

O ordenamento como instituição: revisitando Kelsen e Romano

VINICIUS FERNANDES ORMELESI*

Resumo

Este artigo analisa um tema central da teoria do Direito, o ordenamento jurídico, da perspectiva principal de dois grandes pensadores, Hans Kelsen e Santi Romano. A partir da análise dialética de suas teorias e das contribuições de outros comentadores de suas obras, o estudo se direciona para tentar compreender as similitudes e as diferenças centrais na obra desses dois teóricos, como suas linhas epistemológicas principais e filiações filosóficas. A partir destas comparações, o estudo pretende apontar para as possíveis contribuições que um resgate dos trabalhos de Kelsen e de Romano pode ofertar à filosofia jurídica contemporânea.

Palavras-chave: ordenamento jurídico; Hans Kelsen; Santi Romano.

The legal order as an institution: revisiting Kelsen and Romano

Abstract

This article examines a central theme of the theory of law, the legal system, by the main perspective of two great thinkers, Hans Kelsen and Santi Romano. From the dialectical analysis of their theories and with contributions of others reviewers of their works, the study directs its efforts to try to understand the similarities and differences in the work of these two central theoreticians, like its main epistemological lines and philosophical affiliation. After these considerations, this study intends to point the possible contributions a review on the works of Kelsen and Romano can offer to the contemporary philosophy of Law.

Key words: legal order; Hans Kelsen; Santi Romano.



* **VINICIUS FERNANDES ORMELESI** é Advogado, doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP, Mestre em Direito pela UNESP; Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade de Educação São Luis; Professor de Filosofia do Direito e Introdução ao Direito da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal e da Faculdade Barretos.

Introdução

Entender o funcionamento do direito e de suas normas requer a compreensão da dinâmica

jurídica, materializada num contexto normativo, o qual se convencionou chamar de ordenamento. No entanto, a tarefa de entendimento deste contexto é complexa e repercute nas variadas formas de existência através de que ele já foi pensado. Assim, são vários os autores que, de uma maneira ou de outra, se ocuparam da empreita de estudar esse grande emaranhado de relações jurídicas que é o direito moderno.

Portanto, como contribuição a essa tarefa virtualmente interminável, este trabalho analisa de forma mais detida duas dessas visões acerca do direito contextualizado já tentadas na teoria do direito. A primeira delas é uma defesa da autonomia epistemológica do direito que busca na realidade ordenada das normas jurídicas sua razão de ser e que se afigura como uma verdadeira profissão de fé de como deveria ser o conjunto jurídico da sociedade, de forma orgânica e pensado a partir da visão do Estado. Trata-se da teoria do ordenamento jurídico de Hans Kelsen.

A outra perspectiva abordada aqui é uma descrição da mecânica de funcionamento dos organismos normativos sociais destinados à regulamentação da sociedade. É uma teoria menos compromissada em oferecer uma metodologia ao estudo do direito como é a primeira, de forma que se atém a uma descrição dos domínios do direito. Sua preocupação central é, por outro lado, uma compreensão institucional e uma explicação



sociológica da realidade jurídico-normativa, altamente influenciada pelos estudos sobre as

instituições sociais. Trata-se da teoria de Santi Romano (1875-1947).

Verifica-se através do estudo histórico das transformações político-jurídicas, que a concepção do direito como um sistema é obra das teorias do direito natural. Particularmente, é obra do trabalho empreendido pela jurisprudência humanista do século XVI. Nesse primeiro momento, o sistema jurídico ainda é elaborado com bases científicas, semelhante a um esforço de recolha de material jurídico nas fontes disponíveis e estruturação sistemática da ciência do direito (VILLEY, 2005. p. 553). A bipartição entre o mundo das leis positivas e das leis naturais parece ter motivado os jusnaturalistas a estabelecerem fronteiras bem definidas entre a filosofia moral do direito e a técnica jurídica prática. Assim, ao se delimitar os âmbitos de análise dessas duas dimensões do direito na Idade Moderna, os juristas acabaram lançando as bases, mesmo que inconscientemente, do que hoje se entende por sistema, um todo fechado e consistente que opera de forma auto-referencial e constitui o modelo de estrutura dos ordenamentos jurídicos.

Na cultura ocidental, a concepção de sistema representa um avanço em relação à forma como o direito era estudado e aplicado pelas juristas medievais da Escola dos Glosadores e dos Comentadores. É no início da modernidade que aparecem as descrições sistemáticas dos direitos

positivos, pois “Efetivamente, só se considerava científica uma certa teoria sistemática se ela incluía todos os aspectos do direito: desse modo, sistematicidade, completude e cientificidade acabavam sendo três noções coincidentes.” (LOSANO, 2007. p. 11). O estudo se modifica porque ele passa a ser sistemático, ou seja, não se podem conceber as normas jurídicas isoladamente e as disciplinas do direito tendem a individualizar-se. Altera a aplicação do direito porque o método refina-se, deixando de ser meramente silogístico¹ para abarcar também uma razão sistemática que vem a ser o cerne da interpretação jurídica tanto no momento judicial quanto na elaboração da construção doutrinária do fenômeno jurídico.

Na perspectiva deste trabalho, entende-se o sistema jurídico como o molde da organização do todo ordenado de normas que se chama ordenamento. No entanto, é um entendimento dinâmico do fenômeno jurídico, uma vez que as regras sistêmicas determinam quais normas entram e quais saem do conjunto assim como estabelecem critérios diferenciadores entre elas e critérios de resolução dos eventuais conflitos que possam surgir da sua implementação no mundo factual. Ou seja, o sistema é responsável por determinar a juridicidade dos fatos e normas, nada mais sendo esta do que o revestimento necessário para que um ente possa ser considerado pertencente ao mundo do dever-ser.

Em igual medida, é importante salientar a postura hierárquica que as normas

¹ Relativo a silogismo, operação de dedução lógico-formal. O método silogístico no direito tem como finalidade a adequação da realidade (premissa menor) à moldura da norma (premissa maior), sendo esta operação chamada de subsunção dos fatos à norma.

assumem quando se inserem num ordenamento. A estruturação dessa hierarquia é determinada pelo sistema, fazendo com que sistema e ordenamento hora se confundam hora se completem, de maneira que se pode afirmar serem as regras sistemáticas as responsáveis por dar vida ao ordenamento e definir as relações entre as normas jurídicas e elas mesmas, as relações entre as normas jurídicas e o ordenamento e as relações entre o ordenamento e outros sistemas sociais (por exemplo, o econômico e o político).

Portanto, o entendimento do sistema não é possível sem uma compreensão do ordenamento. Daí porque da relevância de se estudar essa denominação do conjunto de normas jurídicas, que foi enfrentada por diversos teóricos e pensadores do Direito. Pretende-se, assim, no próximo item, trazer à baila as teorias de Santi Romano² e de Hans Kelsen³ quanto ao ordenamento jurídico.

² Para um aprofundamento da análise do pensamento de Santi Romano, ver BOBBIO, Norberto. Teoria e Ideologia nella Dottrina di Santi Romano. In: RUFFIA, B. P. (Org.). **Le Dottrine Giuridiche di Oggi e L'insegnamento di Santi Romano**. Milão: Giuffrè, 1977 e, entre nós, RAMOS, Felipe Faria. **O institucionalismo de Santi Romano**: por um diálogo entre posições críticas à modernidade jurídica. 2011. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

1. A teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano

A primeira formulação de ordenamento jurídico como um complexo fixo composto pelas unidades básicas do direito (normas) deve-se ao italiano Santi Romano.⁴ Ele considerava que um ordenamento jurídico é uma unidade concreta, existente e efetiva, não uma mera soma das partes do todo ou um conceito oriundo de uma abstração teórica (ROMANO, 1945, p. 10).⁵ Ele é solene na defesa da “vida” do ordenamento, o qual ele compara a um organismo, pois é dotado de força própria, estando em contínuo crescimento, sujeito à expansão. E, nesta vivência quase biológica do ordenamento, é que se funda a

admissibilidade do recurso à analogia como método de integração.⁶

É certo que o italiano retira suas premissas de uma análise sociológica do fenômeno jurídico, daí o porquê da noção de corpo social ser-lhe tão cara. Do mesmo modo, Santi Romano não concebe o ordenamento sem antes delimitar os elementos que considera essenciais num conceito sobre o Direito. Ou seja, “[...] para além da identidade 'Direito = lei', concepção absolutamente rejeitada pelo autor, Santi Romano indica três elementos que estão contidos no seu conceito de Direito: o primeiro é a sociedade; o segundo, a organização social, e o terceiro a origem dessa organização social.” (RAMOS, 2011, p. 26-27). Assim, para Romano, uma concepção de direito precisa, antes de tudo, conduzir ao conceito de sociedade. Desse modo, devido à necessidade do direito de afastar o arbítrio, ele conclui pela ideia de ordem social. E, por fim, a ordem social é posta pelo direito e distingue-se de outras disciplinas de normas sociais.⁷

Contudo, como se definiria o direito nessa acepção? Ele esclarece que a expressão “direito” pode ser entendida num duplo significado. Ou como um

³ A obra de Kelsen é muito comentada, razão pela qual seria impossível nomear todos os estudiosos que se ocuparam de seu pensamento. Ver por todos DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 2010. Para uma breve nota biográfica e da importância do pensamento kelseniano, consultar FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981. **Seqüência**. Florianópolis, ano 2, n. 4, p. 133-138, dez. 1981. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anejos/25184-25186-1-PB.pdf>> Acesso em: 26 ago. 2014.

⁴ Inicia-se pela obra de Romano por ser ela anterior a de Kelsen. Santi Romano nasceu em 1875, em Palermo, na Itália, e faleceu em Roma em 1947. Foi um professor renomado em sua época tendo escrito sobre teoria do direito, direito constitucional, direito administrativo e direito internacional.

⁵ “Un ordinamento giuridico nel senso suddetto non è una somma di varie parti, siano o non siano queste delle semplici norme, ma un’unità a sé – e un’unità, si note bene, non artificiale o ottenuta con un procedimento di astrazione, ma concreta ed effettiva – si deve altresì riconoscere che esso è qualche cosa di diverso dai singoli elementi materiali che lo compongono.” (ROMANO, 1945, p. 10)

⁶ “Si afferma che l’ordinamento medesimo costituisce un ‘tutto vivente’, un ‘organismo’, che há quella ‘forza própria, sebbene latente, di espansione e di adattamento’, sulla quale si fonda l’ammissibilità dell’analogia.” (ROMANO, 1945, p. 11-12, grifo do autor).

⁷ “Il concetto del diritto deve, secondo noi, contenere i seguenti elementi essenziali. a) Anzitutto deve ricondursi al concetto di società [...] b) il concetto del diritto deve, in secondo luogo, contenere l’idea dell’ordine sociale: il che serve per escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o Allá forza materiale, cioè non ordinata [...] c) L’ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali.” (ROMANO, 1945, p. 21-22)

ordenamento, na sua completude e unidade, sendo, pois, uma instituição⁸, ou como um preceito ou complexo de preceitos. É essa primeira definição, do ordenamento como instituição, que interessa ao presente trabalho.⁹

Portanto, sendo ele uma instituição, convém considerar o que Santi Romano entende por instituição.¹⁰ Ele é enfático ao dar uma explicação simples e breve: é instituição todo ente ou corpo social. Entretanto, deve-se ajuntar a esse conceito um comentário. É preciso que este ente possua uma existência objetiva e concreta, na qual se vislumbra sua individualidade exterior. Também, deve ser uma manifestação da natureza social e não puramente individual do homem. Ela também deve ser fechada e permanente, além de passível de ser

considerada em si e por si mesma, possuindo individualidade.¹¹

Ao se traduzir a noção do ordenamento jurídico como sendo uma instituição social, precisa-se verificar se ela satisfaz os pressupostos elencados na definição elaborada por Santi Romano. Possui ele uma existência objetiva e concreta? A resposta deve ser pela afirmativa. Ora, pois, veja-se que as normas de que é feito podem ser facilmente identificáveis num contexto social através de leis, decisões judiciais e negócios jurídicos por exemplo. É também fruto de uma manifestação social e não apenas individual do homem? Por certo que sim. Mesmo que seja possível ao ser humano normatizar sua própria conduta de maneira consciente ou inconsciente, as regras, pelas quais o ordenamento é formado, são produto das interações entre os homens em comunidade e não da consciência de um indivíduo sozinho. Seria também uma estrutura fechada e permanente? Em igual medida, responde-se pela afirmativa. Ainda que o conteúdo material das normas possa variar no tempo e no espaço, a organização das normas numa determinada ordem não se altera, essa

⁸ Mesmo não havendo consenso teórico sobre o conceito de instituição, este artigo não pretende adentrar neste debate, restando assim satisfatória para fins da análise empreendida aqui apenas o conceito de instituição de que se serve Romano.

⁹ “*Cosicché l’espressione ‘diritto’ in senso obbiettivo, secondo noi, può ricorrere in un doppio significato. Può, cioè, designare anzitutto: a) un ordinamento nella sua completezza ed unità, cioè un’istituzione; in secondo luogo: b) un precetto o un complesso di precetti.*” (ROMANO, 1945, p. 23)

¹⁰ Tal esclarecimento é importante pelo fato de Romano discordar da maioria dos teóricos da teoria da instituição de seu tempo, entre eles, o mais notável é Maurice Hauriou. Para Hauriou a instituição é uma organização social criada por um poder e é durável por possuir no centro de sua criação uma ideia fundamental que, sendo aceita pela maioria do grupo, permite-lhe subsistir. Assim, preside a noção de instituição uma espécie de consciência coletiva, resultado da interpenetração das consciências individuais dos integrantes de instituição. Cf. HAURIOU, Maurice. **La Teoría de la Institución y de la Fundación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

¹¹ “*Per istituzione noi intendiamo ogni ente o corpo sociale. A questa definizione, semplice e breve, occorre però far seguire un più lungo commento. 1) L’ente di cui parliamo deve avere un’esistenza obbiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile [...] 2) Diciamo inoltre che l’istituzione è un ente o corpo sociale nel senso che essa è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell’uomo [...] 3) L’istituzione è un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità [...] 4) L’istituzione è un’unità ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità.*” (ROMANO, 1945, p. 29-33)

ordem é permanente por mais que possa ter arranjos variados.¹²

As normas no ordenamento não são figuras estanques, vale dizer que são inter-relacionadas. De forma que ao se aplicar uma norma é todo o ordenamento que se aplica e a eficácia de um ordenamento jurídico pode ser medida pelo coeficiente de aplicabilidade de suas normas. O ordenamento também se encarrega de excluir as normas que estejam em descompasso com o todo. Numa perspectiva aristotélica o todo não é apenas a soma das partes, mas sim cada parte formando o todo de maneira indistinta, não podendo haver uma norma (parte) que pretenda efetivar-se independentemente de estar de acordo com o ordenamento (todo).

2. A teoria do ordenamento jurídico de Hans Kelsen

Remeta-se a questão agora à análise da teoria de Hans Kelsen¹³ acerca do ordenamento jurídico. Contudo, tal empreita não tem como ser levada adiante sem ter-se por claro o pressuposto metodológico essencial do pensamento kelseniano: a pureza da ciência jurídica.¹⁴ Kelsen foi um defensor da autonomia epistemológica da ciência dogmática do direito. Herdeiro de uma tradição de mais de um século do positivismo estatal alemão, ele empreendeu quase uma cruzada contra as definições do direito de cunho sociológico, que amputavam o caráter científico da dogmática. Avançando a concepção de Max Weber,

¹³ Hans Kelsen nasceu em Praga, na época pertencente à Áustria, em 1881 e faleceu em Berkeley, EUA em 1973. É considerado um dos mais importantes filósofos do Direito, além de ser o jurista mais influente do século XX. Sua obra compreende análises minuciosas sobre teoria e filosofia do direito, teoria do estado, direito constitucional e direito internacional.

¹⁴ Ao formular sua teoria, pode-se dizer que Kelsen se estriba em alguns pressupostos kantianos, a saber: a ciência é que define seu objeto de estudo; há uma autonomia entre a ciência jurídica e a unidade do direito; existe um método unívoco; há uma separação entre dois mundos, um da natureza ou do ser e outro do espírito ou do dever-ser (*sein e sollen*); existem princípios distintos para as ciências naturais e as ciências do espírito; há diferença entre validade (própria do dever-ser) e eficácia (própria do ser); é necessária uma aplicação da lógica; a ciência jurídica deve responder o como e o porquê do direito; e há a necessidade de um pressuposto uniformizador e auto-reprodutor do sistema (norma fundamental). Do mesmo modo, ele pretende uma união entre o kantismo e o positivismo, daí destacarem-se em sua obra a presença das seguintes premissas positivistas: todo direito é positivo, ou seja, obra de homens para homens; para se observar o direito, deve-se partir dos eixos: uma ordem coercitiva que em termos gerais seja efetiva; e a diferenciação ente o direito e o poder, entre o jurídico e o político. (MORENO, 2009)

¹² É pertinente um comentário sobre a importância da obra de Santi Romano, pois, junto a de Maurice Hauriou, foi a responsável por abrir caminho à concepção moderna de Direito como sistema, principalmente devido à teoria da instituição. “É através da teoria da instituição (Hauriou, Romano) e, depois, com Kelsen, que aparece pela primeira vez a ideia de que o direito não é uma coleção de normas dispersas, mas um conjunto coordenado de normas. Mas, ao contrário do que dispõe Aarnio, em Bobbio, Kelsen e Raz, as expressões ‘sistema jurídico’ e ‘ordem jurídica’ vêm tomadas como sinónimos.” (QUEIROZ, 2006, p. 659)

Kelsen delimita o objeto da dogmática jurídica, colocando-a como disciplina independente, e da qual a sociologia do direito empresta os conceitos de "norma" e "ordenamento", por exemplo.¹⁵ Assim, reitere-se, o estudo da concepção do jurista austríaco sobre ordenamento há que ser feito da perspectiva que ele tinha de dogmática jurídica.

Kelsen distingue estática jurídica de dinâmica jurídica,¹⁶ sendo a primeira o estudo das normas jurídicas entendidas em si mesmas, numa espécie de "ontologia" do direito, inseridas na ordem normativa, compreendida como um todo unitário e dinâmico, de estrutura escalonada e assentada num princípio único (norma hipotética fundamental), que visa dar coesão à estrutura. A dinâmica compreende o funcionamento desta ordem e seu momento de aplicação prática. O escalonamento, na explicação de

Norberto Bobbio (1997, p. 48-49), não exclui a unidade do ordenamento, apenas ressalta que as normas não estão todas no mesmo plano, havendo normas superiores e normas inferiores. A norma suprema seria a norma fundamental "[...] o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico."

Num ordenamento jurídico, é preciso determinar o pertencimento das normas ao conjunto. Essa determinação é feita através do conceito de validade¹⁷. Entretanto, é possível se identificar na literatura jurídica, como aponta Riccardo Guastini (2005, p. 271-272), ao menos dois significados do termo "validade". Dessa forma, tem-se um sentido "forte" ou pleno, no qual a validade estaria diretamente relacionada ao pertencimento da norma ao sistema jurídico, posição adotada pela teoria dos sistemas e por este estudo, além do sentido dito "fraco", que leva em consideração a existência da norma, sendo válida quando ela é criada (positivada) por uma autoridade com competência jurídica.

Uma norma jurídica válida é aquela pertencente ao ordenamento e somente será válida se estiver de acordo com outra norma. A teoria do ordenamento

¹⁵ "Era assim que conferia 'pureza' à Teoria do Direito. De tal sorte, que as definições de 'norma', 'ordenamento jurídico', 'ordem jurídica' eram de incumbência da Dogmática Jurídica, visto que estes eram seus objetos próprios. A Sociologia Jurídica, portanto, para Kelsen, não poderia jamais ser considerada como uma ciência autônoma por lhe faltar conceitos próprios. Para fundamentar suas teorias teria de recorrer à Ciência do Direito (Dogmática Jurídica) e dali extrair a definição de 'norma', 'ordenamento' e 'ordem jurídica'. Notória, para Kelsen, seria a dependência da Sociologia Jurídica em relação à Ciência do Direito, em que pese a interface conceitual entre ambas." (SILVEIRA, 2006)

¹⁶ É possível afirmar que essa divisão kelseniana se inspira na ciência física, notadamente na disciplina mecânica, na repartição energia potencial e energia cinética, eletrostática e eletrodinâmica. Essa similitude é cabível em se pensando na tentativa de dar cientificidade ao Direito empenhada por Kelsen, na qual a paridade era com as ciências naturais, escrevendo Kelsen dentro de uma visão positivista, do que se deduz razoável a semelhança terminológica.

¹⁷ Comente-se que também existe uma relação entre a validade e os atos privados. No modelo do Estado Liberal, a tentativa codificadora propaga molduras a serem preenchidas pelos atos particulares a fim de serem considerados válidos. Deve haver correspondência entre eles e a lei, sob pena de serem, quando não seguem os moldes da tipicidade, considerados nulos, anuláveis ou mesmo ilícitos. Esse engessamento da autonomia privada é descrito por Paolo Grossi: "[...] o grande princípio formador que percorre o direito burguês é de fato, o da validade, vocábulo que na linguagem técnica dos juristas expressa justamente a correspondência de atos privados a um modelo geral e, sobretudo, respeitável (poderia ser tranquilamente complementado: sobretudo autoritário)." (GROSSI, 2010, p. 78)

jurídico pressupõe uma interligação das normas numa cadeia de validades, de maneira que uma se respalda na outra desde a primeira até a última. Convém esclarecer que essa relação é de imputação e não de causalidade, ou seja, uma norma é adjetivada como válida por outra através de uma atribuição positiva (de dever-ser) e não por meio de uma relação de causa e efeito, própria do mundo natural (mundo do ser). Conforme concebida por Kelsen, essa organização se dá na forma de uma pirâmide, na qual no vértice superior estaria a norma inicial.¹⁸

Também desta forma se explica a existência da norma fundamental. Quando uma norma se reporta à anterior para retirar desta sua validade, essa cadeia poderia ser infinita se não houvesse um ponto de partida. Tércio Sampaio Ferraz Junior (2010) esclarece que essa questão remonta ao problema da norma inicial, a qual ele chama de norma-origem. No entanto, para se entender essa cadeia de validades, é

¹⁸ Problematize-se que a complexidade que o direito assume nas sociedades pós-modernas, sobretudo em virtude das transformações tecnológicas e econômicas, relativiza a dureza do ordenamento piramidal de Kelsen. A rigidez hierárquica das normas tende a se flexibilizar em nome do dinamismo pedido pela economia. Neste sentido, a constatação de Paolo Grossi: “[...] os sociólogos do direito – mas também os juristas mais à vanguarda nas novas trincheiras – falam de rede [...] no sentido de substituir a imagem piramidal potestativa autoritária pela de um sistema de regras não postas uma sobre a outra, mas no mesmo plano, ligadas, uma a outra, por uma relação de recíproca interconexão. Regras que não encontrarão sua legitimidade em uma única fonte suprema identificada em quem detenha o poder supremo político, mas, na maioria das vezes, em um modo espontâneo daquela realidade variada e móvel que é o mercado.” (GROSSI, 2010, p. 83-84) No entanto, para os constitucionalistas, a ideia de pirâmide normativa de Kelsen segue útil e importante, sobretudo quando se trata de controle de constitucionalidade das normas.

preciso pensar em *validade* e *imperatividade* como conceitos diferentes, que não se confundem, sendo possível uma norma ser válida e não possuir império. Esse ponto de partida é que fecha o sistema dogmaticamente, estando estabelecido apenas como pressuposto necessário para que o ordenamento tenha em que se firmar. Essa norma, que não retira sua validade de nenhuma outra e serve como princípio do ordenamento jurídico, é chamada, na teoria kelseniana, de norma hipotética fundamental. Não é posta, mas pressuposta.

Bobbio (1997, p. 62-62) explica a norma hipotética numa escala de poderes. Ela estaria no topo de uma série de poder (produção jurídica) ao passo que na base da pirâmide estariam os atos meramente executivos, expressões do dever (execução jurídica). Não cabe perguntar qual o fundamento da norma fundamental, pois ele não existe, e se existisse não poderia ser encontrado dentro do sistema jurídico. Essa questão escapa ao ordenamento e parte para o problema da justificação do poder, algo que o direito não pode responder e que pertence aos domínios da filosofia. Ao contrário da concepção da *norma normans non normata* (a norma normatizante não normatizada), que seria a palavra de Deus (a Sagrada Escritura) na teologia cristã, a norma hipotética fundamental não parte de uma crença num ente divino e é vazia de cunho valorativo, operando como uma premissa lógica e não como um fundamento ético. Sua função, nas palavras de Kelsen (2006, p. 242-243), seria apenas "teórica e gnosiológica".

3. Kelsen vs. Romano

Apresente-se inicialmente e em contraponto, que Hart (1963), mesmo não discordando da organização relacional de validade arquitetada por Kelsen, já que ela resume o conjunto normativo a uma escala de validades que se reportam sequencialmente à norma inicial, nega que a norma-origem seja pressuposta logicamente. Ele diz que ela simplesmente existe, não sendo nem válida nem inválida, uma vez que o conceito de validade só se aplica para normas de *dentro* do sistema, e a norma de reconhecimento estaria fora dele.¹⁹ Esclarecendo-se essa questão, pode-se dizer que Kelsen e Hart concebem o ordenamento linearmente, no qual as validades estariam dispostas como uma cadeia.

Essa objeção serve para ilustrar o quanto a teoria kelseniana da norma hipotética fundamental é criticada. Romano também discordaria do autor austríaco, uma vez que funda a ordem jurídica no princípio da necessidade e não numa abstração de um pressuposto lógico. A necessidade é, portanto, fonte primária e originária do direito ao lado da lei. Se é assim, pode-se afirmar que Kelsen, sendo positivista, considera que todo direito surge através de um ato de vontade, ao passo que para Romano o

ato de vontade é apenas uma das fontes do direito.

Numa outra maneira de se enxergar essa questão, cabe salientar que a validade opera como uma artificialidade do mundo do direito em constante tensão com o que Habermas chama de “facticidade” (HABERMAS, 1997). É possível inferir, desta forma, que Kelsen foi um teórico da validade (é jurídico o que é identificado como válido), estando toda sua teoria construída em torno desta categoria, ao passo que Romano foi um teórico da faticidade (é jurídico aquilo que as necessidades fáticas identificam como jurídico), primando por considerar a importância das conjunturas factuais para criação do direito.²⁰

É indispensável ainda indicar a filiação filosófica dos autores em discussão. Kelsen está entre os autores neo-kantianos²¹ para quem a distinção kantiana fundamental entre ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*) é intransponível (ZIPPELIUS, 2010). Partindo desta ideia, Kelsen foi capaz de pensar uma teoria do direito que repousa, em última instância, num dever-ser inicial e abstrato, o imperativo hipotético primordial a que ele denomina norma hipotética fundamental. Romano, por outro lado, se vincula ao neo-hegelianismo. A filosofia do direito neo-hegeliana se baseia na interação dialética entre a norma e sua concretização fática, mas também, entre

¹⁹ “Sólo necesitamos la palabra ‘validez’, y así la usamos comúnmente, para resolver cuestiones que surgen dentro de un sistema de reglas, donde el status de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento. No puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera.” HART, Herbert L. A. **El concepto de derecho**. Tradução de Genaro A. Carrió. Buenos Aires: Abelaredo-Perrot, 1963. p. 135. (grifo do autor).

²⁰ Para Agamben (2004, p. 43) “É interessante analisar, nessa perspectiva, a posição radical de Santi Romano, um jurista que exerceu extraordinária influência sobre o pensamento jurídico europeu entre as duas guerras e que concebia a necessidade não só como não estranha ao ordenamento jurídico, mas também como fonte primária e originária da lei.”

²¹ Dentre os neo-kantianos, também se pode elencar Ernst Cassirer, Rudolf Stammler e Gustav Radbruch.

os teóricos da instituição como Romano, é importante ressaltar que a ordem normativa com que se interage é uma ordem vivida (ZIPPELIUS, 2010, p. 38-39).

Em que pese a questão da diferença da matriz epistemológica dos autores, fica clara, em ambos, a noção de que um conjunto normativo é composto por normas. Essas normas são imperativos de conduta que ora expressam proibições, ora impõem obrigações e ora conferem competências ou autorizam comportamentos. A juridicidade desses imperativos está na fonte da qual são emanados e na possibilidade de sanção. Todavia, o ordenamento não é composto apenas por normas, mas contém da mesma forma outros elementos igualmente importantes para o funcionamento do direito (definições, por exemplo).²²

Conclusão

Eis uma notável diferença entre as concepções de Kelsen e Romano. Enquanto o primeiro concebe o ordenamento jurídico como um complexo normativo escalonado e regido por uma cadeia lógico-sequencial de validades, o segundo entende o conjunto de normas como uma parte das instituições jurídico-sociais, que é maior, pois compreende também outras estruturas sociais e os elementos não normativos responsáveis pela vida

²² Na explicação de Atienza (2000, p. 96): " *Un conjunto normativo es un conjunto de enunciados que contiene normas, pero no sólo normas (también puede incluir, por ejemplo, definiciones). Un sistema normativo es un conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias. Y, finalmente, un sistema jurídico es un sistema normativo que contiene normas que prescriben una sanción. La sanción, por lo tanto, no es una característica de cada uno de los componentes del Derecho, sino del conjunto, del sistema.*"

pulsante do ordenamento. A positividade do direito representa, para Kelsen, o corolário metodológico da teoria pura, ao passo que, para Romano, ela é elemento acidental, uma vez que o direito positivo representa uma das formas de organização social mas não absoluta, abraçando indiretamente o historicismo de Savigny.²³

Portanto, muito embora em ambos apareça a preocupação com o delineamento da ordem jurídica, há mais notas distintivas entre Kelsen e Romano. Deve-se frisar que Romano não possui a preocupação kelseniana do purismo metodológico da ciência dogmática, sua análise do fenômeno jurídico não recorre à abstração normativa como ponto de partida, seu estudo pretende um diagnóstico funcional do ordenamento jurídico inserido numa perspectiva histórico-social que Kelsen não se preocupa em analisar. Também, não se percebe a questão da separação entre ciência normativa e ciência causal, tonalizada no discurso de Kelsen de matriz kantiana, motivo pelo qual Romano aborda a questão do ordenamento, não como organização técnico-formal das normas jurídicas, mas como um resultado da construção institucional dos referenciais de regulamentação das sociedades.²⁴

Melhor para este estudo é aproximar as visões de ambos naquilo em que podem ser conciliadas. O formalismo kelseniano deixou marcas não facilmente superáveis no ordenamento jurídico, como a teoria da validade como pertencimento e a hierarquia

²³ Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho.** Traducción de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

²⁴ Muito similar inclusive à noção de espírito do povo (*volksgeist*) de Savigny.

normativa como pressuposto organizacional básico de qualquer ordenamento jurídico. Contudo, também distanciou o elemento jurídico do factual na sua pretensão de pureza metodológica. Neste sentido, o pensamento de Romano foi mais sensível em conseguir absorver o reflexo da dinâmica das instituições sociais no fenômeno jurídico. Aliadas, as duas concepções são capazes de iluminar importantes debates sobre o sistema jurídico atual, como a grande crise de legitimidade das instituições político-jurídicas das sociedades complexas. O dilema legalidade vs. legitimidade, na medida em que é concebido a partir dessas duas concepções, pode revigorar velhas teorias que auxiliem na configuração de novos paradigmas teóricos para as sociedades saídas da modernidade, ainda carentes de linhas epistemológicas cardiais.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. Valência: Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídico y Sociales, 1979.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Ed. UNB, 1997.
- _____. Teoria e Ideologia nella Dottrina di Santi Romano. In: RUFFIA, B. P. (Org.). **Le Dottrine Giuridiche di Oggi e L'insegnamento di Santi Romano**. Milão: Giuffrè, 1977.
- DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981. **Seqüência**. Florianópolis, ano 2, n. 4, p. 133-138, dez. 1981. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anejos/25184-25186-1-PB.pdf>> Acesso em: 26 ago. 2014.
- _____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.
- GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.v. 1-2.
- HART, Herbert L. A. **El concepto de derecho**. Tradução de Genaro A. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- HAURIOU, Maurice. **La Teoria de la Institución y de la Fundación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MORENO, José Antonio Sanz. Kelsen y la unidad del Estado/Derecho: de las premisas kantianas a la ficción imaginada. **Política y Sociedad**, Madrid, v. 46, n. 3, p. 175-189, jan. 2009.
- QUEIROZ, Cristina. O direito como sistema (interno) de regras e princípios. In: CUNHA, Paulo de Pitta. (Coord.). **Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2006. v. 1.
- RAMOS, Felipe Faria. **O institucionalismo de Santi Romano: por um diálogo entre posições críticas à modernidade jurídica**. 2011. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

RODRÍGUEZ, Manuel Atienza. **Tres lecciones de teoría del derecho**. Alicante: Club Universitario, 2000.

ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1945.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Traducción de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.27, nov. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782006000200012&lng=pt&nrm=iso)

[script=sci_arttext&pid=S0104-44782006000200012&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782006000200012&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. Tradução de Antonio Franco e Antonio Francisco de Sousa. Lisboa: Quid Juris, 2010.

Recebido em 2015-
Publicado em 2016-01-14