante do mundo (*práxis*). Sob uma perspectiva estrutural, é relação que se estabelece entre elementos incindíveis. Como *práxis*, o conhecimento do mundo ou de determinado aspecto dele, por mais teórico, especulativo ou abstrato que seja, sempre pressupõe uma ação transformadora. Não há conhecimento sem sujeito e objeto. Conhecer é estabelecer uma relação com um objeto, uma relação plena de sentido. São, portanto, elementos essenciais do conhecimento.

8 Relevante salientar que as ciências humanas em seu recente surgimento apareceram quando o homem se constituiu na cultura ocidental, ao mesmo tempo como que é necessário pensar e o que se deve saber, nas imbatíveis palavras de Michel Foucault. A própria epistemologia geral conforme conhecemos atualmente é algo recente, pois devemos esperar a produção de investigações epistemológicas dos cientistas e não dos filósofos.

9 A liberdade juntamente com a igualdade correspondem aos postulados de nossa razão prática e contribui para a concepção de democracia de Kelsen. O homem é livre na medida em que participa da vontade do Estado. O indivíduo é livre só por um momento, isto é, durante a votação, mas apenas se votou com a maioria e não com a minoria vencida. Portanto o cidadão só é livre através da vontade geral e de que, por conseguinte, é obrigado a obedecer, está sendo obrigado a ser livre.

10 Para Kelsen, não interessa ao direito se a norma é verdadeira ou falsa, boa ou má, mas apenas se esta é válida ou inválida. O único juízo de valor relevante e admitido por Kelsen é a compatibilidade das condutas humanas às normas, e destas com as normas superiores. Em sua teoria do Estado, Kelsen apontou que Estado e direito se confundem, o que implica em sérias influências na concepção de democracia posto que o Estado democrático também deverá ser esvaziado de juízos axiológicos.

11 O mundo jurídico tece em verdade uma preciosa rede de interpretações. E, os profissionais do direito estão, sempre interpretando a ordem jurídica, diante da enorme profusão de

sentidos, reflexo inexorável da cultura humana e da vasta dimensão axiológica a que chegamos. Toda ordem jurídica porta significações e cabe a norma jurídica evidentemente confirmar tais significações. Assim toda atividade interpretativa visa apreender de forma concreta o inteligível a regulação da norma.

12 Há doutrinadores renomados que afirmam que medida provisória não é tecnicamente lei, posto que seja ato pessoal do presidente da república que é dotado de força de lei porém sem a participação do Legislativo que somente é chamado para discuti-la e aprová-la posteriormente. O pressuposto genérico da medida provisória é a urgência e a relevância cumulativamente. Lei, no sentido técnico jurídico, é a que passa por processo legislativo prévio para sua formação. As medidas provisórias vigoram por sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta. E, findo tal prazo, se o Congresso Nacional não vier aprová-la, convertendo-a em lei, a medida provisória perderá definitivamente sua eficácia. Porém, a medida poderá ser reeditada, apesar de nossa Constituição Federal vigente proibir a reedição da medida na mesma sessão legislativa, expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional, ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo, porém poderá ser novamente adotada na sessão legislativa seguinte. O STF vem entendendo a possibilidade de a medida provisória ser veículo idôneo para instituição de tributos.

13 Toda norma jurídica compõe-se de suporte fático e numa correlata consequência jurídica amalgamando os elementos como: imperatividade (pois preconiza comportamento obrigatório, ficando os destinatários sujeitos às sanções caso a descumpram); a generalidade (posto que se destinem a ser aplicada a toda uma categoria de destinatários); a abstração (pois fixa a conduta a ser adotada em situações de fato abstratas) e hipoteticidade (pois prevê condutas a se adotar no futuro quando se verificarem os fatos hipoteticamente previstos).

A sanção não pertence ao rol de elementos identificadores e definidores da norma jurídica (suporte fático ou consequência jurídica), trata-se da necessidade de comando prescritivo do direito, pois a força legal é o instrumento de realização do direito, e de estrutura do ordenamento jurídico.

14 Entre as dicotomias clássicas, ressalta-se a que divide direito público do direito privado, baseada na antiga divisão prevista no direito romano. E, para essa dicotomia o critério era dividir em dois universos: de forma que os respectivos elementos de um não viessem a pertencer ao outro, e vice-versa. A divisão era total, e convergia para outras dicotomias. O direito público era o concernente ao Estado dos negócios romanos, é o da coisa pública; ao passo que o direito privado é o que disciplina os interesses particulares, refere-se àquilo que não é público. Segundo as conclusões de Kant existem duas grandes dicotomias doutrinárias jurídicas, direito público/direito privado e direito natural/direito positivo (da sociedade civil): o direito privado ou dos privados é do estado de natureza, cujos institutos fundamen-

tais são a propriedade e o contrato. Já o direito público é o que emana do Estado, constitui sobre a supressão do estado de natureza, e sendo legítimo o Estado, a sua relação com o cidadão é irrevogável e permanente e pode pretender do cidadão, excepcionalmente para o fim do bem maior. O direito privado se relaciona com a justiça comutativa, que é a relação entre as partes, como também, o direito público se relaciona com a assertiva sobre justiça distributiva, relação entre todo e as partes, distinção provinda da dicotomia existente entre a sociedade de iguais e sociedade de desiguais.

15 Norberto Bobbio (1909-2004) foi filósofo político, historiador do pensamento político e senador vitalício italiano. Em 1935 foi docente de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino, mas houve dificuldades em face da prisão e a pena de advertência que sofrera no ano anterior. Escreveu a Mussolini rogando que fosse removida a pena. A carta foi tão pungente que sessenta anos mais tarde é citada como prova de fraqueza e indecência dos intelectuais antifascista. Sobre esse tema declara comovido ao jornalista Giorgio Fabre *in verbis*: “Quem viveu a experiência do Estado de ditadura sabe que é um Estado diferente de todos os outros. E até minha carta, que agora me parece vergonhosa o demonstra (...). A ditadura corrompe o espírito das pessoas. Constringe à hipocrisia, à mentira e ao servilismo”. Seu interesse pela história das ideias o leva a partir de 1962 a lecionar Ciência Política, juntamente com *Filosofia de Direito*, constituindo a sua cátedra na Universidade de Turim paralelamente à de Giovanni Sartori, em Florença, as primeiras na área das Ciências Sociais, em Itália. Em 1972, transita para a Faculdade de Ciências Políticas em Turim, indo substituir Alessandro Passarin D’Entrèves na cátedra de Filosofia Política. Depois de 1979 afasta-se da atividade docente, com setenta anos, mas se mantém ativo na reflexão e na escrita.

16 Pontes de Miranda, franco partidário da regeneração da ciência, lutou para que o direito também se transformasse em ciência positiva, tal qual a Sociologia, utilizando-se de métodos próprios das ciências exatas e naturais. Posto que os fatos jurídicos seriam descritíveis e observáveis e classificáveis e sujeitos às leis imutáveis. Nesse ponto, o positivismo de Pontes de Miranda difere da teoria pura do direito proposta por Hans Kelsen que era jurídico-normativista. Reduzindo a ciência do direito ao “dever-ser”, visto sempre sob uma perspectiva prescritiva na qual a norma é fonte absoluta de investigação. A missão purificadora de Kelsen consistia na libertação da ciência jurídica de todos os elementos que lhe fossem estranhos. E vinha das ciências conexas como Sociologia, Psicologia, Ética e da Ciência Política. Visava evitar o chamado sincretismo metodológico que era acusado de ser responsável pelo obscurecimento da ciência jurídica.

17 Dois conceitos são cruciais para se entender Kelsen, o de norma jurídica e de proposição jurídica. Em apertada síntese, as normas jurídicas são conceituadas como o exercício da

efetivação do direito enquanto que as proposições jurídicas são atividades desempenhadas pelos cientistas do direito na produção de doutrina. São juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem em conformidade com uma ordem jurídica. Importante lembrar que a validade da norma jurídica depende de sua relação com a norma hipotética fundamental. Por serem consideradas como o exercício da efetivação do próprio direito, as normas devem ser impostas pela autoridade competente, ainda que ausente congruência lógica com o restante do sistema, e formalmente positivadas na ordem jurídica. Enfim, para Kelsen alcançar a autonomia do objeto científico, faz-se necessário, em primeiro lugar, um corte epistemológico (a definição do objeto) e, depois, em segundo lugar, um corte axiológico (a definição de sua neutralidade).

18 A norma fundamental é uma norma pressuposta no plano lógico jurídico, sendo fundamento último de validade do ordenamento jurídico. É pressuposto baseado na razão (dogmática) que conforme observou Tércio de Sampaio Ferraz “encarna o próprio princípio da inegabilidade dos pontos de partida”, sendo condição *sine qua non* para o estudo dogmático do direito. A norma fundamental não é uma norma material sendo regra puramente formal. A teoria da norma fundamental de Kelsen foi alvo de sérias críticas conforme Hart dispôs que: “A norma fundamental de Kelsen tem, num certo sentido, sempre o mesmo conteúdo; porque é, em todos os sistemas jurídicos, simplesmente a regra de que constituição ou aqueles que “estatuíram a primeira constituição” devem ser obedecidos; esta aparência de uniformidade e simplicidade pode ser enganadora. Se uma constituição que especifique as várias fontes de direito for uma realidade viva, no sentido de que os tribunais e funcionários do sistema efetivamente identificam o direito de acordo com os critérios que prevê, então essa constituição é aceite e existe efetivamente. Parece ser uma duplicação repetida e inútil sugerir que há uma regra ulterior aqui parece não haver lugar para a regra de que a constituição deve ser obedecida em aditamento à regra de que certos critérios de validade e devem ser utilizados ao identificar o direito. Tal é a regra aceite e considera-se causador de mistificação falar de uma regra, dizendo que essa regra deve ser obedecida.

19 Ficção do latim *fingere* que significa fingir, imaginar. No sentido filosófico, é uma construção elaborada pela imaginação graças à qual um indivíduo acredita poder resolver um problema real (metafísico, lógico, moral ou psicológico). (*In*: JAPIASSÚ, H.; MARCONDES, D. *Dicionário básico de Filosofia*, op. cit.).

20 Hermann Cohen (1842 – 1918) filósofo alemão. Completou seus estudos filosóficos em Berlim e em Halle, obtendo seu doutorado em 1865. Professor em Marburgo e titular de Filosofia entre 1876 e 1912, ano em que se mudou para Berlim e publicou com Paul Nartop a revista *Philosophische Arbeiten* dedicada à di-

fusão e defesa do neokantismo. Sua obra mais importante é *Sistema de filosofia* publicado em 1902.

21 O conhecimento *a priori* é uma expressão filosófica para distinguir do conhecimento ou argumento *a posteriori*. O *a priori* é usado como adjetivo para modificar outros substantivos, como verdade. Além disso, muitas vezes os filósofos modificam este uso. *A priori* é o conhecimento ou justificação independente da experiência. Argumento *a priori* é aquele em que você pode ver que é verdadeiro sem examinar as coisas no mundo físico. Sem qualquer ciência. A noção *a priori* é epistêmica que caracteriza o modo como uma proposição é conhecida, o de ser conhecida independentemente da experiência. Ao introduzir a noção de conhecimento *a priori*, Immanuel Kant equacionou-a como a necessidade estabelecendo a seguinte equivalência: uma proposição é conhecida *a priori* se, e somente se, for necessária.

Para Kant são conceitos *a priori*, ou seja, os universais e necessários, tais como as formas ou instituições puras da sensibilidade (espaço e tempo), as categorias do entendimento e as ideias da razão. Já para Jerry Fodor aludiu: “O Positivismo, em particular tinha como certo que verdades *a priori* devem ser necessárias (...)” Porém, desde Kant, a distinção entre as proposições sintéticas e analíticas tinham se alterado ligeiramente. As proposições analíticas foram amplamente consideradas como sendo “verdadeiras em virtude de significados e independentemente do fato”, enquanto que as proposições sintéticas não, deve-se realizar algum tipo de investigação empírica, verificando o mundo, para determinar os valores-verdades de proposições sintéticas.

22 O conceito de justiça social é construção moral e política baseada na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva. É encarada como o cruzamento entre o pilar econômico e o pilar social. O conceito surgiu em meados do século XIX referindo às situações de desigualdades sociais, e definiu a busca de equilíbrio entre partes desiguais, por meio da criação de proteções (ou desigualdades de sinal contrário) a favor dos mais fracos. Enquanto que a justiça tradicional é cega, a justiça social deve tirar a venda para ver a realidade e compensar a desigualdades que nela se produzem. No mesmo sentido, diz-se que, enquanto a chamada justiça comutativa é a que se aplica aos iguais, a justiça social corresponderia à justiça distributiva aplicando-se aos desiguais. O mais importante doutrinador da justiça distributiva é o filósofo John Rawls que defende que uma sociedade será justa se respeitar três princípios, a saber: a garantia das liberdades fundamentais para todos; a igualdade equitativa de oportunidades; manutenção de desigualdades apenas para favorecer os mais desfavorecidos.

23 Gustav Radbruch (1878-1949) foi professor de direito na Universidade de Heidelberg. Participou da corrente filosófica do direito jusnaturalista que entendeu que o direito deve estar fundamentado no justo e não somente na mera adequação do direito como sendo aquilo que a lei diz que é direito em

determinado momento histórico. Sublinhou a importância da segurança jurídica afirmando que tão somente o direito extremamente injusto deixa de ter validade. Foi autor de vários projetos no campo do direito da infância e juventude, da proteção dos filhos ilegítimos, da habitação e sobre sistema judiciário. Conseguiu a aprovação no parlamento, depois de vencer forte resistência, do ingresso de mulheres na magistratura. No fim de sua vida tornou-se um crítico do positivismo jurídico convencido de que a postura juspositivista que veio legitimar o direito nazista.

24 Apesar da história mostrar que o judiciário alemão acabou por referendar o totalitarismo de Hitler, não se deve ao modelo de Direito ou de democracia esculpida por Kelsen, mas porque passou à margem do maior valor regente das relações humanas que é a dignidade da pessoa humana.

Referências

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1994.

BRANCO, Juliana Castelo. *Constituição: Sentido sociológico, político, jurídico e dirigente*. Disponível em: <http://juriscondictio.blogspot.com.br/2011/02/constituicao.html> Acesso em 28/10/2013.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone, 1995.

DE OLIVEIRA, Júlio Aguiar; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (organizadores)... [et al]. 1a. ed. Hans Kelsen. Teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

JÚNIOR DO AMARAL, José Levi Mello. *Do positivismo jurídico à democracia de Kelsen*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/demo_kelsen.html Acesso em 28/10/2013.

JUNIOR FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JUNIOR NERY, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

MERKL, Adolf Julius. *Das Recht in Lichte seiner Anwendung*. Hanover: Heldwing, 1917.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito constitucional*. Parte I, 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2004.

POGGETTI, Donata. *A pirâmide de Kelsen*. Disponível em: <http://www.equilibrecursos.net/2012/07/12/a-piramide-de-kelsen/> Acesso em 28/10/2013.

RUSSO, Diogo de Assis. *Considerações acerca da teoria das normas jurídicas de Hans Kelsen*. Disponível em http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080916102131686&mode=print . Acesso em 30/10/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, George. *Direitos fundamentais e técnica constitucional – Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda*. Disponível em: <http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/T%C3%A9cnica-Constitucional.pdf> Acesso em 39/10/2013.

WACHTEL e MCCOLD. *Social Discipline Window*, 2000.