

A PIRÂMIDE DE Kelsen: VERDADE OU MITO?

Ricardo Fernandes de Oliveira¹

Resumo: este artigo tem como objetivo contribuir para o esclarecimento de um conceito bastante divulgado nas faculdades de direito, que é a pirâmide de Kelsen. A autoria dessa pirâmide seria de Hans Kelsen, jurista e filósofo de Direito? Com base em diversos livros dele, o objetivo é trazer para o leitor uma informação a mais clara e objetiva possível, para desmistificar alguns equívocos no pensamento daquele autor.

Palavras-chave: Pirâmide de Kelsen; hierarquia de normas; norma fundamental; validade.

Para quem nunca leu Hans Kelsen, só ouviu falar, esse cientista político pode parecer um reacionário, e suas teorias equivocadas. O objetivo desse texto é esclarecer um conceito atribuído a ele, amplamente divulgado nas faculdades de direito. Trata-se da pirâmide de Kelsen.

Quem frequentou uma faculdade de Direito já deve ter ouvido falar de tal figura, citada e desenhada em quadros negros. Bom, que se esclareça desde já: se você ler qualquer livro de Kelsen, seja ele a Teoria Pura do Direito, a Teoria do Direito e Estado, O que é Justiça, A Democracia, a Autobiografia, Jurisdição Constitucional e outros, não encontrará menção alguma a essa pirâmide. Se nos seus livros mais importantes isso não aparece, de onde saiu isso? Se ele nada falou a respeito, seria possível depreender essa tal figura geométrica? Para isso, é preciso relembrar antes a definição dessa pirâmide por aqueles que a citam.

Para os que acreditam na pirâmide, ela assim poderia ser definida: a ordem jurídica é uma construção escalonada de **diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas**. Existe entre elas uma conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até se chegar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Geometricamente, parece haver algumas dúvidas entre os construtores de tal pirâmide (basta ver os diversos modelos observáveis em pesquisa no Google), mas ela poderia ser, por exemplo, assim construída:

Figura 1- A suposta pirâmide de Kelsen

¹ Advogado.



Essa construção de validade de uma norma com base em outra parece funcionar no seguinte exemplo: o processo licitatório na Petrobras. De acordo com a Constituição Federal (CF), art. 173, §1º, III, a lei disporá sobre o processo licitatório em sociedades de economia mista. A lei 9478/97, em seu art. 67, diz que os contratos da Petrobrás para aquisição de bens e serviços serão precedidos de processo licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República. Por meio do Decreto nº 2745/98, a Presidência da República estabeleceu o Regulamento de procedimento licitatório simplificado da Petrobrás. Portanto, essa pirâmide parece funcionar. Cada uma dessas normas fez referência à anterior, e existe, de fato, uma escala entre CF, lei e decreto.

Mas, então, quais os problemas dessa construção?

Kelsen não fez menção alguma a essa pirâmide e sequer a desenhou. Se vamos admitir que a CF é o fundamento das demais normas, então ela deveria estar na base da pirâmide, e não no topo. Não se constrói uma pirâmide de cima para baixo, mas de baixo para cima. Kelsen era um homem com vasta cultura, e antes de seguir carreira no Direito, pensou em fazer a faculdade de Física ou Matemática²

Para ele, o direito regula a sua própria criação. Uma norma jurídica determina o modo como outra é criada e, de certo modo, seu conteúdo³. Quando fala em hierarquia de normas, Kelsen diz que a relação entre a norma que regula a criação de outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infra-ordenação. A primeira é a norma

² KELSEN, H. Autobiografia. 4ª.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 39

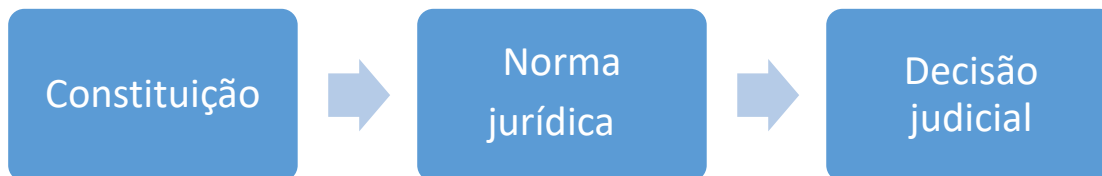
³ KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado.São Paulo; Martins Fontes, 2000., p.181.

superior, a segunda a inferior⁴. Toda norma jurídica é fonte de outra norma cuja relação ela regula⁵.

Portanto **a hierarquia entre uma norma e outra é temporal, não diz respeito a um tipo específico de norma criando outro tipo.**

Em termos esquemáticos, uma hierarquia temporal é, no contexto de Kelsen:

Esquema 1: A hierarquia temporal de normas em Kelsen



Existe uma norma jurídica que gera todas as demais, a constituição.

A atividade legislativa do Estado é, em grande parte, determinada pela Constituição, tanto em relação às matérias sobre as quais pode ser exercitada, tanto em relação às formas que deve assumir⁶. Para Kelsen, a constituição é a norma geral que serve de base para a produção das demais normas e para o funcionamento dos órgãos encarregados de aplicá-las e impô-las (tribunais e órgãos administrativos). Ela representa o aspecto formal do Estado⁷ e exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado⁸ até nova ordem⁹. Uma constituição é substituída por outra e uma nova ordem política é instaurada.

Para esse cientista, **não existe uma separação entre legislação e execução das leis. Cada ato legislativo é, ao mesmo tempo, de aplicação e de criação de direito**¹⁰. Um tipo ideal, só levando em conta as fases interestatais, terá uma hierarquia constituída por tratados, depois pela Constituição, pelas leis, pelo regulamento e depois pela sentença e pelo ato administrativo¹¹. A realidade pode diferir. Por exemplo¹²:

não é necessário que o regulamento, isto é, uma norma geral que emana das autoridades administrativas, se insira entre a lei e o ato individual, ou ainda, é possível que o regulamento intervenha diretamente com base na Constituição, e não apenas como execução de uma lei [grifo nosso].

Esquema 2: Regulamento pode ser produzido a partir da Constituição, sem intermediação de Lei

⁴ KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo; Martins Fontes, 2000, p. 179

⁵ KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo; Martins Fontes, 2000, p. 192, 215

⁶ KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 12

⁷ KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 130.

⁸ Nota: Kelsen considera a ideia de contrato social uma ficção.

⁹ KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 213

¹⁰ KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 126; KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo; Martins Fontes, 2000, p. 193, 386

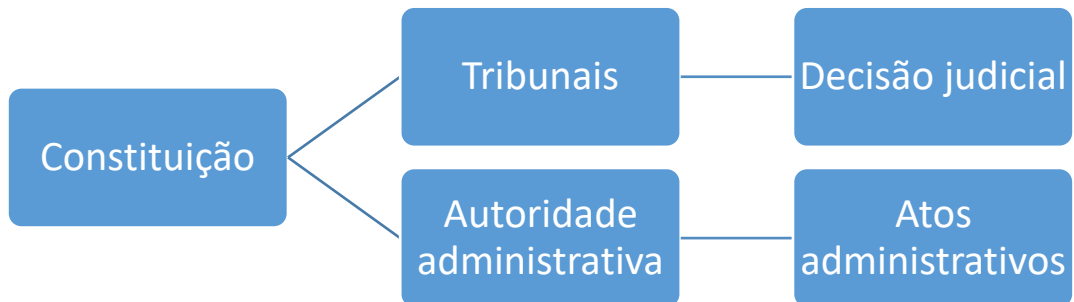
¹¹ KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 125.

¹² KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 125



Também é possível que não haja órgão legiferante específico, de forma que os tribunais e autoridades administrativas sejam competentes para eles mesmos criarem as normas para serem aplicadas nos casos concretos¹³.

Esquema 3: Possibilidade de competência de tribunais e autoridades administrativas na produção de normas



Outro exemplo¹⁴:

Não apresenta dificuldade o controle da constitucionalidade, pela jurisdição constitucional, **dos decretos que derogam as leis, pois na hierarquia dos fatos jurídicos tais decretos se encontram no mesmo nível das leis, e às vezes até são chamadas de leis ou decretos com força de lei** [grifo nosso]

Esquema 4: lei pode derogar decreto, e vice-versa



Além disso, as “leis administrativas”(ex. decretos) não são inferiores às ‘leis judiciais’(oriundas do sistema judiciário)”¹⁵.

Não existe uma hierarquia obrigatória entre normas federais e estaduais. Pelo contrário, é crítico sobre isso: é um paradoxo falar que o direito federal prevalece sobre o estadual, e daí defender uma jurisdição constitucional¹⁶. Completa¹⁷:

o verdadeiro respeito à ideia federalista [...] requer que nem o direito federal prevaleça sobre o direito estadual nem o direito estadual sobre o direito federal, e que ambos sejam, em suas relações recíprocas,

¹³ Kelsen, H. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo; Martins Fontes, 2000, p. 250

¹⁴ Kelsen, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p.157

¹⁵ Kelsen, H. O Estado como integração. 1ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.97.

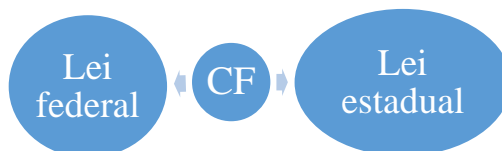
¹⁶ Kelsen, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 185

¹⁷ Kelsen, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 185

igualmente julgados pela Constituição total que delimita seu respectivos domínios [grifo nosso].

A lei federal não prevalece sobre a estadual, mas sim a lei constitucional sobre a inconstitucional, não interessando se é lei federal ou estadual¹⁸.

Esquema 5: Da Constituição, podem ser produzidas leis federais ou estaduais, sem haver hierarquia entre elas



A validade de uma norma pode depender de OUTRAS normas, e não de apenas uma, porque a validade dela dependerá de uma avaliação dos seguintes aspectos: a) se quem produziu a norma tinha competência para isso; b) se o processo legislativo ocorreu conforme previsto em norma; c) se não existe conflito entre o conteúdo dessa norma com a que lhe serviu de fundamento. Kelsen disse algo nesse sentido:

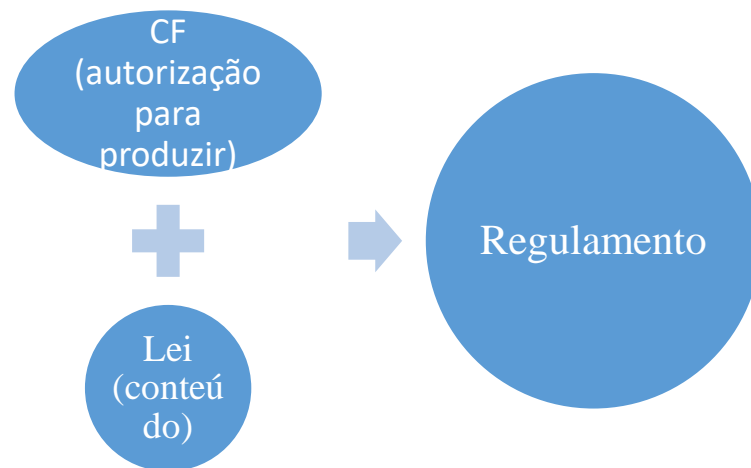
É o que acontece, por exemplo, quando a Constituição autoriza, imediata, diretamente, todas as autoridades administrativas ou algumas delas a baixar regulamentos nos limites de sua competência, para assegurar a execução das leis que têm de aplicar. Essas autoridades derivam então seu poder regulamentar imediatamente da própria constituição. Mas o que elas devem dispor-isto é, o conteúdo de seus regulamentos-é determinado pelas leis que se encontram entre elas e a Constituição¹⁹

Esquemáticamente, isso seria assim:

Esquema 6: A validade de um regulamento pode vir de uma Constituição e de uma Lei.

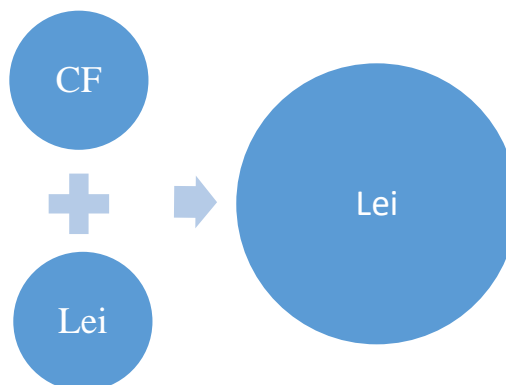
¹⁸ KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 23

¹⁹ KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 135



Uma lei pode gerar outra lei. Usando como exemplo nosso Código Civil, art. 12: “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”. Se essa lei passa a existir, a validade dela é decorrente desse artigo dessa Lei (o Código Civil) mais a Constituição, que define a competência para produzir essa norma:

Esquema 7: A validade de uma Lei pode ser proveniente da Constituição e de outra Lei



Para esclarecer²⁰: “É igualmente evidente que o controle [da constitucionalidade] deve ser exercido tanto sobre o procedimento segundo o qual o ato foi elaborado como sobre seu conteúdo, se as normas do grau superior também contiverem disposições sobre esse ponto”.

Reiterando: **o superior em Kelsen deve ser traduzido por anterioridade²¹. E isso foi dito em várias de suas obras:**

Que a validade de uma norma fundamenta a validade de outra norma, de um modo ou de outro, constitui a relação entre uma norma superior e uma inferior[...] A validade da norma inferior é fundamentada na validade da norma superior pela circunstância de que a norma inferior foi produzida como prescreve a norma superior²²

²⁰ KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 164

²¹ KELSEN, Hans. O que é justiça. 3ª. ed. São Paulo: Martins fontes, 2001, p. 213

²² KELSEN, H. Teoria Geral das Normas. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.329, 330

Ele não defende uma divisão de tarefas entre Poderes: um produz leis e outro aplica. Ele diz: “A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande²³”. A diferença entre criação e aplicação: o Congresso só produz uma lei porque existe uma autorização constitucional. O legislador cria uma norma geral porque existe AUTORIZAÇÃO da Constituição, e isso envolve ter competência e obedecer ao processo legislativo exigido. O Congresso, ao obedecer a CF, APLICA DIREITO, e ao produzir uma lei, CRIA direito. O Poder Judiciário, ao produzir uma sentença, se atém ao que a CF e LEIS DETERMINAM, ou seja, decide com base em normas pré-existentes, APLICANDO DIREITO, e, ao mesmo tempo, CRIANDO DIREITO, porque produz uma NORMA SINGULAR, voltada para as partes que pedem a decisão ao Juízo²⁴. Literalmente²⁵: “Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais”.

Validade não guarda relação com a eficácia da norma. Uma norma válida é uma norma que tem ‘força de obrigatoriedade’ para aqueles cuja conduta regula²⁶. Eficácia se relaciona ao cumprimento da ordem jurídica como um todo.

A questão mais importante em termos de validade das normas, para Kelsen, é o papel do juiz nesse processo. Quanto maior o poder discricionário do juiz, maior a sua capacidade de criação do direito, maior poder político é conferido ao juiz²⁷, porque ele passa a competir com o poder originariamente designado na CF como legislador. Há dois equívocos admitidos pela teoria tradicional²⁸: um, acreditar que o juiz, ao aplicar a Lei, tem uma única solução. O outro, que ao aplicar a Lei, se faz justiça. Ele deixa claro²⁹:

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método-capaz de ser classificado como de Direito positivo-segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’

[...]Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

Assim, quando o juiz decide, ele lança mão de seus conceitos morais, do que entende por justiça, seus juízos de valor social, alegando na decisão o bem comum, o

²³ KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed.São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016,p. 126

²⁴ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 263, 265; KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998,p. 222

²⁵ KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed.São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016,p. 126

²⁶ KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado, São Paulo; Martins Fontes, 2000, p. 43

²⁷ KELSEN, H. Jurisdição constitucional. 3ª.ed.São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016,p. 251; KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267

²⁸ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 391.

²⁹ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 391, 393

interesse do Estado, o progresso, etc. : “Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer [quanto à decisão] sobre a sua validade e verificabilidade³⁰”. Arremata³¹:

A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa [grifo nosso]

Ou seja, podemos deduzir que o juiz pode criar uma norma jurídica inconstitucional. Ou extra, ultra ou cita petita. Inexiste hierarquia quando o juiz decide. Porque é ele que dará significado às normas. Não é o juiz que está atrelado à norma, é a norma que se torna objeto da construção de significado pelo juiz. Ele faz com ela o que bem quiser, porque a sua interpretação é a única que importa, mesmo que contrarie o entendimento da doutrina e de quem criou a norma. Por isso, o indivíduo, em princípio, jamais saberá se está infringindo ou não a norma, porque quem revelará o seu significado será o juiz que cuidar do seu caso³²: “na medida em que sua função criadora de normas é deixado ao seu arbítrio, a autoridade jurídica pode ser, e efetivamente é, determinado por princípios políticos, especialmente pela sua ideia de justiça” [grifo nosso].

Uma das conclusões mais importantes que se pode deduzir em Kelsen: a norma apenas justifica a ação arbitrária do juiz, que pode decidir qualquer coisa, porque não existe uma interpretação única. Para este juiz, aquela norma pode significar a prisão ou a soltura de um indivíduo. Já para outro, a interpretação pode ser completamente diferente. Portanto, inexistente segurança jurídica. De fato, Kelsen diz:

A doutrina de que uma norma jurídica tem apenas um significado e de que existe um método científico que nos capacita sempre a descobrir o seu único significado correto é uma ficção usada pela ciência jurídica tradicional para sustentar a ilusão da segurança jurídica³³ [grifo nosso]

Prever com um grau razoável de probabilidade o que fará um tribunal que atua como legislador é tão impossível quanto prever com um grau razoável de probabilidade que leis um corpo legislativo aprovará³⁴.

A interpretação jurídica é uma interpretação política, feita pelo juiz, pois ele pode escolher entre várias interpretações aquela com a qual se sentir mais confortável para julgar. Se um cientista político diz ao juiz qual a melhor interpretação a ser dada, como sendo a única correta, está atuando como um político disfarçado de cientista³⁵.

³⁰ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 393

³¹ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.394

³² Kelsen, Hans. O que é justiça.3ª. ed. São Paulo: Martins fontes, 2001, p.365; Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 280

³³ Kelsen, Hans. O que é justiça.3ª. ed. São Paulo: Martins fontes, 2001, p. 366

³⁴ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 243

³⁵ Kelsen, Hans. O que é justiça? 3ª. ed. São Paulo: Martins fontes, 2001,p. 367

São fatos: o roubo pode dar origem à propriedade, a revolução pode criar uma nova constituição, um ato criador de norma excepcionalmente é considerado um delito³⁶.

O problema dos valores é, acima de qualquer coisa, o problema do conflito de valores. Esse não é um problema solucionável pelo conhecimento racional. A resposta a esse conflito é um juízo que, em última análise, é determinado por fatores racionais e, portanto, tem caráter subjetivo. O juízo só é válido para quem julga³⁷. Em última análise, é nosso sentimento, nossa vontade e não nossa razão, é o elemento emocional e não o racional que soluciona o conflito. Um exemplo: o que é mais importante: a vida ou a liberdade? Se a liberdade for o valor maior, o suicídio é admissível. Aqui só cabe uma resposta subjetiva. É diferente de uma constatação válida para todos, como a de admitir que metais se expandem com o calor. Aí temos um juízo de realidade.

Para Kelsen, inexistem lacunas jurídicas. O que existe é um conflito entre o direito natural e o direito positivo. Se o juiz não quiser criar direito novo, só excepcionalmente aceitará a existência de uma lacuna no Direito³⁸. A teoria das lacunas do direito é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica no momento da decisão judicial³⁹.

Não existe lógica jurídica: “um sistema que contém princípios em grande parte falíveis não merece o nome de Lógica⁴⁰”. Na Lógica, não se discute ação, omissão ou conduta, mas se algo é verdadeiro ou não⁴¹.

Em Lógica, uma proposição é apresentada como um enunciado, descrevendo se é verdadeiro ou falso. No Direito, uma norma prescreve alguma coisa, é um dever ser, ela não é verdadeira ou errada⁴².

O calor dilata corpos metálicos, e não é necessário um enunciado para dizer se isso é verdadeiro ou não. Já um assassinato só pode ser punido por pena capital se houver uma norma estabelecida pelo legislador⁴³.

No Direito, um cidadão pode não ter cometido um crime, mas ser sancionado por ele. A sanção no Direito não está correlacionada ao fato em si, mas à declaração judicial⁴⁴.

Outra questão importante diz respeito aos tratados e convenções. Para Kelsen, é descabido falar em soberania. Todo regime totalitário tem como consequência o uso da concepção da soberania: “É uma consequência significativa da doutrina absoluta do Estado que a soberania de um Estado exclua a soberania dos outros e que o Estado de onde parte essa interpretação deva ser considerado o único Estado soberano⁴⁵”.

³⁶ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 228.

³⁷ KELSEN, Hans. O que é justiça.3ª. ed. São Paulo: Martins fontes, 2001, p.4-5

³⁸ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 276

³⁹ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 215

⁴⁰ KELSEN, H. Teoria Geral das Normas.Porto Alegre: Fabris, 1986, p.498

⁴¹ KELSEN, H. Teoria Geral das Normas.Porto Alegre: Fabris, 1986, P.224

⁴² KELSEN, H. Teoria Geral das Normas.Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 207

⁴³ KELSEN, H. Teoria Geral das Normas.Porto Alegre: Fabris, 1986, p.216

⁴⁴ KELSEN, H. Teoria Geral das Normas.Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 167

⁴⁵ KELSEN, H.A democracia. 2ª.ed.Sao Paulo: Martins fontes, 2000, p.192-193; KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado.São Paulo; Martins Fontes, 2000, p. 548

De forma categórica⁴⁶:

A hipótese da primazia do Direito nacional é um paralelo da filosofia subjetivista que, a fim de compreender o mundo, parte do próprio *ego* do filósofo e interpreta o mundo como a vontade e a ideia do sujeito. Essa filosofia, proclamando a soberania do ego, é incapaz de compreender outro sujeito, o *non ego*, o tu, que também afirma ser um ego, como um igual. A soberania do ego é incompatível com a soberania do tu. A consequência última de tal filosofia subjetivista é o solipsismo.

[...] O ego e o tu podem ser concebidos como seres iguais apenas se a nossa filosofia parte do mundo objetivo dentro do qual ambos existem como partes e nenhum dos dois como centros soberanos do todo. De modo semelhante, a ideia da igualdade de todos os Estados pode ser sustentada apenas se basearmos a nossa interpretação dos fenômenos jurídicos na primazia do Direito internacional. Os Estados podem ser considerados iguais apenas se não forem pressupostos como soberanos.

A afirmação da soberania é a negação do direito internacional⁴⁷. O Estado é uma autoridade jurídica, mas não é uma autoridade suprema, está submetido ao Direito internacional, criado por meio de tratados e convenções⁴⁸. Se um Estado reconhece o Direito internacional, submete-se a ele⁴⁹. Nessa ordem, uma guerra é um ilícito frente ao Direito internacional⁵⁰. Se um Estado não se submete à ordem internacional, pode então recorrer à guerra contra qualquer outro, sob qualquer razão.

O dogma da soberania conduz à negação do direito internacional como ordem jurídica superior aos Estados, que lhes impõe direitos e deveres⁵¹. O direito internacional tem como característica a cooperação entre os Estados⁵².

Não cabe a ordem dualista, com um Direito internacional independente do direito de cada Estado, porque pode ocorrer conflito de normas⁵³. Admitir que o Direito internacional só vale se o Estado reconhecer é o mesmo que admitir que a ordem jurídica estatal só é válida em relação a um indivíduo se ele a reconhecer⁵⁴.

A admissão de um Direito internacional acima do Estado torna possível uma organização mundial eficaz. O primado do Direito internacional é decisivo para uma ideologia do pacifismo⁵⁵. Limita a liberdade de ação dos Estados. Se a guerra entre os Estados for proibida pelo Direito internacional, se a paz se tornar uma função essencial do Direito e houver sanções eficazes a quem as viole, tem-se a possibilidade real de ela não ocorrer⁵⁶.

⁴⁶ Kelsen, H. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo; Martins Fontes, 2000, p. 549

⁴⁷ Kelsen, H. A democracia. 2ª.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000, p.351

⁴⁸ Kelsen, H. A democracia. 2ª.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 352

⁴⁹ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.379; Kelsen, H. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo; Martins Fontes, 2000, p. 359

⁵⁰ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 357

⁵¹ Kelsen, H. A democracia. 2ª.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 351; Kelsen, Hans. O que é justiça. 3ª. ed. São Paulo: Martins fontes, 2001, p. 278

⁵² Kelsen, H. A democracia. 2ª.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 352

⁵³ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 366

⁵⁴ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 372

⁵⁵ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.381-382

⁵⁶ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 42

No entanto, Kelsen reconhece que inexistente a igualdade de direitos entre os Estados, pela existência das Grandes Potências. Se elas têm privilégios que os demais Estados não têm, é falso falar em igualdade entre os Estados ante desigualdades tão gritantes⁵⁷.

De forma simbólica, o Direito internacional é o Sol, e os Estados são planetas⁵⁸.

Por fim, o que seria a norma fundamental? Parece haver certo consenso que não é uma norma jurídica. De fato, não é. Kelsen sempre reiterou que a norma fundamental não é uma norma jurídica, mas é uma norma que dá validade à primeira delas, a Constituição. Não é uma norma escrita, nem uma norma cuja constitucionalidade possa ser questionada. Quando você aceita que um grupo de pessoas está apto a redigir uma Constituição, e que ela será cumprida por todos, essa é uma norma fundamental. A validade da CF está na aceitação de que um grupo de pessoas pode redigir uma constituição. A norma fundamental significa a transformação do Poder em Direito⁵⁹. Ela é responsável pela unidade da ordem jurídica⁶⁰. Da mesma forma, se Moisés apresenta uma série de normas jurídicas (prescrevem condutas e sanções) no Levítico, e as pessoas que as recebem entendem que ele tem poder para tanto, pois foi autorizado por Deus, eis aí outra norma fundamental⁶¹. Você tem um Legislador que estabelece normas. Se outras normas forem daí derivadas, ocorrerá uma hierarquia temporal entre elas. Essa é a norma fundamental: alguém ou alguns tem/têm o poder de criar a primeira, que gera as demais. Porque isso acontece não é objeto do direito, mas da sociologia jurídica⁶². Se você questionar a norma fundamental, o resto ruí:

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou o que significa o mesmo: uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. Um exemplo aclarará este ponto. Um pai ordena ao filho que vá à escola. À pergunta do filho: porque eu devo ir à escola, a resposta pode ser: porque o pai assim o ordenou e o filho deve obedecer às ordens do pai. Se o filho continua a perguntar: por que devo eu obedecer às ordens do pai, a resposta pode ser: porque Deus ordenou a obediência aos pais e nós devemos obedecer às ordens de Deus. Se o filho pergunta por que devemos obedecer às ordens de Deus, quer dizer, ele põe em questão a validade desta norma, a resposta é que não podemos sequer por em questão tal norma, quer dizer, que não podemos procurar o fundamento de sua validade, que apenas a podemos pressupor. O conteúdo da norma que constitui o ponto de partida: o filho deve ir à escola, não pode ser deduzido dessa norma fundamental. Com efeito, a norma fundamental limita-se a delegar uma autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema⁶³.

⁵⁷ KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo; Martins Fontes, 2000, p.361

⁵⁸ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.385; 364

⁵⁹ KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado.São Paulo; Martins Fontes, 2000, p. 624.

⁶⁰ KELSEN, Hans. O que é justiça.3ª. ed. São Paulo: Martins fontes, 2001, p.275.

⁶¹ KELSEN, H. Teoria Geral das Normas.Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 333; KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.216-217, 219

⁶² KELSEN, Hans. O que é justiça? 3ª. ed. São Paulo: Martins fontes, 2001, p.291; KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado, São Paulo; Martins Fontes, 2000, p. 271

⁶³ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.219

Mas também a norma fundamental pode ser o costume de um lugar. Você faz determinada coisa porque é esse o costume⁶⁴. A validade da norma fundamental não pode ser colocada em questão⁶⁵. Uma nova constituição, alterada por uma revolução, significa que a norma fundamental mudou⁶⁶. A norma fundamental do direito internacional é o costume⁶⁷.

A norma fundamental não é a primeira constituição. A primeira constituição pode, sim, estabelecer cláusulas que permitam que ela seja emendada ou revisada. Portanto, ela seria a validade jurídica da nova constituição. A norma fundamental não é uma norma jurídica, mas pressuposta⁶⁸.

Por fim, a norma fundamental pode ser um valor que esteja acima de todos os demais. Por exemplo, a segurança econômica. E também é fonte de direito⁶⁹.

Em resumo, espera-se que esse artigo tenha contribuído para esclarecer do que se trata, afinal, a pirâmide de Kelsen. Por que ela ainda é citada rotineiramente nas faculdades, trata-se de um mistério.

A leitura de Kelsen poderá contribuir para desmistificar outros conceitos equivocados a ele atribuídos, mas, por enquanto, o único objetivo era esclarecer este.

Que superemos os preconceitos que nosso desconhecimento estimula.

⁶⁴ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.220

⁶⁵ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.226

⁶⁶ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 235

⁶⁷ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998,p. 360

⁶⁸ Kelsen, H. O que é justiça.3ª. ed. São Paulo: Martins fontes, 2001, p. 215

⁶⁹ Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 259

REFERENCIAS

KELSEN, Hans. A democracia. 2ª.ed.Sao Paulo: Martins fontes, 2000

_____. Autobiografia. 4ª.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Jurisdição constitucional.3ª.ed.São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

_____. O Estado como integração.1ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. O que é justiça.3ª. ed. São Paulo: Martins fontes, 2001.

_____. Teoria Geral das Normas.Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. Teoria Geral do Direito e do Estado.São Paulo; Martins Fontes, 2000.

_____. Teoria Pura do Direito. 6ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998.