

COLECÇÃO STUDIUM

TEMAS FILOSÓFICOS, JURÍDICOS E SOCIAIS

HANS Kelsen

ANTIGO PROFESSOR DAS UNIVERSIDADES
DE VIENA E COLÓNIA

TEORIA PURA DO DIREITO

6.ª EDIÇÃO

TRADUÇÃO DE

DR. JOÃO BAPTISTA MACHADO

DOUTORADO PELA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA E
PROFESSOR DA FACULDADE DE ECONOMIA DO PORTO

ARMÉNIO AMADO — EDITORA
COIMBRA — 1984

V. Dinâmica Jurídica

34. O fundamento de validade de uma ordem normativa: a norma fundamental

a) Sentido da questão relativa ao fundamento de validade

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?

* Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo «vale» (é «vigente»), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. Já anteriormente, num outro contexto, explicámos que a questão do por que é que a norma vale — quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir por tal forma — não pode ser respondida com a simples verificação de um facto da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal facto. Do facto de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do facto de algo dever ser se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. Na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o facto de ela ser posta por qualquer autoridade, por um ser humano ou

supra-humano: assim acontece quando se fundamenta a validade dos Dez Mandamentos com o facto de Deus, Jehova, os ter dado no Monte Sinai; ou quando se diz que devemos amar os nossos inimigos porque Jesus, o Filho de Deus, o ordenou no Sermão da Montanha. Em ambos os casos, porém, o fundamento de validade, não expresso mas pressuposto, não é o facto de Deus ou o Filho de Deus ter posto uma determinada norma num certo tempo e lugar, mas uma norma: a norma segundo a qual devemos obedecer às ordens ou mandamentos de Deus, ou aqueloutra segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos de Seu Filho. Em todo o caso, no silogismo cuja premissa maior é a proposição de dever-ser que enuncia a norma superior: devemos obedecer aos mandamentos de Deus (ou aos mandamentos de Seu Filho), e cuja conclusão é a proposição de dever-ser que enuncia a norma inferior: devemos obedecer aos Dez Mandamentos (ou ao mandamento que nos ordena que amemos os inimigos), a proposição que verifica (afirma) um facto da ordem do ser: Deus estabeleceu os Dez Mandamentos (ou o Filho de Deus ordenou que amássemos os inimigos), constitui, como premissa menor, um elo essencial. Premissa maior e premissa menor, ambas são pressupostos da conclusão. Porém, apenas a premissa maior, que é uma proposição de dever-ser, é *conditio per quam* relativamente à conclusão, que também é uma proposição de dever-ser. Quer dizer, a norma afirmada na premissa maior é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. A proposição de ser que funciona como premissa menor é apenas *conditio sine qua non* relativamente à conclusão. Quer dizer: o facto da ordem do ser verificado (afirmado) na premissa menor não é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão.

A norma afirmada na premissa maior, segundo a qual devemos observar os mandamentos de Deus (ou do Seu Filho), está contida no pressuposto de que as normas, cujo fundamento de validade está em questão, provêm de uma autoridade, quer dizer, de alguém que tem capacidade, ou seja, competência para estabelecer normas válidas. Esta norma confere à personalidade legitimante «autoridade» para estatuir normas. O facto de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma

autoridade competente pode estabelecer normas válidas: e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas.

Como já notámos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser posta por uma autoridade cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. 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. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). Já para ela tivemos de remeter a outro posto (1).

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O facto de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.

b) O principio estatico e o principio dinamico

Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo

(1) Cfr. *supra*.