

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ-UNIOESTE CENTRO
DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

ADRIANO CONSENTINO CORDEIRO

**A NORMA FUNDAMENTAL E AS INFLUÊNCIAS KANTIANAS NA TEORIA
PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN**

TOLEDO
2020

ADRIANO CONSENTINO CORDEIRO

A NORMA FUNDAMENTAL E AS INFLUÊNCIAS KANTIANAS NA TEORIA
PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Centro de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Área de concentração: Filosofia Moderna e Contemporânea.

Linha de pesquisa: Ética e Filosofia Política.

Orientador: Prof. Dra. Marta Nunes da Costa.

TOLEDO
2020

Ficha de identificação da obra elaborada através do Formulário de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da Unioeste.

CORDEIRO, ADRIANO

A norma fundamental e as influências kantianas na teoria pura do direito de Hans Kelsen : e as influências kantianas na teoria pura do direito de Hans Kelsen / ADRIANO CORDEIRO; orientador(a), Marta Rios Alves Nunes da Costa Nunes da Costa, 2020.
159 f.

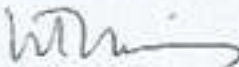
Dissertação (mestrado), Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus de Toledo, Centro de Ciências Humanas e Sociais, Graduação em Filosofia, 2020.

1. Norma Fundamental. 2. Teoria Pura do Direito. 3. Positivismo Jurídico. 4. Fundamento de Validade. I. Nunes da Costa, Marta Rios Alves Nunes da Costa. II. Título.

ADRIANO CONSENTINO CORDEIRO

A norma fundamental e as influências kantianas na teoria pura do direito de Hans Kelsen.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia em cumprimento parcial aos requisitos para obtenção do título de Mestre em Filosofia, área de concentração Filosofia Moderna e Contemporânea, linha de pesquisa Ética e Filosofia Política, APROVADO pela seguinte banca examinadora:



Marta Nunes da Costa

Orientador(a) - Marta Rios Alves Nunes da Costa
Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Campus de Toledo (UNIOESTE)



Roberto Saraiva Kahlmeyer Mertens
Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Campus de Toledo (UNIOESTE)



Documento assinado digitalmente
Delamar Jose Volpato Dutra
Data: 24/12/2020 07:56:37-0300
CPF: 448.095.650-68

Delamar José Volpato Dutra
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Toledo, 3 de dezembro de 2020

ADRIANO CONSENTINO CORDEIRO

A NORMA FUNDAMENTAL E AS INFLUÊNCIAS KANTIANAS NA TEORIA
PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Centro de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Marta Rios Alves Nunes da Costa
UNIOESTE

Prof. Dr. Roberto S. Kahlmeyer-Mertens
UNIOESTE

Prof. Dr. José Volpato Dutra
UNIOESTE

DECLARAÇÃO DE AUTORIA TEXTUAL E DE INEXISTÊNCIA DE PLÁGIO

Eu, ADRIANO CONSENTINO CORDEIRO, pós-graduando do PPGFil da Unioeste, Campus de Toledo, declaro que este texto final de dissertação é de minha autoria e não contém plágio, estando claramente indicadas e referenciadas todas as citações diretas e indiretas nele contidas. Estou ciente de que o envio de texto elaborado por outrem e também o uso de paráfrase e a reprodução conceitual sem as devidas referências constituem prática ilegal de apropriação intelectual e, como tal, estão sujeitos às penalidades previstas na Universidade e às demais sanções da legislação em vigor.

Toledo, _____, _____, _____

Assinatura

*Dedico esta dissertação a minha família,
Regina Cordeiro, minha mãe,
Yves Consentino Cordeiro, meu pai,
Tia Maria Muller (in memoriam),
demais parentes (in memoriam).
Por vocês todos, agora na filosofia
política estou aqui NOVAMENTE!!.*

AGRADECIMENTOS

Elenco a seguir, algumas pessoas que, de alguma forma, contribuíram para que esse trabalho fosse concluído.

A Professora Dra. Marta Nunes da Costa, pela orientação, amiga de todas as etapas e companheira na troca de ideias e na formação deste trabalho em todo o seu conjunto e estrutura. Ao professor Prof. Dr. Jose Francisco de Assis Dias, pelo debate inicial no ingresso ao curso de mestrado em Filosofia Política e na continuação das experiências com atenção especial ao estudo de Norberto Bobbio. Ao professor Dr. Roberto S. Kahlmeyer-Mertens, pelas ideias, discussões e debates decisivos acerca da construção deste trabalho, nas disciplinas Seminário de Dissertação I e II, e ainda ao Prof. Dr. José Volpato Dutra, como membro da banca final deste curso.

Ao professor Dr. Luiz Fernando Coelho, pela contribuição no contexto dos debates acerca do positivismo jurídico e da filosofia em geral. Um agradecimento especial também a Marilda Pereira dos Santos pela contribuição decisiva quanto às idéias centrais de Immanuel Kant, bem como no intercâmbio de livros e materiais. Agradeço ainda a professora Tânia Bueno do Prado pelas correções finais e sugestões do trabalho acerca do seu encerramento.

A todos os professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Filosofia Política da Unioeste – *Campus* toledo em especial a Marcilene Cruz. Foi grande a satisfação de conviver com todos durante o curso, compartilhando experiências e dialogando o direito com a filosofia, expandindo assim o conhecimento anteriormente adquirido.

Registre-se também que, em 2010, quando da conclusão da especialização em Filosofia do Direito aqui mesmo na Unioeste, era defendido um tema relacionado a Kelsen e uma breve referência a Norma Fundamental com alguns registros kantianos. Curiosamente, dez anos depois, agora em 2020, venho novamente trazer a Unioeste, temas kantianos/kelsenianos.

“Duas coisas enchem o ânimo de admiração e veneração sempre novas e crescentes, quanto mais frequentemente e com maior assiduidade delas se ocupa a reflexão: o céu estrelado sobre mim e a lei moral em mim”.

Immanuel Kant

RESUMO

CORDEIRO, Adriano Consentino. *A Norma Fundamental e as influências kantianas na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*. 2020. 157 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2020.

O objetivo da pesquisa consiste em realizar o estudo da Norma Fundamental de Hans Kelsen, a partir da obra *Teoria Pura do Direito*. Propõe analisar, desse modo, como problema a ser pesquisado, o fundamento de validade do sistema jurídico numa estrutura escalonada das normas jurídicas, partindo da sua base rumo ao seu ápice, chegando à primeira “constituição histórica”. Partir-se-á do levantamento de referências na Filosofia geral e na Filosofia do Direito, em mais de um enfoque do positivismo jurídico. A metodologia de abordagem ocorrerá por meio de comparações entre o pensamento de Immanuel Kant com o pensamento de Kelsen, assim recepcionado. Partir-se-á do denominado modelo positivista kelseniano considerado em sua importância, e as adequações realizadas por Kelsen acerca do isolamento do fenômeno jurídico em relação a outras ciências feitas por ele, e do estudo das normas jurídicas num modelo fechado e estritamente normativo, segundo a *Teoria Pura do Direito*. No primeiro capítulo, será feita uma exposição do projeto kantiano e dos temas sobre o conhecimento, a moral e o direito, bem como da hipótese-lógico transcendental, das relações entre o direito e a moral e a correlação entre os pensamentos de Kant e Kelsen. Sobre isso, é bom enfatizar as influências exercidas pela concepção de Kant sobre as considerações kelsenianas da *Grundnorm* e os pontos necessários à conexão entre aqueles dois pensadores a partir do perfil neokantista de Kelsen. No segundo capítulo, busca-se o estudo da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen e os temas relacionados a isso como o princípio metodológico fundamental, o sistema estático e dinâmico, os aspectos entre ser e dever-ser e o estudo da norma jurídica e sua estrutura. Isso tudo será fundamental e antecedente para o entendimento da Norma Fundamental, e o seu conteúdo, contribuindo ainda para o entendimento de unidade, coerência e legitimidade do sistema jurídico. No terceiro capítulo, inicialmente será feita uma análise da Norma Fundamental e os aportes neokantianos para a *Teoria Pura do Direito* com o estudo da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico e do sentido propriamente da Norma Fundamental. Será destacada ainda a correlação da Norma Fundamental no sentido da busca do fundamento de validade do direito tanto para Kant como para Kelsen. Kelsen, como um neokantiano, realiza uma analogia entre a teoria do conhecimento de Kant e a descrição da *Teoria Pura do Direito*, fazendo da *Grundnorm* uma hipótese lógica de natureza “pressuposta” estabelecida para que o sistema jurídico exista e seja compreendido e fundamentado. Conclui-se que as posições em relação ao pensamento de Kant e Kelsen levam à concepção da liberdade e da própria Norma Fundamental como sendo seus fundamentos máximos de validade e que a *Teoria Pura do Direito* é a mais adequada para estudo da forma analítica do positivismo promovido pelo mestre de Viena.

PALAVRAS-CHAVE: Norma Fundamental, Teoria Pura do Direito, Positivismo Jurídico, Fundamento de Validade, Immanuel Kant e Hans Kelsen.

RIASSUNTO

CORDEIRO, Adriano Consentino. La norma fondamentale e le influenze kantiane sulla *Pura Teoria Della Diritto* di Hans Kelsen. 2020. 157 p. Tesi di laurea (Master in Filosofia) - Università statale dell' Ovest del Paraná, Toledo, 2020.

Lo scopo di questa ricerca è promuovere lo studio della Norma Fondamentale di Hans Kelsen, basata sul lavoro Teoria Pura della Giurisprudenza. Si propone di analizzare, in questo modo, come problema da essere ricercato, il fondamento di validità dell'ordinamento giuridico, in una struttura scaglionata delle norme giuridiche, a partire dalla sua base, verso il suo apice, giungendo alla prima "costituzione storica". Per questo, lo studio partirà dalla verifica dei riferimenti della Filosofia Generale e della Filosofia della Giurisprudenza, partendo da più di un focus del positivismo giuridico. La metodologia di approccio avverrà attraverso confronti tra il pensiero di Immanuel Kant e il pensiero di Kelsen, così ricevuto. Si partirà dal cosiddetto modello positivista kelseniano, vista la sua importanza, e dagli aggiustamenti operati da Kelsen sull'isolamento del fenomeno giuridico, rispetto ad altre scienze da lui operate. Verrà inoltre preso in considerazione lo studio delle norme giuridiche in un modello chiuso e strettamente normativo, secondo la Teoria Pura della Giurisprudenza. Nel primo capitolo verrà presentata un'esposizione del progetto kantiano e dei temi sulla conoscenza, la morale e il diritto, così come dell'ipotesi logica trascendentale, delle relazioni tra diritto e morale e della correlazione tra i pensieri di Kant e Kelsen. A tal proposito, è bene sottolineare le influenze esercitate dalla concezione di Kant, sulle considerazioni kelseniane riguardanti alla grundnorm, e i punti necessari per il collegamento tra questi due pensatori, basati sul profilo neo-kantista di Kelsen. Nel secondo capitolo si cerca lo studio della Teoria Pura della Giurisprudenza, di Hans Kelsen, e le tematiche relative a questo come principio metodologico fondamentale, oltre al sistema statico e dinamico, gli aspetti tra essere e "dovere essere" e lo studio della normativa giuridica e della sua struttura. Tutto ciò sarà fondamentale e antecedente per la comprensione della Norma Fondamentale e del suo contenuto, contribuendo anche alla comprensione dell'unità, alla coerenza e alla legittimità dell'ordinamento giuridico. Nel terzo capitolo, inizialmente, verrà effettuata un'analisi della Norma Fondamentale e dei contributi neokantiani alla Teoria Pura della Giurisprudenza, insieme allo studio della struttura gerarchica del sistema giuridico e allo studio del significato della Norma Fondamentale. Verrà inoltre evidenziata la correlazione della Norma Fondamentale, nel senso della ricerca del fondamento di validità del diritto, sia per Kant che per Kelsen. Kelsen, come neo-kantiano, fa un'analogia tra la teoria della conoscenza di Kant e la descrizione della Teoria Pura della Giurisprudenza, rendendo la grundnorm a un'ipotesi (logica) di natura "pressupposta", stabilita in modo che il sistema giuridico esista e sia compreso e sostenuto. Si conclude che le

posizioni in relazione al pensiero di Kant e Kelsen conducono alla concezione di che la libertà e la stessa Norma Fondamentale siano i suoi massimi fondamenti di validità, e che la Teoria Pura della Giurisprudenza sia la più adeguata per studiare la forma analitica di positivismo promosso dal maestro di Vienna.

PAROLE CHIAVE: Norma fondamentale, Teoria Pura della Giurisprudenza, Positivismo legale, Fondamento della validità, Immanuel Kant e Hans Kelsen.

Sumário

INTRODUÇÃO	14
1 O PROJETO KANTIANO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DO CONHECIMENTO, DA MORAL E DO DIREITO	18
1.1 A hipótese lógico-transcendental	28
1.2 Sobre a relação entre direito e moral em Kant	37
1.3 Kant, Kelsen e o neokantismo	45
1.3.1 A herança kantiana e neokantiana sobre Kelsen	54
2 A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN	59
2.1 Princípio metodológico fundamental	67
2.2 Sistema estático e sistema dinâmico	74
2.3 Ser e dever-ser	81
2.4 Norma jurídica e estrutura	89
2.4.1 Norma jurídica e sistema jurídico	96
3 A NORMA FUNDAMENTAL, OS APONTAMENTOS NEOKANTIANOS E OS FUNDAMENTOS PARA A <i>TEORIA PURA DO DIREITO</i>	100
3.1 Norma fundamental e estrutura hierárquica do ordenamento jurídico	110
3.2 Em que sentido a norma fundamental é “norma”?	118
3.2.1 Condições de existência e papel da norma fundamental	126
3.3 Positivismo jurídico kelseniano, pureza e método	129
3.4 Norma fundamental e fundamento de validade do direito em Kant	136
3.5 Norma fundamental e fundamento de validade do direito em Kelsen	139
3.5.1 A teoria kelseniana da validade	146
CONSIDERAÇÕES FINAIS	149
BIBLIOGRAFIA PRIMÁRIA	155
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR	155

INTRODUÇÃO

O estudo da teoria da Norma Fundamental ou *Grundnorm* de Hans Kelsen¹ está entre os mais científicos e debatidos no segmento da Filosofia do Direito. Hans Kelsen foi um estudioso rigoroso de sua geração, fiel aos propósitos dos quais ele formulou em promover um isolamento do fenômeno jurídico com um rigor ao seu primado metodológico.

Nesse sentido, é adequado se promover um paralelo de questões como a relação da teoria pura kelseniana com o pressuposto lógico-transcendental de Immanuel Kant, esclarecendo, por consequência, a relação entre os dois autores e as identificações e inspirações de Kelsen para formulação da Norma Fundamental. Justifica-se desse modo a pesquisa² nessa busca de fundamentos últimos de validade acerca das fontes de legitimidade das normas jurídicas e da sistematização de todo um sistema normativo a partir de apenas uma norma dita fundamental e, ainda, da análise de sua compreensão em termos de racionalidade do sistema normativo.

Levando-se em consideração essa proposição, será determinado um levantamento das referências bibliográficas na Filosofia geral e na Filosofia do Direito, bem como em diferentes enfoques do positivismo jurídico. É na discussão da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen que se terá a referência maior no estudo da Norma Fundamental com uma metodologia de abordagem e de critérios de pesquisas como do geral para o particular, até a especificidade da Teoria Pura do Direito de Kelsen na pureza das normas jurídicas.

Registre-se ainda que Hans Kelsen teve uma intensa publicação de obras, que são fundamentais para o operador que se debruça no estudo da

¹ Nascido em praga (1881-1973) qualifica-se o autor como pertencente a escola positivista do direito, vindo a residir nos Estados Unidos, pois foi perseguido pelo nazismo alemão. Sua contribuição foi notória, no sentido de fornecer uma dimensão integrada e científica do direito, destacando-se a sua obra teoria pura do direito como uma fundamentação da ciência do direito como ciência e promovendo um isolamento do método jurídico.

² O estudo da Norma Fundamental se mostra importante ainda no sentido de melhor ser compreendido segundo o enfoque de estudo da Filosofia do Direito, afastando-se, por exemplo, de citações indevidas ou mal compreendidas como eventualmente poderia ocorrer em determinadas ocasiões advindas do seu próprio estudo ou mesmo de julgamentos realizados pelo Poder Judiciário.

teoria do direito, da Filosofia do Direito³ e no estudo das normas jurídicas em geral. É o caso, por exemplo, da *Teoria Pura do Direito*, da *Teoria Geral do Direito* e do *Estado* e da *Teoria Geral das Normas*. Dessa forma, como defensor da neutralidade científica aplicada à ciência jurídica, promoveu, na obra *Teoria Pura do Direito*, uma criação original nos temas contextualizados por ele, a exemplo da Norma Fundamental, trazida no tópico da “dinâmica jurídica” daquela obra.

Essa Norma Fundamental recebeu, assim como outros assuntos do próprio Kelsen, influência direta da filosofia de Immanuel Kant, em especial da primeira crítica, a denominada *Crítica da Razão Pura*. Embora com metodologias distintas, é possível encontrar inúmeros paralelos e influências exercidas de Kant sobre Kelsen como sendo um autor filiado ao neokantismo. Nesse sentido, Hans Kelsen aparece com frequência como um autor neokantiano na Filosofia do Direito e na teoria do direito em geral, combinado seu rigor metodológico com aspectos da crítica kantiana e sofrendo influência nas perspectivas criadas no autoconhecimento realizado por Kant e em outras obras como a *Crítica da Razão Prática* e a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

Assim, apoiando-se em posições tipicamente kantianas, Hans Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, assume um método e uma posição “analítica” com uma metodologia própria, caracterizando a Norma Fundamental como “condição lógico-transcendental” e realizando uma analogia com o pensamento kantiano, uma vez que esse filósofo promove uma investigação das condições do conhecimento surgidas antes e independentemente dos objetos.

Essa analogia esclarece que, como segundo indicava Kant, para que se possa investigar o conhecimento, era preciso primeiro pressupor a existência de categorias dentro do conhecimento humano, sistemática essa adotada por Kelsen quando relaciona a teoria do conhecimento com a *Teoria Pura do Direito*. Nessa discussão, se as relações hipotéticas são pressupostos do

³ Merece destaque ainda, também no campo da filosofia do direito, a menção de Georg Friedrich Hegel, discorrendo que o direito: “é, de modo geral, algo de sagrado, unicamente porque é o ser-aí do conceito absoluto, da liberdade consciente de si. – Mas o formalismo do direito (e, posteriormente, o da obrigação) surge da diferença do desenvolvimento do conceito de liberdade” (HEGEL, 1967, p. 72).

conhecimento humano, também é adequado se valer de um pressuposto no conhecimento do direito, uma vez que essa condição é a norma jurídica no sistema da *Teoria Pura do Direito*. Portanto, este trabalho busca realizar uma investigação das influências kantianas sobre Kelsen, partindo-se da *Crítica da Razão Pura* e justificando Kelsen como um herdeiro das concepções kantianas adaptadas ao seu perfil analítico.

Nesse passo, este trabalho, segundo aquela abordagem, estrutura-se em três capítulos com suas respectivas divisões, tratando, na sua primeira parte, do estudo de Immanuel Kant e dos temas correlatos como ponto de partida de compreensão, analisando-se o tema do “conhecimento”, do “direito” e da “moral”. Nessa mesma primeira parte, serão objeto de estudo a “hipótese lógico-transcendental” e o comparativo entre Kant e Kelsen, bem como do “neokantismo”, fundamentais para o adequado estudo das influências recebidas por Kelsen, até a construção de sua Teoria Pura do Direito e da teoria da Norma Fundamental.

No segundo capítulo, será exposto o conteúdo da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, tratando do “princípio metodológico fundamental”, do sistema “estático e dinâmico” e dos assuntos do “ser e dever-ser” além da “norma jurídica”, vinculados também ao estudo da Norma Fundamental. Essas diretrizes são necessárias, aliás, e antecedentes para que se tenha uma estruturação completa rumo à análise da Norma Fundamental de Kelsen e às suas repercussões assim extraídas. Notar-se-á que Kelsen é, no positivismo jurídico, convicto de suas posições e, dessa forma, assume ideias importantes na estruturação da *Teoria Pura do Direito*, como sendo uma das mais estudadas e debatidas entre as existentes no sistema jurídico.

Já no terceiro capítulo, será promovido um debate sobre a Norma Fundamental de Hans Kelsen e seus fundamentos respectivos. Tem-se assim o propósito de esclarecer o fundamento de validade com a contextualização de outros temas correlatos como a “estrutura hierárquica do ordenamento jurídico” o “sentido da Norma Fundamental” e o “positivismo jurídico Kelseniano” como sendo o mais apto para o estudo não só da Teoria Pura do Direito, mas também da Norma Fundamental. Reside aí a correlação da Norma Fundamental, como modelo kantiano de “hipótese lógico-transcendental” e da

mencionada investigação kantiana incidente na Teoria Pura do Direito de Kelsen, finalizando-se o trabalho com o tema da “Norma Fundamental e o fundamento de validade do direito” tanto para Immanuel Kant como para o próprio Hans Kelsen.

Tal assertiva é decisiva inclusive, por exemplo, para estabelecer um comparativo da própria Norma Fundamental com posições estabelecidas por Kant, bem como determinadas repercussões desenvolvidas entre os dois pensadores. Assim, aponte-se a diferença, por exemplo, de que a *Grundnorm*, segundo uma natureza pressuposta, depende da experiência na sua constatação, ao contrário do que entende Kant acerca de determinados conceitos como sendo de um tipo *a priori*.

Registre-se, inclusive, que o paralelo entre Kant e Kelsen se repete em mais de uma oportunidade⁴, tamanha foi a influência recebida por Kelsen nas suas posições analíticas. Do mesmo modo, vale enfatizar finalmente a diferenciação presente tanto para Kant, como para Kelsen, em relação aos seus fundamentos de validade no direito. Mesmo tendo-se aquela influência já anunciada, é importante dizer que a realidade entre os pensadores é distinta com adaptações contidas em tais pensamentos, como ocorre em relação ao tema da liberdade para Kant, e da Norma Fundamental para Kelsen, como sendo seus fundamentos de validade respectivos e mostrando-se inseridos nessa discussão, segundo definições importantes para esses dois pensadores da filosofia e do direito.

⁴ A esse respeito, há o tema da relação do Estado com o direito. Desse modo, o conceito de coercibilidade na filosofia do direito segundo Kant foi importante para as formulações de Kelsen, ao tratar da ordem jurídica como sendo de forma “coercitiva”. No mesmo sentido são as ideias políticas de Kant como inspiradoras para determinadas interpretações de teorias liberais e positivistas do direito e do Estado. Sobre isso, consultar LIMA, NEWTON de Oliveira. *O Estado de direito em Kant & Kelsen*. 1º edição. Belo Horizonte: Editora D’Pácido. 2017.

1 O PROJETO KANTIANO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DO CONHECIMENTO, DA MORAL E DO DIREITO

O presente capítulo tem por objetivo propedêutico debater pontos do pensamento kantiano, antecedentes ao debate das posições kelsenianas assumidas na obra *Teoria Pura do Direito*. Tais pontos permitem compreender as influências recebidas por Hans Kelsen, como um neokantista, e incorporadas pelo Mestre de Viena como sendo de inspiração kantiana e decisivas para o enfoque de parte do caminho percorrido por Kelsen no seu intento positivista. Ganha destaque, nesse sentido da filosofia transcendental kantiana, o aspecto da “hipótese lógico-transcendental”, do “direito”, da “moral” e do “neokantismo” no intuito de estabelecer paralelos de pensamentos entre os dois autores, buscando os conceitos necessários nesse comparativo estabelecido.

A herança recebida por Kelsen por meio do neokantismo foi decisiva, portanto, em vários momentos de sua empreitada na construção de pontos da Teoria Pura do Direito e da *Grundnorm* de inspirações e analogias recebidas de Immanuel Kant.

O criticismo kantiano, pode-se afirmar, combina duas direções fundamentais do pensamento filosófico: de um lado se tem o racionalismo dogmático, cujos pensadores podem ser lembrados como Descartes, Leibniz e Wolff, e de outro, o empirismo cético inspirado em Bacon, Locke e Hume. Para o racionalismo, o conhecimento seria produto de uma faculdade, ou seja, a razão. Já para o empirismo, o conhecimento deriva mais propriamente da sensibilidade⁵. Nesse contexto é adequado ressaltar que Immanuel Kant trouxe uma profunda influência, inovando ainda no sentido de promover uma revisão em diversos problemas de sua época atento, desse modo, a um grande número de temas. A propósito, no prefácio da 1^o edição da *Crítica da Razão Pura*, o próprio Kant explica que “não é uma crítica dos livros e sistemas, mas sim da faculdade da razão em geral, com vistas a todos os conhecimentos que

⁵ Comentando sobre o tema, explica Hannah Arendt que: “Sua filosofia teórica sustenta que todo conhecimento depende da interação e cooperação entre sensibilidade e intelecto, e sua Crítica da razão pura foi corretamente designada como uma justificação, senão uma glorificação, da sensibilidade humana” (ARENDDT, 1993, p. 38).

ela pode tentar atingir independentemente de toda experiência” (KANT, 2012, p. 19).

Do ponto de vista histórico, Kant pertence à época do Iluminismo, representando não só um apogeu intelectual, mas também uma transformação do Iluminismo Europeu. O projeto crítico de Kant visa restabelecer as condições de possibilidade para a metafísica, superando os limites da filosofia dogmática, ou seja, sua crítica visa oferecer uma sistematização da razão, entendida como conjunto de faculdades e seus respectivos usos. Kant investiga problemas internos da filosofia, indo até sua origem e chegando aos limites da razão pura, tanto em seu aspecto teórico como em seu aspecto prático.

Outro ponto destacado por Immanuel Kant é o progresso da ciência natural moderna e o desenvolvimento da lógica e da matemática, procurando conduzir a filosofia num caminho seguro de uma ciência. Dessa forma, ele deixa de lado a investigação de temas como Deus, iniciando sua tratativa em questões mais básicas indagando, por exemplo, se a metafísica poderia ou não ser ciência. Kant visualiza na crítica transcendental da razão um novo modo de pensar analisando a capacidade da razão⁶ e fundamentando uma filosofia científica autônoma, sem esquecer inclusive as limitações decorrentes desses próprios conceitos.

Importante destacar ainda, segundo aquele filósofo, os diversos campos do conhecimento constituído por elementos independentes da experiência. Kant explica como são possíveis, apesar da finitude do ser humano, a universalidade e a necessidade do saber e do agir moral. Na denominada crítica transcendental da razão, tem-se uma descoberta de elementos não empíricos, preocupando-se assim com os tipos de conhecimentos possíveis⁷.

⁶ Tratando da razão, esclarece Allen Wood que: “Kant vê a razão como a mais alta ou mais abrangente das faculdades humanas, a faculdade através da qual dirigimos todas as nossas faculdades (incluindo a própria razão) – sendo também essa a justificação pela qual uma crítica dirigida a explorar os limites da razão deva também ser tratada pela razão” (WOOD, 2008, p. 101).

⁷ Nesse contexto, vale enfatizar ainda os temas em que Immanuel Kant promoveu uma intensa pesquisa: a teoria do conhecimento e do objeto, a ética, a filosofia da história e da religião e a filosofia da arte. Existe, nesse sentido, um grande número de conceitos e problemas filosóficos

Aliás, na sua primeira crítica, *Crítica da Razão Pura*, Kant procura resolver a questão sobre como seria possível a metafísica como ciência. Sua crítica, nesse sentido, não se refere a uma crítica do sistema, mas da própria faculdade da razão como tal, com a tarefa de uma investigação das fontes na determinação e na extensão dos limites dela. Desse modo, para se tratar de um conteúdo de uma metafísica que busque efetivamente ser uma ciência, é preciso demarcar inicialmente o campo em que tal disciplina deve estar localizada, bem como seu alcance e seus reflexos advindos dessa concepção.

Immanuel Kant é conhecido também como o filósofo das três críticas – *Crítica da Razão Pura* (1781), *Crítica da Razão Prática* (1788) e *Crítica do Juízo* (1790)⁸. Segundo Ferry, (2012. p. 08) “[...] elas correspondem, numa primeira abordagem, à teoria do conhecimento, à moral e a estética”. Assim, retratado de outra forma, Kant empreende a *crítica da razão pura* em um significado do julgamento que a razão faz de si mesma acerca dos limites de sua possibilidade no processo de conhecimento. Aliás, a razão é, desse modo, o tema básico da *Crítica da Razão Pura* em tudo aquilo que, no âmbito do pensamento, por exemplo, é *a priori* e não tem origem na experiência. Ela produz os princípios do conhecimento puro e, nesse contexto, explica Allen Wood que “[...] nenhum filósofo acentuou mais do que Kant a importância de os seres humanos conservarem em mente a capacidade limitada de sua razão em todas as questões da vida” (WOOD, 2008, p. 135).

Ainda em relação à primeira crítica, é adequado destacar o tema da revolução copernicana⁹ no sentido de não se tratar de como nossas representações podem ser adequadas aos objetos em si, mas, sim, de determinar o que nosso entendimento pode considerar objetivo. Ou seja, partindo-se do sujeito do conhecimento e não do objeto em si, abandona-se a ideia de que todo conhecimento se regula pelos objetos. Nota-se que o ponto

de discussão que encontram Kant como uma grande referência, a exemplo do conhecimento *a priori* e *a posteriori*, os juízos sintéticos e analíticos, os argumentos transcendentais, as ideias regulativas e constitutivas no imperativo categórico.

⁸ A filosofia crítica, pode-se dizer, tem por escopo tentar responder a uma importante questão: o que pode legitimamente nossa razão? Essa questão pode ainda se dividir em três principais: 1) Que posso saber? 2) Que devo fazer? 3) Que me é permitido esperar?

⁹ Nesse sentido, destaca Gianluigi Palompella que: “Kant realizou na teoria do conhecimento algo muito semelhante ao que na ciência havia sido a revolução copernicana” (PALOBELLA, 2005, p. 62).

de partida é o sujeito do conhecimento, e não propriamente o objeto em si acerca dos problemas da objetividade.

Destaque-se ainda a filosofia transcendental kantiana no sentido de ter a preocupação do conhecimento não tanto com os objetos, mas como se dá o modo de conhecimento sobre eles em sua possibilidade *a priori*¹⁰. Seguindo a diferenciação básica dos dois troncos do conhecimento, (*sensibilidade* e *entendimento*) Kant procura em ambas essas faculdades, os respectivos elementos *a priori*, e encontra, na primeira, as denominadas “formas puras de intuição”, espaço e tempo e, na segunda, as “formas puras” do entendimento. É o que acrescenta inclusive Hannah Arendt “Lembrem que em Kant a experiência e o conhecimento possuem dois troncos: intuição (*sensibilidade*) e conceitos (*entendimento*)” (ARENDR, 1993, p. 102).

Portanto, a filosofia transcendental, segundo Kant, implica a ideia de uma ciência na qual a *Crítica da Razão Pura* deve projetar suas concepções a partir de diretrizes em relação a todo o conjunto da obra. Assim, estamos tratando de um sistema de conceitos transcendentais e dos princípios da razão pura, especialmente o que nos indica como determinadas representações são aplicadas ou são possíveis exclusivamente *a priori*. A *Crítica da Razão Pura* é, dessa forma, um projeto de autoconhecimento permitindo que os seres humanos, racionais que são, tenham a razão pura como a capacidade de entender o que fazem.

Kant assevera ainda que o nosso conhecimento pode ser empírico, ou pode ser *a priori* também dito puro, ou seja, que provém da experiência sensível ou se constitui independentemente da experiência. A *Crítica da Razão Pura*, como uma teoria do conhecimento se questiona sobre a nossa

¹⁰ É um dos destaques do pensamento kantiano e acerca disso observa Christian Hamm que: “O conceito metodológico central na argumentação Kantiana, o conceito de *a priori*: o que a razão impõe ou introduz pensando na figura geométrica é exatamente aquela parte pura do conhecimento (teórico) pela qual ela consegue determinar seu objeto independentemente de tudo o que provem de outras formas”. [...] O que é introduzido *a priori* e, portanto, tem que preceder de certa forma a qualquer conhecimento concreto são as regras que fundamental e, ao mesmo tempo, limitam a produção deste conhecimento; e é mediante essas regras – tratadas mais tarde, sob os títulos de conceitos puros do entendimento e princípios transcendentais da faculdade de julgar, na analítica transcendental da crítica – que a razão opera a acomodação dos objetos às nossas faculdades de conhecimento”. (HAMM, 2012, p. 24).

capacidade de fabricar sínteses, ou seja, julgamentos sintéticos, como aquelas leis que estabeleçam ligações entre fenômenos cuja ordenação já não é dada, mas, sim, construída. Dessa forma, vale registrar a compressão entre os juízos *analíticos* e os juízos *sintéticos*¹¹, segundo a filosofia kantiana, compreendendo-se o primeiro como aquele que se limita a explicar um conceito, analisando o conteúdo sem referências a elementos novos, a exemplo de se dizer que “todos os corpos são extensos”.

Como juízo *sintético*, tem-se um juízo cujo predicado acresce alguma coisa ao conceito do sujeito. Já não é uma simples análise do sujeito pela qual se descobre um predicado, mas, sim, uma síntese de um sujeito e de um predicado, a exemplo do que ocorre quando se diz que “todos os corpos são pesados”, pois o predicado é algo distinto daquilo que se pensa no simples conceito do corpo em geral. Esse acréscimo nos dá um juízo *sintético*. Outra importante descoberta de Kant versa sobre os juízos sintéticos *a priori*, que são universais e necessários, como os juízos analíticos, mas permitem ampliar nossos conhecimentos. Comentando sobre a *Crítica da Razão Pura*, o próprio Kant assim observa:

De tudo isso se segue, assim a ideia de uma ciência particular que pode denominar-se crítica da razão pura. Pois a razão é a faculdade que fornece os princípios do conhecimento *a priori*. Por conseguinte, a razão pura é aquela que contém os princípios para conhecer algo absolutamente *a priori*. [...] Eu denomino transcendental todo conhecimento que se ocupe não tanto com os objetos, mas com o nosso modo de conhecer os objetos, na medida em que estes devam ser possíveis *a priori*. Um sistema de tais conceitos se denomina filosofia transcendental. (KANT, 2012, p. 59).

Outro ponto a ser destacado no projeto kantiano versa sobre a importância da obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, como o primeiro passo no qual Kant se dedica exclusivamente sobre temas da filosofia moral. Nesse sentido, uma das tarefas desse caminho é apresentar e

¹¹ Tratando sobre as diferenças em Kant sobre os juízos analíticos e sintéticos, acrescenta Giorgio Del Vecchio que: “Kant distingue, além disso, duas espécies de juízo: analíticos e sintéticos. Analíticos são aqueles em que o predicado pertence ao sujeito como implicitamente contido no seu conceito; o predicado, portanto, nada acrescenta de novo, apenas aclarando a noção já dada. Nos juízos sintéticos, pelo contrário, o predicado está fora do conceito do sujeito, embora no juízo esteja ligado com este”. (DEL VECCHIO, 1979, p. 130).

fundamentar leis morais, independentemente da experiência, ou seja, *a priori*. Pode-se dizer que o propósito da obra é identificar o princípio supremo da moralidade com o objetivo não apenas especulativo, mas também prático, permitindo encontrar um critério que possibilite a cada um apreciar o valor de suas ações, uma vez que a moralidade está sujeita a circunstâncias como corrupção e outros tipos de inclinações a que o ser humano poderia se envolver.

A técnica Kantiana visa, dessa forma, extrair um fundamento racional da moralidade, mostrando que ela se mede, pela submissão da vontade, à forma universal de uma lei *a priori* da razão com a necessidade de distinguir a conduta moral da busca da felicidade. Tudo isso é importante, uma vez que, dessa forma, ele visa garantir as condições de possibilidade da moral de uso prático da razão e que, enquanto na primeira crítica, Kant havia mostrado que a razão teria um papel regulador em matéria de conhecimento, ou seja, um uso teórico da razão, na segunda crítica, a *Crítica da Razão Prática*, o intento é afirmar que a razão tem um papel constitutivo.

A *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*¹² estabelece ainda, de modo especial, o conhecido imperativo categórico, como sendo a forma pela qual a lei moral aparece ao ser humano. A obra está dividida sistematicamente em três seções, na qual a primeira trata da passagem do conhecimento racional moral comum para o conhecimento filosófico; a segunda, com o tratamento sobre a transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes, encerrando com a seção intitulada “do último passo da metafísica dos costumes para a crítica da razão pura prática”.

Assim, como já afirmado, o objetivo de Kant na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* é a busca e a fixação do princípio supremo da moralidade. Essa lei do dever moral, segundo Kant, nos obriga, por meio do imperativo categórico, a uma forma de agir, não baseada simplesmente em

¹² Como enfatiza Marta Nunes da Costa ao se referir sobre tal obra: “A FMC constitui uma parte essencial do sistema kantiano na medida em que desvela o sentido de um uso prático da razão, compatível com o projeto mais amplo de identificar as condições de possibilidade não só do conhecimento (tarefa da Crítica da Razão Pura), mas também da própria moral e, conseqüentemente, compreender as ramificações da razão prática na filosofia política e na relação entre natureza, história e cultura”. (COSTA, 2020, p. 04).

projeções ou cálculos, mas motivada exclusivamente por respeito à própria lei que deve ser cumprida por seu agente moral¹³. Desse modo, nesse conjunto de ideias em seu desenvolvimento, Kant se utiliza continuamente de conceitos de necessidade e universalidade, descrevendo o caráter das leis morais. Ademais, registre-se assim que, para Kant, o imperativo categórico é um “princípio sintético-prático *a priori*”.

Com efeito, ao tratar do imperativo categórico, assim se refere Kant: “O imperativo categórico é, portanto só um único, que é este: age apenas segundo uma máxima tal que possa ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2007, p. 59). Nesse contexto, é possível se extrair a ideia de que um princípio moral não deve estar fundamentado em nenhum interesse, figurando como imperativos possíveis, como sendo o único incondicionado. As leis morais devem valer sem exceção, sendo que este imperativo categórico representaria uma ação sem relação com outro fim¹⁴. Puros ou *a priori*, seriam, portanto, os princípios que determinam a ação sem consideração ou interesses, vale dizer, nenhum tipo de inclinação deve influenciar o sentido moral, como sendo verdadeiramente um regramento ético *a priori*.

Importante ainda ressaltar que Kant considera como vinculados à ideia moral aqueles princípios com valor categórico, desvinculados, como se disse, de inclinações ou interesses. Portanto, é relevante a regra pelo qual o homem pauta sua ação, determinando sua conduta e as repercussões a ela incidentes no “princípio do querer”. Dessa forma, não é o objeto que desejo atingir que faz o valor moral do meu ato, mas a razão pela qual eu quero atingi-lo. Assim, por consequência, o mercador honesto é moral se é honesto por dever; deixa de ter valor moral se, por exemplo, é honesto por interesse. É adequado ressaltar ainda que a análise do conhecimento moral comum nos permite descobrir o

¹³ Cresce na importância, dessa forma, o princípio racional da moralidade, senão vejamos: “Princípios morais necessitam valer incondicionalmente e sem exceção para todos os seres racionais, sobretudo quando se trata de princípios morais” (SCHONECKER, WOOD, 2011, p. 26).

¹⁴ Registre-se também a distinção analítica entre lei moral e imperativo categórico. A lei moral é um princípio objetivo, válido para todos os seres racionais. Como nós somos seres empíricos, isto é, nós podemos determinar a nossa vontade por um princípio outro que não a lei moral, esta se apresenta aos seres humanos como “imperativo”, ou seja, como ordem. E essa ordem é categórica, isto é, ela exclui qualquer outra possibilidade.

princípio supremo da moralidade. O formalismo kantiano acerca disso envolve conformidade com a lei em geral que constitui o princípio de uma boa vontade.

Merece destaque também, nessa concepção, a valorização da pessoa humana como fim em si mesma, quando Kant, a respeito disso, esclarece: “O homem e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”¹⁵ (KANT, 2007, p. 68). A dignidade humana, nesse sentido, ganha um destaque fundamental para Kant, já que o homem não tem apenas um preço ou algo relativo, mas propriamente um valor intrínseco, dotado de uma capacidade e de atributos que o tornam um ser diferente em relação a outros. Vale dizer que ele vale por ele mesmo em seu amplo desenvolvimento, com características fundamentais em torno de sua existência, desde a sua concepção até a sua morte.

Como se nota, o pensamento kantiano articula seus conceitos, a partir dos quais expõe um projeto em diferentes áreas com significados bem definidos em cada uma delas, não só em sua *Crítica da Razão Pura*, utilizando-se de forma primorosa o uso teórico da razão¹⁶, mas também contextualizando o uso prático da razão nas obras *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e *Metafísica dos Costumes*.

De outro modo, tratando agora acerca do direito, em especial na obra *Metafísica dos Costumes*, Kant realiza uma transição para esse tema, procurando aplicar a moral em duas vertentes, isto é, no próprio direito e também na virtude. Essa é uma divisão conhecida da obra, no contexto de que o ponto de vista do direito refere-se ao acordo da ação com a lei, ou seja, à legalidade. Já em relação à perspectiva da virtude, diz respeito ao acordo do móvel com a lei, isto é, ao sentido mesmo da moralidade. O próprio Kant assim define o direito como: “A soma das condições sob as quais a escolha de

¹⁵ Kant continua ainda no desenvolvimento dessa assertiva enfatizando que: “Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim” (KANT, 2007, p. 68).

¹⁶ Tratando do tema da natureza da razão na filosofia kantiana, pontuam Luciano Utteich e Vanessa Bicalho que: “Seguindo esses sinais, continua Kant, que justifica o pensamento de um sistema da filosofia sob nenhum outro fundamento que não seja a própria razão” (UTTEICH; BICALHO, 2020, p. 54).

alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”. (KANT, 2008, p. 76).

Acerca disso, insere-se num contexto de que o objeto da metafísica dos costumes empreende o estudo complexo da lei que regula a conduta do homem como ser livre, racional, diverso do mundo da natureza, mas submetido às suas leis.

Por seu turno, a *Metafísica dos Costumes* tem como fio condutor a perspectiva da distinção que Kant realiza acerca da legislação entre legalidade e moralidade. A primeira, entende Kant como:

[...] A simples conformidade ou não conformidade de uma ação com a lei, sem tornar em consideração seus motivos. Porém, esta conformidade, na qual a ideia do dever derivada da lei é ao mesmo tempo o móbil da ação, é a moralidade (LEITE, 2013, p. 282).

Comentando sobre a definição do direito, segundo Kant, Joaquim Carlos Salgado enfatiza que o filósofo procura mostrar na *Metafísica dos Costumes*, que o conceito de direito, segundo aquele filósofo abrange três elementos:

1º- uma relação prática externa, o que quer dizer: todo direito é uma relação entre seres humanos (só o ser humano se envolve numa relação prática), na medida em que tal relação se mostre como ações que, como fato, possam exercer influência, num e n' outro, direta ou indiretamente; 2º- essa relação prática e externa estabelece-se entre um arbítrio e outro e não entre o arbítrio do indivíduo e o desejo de outro, como nos atos de benemerência, ou de crueldade do estado de natureza, de mor ou de poder. Em lugar dessas relações, surgem as do direito como relações arbitrárias, da disposição da vontade alheia por meio do contrato ou da lei; 3º- a relação puramente formal entre os arbítrios recíprocos, razão pela qual não se leva em conta o conteúdo da vontade ou matéria do arbítrio (SALGADO, 2012, p. 192).

Nesse sentido, a doutrina do direito, para Kant, deve dizer o que é o direito e, portanto, esquecer-se dos princípios empíricos, ou seja, extraí-los da experiência, uma vez que esta só indica o que em cada momento é de direito, isto é, o que prescrevem as leis em um tempo e em um lugar determinado.

Assim, a doutrina do direito deve inquirir sobre as condições que propiciam as prescrições jurídicas justas, legítimas ou bem fundadas. Dessa forma, o conceito de direito é investigado, como se disse, não pela maneira empírica, mediante a observação do direito positivo, mas, sim, buscando a razão como único fundamento de uma possível legislação positiva.

Nessa disposição, o direito para Kant infere-se num complexo das condições formais que permitem a coexistência dos arbítrios dos indivíduos considerados, verificando-se a esfera de liberdade dos indivíduos, estabelecendo-se de tal forma que a liberdade externa¹⁷ de todos possa coexistir, segundo uma lei universal. De um lado, tem-se o próprio conceito de liberdade, afirmado em sua especificidade; de outro, a lei universal. A noção de liberdade, aliás, está conectada ao conceito de autonomia, e a este o próprio princípio universal supremo da moralidade (princípio da autonomia da vontade). A liberdade é, assim, registre-se, tema fundamental na concepção do universo moral kantiano, relacionado ainda a como se vê a própria noção do direito.

Nessas condições, a noção de liberdade em Kant, segundo a *Crítica da Razão Pura*, foi apresentada como abrindo a razão para a sua dimensão moral, enquanto, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant identifica o princípio da autonomia da vontade, isto é, a liberdade como a ideia capaz de determinar a vontade de modo puro, *a priori*. Já na *Metafísica dos Costumes*, Kant parte do mesmo princípio regulador, ou seja, da liberdade, mas agora com o desafio de pensá-la no âmbito externo, político e legal.

A própria liberdade, inclusive, pode ser explicitada em Kant, relacionada a partir do elemento “vontade”. Para que o homem seja livre, são necessárias inclusive duas circunstâncias: “1) que se mostre como absoluta espontaneidade; 2) que se submeta às leis da razão prática, à vontade” (SALGADO, 2012, p. 157).

Assim, é possível esclarecer que a obra *Metafísica dos Costumes* traz um intento de que ela visa à moral aplicada em suas duas vertentes, ou seja,

¹⁷ Como esclarece Regis de Castro Andrade: “A liberdade, em Kant, é a liberdade de agir segundo leis. As leis descrevem relações de causa e efeito. Portanto os homens são livres quando causados a agir” (ANDRADE, 2005, p. 53).

na *doutrina do direito* e na *doutrina da virtude*. Já a noção de liberdade se explicita em sua aplicação aos homens como seres racionais, dando início às questões dos limites entre liberdade interna e a externa, submetidos à questão da coação e das fronteiras entre a moral e o direito. Desse modo, o próprio Kant assevera sobre o conceito de liberdade na *Metafísica dos Costumes* que:

O conceito de liberdade é um conceito racional puro e que por isto mesmo é transcendente para a filosofia teórica, ou seja, é um conceito tal que nenhum exemplo que corresponda a ele pode ser dado em qualquer experiência possível, e de cujo objeto não podemos obter qualquer conhecimento teórico: o conceito de liberdade não pode ter validade como princípio constitutivo da razão especulativa, mas unicamente como princípio regulador desta e, em verdade, meramente negativo. Mas no uso prático da razão o conceito de liberdade prova sua realidade através de princípios práticos, que são leis de uma causalidade da razão pura para determinação da escolha, independentemente de quaisquer condições empíricas e revelam uma vontade pura em nós, na qual conceitos e leis morais têm sua fonte (KANT, 2008, p. 64).

Oportunamente, a própria relação entre o direito e a moral será tratada no pensamento kantiano, inclusive com o paralelo que se pode estabelecer entre ele e a filosofia jurídica de Hans Kelsen. Por ora, restou-se adequado fixar que a *Metafísica dos Costumes*, como obra estabelecida para o direito, tem como objeto o complexo de leis que regulam a conduta do homem como ser livre e racional, não pertencente ao mundo da natureza, mas submetido às suas próprias leis.

Com essas considerações, foi possível identificar certo número de temas estabelecidos por Kant, e as conexões que permitirão a Hans Kelsen construir ideias e projetos positivistas originários dentro da visão voltada à construção da Norma Fundamental. O modelo, como se nota, assumido por Kelsen leva em consideração o autoconhecimento e os importantes postulados já estabelecidos por Kant, em especial na obra *Crítica da Razão Pura*. Na sequência, os assuntos tratados demonstrarão tudo isso, bem como toda essa assertiva deve ser contextualizada.

1.1 A hipótese lógico-transcendental

Existe uma comparação natural¹⁸ entre a filosofia de Kant e as denominadas reproduções kantianas no pensamento de Hans Kelsen. Aliás, Kelsen deduz, a partir da *Crítica da Razão Pura*, de Kant, uma interpretação renovada da problemática jurídico-científica de como a validade poderia ser representada e também qual seria sua essência. Desse modo, enquanto no fim do século XVIII o filósofo Immanuel Kant discute e se depara com a questão de como são possíveis os juízos sintéticos *a priori*, ou seja, de que maneira é possível os juízos ampliarem o conhecimento anterior à própria experiência, os trabalhos de Hans Kelsen preocupam-se em estabelecer uma validade no âmbito da ciência do direito. Vale questionar:

Como é possível uma interpretação independente da autoridade metajurídica como Deus ou a natureza para o sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente validas descritíveis em proposições jurídicas? (DIAS, 2010, p. 244).

O próprio Kelsen responde a sua indagação com o argumento único da Norma Fundamental, uma vez que ela tem uma base metafísica, ou seja, da Norma Fundamental estática tratada oportunamente. Em outras palavras, a Norma Fundamental de Hans Kelsen traz um perfil de atualidade se comparada à filosofia de Kant, utilizando-se de uma série de postulados para sua criação e compreensão. Apoiando-se em nomenclatura kantiana, Hans Kelsen

¹⁸ Tratando sobre o “neokantismo”, bem como sobre determinados autores que seguiram uma grande influência de Kant em seus pensamentos, explica com propriedade Otfried Hoffe que: “O neokantismo, que domina a filosofia acadêmica pelo menos durante o meio século entre 1870-1920, todavia, não quer simplesmente repetir mecanicamente Kant. Em regra, seus representantes estão convencidos de que compreender Kant significa ir além dele. No centro do neokantismo encontra-se a filosofia como Teoria do Conhecimento e como disciplina fundante das ciências, primeiro das ciências naturais matemáticas, e então das ciências da cultura (do espírito), em Cassirer, enfim, também do mundo não científico”. Entre os filósofos mencionados por Hoffe, registre-se Eduard Zeller e Kuno Fischer. “Menciona-se aqui somente o Comentário à crítica da razão pura de Kant, de Hans Vaihinger (e dois volumes, 1881 e 1892), que contudo não vai além da estética transcendental. Vaihinger é também quem, por ocasião dos 100 anos da morte de Kant, funda a Sociedade Kant, enquanto os Kant-Studien já aparecem desde 1897” (HOFFE, 2005, p. 332). De sua parte, tratando sobre o “neokantismo” e o direito, explica Mario Losano que: “A filosofia neokantiana foi uma reação ao pensamento positivista, mas a teoria do direito de Kelsen apresenta-se como uma teoria positivista e neokantiana. Na verdade, não existe contradição: Kelsen constrói uma teoria inspirada no positivismo jurídico, ao passo que os neokantianos reagem ao positivismo clássico” (LOSANO, 2010, p. 35).

caracteriza sua Norma Fundamental como “condição lógico-transcendental”¹⁹, isso porque Kelsen promove uma analogia com o pensamento kantiano que realiza uma investigação das condições do conhecimento surgidas antes e independentemente dos objetos. Essa analogia, portanto, esclarece como que, segundo indicava Kant, para que se possa investigar o conhecimento, era necessário primeiro pressupor a existência de categorias dentro da própria razão humana, forma essa adotada por Kelsen quando relaciona a *teoria do conhecimento* à sua *Teoria Pura do Direito*.

Assim, se as relações hipotéticas são pressupostos do conhecimento humano, também é correto utilizar um pressuposto no conhecimento do direito, pois este pressuposto é a norma jurídica no contexto da *Teoria Pura do Direito*. A Norma Fundamental (*condição lógica*) estabelece uma condição para que tudo exista.

Como se nota, existe grande influência do criticismo kantiano revisitada por Hermann Cohen (1842-1918), autor este de grande expressão na denominada escola de Marburg. Desse modo, Hans Kelsen entendia que as tentativas neokantianas de fundar um conhecimento especificamente jurídico não tiveram sucesso, daí porque a *Teoria Pura do Direito* ter uma atuação com um grande projeto nesse sentido, e não apenas entender as posições de Kelsen como um simples reproduzidor de conceitos de determinadas escolas jurídicas. O mérito, nesse sentido, estaria, portanto, na originalidade do seu pensamento e na proposição da aplicação de princípios críticos de Kant a um tipo de material que até então só tinha sido pensado em concepções não-científicas. Segundo anota Andityas Costa Matos:

Reconhecendo em 1923 sua dívida com Cohen – em especial com a sua ética da vontade pura, - Kelsen admite ter aprendido com ele que a orientação epistemológica cria seu próprio objeto, gerando-o logicamente a partir de certa origem,

¹⁹ Como salienta sobre o tema Miguel Reale, “Para Kelsen, como vimos, o Direito não é senão um sistema de preceitos que se concatenam, a partir da Constituição, que a norma fundamental manda cumprir, até aos contratos privados e às sentenças. [...] Todo o mundo jurídico não é senão uma sequência de normas até atingir, sob forma de pirâmide, o ponto culminante da norma fundamental, que é condição lógico-transcendental do conhecimento jurídico. [...] Se existe Constituição, ela representa o grau máximo da hierarquia legal. Mas, acima dela, porém, há uma norma não escrita, logicamente necessária, que diz – O que nesta Constituição se pactua deve ser mantido” (REALE, 1996, p. 476).

exatamente como ocorre com a inovadora proposta da norma fundamental. (MATOS, 2011, p. 55).

É possível visualizar a concepção de Cohen a respeito da Norma Fundamental de Kelsen “[...] como uma tentativa de superação do psicologismo presente na Crítica da Razão Pura de Kant” (MATOS, 2011, p. 55). Segundo ele, a filosofia pode se resumir à epistemologia, uma vez que seu objeto não é o mundo material, mas, sim, o conhecimento desse mundo. Assim, Cohen entende que todo conhecimento científico deve se autofundar encontrando legitimidade epistemológica, noções estas aceitas por Hans Kelsen. Desse modo:

Ao fazer o conhecimento depender das intuições de espaço e tempo, e assim fundar a dicotomia que separa a coisa em si incognoscível e a coisa percebida pelo sujeito (fenômeno), Kant teria negado a possibilidade de cognição objetiva da realizada (MATOS, 2011, p. 56).

A ideia a partir de Cohen seria demonstrar como é possível validar, de forma objetiva, juízos científicos. Segundo ainda explica Matos:

Cohen lança mãos de noções platônicas, que nada tem a ver com a noção moderna segundo a qual uma hipótese seria um tipo de verdade prévia e provisória a ser testada e validada no campo empírico mediante a experimentação. Para Platão e Cohen, as hipóteses científicas são imunes à testagem empírica, refletindo, tal e qual as definições e os axiomas matemáticos, certas pressuposições necessárias a todos e qualquer juízo ulterior. Diferentemente de Platão, Cohen aduz que as hipóteses não apresentam natureza metafísica, sendo sempre sujeitas à modificação. Não se trata, portanto, de pressupostos incondicionais, mas de produtos do pensamento que servem como fundamento para a cognição científica. De modo característico, ao se questionar sobre o que torna possível ou estabelece o mais alto princípio científico, Cohen responde: nada a não ser ele mesmo. Por definição, não pode haver autoridade superior ao mais alto princípio. Kelsen utiliza esse mesmo argumento para explicar a natureza da norma fundamental. (MATOS, 2011, p. 56).

Aspecto ainda que chama atenção nessa discussão versa sobre o fato de considerar a Norma Fundamental o ponto mais alto em termos de

fundamento de validade de determinado ordenamento jurídico. Vale dizer, a Norma Fundamental seria a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico. Como se nota, aos poucos Hans Kelsen vai dando forma de maneira minuciosa ao instrumentário epistemológico estabelecido por Kant, percebendo-se, com tudo isso, que a Norma Fundamental de Kelsen se diferencia da Norma Fundamental do modelo estático de validade, especialmente em relação ao seu conteúdo.

Como assevera Gabriel Nogueira Dias, “para o juspositivista Kelsen, o fundamento de validade já não é considerado de forma alguma como questão do conteúdo da validade” (DIAS, 2010, p. 246). Vale dizer, a Norma Fundamental kelseniana não tem valor porque não é produzida em decorrência de um processo legislativo estabelecido, nem mesmo tem sua consistência expressamente assegurada, isso porque não é posta, e, sim, pressuposta, como condição da produção jurídica de um determinado sistema positivado²⁰. Notam-se, com tudo isso, características próprias da teoria kelseniana em torno de sua justificação com assegurada identidade.

Existe um estatuto epistemológico específico em torno de sua teoria, isto é, apoiando-se em uma estrutura kantiana, Kelsen o caracteriza como “condição lógico-transcendental” no fundamento da preocupação de conhecimento das formas jurídicas, sendo ela mesma desprovida de conteúdo e apenas imaginada ou fictícia” (BOBBIO, 2006, p. 165).

Olhando-se de outra forma, a Norma Fundamental não teria outra função a não ser uma função exclusivamente epistemológica. Ela não seria o sentido subjetivo de um ato de vontade empírico, mas apenas o conteúdo de um ato pensado com a tarefa de dar ao jurista condição de poder interpretar o sentido subjetivo das hipóteses normativas de dado sistema jurídico. Nesse sentido,

²⁰ Escrevendo também sobre o tema, explica Carlos Santiago Nino que “Como já foi dito, a norma fundamental de Kelsen não é uma norma determinada por algum legislador humano ou divino, mas sim um pressuposto epistemológico, uma espécie de hipótese de trabalho que os juristas utilizam de maneira implícita em suas elaborações” (NINO, 2015, p. 141). Inclusive vale destacar também o próprio comparativo que é possível estabelecer entre Herbert Hart, com sua denominada regra de reconhecimento e a norma fundamental do próprio Kelsen. Acerca disso, ensina novamente Carlos Santiago Nino que: “A regra de reconhecimento de Hart está em melhores condições do que a norma fundamental de Kelsen para servir como ponto de referência dos critérios de pertinência e individualização” (NINO, 2015, p. 144).

trata-se da Norma Fundamental como um sentido “puro da razão” ou de uma “categoria kantiana”, uma vez que, na sua forma pura de pensamento, tem a missão de transformar ideias em conhecimento. O paralelo, nesse sentido, se identifica, porque o objeto deve poder ser pensado em função da Norma Fundamental.

Com a importância e a ajuda dela, inserida no próprio direito, as demais normas jurídicas encontram seu significado maior, tornam-se, enfim, possíveis e conhecidas.

O próprio Kant, a propósito da analítica transcendental, comenta que:

Esta analítica é a decomposição de todo nosso conhecimento *a priori* nos elementos do conhecimento puro do entendimento. Trata-se aqui dos seguintes pontos: 1) Que os conceitos sejam puros, e não empíricos. 2) Que eles pertençam não à intuição ou à sensibilidade, mas ao pensamento e ao entendimento. 3) Que eles sejam conceitos elementares, e sejam bem distinguidos dos derivados ou compostos a partir deles. 4) Que a sua tábua seja completa e eles cubram todo o campo do entendimento puro (KANT, 2012, p. 104).

É possível, desse modo, estabelecer uma comparação²¹ entre o pensamento kantiano, e o pensamento kelseniano como nesse caso da hipótese lógico transcendental. Kant, na denominada “analítica transcendental”, estabelece uma decomposição de todo o conhecimento *a priori*, sendo necessário, para isso, que tais conceitos do conhecimento sejam puros e não empíricos, que não pertençam à sensibilidade, e, sim, ao pensamento e ao entendimento. Necessários ainda que eles sejam conceitos elementares distintos dos derivados que deles se compõem, compreendendo-se dessa forma que a “analítica transcendental” seja uma ciência em que seja possível se fundamentar os conceitos puros do entendimento.

²¹ Vale também o registro desse mesmo comparativo feito por Luiz Fernando Coelho: “Ou seja, em Kelsen temos uma espécie de conciliador entre o positivismo e o neocriticismo, uma atenuação do que, entre os neo-kantianos, não se adequava, não propriamente à filosofia positivista, mas à ideologia do positivismo, erigido em doutrina oficial de uma burguesia que, na França, era a vitoriosa de uma revolução, na Inglaterra, a aliada de uma nobreza decadente, e, na Alemanha, a protagonista de uma capitulação – que os cientistas políticos soem considerar vergonhosa – aos interesses do império” (COELHO, 1982, p. 118).

Consoante anota Joaquim Carlos Salgado “se o entendimento é o poder de conhecer não-sensível e se a intuição só se dá na sensibilidade, decorre disso que o entendimento não é uma intuição” (SALGADO, 2012, p. 30). A analítica transcendental, portanto, será a primeira parte da lógica transcendental, dividindo-se posteriormente em analítica dos conceitos e analítica dos princípios. É nesse contexto do conjunto de ideias acerca da hipótese lógico-transcendental que a Norma Fundamental pode se orientar. A recepção de categorias kantianas para o fundamento da Norma Fundamental de Kelsen considera, nesse sentido, uma tradição da filosofia transcendental de Kant, que se estabeleça um significado constitutivo ao princípio epistemológico com relação ao objeto a ser conhecido por meio dele.

Os objetos do conhecimento objetivo não aparecem por si mesmos. É o sujeito transcendental que tem que fazê-los aparecer e por isso eles não devem mais ser vistos como coisas em si. Assim, como esclarece Gabriel Nogueira Dias, “o objeto não é um em-si cognoscente, de modo que a razão se torna por assim dizer a autora da experiência” (DIAS, 2010, p. 249). Importante destacar por tudo isso que a concepção kelseniana de Norma Fundamental desenvolvida a partir do pressuposto lógico transcendental da ciência do direito deve ser fundamento de validade, mas não propriamente com conteúdo de validade das normas do ordenamento jurídico.

É importante acrescentar, ainda, que a Norma Fundamental enfocada do ponto de vista da hipótese lógico-transcendental kantiana, e como tal desprovida em regra de conteúdo, serve de ponto inicial “normativo” sem que propriamente ocorra um retorno ao direito natural. Utilizando-se de postulados kantianos até aqui já referidos, Kelsen consegue demonstrar também que a ciência do direito não precisa da Norma Fundamental do modelo estático da validade fundamentada na metafísica para apreender teoricamente o fundamento de validade das normas jurídicas.

Ao conceber a Norma Fundamental como modelo de hipótese lógico-transcendental, Kelsen ataca o jusnaturalismo, dado que a cognição transcendental não se ocupa de objetos, mas, sim, do modo como podemos

conhecê-los. Comentando acerca do comparativo entre a filosofia de Kant e suas influências no pensamento kelseniano temos que:

As semelhanças entre a proposta kantiana no terreno das ciências naturais e a de Kelsen na seara jurídica são bem conhecidas. Rememoremos apenas alguns pontos de contato. Do mesmo modo que as categorias da sensibilidade (espaço e tempo) e do entendimento (quantidade, qualidade, relação e modalidade) de Kant são formas puras, ou seja, conceitos sem qualquer conteúdo, que nada prescrevem em termos materiais às leis naturais, mas, as tornam possíveis, pensáveis, a norma fundamental dinâmica, própria de ordens jurídicas contemporâneas, também é vazia de conteúdo e não determina nenhuma prescrição jurídica específica, ao contrário das normas fundamentais estáticas que orientam os ordenamentos de matriz jusnaturalista (MATOS, 2011, p. 58).

Nessas condições, por se ter um valor central e, a partir disso, fazer derivar outras deduções dentro do sistema, a Norma Fundamental do tipo estático torna, em certa medida, o ordenamento jurídico engessado, incapaz de se modificar para além de um valor maior, diferentemente do que se dá com o direito contemporâneo e suas indeterminações. Ainda que propriamente se tenha a Norma Fundamental com conteúdo vazio por esse aspecto, em sua determinação, seria possível encontrar, por outro lado, uma breve referência a esse respeito, no sentido de sugerir que ela determine o cumprimento da primeira Constituição histórica²².

De qualquer maneira, existe na Norma Fundamental, a partir do próprio positivismo estabelecido, um fundamento possível dentro do direito, de maneira que o ordenamento acerca disso, consoante pontua Bobbio, (2006, p. 136) “se *autoproduz*”²³. Nesses termos, é possível tratar dessa condição de enfrentamento da Norma Fundamental e da própria fundamentação do sistema jurídico positivo como se fez, uma vez que, por essa tratativa, a Norma Fundamental não é sequer uma norma positivada, mas, sim, adequada à hipótese lógico-transcendental, segundo postulados kantianos.

²² Relacionando a norma fundamental com o conteúdo das Constituições, explica Eduardo Bittar que: “somente a norma fundamental, esta que é o fundamento de todas as demais normas, inclusive da própria Constituição; isto é o que permite poder a norma fundamental ser resumida como sendo a fonte do direito” (BITTAR, 2016, p. 304).

²³ No mesmo sentido: “O direito – sublinhou-o Kelsen – tem essa característica, a de reger a sua própria criação” (VILANOVA, 2015, p. 106).

Ademais, digno de registro é a assertiva de que Hans Kelsen, dentro da *Teoria Pura do Direito*, completa a construção da validade de sua teoria pura, com a hierarquia das normas. Kelsen coloca a Norma Fundamental, que como se viu, tem uma base transcendental, no topo do ordenamento jurídico, como o fundamento da validade dele, isto é, o ponto de partida de um processo: o processo de criação do direito positivo. Como explica Gabriel Nogueira Dias, Kelsen “[...] parte do princípio de que a norma fundamental delega, autoriza a primeira autoridade legiferante a estatuir uma regra formal segundo a qual as normas desse sistema devem ser criadas de maneira hierárquica” (DIAS, 2010, p. 255).

Segundo Kelsen, o ordenamento jurídico não deve ser observado nem descrito como um sistema de normas de igual posição e hierarquia, uma ao lado da outra, mas em uma construção hierárquica de diferentes níveis, interligadas como uma sobreposição de normas jurídicas. Isso significa que num determinado sistema jurídico, como aponta novamente Gabriel Nogueira Dias:

A corrente das fundamentações objetivamente legitimadoras entre as normas termina de forma hierárquica da Constituição, mais exatamente na primeira Constituição histórica, e em último lugar na norma fundamental que a autoriza ou – descrevendo o processo de forma ainda mais precisa – se inicia nela (DIAS, 2010, p. 257).

Aliás, o próprio sistema jurídico, a partir da *Teoria Pura do Direito*, é descrito por Kelsen de forma diversa se comparada a outras nomenclaturas acerca da teoria geral do direito. Dito de outra forma, a *Teoria Pura do Direito*, é nessa medida, uma teoria que se preocupa com a especificidade lógica e a autonomia metódica da ciência do direito. Com razão também ao discorrer sobre isso, aponta Karl Larenz que “em analogia com os conceitos da teoria do conhecimento de Kant, poderá designar-se como a condição lógico-transcendental desta interpretação”. (LARENZ, 2014, p. 99). Essa pureza do método kelseniano encontra sentido, portanto, numa fundamentação coerente da ciência do direito como uma verdadeira ciência normativa.

1.2 Sobre a relação entre direito e moral em Kant

As obras *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, *Crítica da Razão Prática* e *Metafísica dos Costumes* podem ser mencionadas como o núcleo da filosofia moral prática de Kant. Entretanto, é na *Metafísica dos Costumes* que o comparativo entre o direito e a moral aparece com mais evidência. Na relação entre o direito e a moral, é possível se extrair pontos importantes sobre o pensamento kantiano, uma vez que, entre os temas, existe uma relação de proximidade, e que o direito, nessas condições, pode ser entendido como uma subclasse das leis morais. Luc Ferry, nesse sentido, explica que:

No domínio teórico, vale lembrar, tratava-se do movimento. No domínio prático, esse mínimo de empiricidade será simplesmente a ideia de uma existência empírica externa em geral. Essa simples introdução provocará uma consequência de enorme importância, a saber, a distinção entre o direito e a moral. (FERRY, 2012, p. 277).

A vinculação entre o direito e a moral denota uma consequência de que existe uma proximidade entre a lei moral e o direito na filosofia moral kantiana. Aliás, essa é, inclusive, a forma como Kelsen compreendeu a relação entre direito e moral²⁴ no sentido kantiano, daí porque não lembrar que a *Metafísica dos Costumes* é uma obra dedicada à discussão das leis morais. Embora exista uma distinção entre direito e ética, Kant considera que esses dois temas integram um conceito mais amplo de moral, assim, tanto as questões relacionadas à ética como os princípios do direito encontram sentido na razão. Discorrendo sobre essa temática, três diferenças são oferecidas acerca daquele paralelo, segundo Luc Ferry:

1) A primeira diferença, a mais evidente e conhecida, é aquela que separa a simples legalidade (a simples conformidade com

²⁴ Estabelecendo diferenças entre o direito e a moral, explica Kelsen que: “O que Direito e Moral têm em comum é que ambos são ordens normativas, quer dizer, são sistemas de normas que regulam a conduta humana” (KELSEN 1986, p. 64). No mesmo sentido: “Nesta relação existe uma diferença essencial entre o Direito positivo e a Moral positiva. Não apenas porque as sanções da Moral não têm o caráter de atos de coação, como também porque a ligação entre a norma moral que impõe uma conduta determinada e a norma que, para o caso do cumprimento, estatui como sanção a aprovação, e para o caso do não-cumprimento, a desaprovação, não é considerada tão essencial como a ligação entre ambas as normas em questão no domínio do Direito” (KELSEN, 1986, p. 182).

as leis) da moralidade (que implica a conformidade do móbil): só é moral um comportamento cuja legalidade é inspirada pelo respeito à lei, e não pelo interesse (por exemplo, o medo da punição). Em suma, o direito interessa-se apenas pelo comportamento externo dos indivíduos, e não por seus móveis. Ele leva em conta a conformidade externa com a lei, e não da intenção. 2) A segunda diferença entre direito e moral reside precisamente na passagem do nível I para o nível II. Ela resulta do fato de que a legislação jurídica, diferentemente da legislação moral (definida pelas categorias da liberdade na crítica da razão prática), baseia-se num conteúdo e de que é não apenas formal. Em outros termos, a relação com a existência externa, que era concebida de maneira puramente inteligível no nível I (reino dos fins), passara a ser fenomênica e abrirá a esfera específica do direito a partir dessa limitação imposta a minha liberdade pela existência das coisas e dos outros sujeitos. 3) Esta é precisamente a terceira diferença fundamental: segundo escreve Kant, à diferença da moral, o direito está indissolivelmente ligado à noção de coerção. Evidentemente, não posso obrigar alguém a agir moralmente (uma vez que a bondade da intenção escapa a toda coerção), mas posso, pelo intermédio do tribunal, coagir seu comportamento. (FERRY, 2012, p. 279).

Como se nota, em termos gerais, legalidade, exterioridade e coerção são critérios que permitem distinguir o direito da moral. Dessa forma, segundo Kant, as leis morais só valem como leis na medida em que possam ser consideradas como fundadas *a priori* e assim são necessárias e universais. Ademais, não é exagero lembrar, que “na fundamentação, Kant distingue os imperativos hipotéticos do imperativo categórico. Ambos são comandos da razão: os primeiros condicionados, segundo incondicionado” (TRIVISONNO, 2015, p. 78).

É importante que, para compreender essa relação do direito com a moral, fundamental se faz entender o significado de “metafísica” e de “costumes”. De forma geral, Kant entende por costume toda a complexidade de regras de conduta ou de leis que tratam a ação do homem como ser livre. O homem, como tal, está submetido às leis da natureza que regula a vida de todos os seres naturais. Como ser livre, o homem foge das leis naturais e adapta suas ações a uma forma diferente de legislação, ou seja, a legislação moral que dá origem ao mundo dos costumes. Nesses termos, Segundo Norberto Bobbio, quando Kant fala dos costumes “pretende referir-se ao objeto

tradicional da ética ou filosofia moral, distinta da lógica e da física ou filosofia natural” (BOBBIO, 2000, p. 82).

De outra parte, para compreender o termo metafísica, é necessário lembrar que Kant distingue uma parte empírica de qualquer forma de conhecimento e uma parte não empírica ou racional. É a esta segunda parte que se dá o nome de metafísica. Assim, a metafísica seria o estudo das leis que regulam a conduta humana sob o aspecto racional. Na tratativa entre o direito e a moral, segundo Kant, é importante ainda que uma das tarefas mais importantes da filosofia do direito²⁵, de modo especial no que toca a Kant, seja estreitar e relacionar o paralelo que se cria entre a filosofia moral e a doutrina do direito.

Nessa mesma importância de ideias, o próprio Kant, na *Metafísica dos Costumes*, ao tratar da divisão de sua obra, esclarece que “essa legislação que faz de uma ação um dever, e também faz deste dever o motivo, é ética. Porém, a legislação que não inclui o motivo do dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da ideia do próprio dever, é jurídica” (KANT, 2008, p. 71). Embora nunca possamos provar a moralidade de uma ação e a sua motivação, temos de partir do princípio de que os seres humanos, como seres racionais, são capazes de se auto-determinarem.

Do ponto de vista jurídico, não é preciso conhecer a motivação, compreendendo-se, portanto, a diferença entre moralidade e legalidade. Por conseguinte, não é demais dizer que o imperativo categórico, que para Kant é o imperativo da moralidade, funciona como uma lei moral para o homem, e o princípio universal do direito é uma ação conforme o direito, se for capaz de coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal.

Consoante anota Alexandre Gomes Trivisonno:

²⁵ É possível ainda se indicar apontamentos específicos na Filosofia do Direito em autores como Giorgio Del Vecchio, que não traz incompatibilidade com o pensamento de Hans Kelsen. Uma vez que ainda que se possa imaginar uma leitura oposta de Del Vecchio em relação à Kelsen, o intuito sobre isso se dá em termos de contribuição do pensador Italiano acerca de seu postulado filosófico. Assim, discorrendo sobre Kant na Filosofia do Direito, explica ele que: “Kant no campo da Filosofia do Direito cabe o mérito de ter afirmado o valor puramente racional (regulador) dos princípios do Direito natural, e, por conseguinte, de ter acabado com a confusão entre o histórico e o racional” (DEL VECCHIO, 1979, p. 127).

Se cumpro meus deveres jurídicos, não por um motivo externo à razão, mas pelo puro dever de cumprimento da ordem jurídica, além de legal, minha ação é moral. Para Kant, o cumprimento de todo o dever jurídico é um dever moral, ainda que indireto. Isso acontece, entendo, porque há uma dupla fundamentação do direito no imperativo categórico, a saber: a) a obediência à ordem jurídica é um dever que emana do imperativo categórico e b) o imperativo categórico, embora formal, constitui o teste verificador da legitimidade do conteúdo da ordem jurídica. (TRIVISONNO, 2015, p. 142).

Além de ordenar o cumprimento da ordem jurídica, o imperativo categórico constitui o teste legitimador do conteúdo das leis jurídicas. Relacionado ainda, como já se observou, está a liberdade em Kant que, inclusive, fundamenta a lei moral, que, para o homem, tem a forma prescritiva, uma vez que ele é um ser tanto fenomenal quanto numenal²⁶.

Com relação ao desenvolvimento específico do conceito de direito, Kant compreende que isso não pode ocorrer no sentido empírico nem da razão especulativa, mas, sim, no âmbito da razão prática. Desse modo, a conceituação de direito revelado em seu conceito ético abrange, segundo Joaquim Carlos Salgado:

Uma relação prática externa, o que quer dizer que todo direito é uma relação entre seres humanos; essa relação prática e externa estabelece-se entre um arbítrio e outro e não entre o arbítrio do indivíduo e o desejo de outro ou de crueldade do estado de natureza, de amor ou de poder. A relação puramente formal entre os arbítrios recíprocos, razão pela qual não se leva em conta o conteúdo da vontade ou matéria do arbítrio. (SALGADO, 2010, p. 192).

Ainda neste contexto, o direito, ao passar para a sociedade civil, aparece com a forma de um direito envolvido do elemento coação. Seria uma nova característica que o direito assume ao entrar numa sociedade organizada com fundamento em um pacto social²⁷. O princípio do direito “é uma ideia a priori da

²⁶ Com propriedade, consultar ainda importante obra relacionado ao tema da moral e do direito em Kant (TRIVISONNO, MERLE, 2015, p. 137).

²⁷ Nesse sentido, é adequado observar que “a passagem ao estado de natureza para o estado civil acontece, segundo Kant, por meio de um contrato originário [...] Segundo Kant, ao invés, e aqui acontece a transvaliação racional esse contrato não é um fato histórico, mas é uma ideia da razão” (BOBBIO, 2000, p. 199).

razão prática, que se mostra como condição da existência da sociedade civil” (SALGADO, 2010, p. 194). Nessa interpretação que se faz, de fato, é adequado dizer que, segundo a noção kantiana, “o direito é uma forma universal de coexistência dos arbítrios dos simples” (BOBBIO, 2000, p. 114).

Distinção importante que deve ser feita diz respeito ao tema da legalidade e moralidade²⁸. Com efeito, Cristina Foroni Consani trata que tal aspecto explica que:

Ao expor a divisão a divisão da metafísica dos costumes, Kant mostra que as leis morais podem distinguir-se pelos seus móveis. Assim, a legislação que faz de uma acção um dever e simultaneamente desse dever um móbil é ética (CONSANI, 2016, p. 132).

A legalidade, portanto, está relacionada à conformidade com a lei, e, por outro lado, àquela em que a ideia de dever decorrente da lei é, ao mesmo tempo, móbil da acção denominada moralidade. Em outras palavras, tem-se a moralidade quando a acção é cumprida por dever, e a legalidade, quando a acção é cumprida em conformidade ao dever, segundo certo interesse. Como explica novamente Norberto Bobbio,

A legislação moral é aquela que não admite que uma acção possa ser cumprida segundo inclinação ou interesse; a legislação jurídica, ao contrário, é a que aceita a conformidade da acção à lei e não se interessa pelas inclinações ou interesses que a determinam (BOBBIO, 2000, p. 88).

Direito e ética, como subclasses das leis morais, possuem, nesse sentido, finalidades diversas. Enquanto a lei jurídica tem o propósito de fazer, por meio da coerção, unir a acção dos indivíduos com as prescrições legais,

²⁸ Tratando também do paralelo entre moral e direito, moralidade e legalidade, explica Gustav Radbruch que: “a moral exige que se cumpra o dever pelo sentimento desse dever, o direito tolera outros impulsos. A moral basta unicamente à mentalidade adequada à norma; ao direito, a conduta adequada ao preceito, ou, segundo a expressão de Kant: a moral exige moralidade, o direito somente legalidade” (RADBRUCH, 2016, p. 61). De sua parte, Giorgio Del Vecchio, ao tratar do tema, explica que: “A moral impõe ao sujeito uma escolha entre as acções que pode praticar; mas refere-se só ao próprio sujeito. Assim, leva a confrontar entre si actos diversos do mesmo sujeito. Coisa diferente se passa com o Direito: este leva a confrontar entre si actos diversos de vários sujeitos. Semelhante nota diferencial fica suficientemente descrita se dissermos que a Moral é unilateral e o Direito bilateral” (DEL VECCHIO, 1979, p. 371).

assegurando a paz social, as leis éticas visam ao aperfeiçoamento moral do agente²⁹. Dessa forma, não é importante imaginar que determinada pessoa cumpriu certa lei, pensando em evitar uma sanção ou até interessado em determinado propósito. Ao direito não cabe imaginar sobre a intenção do indivíduo, uma vez que uma lei jurídica que contivesse tal finalidade invadiria a esfera privada de determinada pessoa.

De outra parte, isso não significa que determinada norma jurídica não possa atuar sobre a intenção de seu agente, uma vez que o temor da sanção ou até o desejo de receber certa recompensa podem determinar que certo indivíduo venha a se adaptar segundo os padrões de uma lei jurídica. Assim, na definição kantiana, o direito não deve regular o sujeito e sua intenção, caso não exista uma ação contrária ao direito. Segundo anota Cristina Foroni Consani: “o que importa para a lei jurídica é que a ação do sujeito seja conforme ao direito, a intenção importa apenas de forma secundária e posteriormente à realização de uma ação” (CONSANI, 2016, p. 133).

Por outro lado, no caso da lei ética, sua finalidade seria o aperfeiçoamento moral do seu agente, uma vez que recai sobre a intenção em seguir a lei moral, desprovida, por exemplo, de um elemento interno de coação como se dá com o direito. A ação ética em regra não deve se regular por uma legislação externa, nem por uma vontade divina, pois isso representaria a admissão de um móbil diferente da ideia do dever. Desse modo, é correto dizer que, na filosofia moral kantiana, direito e ética possuem pontos em comum, no caso, o conceito amplo e metafísico de moralidade, uma vez que a ideia de liberdade é o que une direito e moral.

Tais verificações possuem ainda um outro contexto a ser considerado. É aquele atinente à diferenciação entre direito natural (*Ius*) e direito positivo³⁰

²⁹ Discorrendo sobre essa mesma comparação, expõe Regis de Castro Andrade que: “Toda e qualquer lei impõe deveres; mas o cumprimento desses deveres pode ou não ser coativamente exigido. No primeiro caso, trata-se de leis morais; no segundo, de normas jurídicas” (ANDRADE, 2005, p. 54).

³⁰ Acerca das questões sobre direito natural e direito positivo, destaca Norberto Bobbio algumas distinções entre os dois temas: “O primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade, que vale apenas em alguns lugares. O segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda, diferença esse nem sempre reconhecida. O terceiro critério de distinção, um dos quais

(*luris*). O paralelo entre *ius* e *luris*, pode-se dizer, figura como ponto delicado entre essa temática do direito com a moral, notadamente acerca da filosofia do direito, uma vez que há muito tempo o direito e a moralidade são mencionados para avaliar o direito positivo e considerá-lo inválido caso ocorra conflito com a moralidade. Dessa forma, pode-se dizer que a doutrina do direito kantiana envolve tanto o direito natural como o direito positivo, com enfoque nessas duas concepções³¹.

Reforça-se também que, para Kant, o Estado não é instituído para anular o direito natural, mas para tornar possível seu exercício diante de uma coação organizada. Existe porque não lembrar uma relação de integração entre o direito positivo e o direito natural. A propósito, Kant, discorrendo sobre a divisão geral dos direitos na metafísica dos costumes, explica que “os direitos, como doutrinas sistemáticas, são divididos em direito natural, o qual se apoia somente em princípios *a priori*, e direito positivo (estatutório), o qual provém da vontade de um legislador” (KANT, 2008, p. 83).

É possível dizer que, para Kant, o direito positivo retira, de certa forma, seu conteúdo do direito natural, uma vez que o direito positivo tem suas raízes nos juízos da mera razão, já que é definido por ele mesmo como um direito cognoscível *a priori* pela razão de qualquer pessoa. O direito natural assim deve ser imaginado como algo derivado da moralidade e não como algo da natureza. Ligado ao elemento da coação, o direito natural exerce ainda um importante papel no paralelo com o direito positivo, pois permite uma intensa

importantes, refere-se a fonte do direito e funda-se na antítese *natura-postas populus*. O quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas*. O direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia. O quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo. A última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil” (BOBBIO, 2006, p. 22).

³¹ Nesse sentido, é importante dizer também que, embora Kant possua concepções tanto acerca do direito natural quanto do direito positivo, é possível conciliar, com as adaptações devidas, o pensamento dele com o pensamento de Kelsen, um positivista analítico. Não se tem por conta disso eventual contradição, uma vez que Kelsen se vale da teoria do conhecimento de Kant para construção da *Grundnorm*, bem como da analogia que ele realiza ao pensamento daquele filósofo.

discussão e enriquecimento entre duas importantes formas de se visualizar debates doutrinários acerca da natureza do próprio direito.

Nessa discussão entre o direito e a moral, pode ser mencionado ainda o tema da justiça, também mencionado pelo próprio Kelsen, ao tratar de princípios morais:

Os princípios morais que se referem às atividades humanas criadoras e aplicadoras de Direito constituem o ideal da justiça; segundo este ponto de vista, então, o motivo para a validade do Direito é a sua justiça (KELSEN, 2001, p. 252).

Por fim, é possível indicar ainda, segundo pensamento kantiano, o conceito de direito como uma das grandes faces da *Metafísica dos Costumes* e, a partir de uma perspectiva mais liberal, como uma “coexistência das liberdades empíricas de acordo com a lei universal de igualdade de direitos dos sujeitos” (MERLE, 2015, p. 159). Desse modo, a *Metafísica dos Costumes* recorre aos temas da filosofia moral na doutrina do direito a partir de seu aspecto exterior e na doutrina da virtude, a partir de uma legislação interior.

Nota-se, assim, que existem variações quanto ao conceito e ao desenvolvimento do direito, implicando dizer que o conceito liberal³² do direito é adequável ao perfil de uma dada ordem jurídica dentro do que se poderia extrair como justa, e também ao próprio reflexo e desenvolvimento de um determinado sistema normativo. É o que pontua Jean Christophe Merle sobre isso:

Do ponto de vista sistemático, o conceito liberal de direito é mais convincente que o outro. Na verdade, ele reforça a independência do direito em relação à moral, estende o alcance da coação, do cumprimento do direito ao estabelecimento de um estado de direito e não exige que a metafísica dos costumes seja dividida em duas partes (MERLE, 2015, p. 178).

³² Tal concepção pode ser observada, por exemplo, no rigor das penas advindas pelo descumprimento de normas jurídicas e na proporcionalidade delas, segundo o tipo de norma jurídica não cumprida.

Nessa compreensão, é adequado dizer que o pensamento kantiano quanto ao direito e à moral aponta num caminho de fundamentar o cumprimento do próprio direito a partir de uma perspectiva moral. Vale dizer que o seu esforço está concentrado numa fundamentação do cumprimento do direito como um dever moral, na assertiva de que, embora exista certa distinção entre os termos, não se tenha, por outro lado, uma separação radical quanto aos mencionados assuntos.

1.3 Kant, Kelsen e o neokantismo

Um dos propósitos do presente trabalho é revelar o significado, bem como promover o debate entre esses dois grandes pensadores, Kant e Kelsen. É possível, a partir disso, identificar uma grande contribuição que se pode extrair deles, em especial, no tocante à Norma Fundamental, como sendo uma das recentes e mais conhecidas “reproduções neokantianas”, segundo a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen.

Por meio da filosofia kantiana, pode-se estabelecer uma perspectiva filosófica em termos não só da história da filosofia ocidental, mas também dos diversos temas que este filósofo ao longo de sua vida desenvolveu³³. Como bem pontua Luc Ferry, “as três críticas correspondem numa primeira abordagem à teoria do conhecimento, à moral e à estética” (FERRY, 2012, p. 08).

Podem ser mencionadas, nesse momento, como pontos centrais na filosofia kantiana, a *crítica*, a *razão* e a *liberdade*. Todos esses temas, pode-se dizer, repercutem inclusive no direito e na filosofia do direito, tendo como parâmetro um filósofo que desenvolveu pontos teóricos e práticos, bem como no desenvolvimento ético nas obras escritas por ele. Registre-se ainda que o pensamento de Kant pode também ser dividido em duas importantes etapas, a fase *pré-crítica*, que compreende o período de 1755 a 1780, e a *fase crítica*, de 1781 em diante.

³³ Como grande pensador, Immanuel Kant influenciou inúmeros outros filósofos da modernidade como Nietzsche, Heidegger e Arendt, bem como dentro do próprio direito, a exemplo do próprio Kelsen.

É conhecida, aliás, na própria *Crítica da Razão Pura*, uma diferenciação entre duas formas de conhecimento ao analisar as formas do conhecer. Ao tratar da diferença entre conhecimento puro e empírico explica ele que:

Há uma questão, portanto, que demanda pelo menos uma investigação mais detida e que, à primeira vista, não deve ser de pronto descartada: se existe tal conhecimento independente da experiência, e mesmo de todas as impressões dos sentidos. Tais conhecimentos são denominados *a priori* e se diferenciam dos empíricos, que têm suas fontes *a posteriori*, na experiência (KANT, 2012, p. 46).

Em termos mais singelos, e no que diz respeito a tal influência em Kelsen com sua Norma Fundamental, tem-se a forma do conhecimento empírico ou *a posteriori* e a forma de conhecimento puro, qual seja, *a priori*. O conhecimento *a posteriori* fica associado às questões que provêm da experiência sensível, vinculados dessa maneira aos próprios sentidos. Por outro lado, o conhecimento *a priori* não deriva da experiência, consistindo em espécie de conhecimento universal e necessário.

Essas considerações kantianas foram importantes na influência do pensamento de Kelsen, notadamente como já se disse na hipótese lógico-transcendental, uma vez que, apoiando-se na nomenclatura kantiana, Kelsen caracteriza a Norma Fundamental naquele pensamento realizando tal analogia³⁴. A partir dela e da existência de categorias dentro do conhecimento humano, estabelece-se relação entre a teoria do conhecimento e a *Teoria Pura do Direito*.

Desse modo, se as relações hipotéticas aparecem como pressupostos do conhecimento humano, também é certo usar um pressuposto no conhecimento do direito, ou seja, a norma jurídica. Portanto, a Norma Fundamental (*condição lógica*) estabelece uma condição para que tudo exista,

³⁴ É dessa forma, por exemplo, que é adequado se relacionar a “norma fundamental” de Kelsen como o imperativo categórico kantiano, tema este bem delineado por Kant na obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Assim, ensina ele “o imperativo categórico é portanto, só um único, que é este: Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. (KANT, 2007, p. 59). No mesmo sentido, são as lições: “Assim, o imperativo categórico é um princípio ético formal da razão prática, absoluto e necessário, fundamento último da ação moral, segundo Kant expresso naquela fórmula” (FRAGA, Ivana; SCALDAFERRI, Laura; RIBAS, Tatiane. 2011, p. 190).

daí a influência kantiana³⁵ no que diz respeito à teoria kelseniana da Norma Fundamental, podendo ser compreendida também como uma face da razão.

Ao estabelecer a Norma Fundamental como hipótese lógico-transcendental, Kelsen, em certa medida ataca o jusnaturalismo e o positivismo jurídico acrítico, uma vez que o conhecimento transcendental não se preocupa tanto com os objetos, mas, sim, com a forma como podemos conhecê-los. Consoante aponta Andityas Costa Matos, “sustentar que a norma fundamental kelseniana é uma hipótese significa limitar o seu campo de validade epistemológica” (MATOS, 2011, p. 57).

De outro lado, compreender a Norma Fundamental como transcendental equivale a dizer que ela se presta a um uso *a priori*, independente da experiência ou mesmo como uma “simples hipótese da razão” (BOBBIO, 2006, p. 210). Em momento seguinte, no aspecto de ser ela uma norma “pressuposta”, ela não é pensada como em Kant, independentemente da experiência, mas a partir dela, tornando assim possível o direito.

Dessa forma, ao contrário de posições mais primitivas, ao estabelecer a Norma Fundamental com essa tipologia, Kelsen se liberta do compromisso e da necessidade de ter um conteúdo naquela norma em sua teoria. Como esclarece novamente Andityas Costa Matos:

Kelsen limitando-se a demonstrar de que maneira sentidos subjetivos de dever-se podem ser entendidos enquanto mandamentos objetivos, ou seja, normas jurídicas, o que só nos parece possível quando se propõe a clausura anti-metafísica representada pela *Grundnorm* (MATOS, 2011, p. 57).

Nessa mesma discussão, observe-se ainda que:

Do mesmo modo que as categorias da sensibilidade (espaço e tempo) e do entendimento (quantidade, qualidade, relação e modalidade) de Kant são formas puras, ou seja, conceitos sem qualquer conteúdo, que nada prescrevem em termos materiais às leis naturais, mas, todavia, as tornam possíveis, pensáveis, a norma fundamental dinâmica, própria de ordens jurídicas contemporâneas, também é vazia de conteúdo e não

³⁵ Como lembra também Miguel Reale, “é necessário lembrar que Kelsen é um neokantista, formado e informado no criticismo transcendental que ele aplica com grande rigor no campo da Ciência Jurídica” (REALE, 1996, p. 458).

determina nenhuma prescrição jurídica específica, ao contrário das normas fundamentais estáticas que orientam os ordenamentos de matriz jusnaturalista. [...] A norma fundamental kelseniana limita a cognição legal ao material jurídico dada na experiência, sendo imprestável para a cognição de absolutos, tais como as noções de justiça comuns nas escolas jusnaturalistas. A *grundnorm* torna possível a criação epistemológica do direito, eis que, limitando seu objeto, acaba por lhe conferir existência específica mediante a remissão a um dever-ser (*sollen*) fundante, desde que cumpridas certas condições (MATOS, 2011, p. 58).

O próprio positivismo, é bom enfatizar, apresenta-se de maneiras distintas e modos diversos de compreensão³⁶. No comparativo que se estabelece entre Kant e Kelsen, bem como ao fato de termos uma reprodução neokantiana a partir da *Teoria Pura do Direito*, é correto afirmar que Kelsen é genuinamente um neokantiano, com a diversidade/diferença de que ele constrói uma teoria inspirada num positivismo jurídico, e amplamente influenciada por Kant na construção de um sistema que enxerga na Norma Fundamental seu fundamento máximo de validade.

Ademais, é bom registrar também que, embora tendo ocorrido essa constante influência de Kant sobre Kelsen e sobre a *Teoria Pura do Direito*, Kelsen também se mostra um pensador independente segundo seu perfil analítico³⁷, uma vez que as realidades entre os dois pensadores são distintas, sendo adequado reforçar o kantismo, como aponta Simone Goyard Fabre:

³⁶ Nesse sentido, vale esclarecer que três são as formas básicas de se apresentar a corrente positivista. A primeira delas denominada de positivismo sociológico ou clássico, com grande destaque para Auguste Comte (1798-1857), o positivismo lógico com a contribuição de Rudolf Carnap (1891-1970), e Otto Neurath (1882-1945) e o positivismo jurídico, com a contribuição do próprio Hans Kelsen, que, segundo palavras de Mario Losano, “somente o direito positivo é direito: o direito deve ser produzido pela autoridade constituída de acordo com certos procedimentos, segundo um procedimento externamente reconhecível, e essa forma jurídica é tão essencial quando seu conteúdo; o direito assim posto deve ser incondicionalmente obedecido: o único modo juridicamente admissível para exprimir o próprio dissenso é atuar para uma reforma legislativa das normas em contraste com os próprios valores; os valores são, de fato, elementos subjetivos e irracionais. O positivismo mais extremo vincula o jurista unicamente à interpretação literal ou lógica da norma: interpretações que se refiram de algum modo aos valores são inadmissíveis porque não científicas” (LOSANO, 2010, p. 28).

³⁷ Nesse sentido, trazendo o enfoque analítico da Filosofia do Direito, explica Pierluigi Chiassoni que: “Ditos ingredientes se combinam de maneiras diferentes e, poderíamos dizer, com intensidade diferente, nas obras que Kelsen escreveu em momentos sucessivos de sua reflexão. Isso sugere destacar quatro etapas, correspondentes a outras tantas concepções epistemológicas: 1. O construcionismo (neo) kantiano fraco; 2. O construcionismo (neo)kantiano forte; 3. O construcionismo (neo)kantiano descritivista; e, por fim, 4. O pós-

Voltar a Kant significa, conseqüentemente, que a compreensão tradicional do direito é desde então repudiada taxativamente por uma problematização na qual a lei que a razão pura prática impõe *a priori* desempenha um papel fundamental (FABRE, 2006, p. 223).

Nesse paralelo estabelecido, ainda ganham destaque duas escolas conhecidas no denominado neokantismo, a escola de Heidelberg e a já citada escola de Marburg. Esse neokantismo exerceu influência decisiva na filosofia do direito, dominado que foi na Alemanha entre a metade do século XIX e início do século XX. Todavia, como lembra Mario Losano “é sem dúvida, por meio da *Teoria Pura do Direito* que o neokantismo continua hoje a viver entre os filósofos do direito” (LOSANO, 2010, p. 37). Tanto é verdade que, nessa mesma perspectiva, reside a influência que o também neokantiano Hermann Cohen (1831-1918) exerceu sobre a pessoa de Hans Kelsen³⁸.

Desse modo, o método transcendental de Cohen foi amplamente recepcionado por Kelsen, além da concepção relativista dos princípios *a priori*, típica, como já se tratou do neokantismo de Marburg. Segundo novamente Mario Losano, não resta dúvida quanto a essa sistemática, ao assim esclarecer:

O aporte mais relevante do neokantismo à teoria pura do direito é a teoria da norma fundamental. Ela é a construção que deve permitir interpretar os atos concretizados em conformidade com o ordenamento jurídico como unidade sistemática de um sistema jurídico. A norma fundamental constitui a unidade do sistema jurídico, naturalmente apenas do ponto de vista formal;

construcionismo descritivista. Foram identificados dois ingredientes filosóficos básicos na teoria pura do direito: o ingrediente “kantiano” e o ingrediente “positivista” (CHIASSONI, 2017, p. 420).

³⁸ Retratando as influências de Kant sobre Kelsen, explica Emmanuel Matta que: “Há entre Kelsen e a Escola de Marburgo um denominador comum, consistente no uso do método transcendental kantiano e no aproveitamento da Lógica Transcendental e da Dedução Transcendental dos Conceitos Puros Intelectuais, em que KANT ressalta de modo genial o caráter de espontaneidade, de atividade, de funcionalidade ou produtividade, do entendimento – daí o chamado logicismo de Marburgo – sobre a mera receptividade da intuição sensível, analisada da Estética Transcendental, acentuando-se, dessarte, a criatividade lógica do objeto de cognição pelo método cognoscitivo, no processo mesmo do conhecimento” (MATTA, 1994, p. 47). Relacionado a isso ainda: “KELSEN adere aí à corrente filosófica geral que tende a transformar o conceito de substância, a noção de coisa (a coisa em si – ding na sich – de KANT, por exemplo), em conceito de relação, de função, aceitando o funcionalismo das escolas neokantianas de Baden e de Marburgo, da Philosophie des Als Ob (ficcionalismo pragmático) de HANS VAHINGER e das atitudes relativistas de MAX WEBER, GEORG JELLINEK e RADBRUCH” (MATTA, 1994, p. 80).

portanto, a teoria da norma fundamental é o elemento especificamente neokantiano na doutrina de Kelsen. Foi assim identificada à raiz filosófica do elemento característico da construção sistemática de Kelsen (LOSANO, 2010, p. 38).

Ainda no comparativo entre tais perspectivas, explica novamente Andityas Costa Matos outra forma de se visualizar o tema da Norma Fundamental. Seria o fato, por exemplo, de que “uma norma em que o conteúdo coincide com a forma seria uma maneira mais elegante de dizer que ela não tem conteúdo” (MATOS, 2011, p. 59). Nesse contexto, por diversos ângulos que se interprete o tema neokantiano da Norma Fundamental, resta evidente essa influência estabelecida entre o perfil kantiano e seus conceitos, bem como a forma como isso foi recebido pelo próprio Kelsen. Já a partir da crítica kantiana e a forma como Kant desenvolveu sua filosofia, é possível notar o sentido e a perspectiva com que Kelsen aderiu àqueles conceitos³⁹.

Em importante obra nesse paralelo estabelecido e comentando sobre o desenvolvimento da filosofia teórica de Kant, é preciso observar ainda que “o termo crítica tem, em Kant, um sentido peculiar: a filosofia sempre foi, num certo sentido, crítica, uma vez que nasce, na Grécia Antiga, da insatisfação ou da curiosidade do homem” (GOMES, 2000, p. 48). Essa filosofia crítica de Kant é, por tudo isso, sentida de modo bem específico, com as consequências e os impactos nos temas por ele desenvolvidos.

Outro ponto que pode ser considerado na dicotomia sobre Kant e Kelsen versa sobre algumas indagações como o fato de Kant querer saber, por exemplo, como seria possível uma interpretação das ciências naturais alheia à metafísica. Kelsen, de sua parte, também questionava, sob uma outra perspectiva, de que forma seria possível pensar o direito independentemente de autoridades metajurídicas. Para chegar a uma solução, Kelsen é levado a esquecer de pretensões descritivas para criar, de forma epistemológica, uma instância normativa pressuposta, que se mostra na forma da hipótese lógico-transcendental.

³⁹ Importante constatação trazida ainda por Norberto Bobbio no campo do ser e dever-ser é a seguinte: “Kelsen só pode se dizer kantiano na medida em que se associa à grande dicotomia entre a esfera do sein e a esfera do Sollen, que remonta a Kant” (BOBBIO, 2006, p. 94).

A Norma Fundamental, nesse sentido, é pressuposta e não propriamente criada por um órgão do poder legislativo, não dependendo assim de um ato de poder⁴⁰ como se dá em padrões convencionais. Essa assertiva remeteria inclusive às outras normas em posição hierárquica superior a já referida, e assim indefinidamente em tal construção de um determinado sistema jurídico. Essa construção hierárquica poderá remeter curiosamente a uma possível tensão na doutrina kelseniana, uma vez que uma norma puramente descritiva, ou científica, como é a Norma Fundamental, poderia estar sendo solicitada para estabelecer validade às demais normas de um sistema jurídico.

Discorrendo acerca da Norma Fundamental e o sistema dinâmico de normas, o próprio Hans Kelsen assim estabelece:

A norma fundamental de um sistema dinâmico é a regra básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema. Uma norma faz parte de um sistema dinâmico se houver sido criada de uma maneira que é – em última análise – determinada pela norma fundamental. [...] A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva nada mais é que a regra básica de acordo com a qual as várias normas da ordem devem ser criadas. Ela qualifica certo evento como o evento inicial na criação das várias normas jurídicas. É o ponto de partida de um processo criador de normas e, desse modo, possui um caráter inteiramente dinâmico (KELSEN, 2010, p. 167).

É possível, desse modo, associar ainda a Norma Fundamental ao teor das Constituições, embora com ela não se confunda, indagando-se por exemplo, por que ela é válida e quais são seus pressupostos de validade. Por meio dessa análise, se chegará ao teor de determinada Constituição que seria historicamente a primeira e que poderia ter sido estabelecida por um eventual

⁴⁰ Importante relação ainda é criada por Norberto Bobbio, que, ao discorrer sobre o problema do poder, correlaciona esses temas com o ponto de vista normativo e assim observa: “Neste sentido, para uma teoria positivista do direito, a noção da norma não pode ser dissociada da noção de poder. Norma e poder são duas faces da mesma moeda. [...] Em suma, a norma fundamental teria a função de transformar o poder em direito” (BOBBIO, 2006, p. 166).

usurpador do poder ou até por algum tipo de assembleia, como ocorre com as denominadas assembleias nacionais constituintes⁴¹.

Essa validade, da referida Norma Fundamental, seria a pressuposição última de valor de todas as demais normas jurídicas de um determinado sistema, uma vez que as que estão em posição inferior retiram sua validade das que estão acima dela, chegando até a Norma Fundamental. De uma forma ou de outra, todas estariam numa relação de dependência com a Norma Fundamental, por estar ela no ápice do sistema jurídico, e representar o fundamento máximo de validade, segundo os padrões kantianos e kelsenianos.

Nessas condições, não há como considerar as ideias trazidas por Hans Kelsen, sem imaginar como inicialmente Kant formulou suas noções acerca do conhecimento, sua crítica e todos os temas necessários à compreensão de suas ideias. Enfim, compreender Kelsen e sua Norma Fundamental, é compreender antes de mais nada o pensamento de Kant e sua filosofia como teoria do conhecimento. O neokantismo não pode ser apenas uma reprodução automática de autores ou ideias que simplesmente simpatizam com sua “crítica”, ou que promovem suas ideias em suas obras, mas acima de tudo o fato de compreender e difundir as ideias kantianas indo além de seus critérios básicos⁴².

No centro do denominado neokantismo, é possível encontrar, como se disse, a sua filosofia do conhecimento e um conjunto de ideias que influenciaram inúmeros outros filósofos e não apenas o próprio Kelsen. Conforme aponta Flamarion Leite, “o kantismo deu origem a um conjunto de grandes sistemas [...]. Pode-se afirmar que a filosofia do direito do século XX nasceu sob o signo do neokantismo” (LEITE, 2007, p. 32). Assim, registre-se,

⁴¹ No contexto desse tema, é importante lembrar a Constituinte Burguesa – Que é o terceiro Estado? – de Emmanuel Joseph Sieyès e de sua contribuição na teoria do poder constituinte originário.

⁴² A propósito disso, lembra Simone Goyard Fabre sobre o retorno a Kant que: “Voltar a Kant, implica metodologicamente, isto é, principalmente, duas coisas: por um lado, é preciso que as questões da metafísica ruim sejam suspensas e que a filosofia se mova num terreno diferente daquele do saber positivo; por outro lado, é importante não esquecer que, no âmbito prático, a razão – que não é outra senão a razão teórica simplesmente aplicada à prática – é legisladora. Preenchidas essas duas condições, a reflexão crítica que incide sobre a prática pode mostrar que tudo o que se refere à ação humana é submetido a uma exigência racional última que pode ser condensada pela noção de autonomia” (FABRE, 2002, p. 321).

como aponta o mesmo Flamarion Leite, que “não se pode obscurecer a influência kantiana em Hans Kelsen que, ao estabelecer o primado teórico sobre o prático, adere à concepção epistemológica do pensador alemão” (LEITE, 2007, p. 34).

Ainda que adaptações sejam necessárias nessa combinação de ideias, não é adequado se analisar o pensamento da Norma Fundamental de Kelsen, sem antes deixar presente a influência kantiana e compreender até onde tudo isso foi decisivo para Kelsen construir a pureza de suas normas. Nomes como Hermann Cohen (1842-1918), Wilhelm Windelband (1848-1915), Ernst Cassirer (1874-1945) e, em certa medida, Max Weber⁴³ (1864-1920) são bons exemplos acerca do neokantismo⁴⁴ e o impacto da teoria kantiana em todas as suas repercussões. Como aponta Luiz Fernando Coelho:

O neokantismo retoma a filosofia social e política, tratando de superar o irracionalismo, mas conserva-se basicamente como uma teoria da ciência, a partir da crítica da razão pura. Assim, não é de estranhar que o elemento prevalecente na teoria pura do direito, fundamentado no neocriticismo, não seja a crítica social, mas a preocupação epistemológica, pela definição das categorias gnósticas do direito; essa atitude, centrada no princípio kelseniano da neutralidade ideológica da ciência do direito, tem profundo significado no seio do neokantismo e na teoria jurídica em geral (COELHO, 1982, p. 129).

Certamente que a *Teoria Pura do Direito*, o positivismo jurídico e principalmente a Norma Fundamental de Kelsen representam uma forma atual de se compreender o pensamento kantiano. Kelsen foi fiel ao criticismo transcendental kantiano intimamente ligado à “crítica da razão pura”, ou seja, “da razão purificada dos dados da experiência, que compõem a matéria contingente do conhecimento” (MATTA, 1994, p. 46). A *Teoria Pura do Direito* depende de Kant em seu aspecto estrutural, mas certamente que Kelsen

⁴³ Segundo Norberto Bobbio: “Todavia, mais tarde, estudou cuidadosamente o pensamento weberiano, encontrando algumas afinidades com o seu pensamento no que se refere à relação entre Estado e direito e à concepção jurídica do Estado” (BOBBIO, 20017, p. 188).

⁴⁴ Do mesmo modo vale lembrar os nomes de Rudolf Stammler (1856-1938) e Emil Lask (1875-1915). Mais recentemente ainda o registro de Mario Ariel Gonzalez Porta que aprofunda concepções sobre os temas tipicamente neokantianos. PORTA, Mario Ariel Gonzalez. *Estudos neokantianos*. 1º edição. Ipiranga. Edições Loyola. 2011.

promove adaptações em sua teoria, restando claro, nesse sentido, a base kantiana recebida pela teoria pura, em especial quanto à primeira crítica.

Assim, seja como “condição de validade da ciência jurídica”⁴⁵, seja como “fonte de validade da ordem jurídica”, a influência do filósofo Alemão é inegável e rende por todos esses motivos uma coerente interpretação do postulado científico no conjunto de suas ideias.

1.3.1 A herança kantiana e neokantiana sobre Kelsen

Hans Kelsen, durante sua trajetória de estudo, promoveu inúmeras publicações de importância para a filosofia do direito. A maioria de suas obras, com destaque para a *Teoria Pura do Direito* em sua 1ª edição (1934), recebeu o auge do mestre austríaco com estreita afinidade para o procedimento kantiano. Nesse sentido, é importante estabelecer, ainda, premissas com relação às heranças kantianas recebidas e as adaptações realizadas por ele, para uma adequada compreensão desse paralelo tão significativo.

Desse modo, um contato que se mostrou decisivo acerca disso deu-se pelo conhecimento da filosofia de Kant, feitos por Hermann Cohen tanto na perspectiva da teoria transcendental do método como acerca dos estudos da ética relacionados à filosofia do direito e do Estado⁴⁶. Sempre atenta a essa compreensão, pontual Simone Goyard Fabre que:

Longe da inflação contemporânea das “desconstruções”, Kelsen salienta com uma força e uma precisão raras a necessidade de recorrer, na ciência do direito, à reflexividade de tipo kantiano, e explica que conhecer o direito é re-construí-lo segundo as exigências puras da razão crítica. Seu método analítico-crítico parte do direito positivo como de um dado e procura determinar o *a priori* transcendental sem o qual a ciência do direito seria inconcebível (FABRE, 2006, p. 227).

⁴⁵ Importante análise acerca disso reside na obra (GOMES, 2000, p. 17). No mesmo sentido, acrescenta Emmanuel Matta que “a preocupação de Kelsen é fazer tão só ciência do Direito – e não Filosofia do Direito no seu sentido metafísico – absoluto, ou Sociologia Jurídica – fazer epistemologia jurídica e não ontologia ou axiologia jurídica” (MATTA, 1994, p. 49).

⁴⁶ Sobre o Estado e as liberdades no enfoque da filosofia do direito, acrescenta Gianluigi Palombella que: “Essa unidade entre definição coercitiva do direito, entre direito e Estado, persiste pelo menos até Kelsen e caracteriza no fundo a concepção liberal do Estado, mesmo em nosso século” (PALOMBELLA, 2005, p. 71).

Nessa investigação da herança kantiana recebida por Kelsen, é possível conceber aspectos que caracterizam, a relação daquele perfil recebido. Sobre isso, poderiam ser mencionados, em primeiro lugar, um procedimento epistemológico, depois uma análise da normatividade, associada por fim a uma perspectiva lógica da validade jurídica das normas com suas repercussões. Dessa forma, a orientação epistemológica que se traz dentro dessa investigação, e merecedora de destaque, é o fato de que a maior influência recebida por Kelsen, como já anunciado, se deu pela *Crítica da Razão Pura* de Kant, em especial sobre a realização da analogia entre o pensamento de Kant acerca do conhecimento, com a normatividade analítica promovida por Kelsen. Segundo o que aponta Simone Goyard Fabre, “é pela crítica da razão pura que Kelsen se pauta para especificar seu procedimento crítico” (FABRE, 2006, p. 233).

A partir da *Crítica da Razão Pura*, Kelsen realiza uma investigação concebida numa forma epistemológica do kantismo, valendo-se ainda da pureza das normas⁴⁷ na *Teoria Pura do Direito*. Em momento seguinte, utilizando-se de todo esse instrumentário necessário, Kelsen vai dando forma quanto à teoria da Norma Fundamental, comparando a teoria do conhecimento kantiana com a teoria da normatividade, segundo padrões da *Teoria Pura do Direito*. Assim como Kant realiza investigações das condições do conhecimento, surgidas inclusive sem o referencial dos objetos, Kelsen promove a comparação desse aspecto da teoria do conhecimento com a *Teoria Pura do Direito*.

Surge, a partir disso, a Norma Fundamental em um formato especial de referência técnica e epistemológica, como anota Pierluigi Chiassoni ao comentar sobre a *Grundnorm*:

Todavia, eles não encontram aplicação direta por parte do jurista kelseniano, mas só indireta e precisamente através de uma construção conceitual que representa um dos aspectos mais peculiares da doutrina pura: a ideia da norma fundamental (Grundnorm), também denominada, nos escritos do período,

⁴⁷ Destaca o enfoque básico e normativo do tema Gianluigi Palombella: “A norma afirma Kelsen, é, pois, um juízo hipotético, que consiste na imputação de uma sanção a determinado ilícito, sempre que ele ocorra, portanto na previsão de determinado nexos (de imputação) entre dois fatos específicos” (PALLOMBELLA, 2005, p. 162).

norma originária. A norma fundamental – precisa Kelsen – não é uma norma positiva; é, pelo contrário, uma construção doutrinária que cumpre uma dupla função: de hipótese epistemológica e de princípio epistemológico, respectivamente. Por um lado, enquanto hipótese epistemológica, a norma fundamental é a norma cuja existência é hipoteticamente presumida pelos juristas para poder considerar objetivamente válidas as normas de um ordenamento jurídico em conjunto eficaz, e isso, ressalta-se com fins puramente cognoscitivos e expositivos sem cumprir nenhuma valoração moral, nem oferecer nenhuma justificação moral, de tais normas – em particular, sem postular entidades transcendentais. Por outro, enquanto princípio epistemológico, a norma fundamental tem um conteúdo que afirma as condições nas quais o material empírico pode ser mais cuidadosamente definido como direito positivo pela ciência jurídica (CHIASSONI, 2017, p, 434).

Essa análise é importante para se compreender como é adequada a volta a Kant e ao mesmo tempo necessária essa referência para a filosofia jurídica. Além desse referencial kantiano estabelecido diante das premissas da *Crítica da Razão Pura*, é válido registrar ainda um segundo momento no qual Hans Kelsen se aproveita para aprimorar seus estudos na elaboração da *Teoria Pura do Direito*. Trata-se do positivismo normativista que, na concepção kelseniana, é aprimorado a um rigor científico⁴⁸ e analítico de forma rigorosa e também inovadora, priorizando a pureza das normas e restringindo a ciência jurídica ao campo exclusivamente normativo⁴⁹.

Recorrendo em mais de uma oportunidade a Kant, a exemplo de se indagar como seria possível uma interpretação livre da metafísica, Hans Kelsen também pretende saber como seria possível uma interpretação que não faz

⁴⁸ Dessa forma, é bom acrescentar também o que explica Norberto Bobbio: “A construção de uma teoria científica do direito está estreitamente ligada, na obra kelseniana, a uma crítica ferrenha, contínua e impiedosa ao jusnaturalismo” (BOBBIO, 2007, p. 193).

⁴⁹ Tratando do princípio da normatividade, explica Simone Goyard Fabre que: “Essas normas cumprem a função de esquema de interpretação. São essas normas que, metodicamente, a ciência pura do direito estuda. Essa ciência não pode, portanto, apoiar-se no princípio de causalidade. Sua pedra angular é o princípio de normatividade. Com efeito, ao passo que, nas ciências naturais, a causalidade é a regra do ser (Sein), numa ciência do direito a normatividade é a regra do dever-ser (Sollen). Este tema, no qual se revela a vocação original do homem para o dever-ser e o dever-fazer, é a chave do normativismo kelseniano” (FABRE, 2006, p. 237).

uso de autoridades legais para obtenção de um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas⁵⁰.

Nesse contexto, portanto, a positivação de direito segundo a Teoria Pura encontrou sentido para o seu desenvolvimento, mostrando-se ainda eficiente quanto ao seu método próprio e eficaz no enfoque dado segundo tal normatividade. É nesse ambiente que aparece Hans Kelsen, como assinala Lênio Streck:

Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reformar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da jurisprudência dos Interesses e à escola do direito livre – que favoreciam, sobre medida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático (STRECK, 2017, p. 95).

A herança kantiana reside assim numa dedução da *Teoria Pura do Direito* em Kelsen similar com a dedução crítica que Kant estabeleceu na obra *Crítica da Razão Pura*. Trata-se de um procedimento necessário em termos de

⁵⁰ É o que explica Dante Cragogna: “Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿Cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas validas objetivamente describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica uno debe comportarse como la constitución lo prescribe” (CRAGOGNA, Dante. 1998, p. 106). Tradução livre: Assim como Kant pergunta como é possível uma interpretação, livre de toda metafísica, dos fatos dados a nossos sentidos por meio das leis formuladas pela ciência natural, a teoria pura do direito pergunta: Como é possível a interpretação, que não lance mão de autoridades metajurídicas, como deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos, como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas, descritíveis em declarações jurídicas? A resposta gnosiológica da teoria pura do direito é: sob a condição de que se pressuponha a norma fundamental básica, o indivíduo deve se comportar como prescreve a constituição. Cragogna, Dante. La norma fundamental. Entre la autocontradicción y la futilidad. Doxa 21-II (1998). Acesso em 01-10-2020. No mesmo sentido: “Assim como Kant, na Crítica da razão pura, formulava a questão de saber como uma interpretação dos fatos dados aos nossos sentidos é possível no interior das leis naturais sem recorrer à metafísica, assim também a teoria pura do direito formula a questão de saber como é possível uma interpretação do significado de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas, descritíveis em proposições de direito, uma interpretação que não recorra a autoridades metajurídicas tais como Deus ou a Natureza” (FABRE, 2006, p. 248).

racionalidade “que não pode se explicar nem se legitimar por si só, agarra-se a suposição que torna pensável, portanto, possível, o edifício das normas estabelecidas” (FABRE, 2006, p. 248).

Por essas concepções, nota-se a importância que se tem em torno do kantismo e do neokantismo para a devida compreensão da filosofia jurídica de Hans Kelsen. Todo o conjunto estrutural que se formou nessa referência é importante para posicionar essas ideias, como adequadas em torno dos nomes que melhor expressam esse pensamento.

2 A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

Nesse segundo capítulo, o objetivo será o estudo dos temas relacionados à *Teoria Pura do Direito* e o seu desenvolvimento segundo modelo positivista adotado por Hans Kelsen. A análise de assuntos como o “princípio metodológico fundamental”, as distinções entre “ser e dever-ser”, bem como o estudo da “norma jurídica” serão importantes para o entendimento da Norma Fundamental em capítulo posterior, permitindo desse modo a coerência das relações entre a teoria do conhecimento kantiana e a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen.

Hans Kelsen, ao tratar da *Teoria Pura do Direito*⁵¹, enfatiza a importância do princípio da pureza, segundo o qual o método e o objeto da ciência jurídica devem ter, como premissa básica, enfoque estritamente normativo. Desse modo, o jurista deve encarar o fenômeno jurídico como norma e, a partir dela, estabelecer sua busca e compreensão, promovendo, assim, um isolamento do modelo jurídico em relação a outras formas do conhecimento. O pensamento de Kelsen, como se observará, será marcado pela tentativa de conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprio, superando assim confusões metodológicas e permitindo ao jurista uma plena autonomia científica na constatação do fenômeno jurídico.

O mestre de Viena ocupava-se com o fato de que uma ciência que se preocupasse com toda e qualquer ideia e conceituação correria o risco de se perder em debates inúteis, fora de seus propósitos, escapando de um compromisso pelos critérios do rigor e da concepção exclusivamente jurídica. Kelsen procura, por essas condições, tornar a ciência jurídica uma ciência pura de normas, que investiga seus fundamentos próprios e mantém um compromisso de valorizar seu rigor científico com o objeto próprio que é trabalhar o sentido das normas jurídicas. Ou seja, com a norma, pela norma, e sempre a norma jurídica!

⁵¹ Segundo Péricles Prade, sobre tal nomenclatura, “pensamos que, em vez de Teoria Pura do Direito, o mais correto é denominá-la Teoria Normativista Transcendental. É que, a todas luzes, Kelsen fundou a compreensão do fenômeno jurídico sobre uma base normativista de típico sabor kantiano, a par de concessões, voluntária ou inadvertidamente, feitas noutras direções do pensamento jusfilosófico” (PRADE, 2000, p. 16).

Segundo nessa mesma forma de conceituação, a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen tem, como escopo inicial, estabelecer os limites de possibilidade do conhecimento jurídico, assim como Kant procurou estabelecer as possibilidades das ciências. Segundo o próprio Kelsen, “a teoria pura do direito, é uma teoria do direito positivo – do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial” (KELSEN, 1999, p. 1). Desse modo, a *Teoria Pura do Direito* tem o objetivo de tornar o direito um objeto de conhecimento científico, com destaque para as normas jurídicas, buscando uma saída teórica que pudesse lidar com o direito positivo de maneira “purificada” das bases epistemológicas pertencentes às ciências naturais.

Outrossim, seria a *Teoria Pura do Direito* “construtivista”, uma vez que a ciência do direito constrói seus conceitos jurídicos a partir das normas jurídicas. Kelsen acreditava que se poderia levar às últimas consequências a busca pela pureza metodológica da ciência do direito. Assim o fazendo, utilizou como caminho a radicalização do dualismo metodológico entre *ser* e *dever-ser*, como explica Ricardo Santos Martins “a teoria jurídica estabelecerá que a ciência do direito fosse, na realidade, uma ciência não natural – em que a essência estaria na abordagem normativa, e não fática, sobre o direito” (MARTINS, 2016, p. 169).

Segundo esse enfoque, Kelsen demonstra que a sua teoria do direito é formada por um conjunto de proposições jurídicas, ou leis jurídicas, nas quais a ciência do direito descreve o direito positivado. É conhecida, aliás, a assertiva de que Hans Kelsen tinha como objetivo claro, em seu intento, “libertar” a formação jurídica de outros elementos de caráter psicológico, sociológico ou econômico.

Assim, segundo Kelsen, para se chamar uma ciência de “normatividade”, é preciso tê-la como uma estudiosa do objeto “norma”. A ciência do direito passa, por assim dizer, a ser norma jurídica, devendo ser investigada por uma metodologia própria das ciências normativas, formando conceitos jurídicos sob uma perspectiva exclusivamente normativa. Essa busca, segundo Kelsen, por uma ciência do direito metodologicamente autônoma, terá, como já se viu anteriormente, fortes influências em Kant, mesmo realizando adaptações em

seu pensamento e melhorando suas posições naquela dita abordagem normativa.

Nessas condições, mencione-se ainda o contexto do termo direito e o papel assumido por Kelsen acerca do que ele mesmo propõe quando discorre sobre concepções acerca da justiça:

Ao definir o Direito como uma ordem coercitiva, a Teoria Pura do Direito concebe o Direito como uma técnica social específica. Essa técnica é caracterizada pelo fato de que a ordem social designada como “Direito” tenta ocasionar certa conduta dos homens, considerada pelo legislador como desejável, provendo atos coercitivos como sanções no caso de conduta oposita (KELSEN, 2001, p. 286).

É preciso registrar que Kelsen trouxe pressupostos filosóficos sofisticados, garantindo uma objetividade, uma pureza e uma autonomia epistemológica importante na compressão da *Teoria Pura do Direito*. Em importante contribuição ao pensamento de Hans Kelsen, tem-se o estudo de Gabriel Nogueira Dias, que, acerca do tema, enfatiza que “os esforços de Kelsen visam libertar a ciência do direito dessa pobreza, dessa confusão metodológica na medida em que liberta a autonomia da ciência do direito, fazendo dela uma disciplina independente” (DIAS, 2010, p. 141).

É possível ainda dizer que Kelsen objetiva, com sua Teoria, a construção de uma teoria geral do direito, recebendo do próprio autor a denominação de “*Teoria Pura do Direito*”. O projeto de Kelsen, segundo sua concepção metodológica em tal abordagem, compõe-se de quatro teses:

1) Todo direito é positivo e exclusivamente direito positivo; 2) O primado do relativismo; 3) Ser e dever ser como modos de conhecimento; 4) A tese da pureza como garantia da objetividade de uma ciência do direito autônoma (DIAS, 2010, p. 142).

Dessa maneira, o direito, segundo Kelsen na teoria pura, é direito positivo porque é produzido pelo ser humano. Aliás, o direito só é direito positivo é porque realizado por meio da iniciativa humana, pois o ato de vontade humana é uma condição para o surgimento da norma jurídica.

Merece destaque ainda, neste momento, situar o pensamento kelseniano em quatro fases⁵², segundo a esteira de Gabriel Nogueira Dias:

1) Uma teoria geral do direito concebida primeiramente apenas estaticamente entre 1911 e 1913; 2) Um tempo de rearmamento teórico entre 1913 e 1920; 3) A teoria pura do direito clássica entre os anos 20 e início do anos 60 e; 4) Uma última fase no período entre 1962 e 1973 que pode ser visto como uma continuação crítica da teoria pura do direito clássica. (DIAS, 2010. p. 350).

Todos os momentos ou etapas do pensamento kelseniano retratam o caráter sistemático do seu pensamento, com destaque é claro para a obra monumental “*Teoria Pura do Direito*”, estabelecida em duas edições, a primeira em 1934 e a segunda, com modificações posteriores, em 1960.

É importante ainda mencionar, a partir do que já se disse anteriormente acerca do paralelo entre Kant, Kelsen e o neokantismo, que algumas escolas de pensamentos tiveram notável influência sobre as investigações de Kelsen. Com efeito, na perspectiva do neokantismo e do retorno ao pensamento de Kant, é digno de registro as escolas neokantianas de Marburg e a escola de Baden. Na perspectiva conceitual e de forma resumida, o neokantismo marburguês tinha em Hermann Cohen seu grande expoente, defensor de um modelo matemático da lógica como fundamento das ciências naturais, enquanto o neokantismo da escola de Baden, o filósofo Wilhelm Windelband, compreendia que existia um Kant negligenciado pela escola de Marburg.

O programa conceitual neokantiano da escola de Marburg compreendia que o método transcendental implicava que a reflexão filosófica não deveria partir dos objetos, mas, sim, do pressuposto do *faktum* da ciência. Os neokantianos marburgueses, segundo comenta Ricardo Martins “pretendiam conciliar o idealismo com a ciência, a fim de explicitar as condições de possibilidade para o conhecimento científico” (MARTINS, 2016. p. 193).

Hermann Cohen entendia, assim, que a teoria do conhecimento de Kant recebia uma análise empírico-psicológica da síntese do conhecimento, advinda

⁵² No mesmo sentido, referindo-se, porém, aos momentos da obra de Kelsen “construtivista (até 1920), neokantiana forte (até 1930), neokantiana débil (mais tarde redefinida pelo próprio Paulson como empirista – até 1960) e voluntarista (depois de 1960)” (GOMES, 2000. p. 110).

de condições subjetivas da unidade sintética da percepção⁵³. Assim é que o método transcendental neokantiano veio substituir o método analítico defendido por Kant e a sua teoria do conhecimento, que, segundo aponta novamente Ricardo Martins, “foi substituída pela classe de proposições científicas que formam a experiência científica” (MARTINS, 2016, p. 194).

Por outro lado, a filosofia neokantiana da escola de Baden, segundo posições de Wilhelm Windelband foi aquela que realmente se preocupou, no campo do neocriticismo, com as ciências humanas. Dessa forma, segundo ainda Ricardo Martins, “tanto a Tese dos mundos, quanto o princípio da formação de conceitos foram elementos essenciais para o estabelecimento da teoria do direito de Kelsen” (MARTINS, 2016, p. 197). Digno nessa contextualização ainda é o fato da tradição do positivismo jurídico germânico do século XIX, como sendo também de fonte inspiradora para o mesmo Kelsen, uma vez que foi nela que o autor se inspirou, bem como nas bases epistemológicas de sua teoria jurídica segundo essa época.

O neokantismo, como se viu, foi decisivo no pensamento kelseniano e nos pressupostos e utilitários escolhidos pelo Mestre de Viena na exaustiva descrição do sistema jurídico realizado por ele. Segundo Mario Losano, a *Teoria Pura do Direito* “é a mais exaustiva descrição do sistema jurídico realizada em linguagem natural e pode ser considerada o ponto de chegada da concepção sistemática do século XX” (LOSANO, 2010, p. 52). Aponta ainda o mesmo autor seis pontos centrais presentes nas fases do pensamento kelseniano:

1. A visão do mundo sendo dualista, dividida, portanto, em ser e dever ser, não existindo relação entre eles, segundo a escola neokantiana a que Kelsen se remete.
2. Todas as ciências visam construir em unidade o próprio objeto.
3. A ciência do direito descreve um objeto colocado no mundo do dever ser: portanto, o estudo do direito deve, programaticamente, excluir qualquer elemento proveniente do mundo do ser, ou seja, deve ser puro.
4. O direito é unitário porque todo o ordenamento deriva de uma única normal fundamental.
5. Obedece-se ao direito porque ele é válido; e sua validade depende do fato de a norma fundamental transmitir o dever ser a todas as normas de nível mais baixo.
6. Visto que o direito interno e o direito internacional fazem parte do mundo do direito, a ciência

⁵³ Nesse sentido, está a *Crítica da Razão Pura* de Kant.

jurídica não pode considerá-los dois elementos paritéticos, ou seja, paralelos, como muitas vezes ocorre na doutrina internacionalista tradicional (LOSANO, 2010, p. 53).

Por essas condições, partindo-se das análises aqui já lançadas, é importante dizer que o ordenamento jurídico⁵⁴ para Hans Kelsen deve ser descrito e analisado partindo-se de si mesmo, sem recursos ou outras instâncias metafísicas ou fáticas. O seu ponto de partida e o caminho a ser trilhado na pesquisa jurídica devem ser a teoria do direito, ou como prefere o próprio Kelsen, como uma “*Teoria Pura do Direito*” com acentuada influência kantiana em seus objetos. O conhecimento das normas positivas se dá a partir de uma individualidade, e no conjunto analisado por Kelsen, compreende, de forma clara, que o direito se inicia e se conclui no mundo da norma jurídica. Em outras palavras, o direito é e sempre será “norma jurídica”.

Hans Kelsen é, nessas condições, um positivista convicto!⁵⁵. É adequado dizer que ele pertence a uma corrente tipicamente positivista, com características inclusive mais fortes do que normalmente os positivistas podem assim ser chamados. A corrente do jusnaturalismo, por exemplo, é fundada numa postura mais idealista, acreditando inclusive num pensamento natural ou remetendo a uma condição em que se tenha, em favor da humanidade, a garantia de direitos inalienáveis, enquanto o positivismo jurídico é calcado mais propriamente no enfoque constatativo, tendo como base o direito “posto”, positivado e escrito pelos homens. Sobre o tema do direito natural e do direito positivo, esclarece Norberto Bobbio, alguns critérios de diferenciação:

O direito natural se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao passo que ao direito positivo

⁵⁴ Importante destacar a respeito da conhecida compreensão do ordenamento jurídico, segundo Norberto Bobbio, quando destaca na sua obra teoria do ordenamento os critérios da “unidade” da “coerência” e da “completude”. Ao discorrer sobre eles, enfatiza com a propriedade de sempre que “é fácil compreender que um ordenamento simples é unitário, isto é, um ordenamento, um ordenamento em que todas as normas derivem de uma única fonte. [...] a coerência significa exclusão de toda situação em que pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa exclusão de toda situação em que não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que contradizem” (BOBBIO, 2010, p. 272).

⁵⁵ Tecendo comentários sobre isso se tem: “Na verdade, por justiça, é preciso reconhecer que Kelsen foi um autêntico positivista – talvez “o” autêntico positivista -, porque percebeu que o único modo de “desindexar” definitivamente a moral do direito seria de um modo artificial, ficcional, circunstância que o identifica inexoravelmente com o neopositivismo e toda tradição epistemológica que se seguiu” (STRECK, 2017, p. 77).

valendo apenas em alguns lugares. O direito positivo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*; o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda, lembrando que outro critério de distinção que se refere a fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus*. O quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pela qual chega a nós, e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas*, vez que o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão, ao contrário do direito positivo conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação). Por fim, uma última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, sendo que o direito positivo estabelece aquilo que é útil (BOBBIO, 2006. p. 22).

Como árduo defensor da escola positivista do direito, Hans Kelsen surge com pensador intencionado a promover, como já se disse, o isolamento do método jurídico, trabalhando temas importantes como as já destacadas categorias do *ser* e do *dever-ser*, como polos com os quais lida, para distinguir realidade e direito.

Para Hans Kelsen, o sistema jurídico é unitário, orgânico, fechado, completo e autossuficiente, formando um conglomerado de normas hierarquizadas, sendo que as inferiores buscam fundamento de validade nas normas superiores. O ordenamento jurídico resume-se a esse complexo emaranhado de relações normativas representadas numa estrutura piramidal, sendo a Norma Fundamental o pressuposto lógico do sistema.

A pureza de sua teoria constata-se, assim, num modelo segundo a qual o enfoque normativo deve ser encarado como premissa básica, tornando a ciência jurídica uma ciência pura de normas, que as investiga num encadeamento hierarquizado. O cientista do direito deve se preocupar, pois, com a exclusividade da norma posta, abstraindo valores a sua aplicação, numa estrita definição de seu objeto.

Nesse contexto, pondera Hans Kelsen uma defesa do positivismo jurídico contra o jusnaturalismo, na tentativa de conferir ao sistema jurídico uma absoluta autossuficiência. Hans Kelsen, ao elaborar a *Teoria Pura do Direito*, foi e é considerado o principal representante desse pensamento, buscando uma completa independência científica da ciência normativa.

Hans Kelsen ensina que a norma quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem deve se conduzir de determinada maneira. As normas são, assim, prescrições do *dever-ser*, conferindo ao comportamento humano um sentido: o sentido prescritivo. A expressão “dever”, aparentemente poderia criar a ideia de mera “ordem”. Ela também engloba as autorizações de determinados atos "estar autorizado a", e a conferência de uma competência de "poder". Ou seja, determinada norma pode não só comandar, mas permitir e, especialmente, conferir competência ou o poder de agir de certa forma.

O próprio Kelsen, ao tratar do direito como um sistema dinâmico de normas bem como da positividade, esclarece que:

O sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico. As normas jurídicas não são válidas por terem, elas próprias, ou a norma básica, um conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja auto-evidente. Elas não são válidas por causa de um atrativo que lhes é inerente. As normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo. Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza, ser transformado em um dever correspondendo a um direito jurídico (KELSEN, 2010, p. 165).

Por essas considerações, é possível conferir, no pensamento kelseniano, uma postura muito própria de percepção do sistema jurídico. Uma identidade e uma originalidade que qualifica e o credencia, porque não dizer, a *Teoria Pura do Direito*, como uma corrente de pensamento capacitada para as adequações que o fenômeno jurídico reclama. Seu rigor científico é profundo, e muito embora também seja possível tecer em momentos pontuais algumas críticas ao pensamento de Kelsen, o seu intento se mostra claro, eficaz e coerente com sua proposta, atingindo por consequência, como talvez nenhuma outra corrente filosófica tenha conseguido, capacitar e demonstrar o direito como sendo uma verdadeira ciência, a ciência das normas.

Assim, debatidos e superados, portanto, nesse momento, os temas que se mostram claros na percepção da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen. Levando isso em conta, permite-se que sigamos em frente nas propostas já anunciadas das influências de Kant sobre o positivismo de Kelsen, e nas

conexões com os temas seguintes, com destaque para as escolas neokantianas de Marburg e de Baden, bem como de seus expoentes, a exemplo de Hermann Cohen e Wilhelm Windelband e as atualidades dessa mesma corrente de pensamento neokantiana. Nessa continuidade, será verificado o conjunto de ideias necessárias ao debate da *Teoria Pura do Direito*, com o propósito de chegar ao estudo da *Grundnorm*.

2.1 Princípio metodológico fundamental

A *Teoria Pura do Direito* tem, pelo princípio metodológico fundamental, a incumbência de definir a construção de um conhecimento notadamente científico do direito. O estudo do conhecimento das normas jurídicas tem, a partir de Kelsen, um comprometimento com a originalidade e com o rigor científico estabelecido por ele. Como pontua Emmanuel Matta, tratar da pureza metódica, “consiste, de um lado, em livrar a Ciência do Direito da esfera da natureza (ser), e, assim, de elementos psicológicos, biológicos e sociológicos, para considerar-se uma disciplina normativa (dever ser)” (MATTA, 1994. p. 61).

Discorrendo acerca da pureza, Kelsen assim ensina:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isso significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 1999, p. 1).

O estatuto científico de Kelsen passa, nessas condições, por todas as formas que se deve assegurar ao direito a promoção e a valorização do seu propósito científico. A compreensão do direito para a teoria pura de Kelsen não conhece de outras formas para o seu conhecimento que não exclusivamente o seu conteúdo normativo. Ao longo desse trabalho, inclusive, tem sido uma preocupação demonstrar que uma parte dessa busca deve-se à influência do neokantismo em referência ao brocardo (voltemos a Kant!) e às escolas de Marburg e de Baden.

As lições de Kelsen são dirigidas, nesse passo, aos operadores jurídicos, pelos menos para aqueles que buscam uma originalidade e um rigor não tão comum assim em outras correntes de pensamento no direito. A “pureza” ou “projeto de pureza” a que se refere Kelsen, é bom esclarecer, diz respeito ao conhecimento do direito e não outra ideia que eventualmente se possa ter. Explica acerca disso Gabriel Nogueira Dias que “o objeto da pureza é exclusivamente o conhecimento do direito, isto é, o trabalho de conhecimento jurídico-científico em relação às normas geradas pelos seres humanos num ordenamento jurídico” (DIAS, 2010, p. 156). Não seria, portanto, um direito puro, mas, sim, uma “*Teoria Pura do Direito*” livre de qualquer mistura, a partir do que é descrito pelo próprio Mestre de Viena.

Essa empreitada de purificação metodológica divorcia a ciência do direito das outras áreas a partir de seu objeto específico, qual seja, a norma jurídica. Se não fosse dessa maneira, certamente Kelsen não teria tido o mesmo sucesso que teve em sua empreitada, uma vez que haveria profunda dificuldade em equacionar todas as áreas do conhecimento junto com o direito, além de que não atingiria ainda, a “pureza” e a “cientificidade” que, dessa forma, conseguiu. Nesse contexto, Kelsen procura evitar um sincretismo metodológico que contamina a essência da ciência do direito que poderia confundir seus limites a partir da investigação de seu próprio objeto. Esse caráter essencialmente descritivo da ciência do direito constituiu, nessa perspectiva, uma pureza na sua compreensão, obrigando o cientista do direito a se preocupar com exclusividade com o conteúdo normativo e construído a partir de qual concepção deve ser compreendido.

Deve o cientista do direito se preocupar com a restrição da norma posta e as repercussões incidentes a partir disso, destacando-se a expulsão de outros valores que não o normativo, que são estranhos ao objeto da ciência jurídica. A abstração que ocorre nesse princípio metodológico fundamental é uma “escolha” ou até uma “forma de trabalho” à qual Kelsen aderiu, ainda que seja importante o conteúdo “não jurídico” incidente sobre a norma ora em estudo.

Portanto, deve existir uma abstração dos valores envolvidos na criação e na aplicação da norma, percorrendo, desse modo, uma neutralidade na forma

de se trabalhar os postulados normativos. O esforço de Kelsen se dirige no sentido de “dar forma ao seu projeto por meio do desenvolvimento de uma teoria geral do direito de caráter juspositivista”⁵⁶ (DIAS, 2010, p. 242). Hans Kelsen, a partir dessa perspectiva, ocupa-se com a análise e a interpretação das regras jurídicas efetivas, estabelecidas pelos órgãos do Estado, notadamente nesse caso, em outra obra importante sobre seu pensamento, que foi a *Teoria Geral do Direito e do Estado*⁵⁷.

Muito embora em outras áreas do conhecimento que visa estabelecer uma preocupação com diferentes fatores “não jurídicos” envolvidos na norma “posta”, a empreitada kelseniana, no seu caso, a exclui, uma vez que nesse momento se torna inócua e dispensável a sua verificação. Deve o cientista do direito ignorar tais matérias, uma vez que são irrelevantes para a definição, o sentido e o alcance de outros temas diante da norma jurídica em análise. Como lembra Miguel Reale, “Kelsen chamou sua doutrina de Teoria Pura, por querer livrá-la de elementos metajurídicos, excluindo do campo próprio e específico do jurista uma série de problemas” (REALE, 1996, p. 455). Desse modo, poderia ocorrer uma contaminação com esses outros fatores no estudo da “norma posta”, prejudicando o projeto kelseniano e fugindo aos propósitos e as afirmações da pureza que a ciência do direito deve reunir. Novamente enfatiza sobre isso Kelsen:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto (KELSEN, 1999. p. 2).

⁵⁶ Importante ainda mencionar, nesse momento, a abordagem estabelecida por Kelsen acerca do positivismo jurídico, segundo lições de Alexandre Gomes “Notaremos que a obra de Kelsen, embora possa ser inserida dentro do Positivismo Analítico, tem outras características marcantes, principalmente o caráter neokantiano. Kelsen rebela-se não só contra as terias jusnaturalistas, mas também intenta separar a Ciência do Direito de influências sociológicas, como a dos positivistas sociológicos, que analisam o direito não enquanto norma (dever ser), mas como um fato social (ser)” (GOMES, 2000, p. 106).

⁵⁷ Merece destaque ainda mais um paralelo entre o pensamento de Kant e Kelsen. Trata-se dos temas relacionados ao Estado de Direito, que bem a propósito vale destacar. “Para Kelsen a fusão entre Direito e Estado é uma consequência racional do modelo kantiano de Estado unificado na autoridade política soberana que assegura a coerção pública da legalidade. Defendemos, ao contrário, que em Kant existe a separação entre Direito e Estado como elemento de proteção da liberdade inata que em sua expressão política é fundadora e reguladora do Estado” (LIMA, 2017, p. 23).

Karl Larenz, discorrendo acerca da sua conhecida *Metodologia da Ciência do Direito*, pontua os ensinamentos da *Teoria Pura do Direito*, já que ela “constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do direito como ciência” (LARENZ, 2014, p. 92). Nesse passo de aplicação acerca do princípio metodológico fundamental, é importante dizer também que a ciência do direito, segundo Kelsen, não tem relação propriamente com a conduta efetiva do homem, mas, sim, propriamente com o que foi prescrito juridicamente. No complexo de normas em que o homem poderá estar inserido, só se pode garantir o caráter científico do direito quando se restringe a sua função interpretativa apenas ao sentido da norma, conservando sua “pureza” e sua essência de outros fatores que possam eventualmente mesclar os elementos estranhos ao sentido da “pureza”.

Proposições diversas que não o propriamente normativo não nos interessa, ainda que elas sejam importantes no contexto de sua origem e significado. Como conhecimento puro, esses elementos não devem prosseguir no sentido e na junção do modelo normativo, assim ficando de fora, mas sendo estudados e compreendidos por outras especialidades do conhecimento humano que não propriamente a ciência normativa. Aliás, em grande medida, esse *status* de ciência normativa foi alcançado, graças ao estudo kelseniano bem como aos postulados estabelecidos pela *Teoria Pura do Direito*.

A teoria, como se viu, tem fortemente estabelecido o seu comprometimento com o rigor de sua compreensão e a forma de abordagem de seu respectivo estudo. Tudo que não estiver ligado especificamente com o objeto da norma posta merecerá assim uma exclusão, por mais importante que possa ser compreendido. Isso poderá, muito bem, ser definido, estudado e compreendido por outros segmentos do conhecimento humano, como a sociologia ou a economia.

Assim o fazendo, aplicando tal princípio estabelecido e firmando tal propósito, segundo ensinamento kelseniano, ter-se-á uma genuína ciência do direito. Ensina mais uma vez Karl Larenz que “a ciência do direito que satisfaz a existência da pureza do método, chama Kelsen, teoria pura do direito”

(LARENZ, 2014, p. 93)⁵⁸. Libertando-se de outros elementos que lhe são estranhos, a ciência do direito ocupa-se da norma jurídica em toda sua plenitude, não propriamente como fatos da consciência, mas, sim, como conteúdos significativos.

A *Teoria Pura do Direito*, tendo esse comprometimento com o mundo das normas jurídicas, acaba também afastando a doutrina do direito natural. Ela, pois, só tem sentido por ser uma teoria do direito positivo. Teoria esta que carrega o ensinamento e o comprometimento de uma forma de trabalho bem voltado aos seus propósitos específicos. As intenções de Kelsen, dessa maneira, compreendem o direito positivo na sua essência por meio de uma estrutura e uma logicidade própria, daí porque surgiram, a partir disso, algumas críticas pontuais, bem como um grande número de adeptos e seguidores⁵⁹, inclusive nos dias atuais.

Essa concepção positivista da ciência do direito e da pureza em suas formas revela que, por força da teoria pura de Kelsen, as normas caem numa espécie de “linha de produção” quando da sua elaboração. Com efeito, é conhecido no sistema jurídico constitucional o denominado “processo legislativo” como o meio pelo qual se elaboram as normas jurídicas. Tal processo de elaboração está previsto na Constituição Federal de 1988, daí porque ser oportuno se referir a ele, como o molde ou a forma pelos quais as leis, em termos gerais, são criadas no ordenamento jurídico. Após a sua criação, pode-se afirmar, a pureza do princípio metodológico entra em funcionamento, no intuito de estabelecer como se dá essa seleção de formas ou o trabalho metodológico de aplicar o sentido da “pureza” na dita norma jurídica criada e estabelecida.

Trabalhar com o mundo das normas jurídicas sem essa ferramenta da teoria pura é trabalhar fora dos parâmetros dos postulados epistemológicos da atividade desenvolvida, não se atentando para a maneira própria criada pelo

⁵⁸ O próprio Karl Larenz, discorrendo sobre a teoria pura de Kelsen, explica que ela “não se preocupa com o conteúdo, mas só com a estrutura lógica das normas jurídicas. [...] Dessa maneira, é uma teoria do conhecimento juscientífico e, como tal, deveria ter-se por completamente distinta da própria ciência do Direito, cuja possibilidade e método investiga” (LARENZ, 2014, p. 94).

⁵⁹ Nesse sentido vale, ressaltar os esforços e o trabalho de Gabriel Nogueira Dias, correspondente oficial inclusive do Instituto Hans Kelsen de Viena no Brasil desde 2003 e membro de Conselho Editorial Internacional da obra completa de Hans Kelsen na Alemanha desde 2004.

mestre de Viena. Kant, segundo sua teoria do conhecimento, não chegou propriamente a criar um regramento igual ou parecido com tal assertiva adotada por Kelsen, todavia é bom enfatizar novamente como se deu, de forma resumida, a aproximação da teoria do conhecimento de Kant com a *Teoria Pura do Direito*, segundo Kelsen.

Hans Kelsen caracteriza a Norma Fundamental como “condição lógico-transcendental”, uma vez que ele promove a analogia com o pensamento kantiano e, que assim como ele, promovia investigações com o conhecimento surgidas antes dos objetos. Essa analogia⁶⁰, portanto, esclarece, como indicava Kant, que, para que se pudesse investigar o conhecimento, era necessário, em primeiro momento, pressupor a existência de categorias dentro do próprio conhecimento humano. Assim, temos uma relação do conhecimento com a própria *Teoria Pura do Direito*, indicando que, se as relações hipotéticas são pressupostos do conhecimento humano, também é adequado utilizar um pressuposto do conhecimento no direito, já que este pressuposto passa pelas normas jurídicas.

Dentro dessas condições, percebe-se o paralelo entre Kant e Kelsen notadamente no aspecto de transformar ideia em conhecimento, tornando esse conhecimento possível. Assim é que se dá o aparecimento de elementos epistemológicos da filosofia kantiana⁶¹ na *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, bem como de suas influências não só no estudo da Norma Fundamental, mas também “contaminando” no bom sentido os pensamentos do Mestre de Viena.

⁶⁰ “En la segunda edición de la Teoría Pura se lee este párrafo revelador: puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir per analogiam a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-transcendental de esa interpretación”. Tradução livre: Na segunda edição da Teoria Pura, este parágrafo revelador explica: pode-se designar à norma fundamental básica, tal como é representada pela ciência do direito e se é possível recorrer *per analogiam* a um conceito da teoria kantiana do conhecimento, como a condição lógico-transcendental dessa interpretação. Cragogna, Dante. La norma fundamental. Entre la autocontradicción y la futilidad. Doxa 21-II (1998). Acesso em 01-10-2020.

⁶¹ Vale ressaltar inclusive, ao que se reporta o próprio Gabriel Nogueira Dias, que “o único livro de Kant expressamente citado por Kelsen é a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*”. (DIAS, 2010, p. 223). Nesse mesmo paralelo, vale lembrar que “a luz da questão filosófica do conhecimento, tal como Kelsen a deduz da *Crítica da Razão Pura* de Kant, ele interpreta, de maneira renovada a problemática jurídico-científica de como a validade poderia ser representada e qual seria sua essência. Sobre essa base, Kelsen instrumentalmente delinea a autonomia jurídico-científica que deve refletir e eliminar as dificuldades para a fundamentação da sua teoria do direito. Assim, enquanto no final do século XVIII o filósofo Kant discute a questão de como são possíveis juízos sintéticos *a priori*, ou seja, como podem os juízos que ampliam o conhecimento serem anteriores a qualquer experiência?” (DIAS, 2010, p. 244).

Aplicando-se o princípio metodológico fundamental, segundo o estudo da norma posta, a *Teoria Pura do Direito* também valoriza o sistema positivado como isento de contradições, num ordenamento bem organizado e com propósitos bem definidos, seguindo as intenções que foram pensados pelo próprio Hans Kelsen. Fica bem aparelhada a ferramenta do citado princípio, na medida em que, pelo menos no caso da Norma Fundamental, a ciência do direito gera seu objeto numa perfeita organicidade, inclusive argumentativa.

O próprio bom funcionamento das estruturas normativas também está garantido por meio do princípio metodológico fundamental. Mantém-se um equilíbrio e uma harmonia na medida em que se conhece o objeto próprio do sistema jurídico que é a “norma posta” naquele sentido positivista. A respeito, disso, observa-se que “todo direito é positivo e exclusivamente direito positivo e a tese da pureza fornece objetividade a uma ciência do direito autônoma” (DIAS, 2010, p. 323).

Essas mesmas ideias já reproduzidas também podem ser aplicadas num enfoque mais coletivo das normas jurídicas, vale dizer, no sentido do ordenamento jurídico como um todo. O princípio metodológico fundamental se orienta também no estudo do ordenamento jurídico, na medida em que vai construindo seus conjuntos e organizações para uma construção teórica da “norma posta” assim inserida. O ordenamento jurídico, como um sistema de normas, também deve promover em sua medida a “pureza” de tal princípio, considerando a norma posta em conjuntos em que eventualmente ela for inserida, uma vez que se observará, oportunamente, que o ordenamento jurídico se compatibiliza em seu sistema com diferentes grupos de “normas postas”.

Se assim ocorrer, é importante repetir o critério da “purificação” como forma de fazer valer aquele princípio nos diferentes sistemas em que isso acontecer. Privilegia-se assim a forma do princípio para que não se tenha um prejuízo naquela na purificação dos conjuntos, verificando-se a aplicação de formas sistemáticas de maneira estrutural em que o texto estiver inserido. A respeito disso, lembra Norberto Bobbio, que:

O trabalho de Kelsen consiste, ao contrário, em não abandonar o ponto de vista normativo na passagem do estudo das normas

singulares para o estudo do ordenamento, mas sim em conduzi-lo às últimas consequências, tratando o elemento característico do direito no modo com que as normas às quais damos o nome de normas jurídicas de dispõem e compõem em sistema (BOBBIO, 2007, p. 105).

A “pureza”, enfim, concede objetividade e autonomia na ciência do direito, corrigindo eventuais falhas e se mostrando perfeito em todo o seu sentido positivo. A crença estabelecida por Kelsen a tal respeito confere uma integridade saudável, porque não dizer, com propósitos exaustivamente definidos, uma vez que a ciência jurídica se torna livre de ideologias e juízos subjetivos de valores.

2.2 Sistema estático e sistema dinâmico

A *Teoria Pura do Direito* refere-se ainda aos termos estático e dinâmico como sendo duas perspectivas diversas em que é possível se considerar as normas integrantes de seu objeto. O enfoque estático dá ênfase às normas reguladoras da conduta humana, que tem por objeto o direito como um sistema de normas em vigor, enquanto o enfoque dinâmico dá ênfase à conduta humana regulado pelas normas, que tem por objeto o processo jurídico no qual o direito é criado e aplicado.

Por sistema estático, define-se aquele em que as normas estão ligadas umas às outras, como as proposições em um sistema dedutivo, isto é, pelo fato de que se deduzem entre elas, partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas em um dado sistema científico.

Hans Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, ao tratar a estática jurídica, aborda temas como sanção, ilícito, dever, responsabilidade, direitos subjetivos, capacidade, pessoa jurídica, entre outros. No enfoque dinâmico, Kelsen trata da validade, da unidade lógica da ordem jurídica, do fundamento último do direito, das lacunas, entre outros. Nesse mesmo sentido, Kelsen distingue duas possibilidades de organização de sistema, relacionando-as a partir de seus conteúdos ou a partir das regras de competência e demais reguladoras de sua produção. No primeiro caso, ou seja, o seu conteúdo, estaríamos trabalhando o

sistema estático, e no segundo, as regras de competência, tem-se o perfil dinâmico.

O sistema dinâmico, ainda segundo Kelsen é aquele em que as normas que o compõem derivam umas das outras por meio de sucessivas delegações de poder, ou seja, não pelo seu conteúdo, mas pela autoridade que as estabeleceu. Dito de outra forma, uma autoridade ou chefia interior deriva de uma autoridade ou chefia superior, até se ter uma autoridade suprema que não tem nenhuma outra autoridade acima dela.

Relacionando o tema da estática e dinâmica de Kelsen com o estudo do poder, Norberto Bobbio pontua que:

Pelo sistema estático, como os sistemas morais e de direito natural às normas se deduzem umas das outras pelo conteúdo. Nos segundos, entre os quais os ordenamentos jurídicos, as normas se produzem umas por meio das outras, e isso que as produz é um ato de poder (BOBBIO, 2007, p. 157).

Registre-se, desse modo, a importância do estudo da estática e da dinâmica no sentido de que a *Teoria Pura do Direito* nos ensina que a primeira se coaduna com os ordenamentos éticos, enquanto a dinâmica, com o ordenamento jurídico em geral. Por esse sentido, o tratamento que Kelsen dá à concepção estática deve ser entendido, como lembra ainda Gabriel Nogueira Dias, “muito mais como uma introdução indireta ao próprio mundo intelectual de Kelsen, ainda mais que elementos essenciais do modelo estático” (DIAS, 2010, p. 237).

No contexto do modelo estático, Kelsen prepara compartimentos e modelos a serem desenvolvidos em momento seguinte no enfoque dinâmico. É possível realçar ainda algumas considerações encontráveis no modelo estático, segundo Kelsen, como, por exemplo, o fato de que uma norma vale e assim deve ser vista como devida e também correta a partir da verificação de seu conteúdo. De acordo com o enfoque estático da validade, uma norma vale apenas se o seu conteúdo puder ser encontrado no conteúdo de uma primeira norma qualificada em suas evidências. Isto é, “fundamento da validade e conteúdo da validade se fundem” (DIAS, 2010, p. 238).

Assim, essa primeira ideia está ligada a outros elementos fundamentais e complementares à concepção estática de validade. Parte-se assim da referência da Norma Fundamental, da qual, por esse princípio fundamental, todas as normas jurídicas derivam seu conteúdo, ou seja, sua “validade”. Sem a referência à Norma Fundamental, não tem sentido a aceitação de uma fusão do conteúdo normativo e da própria validade normativa.

Ainda no enfoque estático⁶² verifica-se que o processo que permite a junção do conteúdo da Norma Fundamental ao das outras na transmissão de validade “é o da dedução lógica” (DIAS, 2010, p. 238). É como se fosse adotado o raciocínio em que a sua validade possa ser reconduzida a uma norma sob cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento.

Neste caso, exemplos como “não se deve mentir, não se deve enganar e se deve manter uma promessa feita,” são casos em que se pode notar a sua dedução a partir de uma norma que ordena tal veracidade. Do mesmo modo são os exemplos de que “se deve amar o próximo, de que não deve prestar falso testemunho e de que não se deve fazer mal ao próximo, não lhe causando danos físicos ou moral e auxiliando-o quando estiver precisando de ajuda”. Pontua sobre isso novamente Gabriel Nogueira Dias que:

Se aceitarmos a fundamentação estática da validade, então, as normas de um ordenamento dado serão válidas se puderem ser derivadas dedutivamente do conteúdo da uma determinada norma fundamental. Logo, a questão da validade leva a um exame do conteúdo do preceito em tela no que tange à sua conformidade com a norma fundamental (DIAS, 2010, p. 239).

⁶² Discorrendo sobre a estática jurídica, especialmente, sobre as sanções explica Kelsen que “sanções, isto é, atos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, como por exemplo, a pena de prisão prevista para o furto. [...] ser levada a efeito para compensar (indenizar) o ilícito que consiste na conduta contra a qual esta sanção é dirigida como reação. A chamada indenização do ilícito consiste em pôr termo à situação criada em virtude da conduta contrária ao Direito) e em produzir ou restabelecer uma situação conforme o Direito” (KELSEN, 1999, p. 121). Comentando ainda acerca da estática, Kelsen, sobre o tema do ilícito, expõe que “apenas pelo fato de um ato de coação ser estatuído pela ordem jurídica como consequência de uma ação ou omissão por ela determinada é que este ato de coação tem o caráter de uma sanção ou consequência do ilícito” (KELSEN, 1999, p. 124).

Nesse particular, ainda vale destacar dois pontos a partir do modelo teórico da estática jurídica. O primeiro é o de que o conteúdo em geral das normas de um certo ordenamento é reconduzido à mesma Norma Fundamental, ou seja, é encarado como extração da dita Norma Fundamental. Como salienta Gabriel Nogueira Dias, “o conteúdo da norma fundamental concebida estaticamente já encerra todas as normas do ordenamento” (DIAS, 2010, p. 239). Em outras palavras, as normas em geral do ordenamento jurídico são, sob esse aspecto, formulações possíveis da norma maior.

O segundo ponto a se destacar é o de que se a Norma Fundamental contém em seu conteúdo todas as outras normas do ordenamento, o que se constata é que chegaremos à conclusão de que o ato de vontade do legislador como fato desencadeador da promulgação de normas jurídicas perde, em certa medida, a sua liberdade criativa. Assim, o ato de vontade do legislador fica prejudicado no esquema a se adotar sobre sua interpretação⁶³. Enfim, como indica Alexandre Gomes, no enfoque estático “o conhecimento é dirigido às normas jurídicas produzidas, tendo por objeto o direito como um sistema de normas em vigor, o direito em seu momento estático” (GOMES, 2000, p. 146).

Já em relação à dinâmica jurídica kelseniana e tendo como ponto de partida inicial a própria estática jurídica como um modelo de comprovada importância, Kelsen foca seu projeto da *Teoria Pura do Direito* no próprio fundamento de validade de uma ordem normativa, a conhecida Norma Fundamental, tratando ainda da “estrutura escalonada da ordem jurídica”⁶⁴.

Dessa forma, por meio da dinâmica jurídica e da própria *Teoria Pura do Direito* em termos gerais, Hans Kelsen se dedica à ciência do direito no sentido de dar forma ao seu projeto por meio do desenvolvimento de uma teoria geral do direito de caráter juspositivista. Tratando acerca do fundamento de validade de uma ordem normativa, Kelsen lembra, nesse sentido, que:

⁶³ Este ponto inclusive merece maior atenção e estudo sobre outros enfoques da *Teoria Pura do Direito* como o capítulo VIII que trata da interpretação.

⁶⁴ Tratando sobre o mesmo paralelo entre estática e dinâmica, esclarece o próprio Kelsen que “Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. [...] esta norma apenas pode fornecer o fundamento de validade, não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas. Estas formam um sistema dinâmico de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio dinâmico” (KELSEN, 1999, p. 218).

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? (KELSEN, 1999, p. 215).

Para Hans Kelsen, a ordem normativa não é diferentemente do que constata Kant, fundada em um valor transcendental, mas em uma Norma Fundamental. Assim é que, para Kelsen, o valor decorre da norma, não estando ela fundada num fator transcendental *a priori* como ocorre em Kant. Para o filósofo prussiano, os valores decorrem da lei moral, mas a lei moral decorre de um valor hierarquicamente superior, vale dizer, a liberdade. Retratando o paralelo entre Kant e Kelsen, precisos são os ensinamentos de Alexandre Gomes:

Kelsen foi influenciado por Kant, sobretudo pelo seu formalismo. Há, entretanto, uma diferença fundamental entre ambos, decorrente do grau da crise da moralidade ocidental vivenciada por cada um. Kant produz sua Filosofia prática já se deparando com as morais heterônomas, que procurou refutar com uma Ética objetiva (universal). A crise da moralidade que enfrentou Kant se agravou com o subjetivismo e o utilitarismo no século XIX, quando Kelsen enfrenta esse problema, já não pode mais aceitar uma moral objetiva, e conseqüentemente ela deve ser separada do direito. O fundamento de validade do direito em Kant, que era ético (material e transcendental), em Kelsen passa a ser forma, separando da moral e desconsiderando a existência do direito natural. Kelsen opera um retorno ao formalismo kantiano, levando-o a conseqüências ausentes em Kant: qualquer conteúdo pode ser conteúdo de uma ordem jurídica (GOMES, 2000, p. 85).

Em termos gerais, como se nota, sobre a Norma Fundamental, é que este seu caráter hipotético está ligado, segundo o próprio Kelsen, ao relativismo da teoria do conhecimento adotado como forma de compreensão. Nesse sistema dinâmico de normas, a Norma Fundamental fornece o suporte de validade das normas inferiores e não propriamente o seu conteúdo. Ela atribui poder a uma autoridade legisladora, ou seja, institui uma regra que determina como devem ser elaboradas normas gerais e individuais de um certo

ordenamento. O sistema jurídico em seu caráter dinâmico assim se revela não propriamente porque tem um determinado conteúdo, mas, sim, porque é criada de uma forma determinada por uma norma fixada pela Norma Fundamental pressuposta.

Por tudo isso, não existe conduta *a priori* que, por força de seu conteúdo, fique excluída de ser tema de uma ordem jurídica. Traçando um paralelo entre a Norma Fundamental e o Poder Constituinte Originário⁶⁵, como sendo aquele poder de fato que cria uma Constituição Federal, é possível se perguntar: devo obedecer ao legislador constituinte ou devo obedecer à ordem jurídica eficaz? Sobre isso, lembra Alexandre Gomes “a norma fundamental não determina de maneira alguma, o conteúdo da ordem que fundamenta, permitindo assim a mutação dessa ordem, que pode muito bem ser concebida como um sistema dinâmico” (GOMES, 2000, p. 159).

O próprio Hans Kelsen, ao tratar da transcendentalidade⁶⁶ da Norma Fundamental em paralelo com a teoria do conhecimento de Kant explica:

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar per *analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant -, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência

⁶⁵ A respeito disso, enfatiza Hans Kelsen que: “A norma fundamental, que autoriza o Legislador constituinte X a estabelecer a Constituição, reza: sob a condição definida na Constituição estatuída pelo Legislador constituinte X, ou nas normas postas com base nesta Constituição, deve suceder a consequência jurídica (o ato de coação) definida nas normas fixadas pelo Legislador constituinte X, ou com base nessa Constituição” (KELSEN, 1986, p. 335).

⁶⁶ “Nesse mesmo sentido, Cohen deja clara en esta y otras explicaciones del método transcendental de Kant que el razonamiento consiste en proceder regresivamente o hacia atrás de la experiencia que ya es conocida, del Faktum de la ciencia, a las categorías presupuestas o principios. Kelsen interpreta el método transcendental de Kant de la misma forma”. Tradução livre: Nesse mesmo sentido, Cohen esclarece que nesta e em outras explicações do método transcendental de Kant, que o raciocínio consiste em proceder regressivamente ou em direção contrária àquela da experiência já conhecida, do Faktum da ciência, às pressupostas categorias ou princípios. Kelsen interpreta o método transcendental de Kant da mesma forma. PAULSON, Stanley. *La alternativa kantiana de Kelsen: Uma crítica*. Doxa-9 (1991). Acesso em 01-10-2020.

da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou na natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: deve-nos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição (KELSEN, 1999, p. 225).

Assim vale esclarecer que Kelsen está preocupado com a possibilidade da ciência. A Norma Fundamental, por tornar possível o direito e a ciência do direito, seria nesses termos sua condição lógico-transcendental. Se a sistemática kelseniana é análoga ou mesmo parecida com o formato kantiano, isso não quer dizer que a Norma Fundamental desempenhe as mesmas diretrizes das categorias do conhecimento segundo Kant. Para este último, “as categorias são apenas um dos elementos que tornam possível o conhecimento” (GOMES, 2000, p. 185). Em Kelsen, ao contrário, a Norma Fundamental é que serve de suporte como fundamento de validade do direito.

Ela, a Norma Fundamental, se relaciona com a filosofia kantiana no sentido de que em ambas existe uma busca de possibilidade da ciência, o que por consequência leva Kant à adoção de suas categorias e Kelsen ao entendimento da Norma Fundamental. Parece ser esta uma interpretação que se extrai da exata medida de influência kantiana sobre o pensamento de Kelsen. Pontua-se assim que:

De fato, a norma fundamental é uma norma hipotética e dependendo, portanto, da vontade daquele que tem o direito como objeto do conhecimento. As categorias transcendentais do conhecimento de Kant, ao contrário são necessárias para explicar a possibilidade da ciência, independentemente da vontade. Enquanto aquela é um conceito geral, obtido a partir do material empírico, as categorias do conhecimento em Kant não são deduzidas do material empírico, mas, ao contrário, são dadas *a priori* (GOMES, 2000, p. 186).

Digno de registro ainda é a assertiva de que a Norma Fundamental apoiada na perspectiva kantiana é desprovida de conteúdo⁶⁷. Em momento próprio isso será mais bem tratado, mas de momento ainda no enfoque dinâmico, vale ressaltar que tal Norma Fundamental possui uma função mais propriamente epistemológica. Em outras palavras:

Ela não é o sentido subjetivo de um ato de vontade empírico, ela é apenas o conteúdo de um ato de pensamento cuja tarefa é dar ao jurista condições de poder interpretar o sentido subjetivo da hipótese normativa de um sistema normativo como seu sentido objetivo, i.e. como norma válida de um ordenamento jurídico (DIAS, 2010, p. 246).

Em outro sentido, segundo a esteira de Alexandre Gomes, a dinâmica jurídica⁶⁸ “tem por objeto o processo judicial em que o direito é produzido e aplicado, isto é, o direito em movimento” (GOMES, 2000, p. 146.). Por fim, vale dizer que é no âmbito da visão dinâmica do direito, como se percebeu, que Kelsen se serve com frequência do conceito de validade, uma vez que, com a Norma Fundamental, a imagem do sistema jurídico tem um contexto mais produtivo, fazendo, portanto, um maior sentido.

Se não fosse pela imagem que a Norma Fundamental confere ao sistema jurídico como um todo, o ordenamento jurídico não se mostraria de forma hierarquizada como se consegue estabelecer a partir do reflexo daquele postulado. Enfim, o sistema jurídico como um todo tem sua referência na Norma Fundamental com sua autoridade e sua pressuposição.

2.3 Ser e dever-ser

⁶⁷ Nesse sentido, lembra o próprio Kelsen que: “A norma fundamental determina somente o fundamento de validade, não o conteúdo de validade do direito positivo” (KELSEN, 2011, p. 116).

⁶⁸ Lembra por fim também Norberto Bobbio, que “num sistema estático se diz que uma norma pertence ao sistema quando é dedutível do conteúdo do postulado ético que está em sua base; num sistema dinâmico, se diz que uma norma pertence ao sistema quando é produzida no modo previsto pela norma que institui o poder soberano (a chamada norma fundamental). [...] Nos primeiros, como os sistemas morais e de direito natural, as normas se deduzem umas das outras pelo conteúdo. Nos segundos, entre os quais os ordenamentos jurídicos, as normas se produzem umas por meio de outras, e isso que as produz é um ato de poder” (BOBBIO, 2007, p. 157).

A diferenciação entre “ser” e “dever-ser” em Kelsen surge como categorias instrumentais, em que o “ser” corresponde a uma referibilidade epistemológica das ciências da natureza, tratando-se de uma ciência explicativa. Como lembra Gabriel Nogueira Dias, “o ser mostra um certo tipo de acontecimento como consequência necessária de outro, mostra que algo pode acontecer assim e não de outra forma” (DIAS, 2010, p. 152). De outra forma, o “dever-ser” está mais relacionado ao ponto de vista normativo, assumindo uma tarefa propriamente de identificar regras ou normas que prescrevem comportamento⁶⁹.

É importante assim inserir, no contexto da *Teoria Pura do Direito*, essa nomenclatura, como aponta inclusive Miguel Reale, ao esclarecer que “o princípio que governa o mundo do *ser* é o princípio da causalidade, de maneira que o que acontece, pressupõe uma causa; ao contrário no mundo do *dever ser*, o princípio dominante é o da imputabilidade” (REALE, 1996, p. 461).

Assim é que, por exemplo, a consciência humana pode se deparar com duas formas distintas de visualização de seus conceitos, vê as coisas como elas são (a mesa é redonda) ou como elas devem ser (a mesa deve ser redonda). O intento de Kelsen com tal diferenciação foi estabelecer que a ciência jurídica fosse uma disciplina puramente normativa, tema este, aliás, já compreendido no estudo do princípio metodológico fundamental.

Hans Kelsen entendia que a ciência do direito não produz propriamente o direito, pois como uma ciência “normativa” que é, volta-se para o mundo do “dever-ser”. O fim de sua atividade, como explica Ricardo Martins, “não é a explicação causal dos acontecimentos fáticos que produz uma lei natural, e sim, uma atividade de compreensão da norma em estudo” (MARTINS, 2016, p. 176). Diferenciando “ser” e “dever-ser”, Kelsen busca delimitar o quanto possível a construção jurídica, ou seja, a formação de conceitos⁷⁰. Por outro

⁶⁹ Exemplifica Hans Kelsen que: “um indivíduo deve algo”, não significa outra coisa que o enunciado: “um outro indivíduo quer algo”. Estes são dois enunciados que se referem a dois diferentes objetos. Um é um enunciado sobre um dever-ser; o outro um enunciado sobre um ser” (KELSEN, 1986, p. 70).

⁷⁰ Tratando acerca disso, explica ainda Kelsen que: “Mas ninguém pode negar que o enunciado: algo é – constitui o enunciado sobre um ser, sobre a existência de um fato – é essencialmente diverso do enunciado: que algo deve ser – este é o enunciado sobre um dever-ser, sobre a validade de uma norma; e essa validade é a específica existência da norma, sua existência” (KELSEN, 1986, p. 77).

lado, ao estabelecer estudos acerca de temas como a “jurisprudência”⁷¹, Kelsen, de certa forma, admite que poderia não ser tão fácil para a ciência do direito manter seu foco no sentido do “dever-ser”, uma vez que é mais tentador voltar a compreensão humana para o estudo da realidade, ou seja, do “ser”, já que é nele que os fatos efetivamente acontecem.

Aliás, entre a dicotomia do “ser e “dever-ser”, é possível mais uma vez se verificar o paralelo acerca da relação de pensamento entre Kant e Kelsen⁷², como explica Mario Losano sobre aqueles temas:

E por que não devem existir relações entre Sein e Sollen? Porque Hans Kelsen não é um monista: ou seja, porque colocou entre os fundamentos da sua doutrina o axioma neokantiano que impõe manter separado o ser do dever-ser. Colmo já havia feito para a norma fundamental, também a proposição de validade ele deve agora respeitar esse axioma, para não destruir sua própria teoria (LOSANO, 2010, p. 100).

Assim, Hans Kelsen desenvolveu uma teoria do direito acerca de seu objeto, voltado ao mundo do “dever-ser” através da descrição científica. A norma jurídica é o objeto de estudo na positividade da ciência que descreve essa ciência do direito, cuja formulação daquela norma se faz pela construção de uma proposição que tem no “dever-ser” o seu formato mais importante, estabelecendo inclusive uma sanção ao seu elemento propositivo.

Por conseguinte, em Kant verifica-se que o “dever-ser” exige um pressuposto relacionado à liberdade que é postulada pelo simples fato de não ser dado pela sensibilidade ou pela experiência, tornando o “dever-ser” um desdobramento da sensibilidade. Por outro lado, em Kelsen, a diferenciação

⁷¹ Tema tratado pelo próprio Hans Kelsen na dinâmica jurídica, assim como outros, a exemplo dos negócios jurídicos, conflito entre normas entre outros.

⁷² A respeito, comparando o “ser” com o “dever-ser” pontua Maria Jose Y Tella que tal diferenciação, se atribui a Kant e a “sua distinção entre razão prática e a razão especulativa” (TELLA, 2011, p. 267). Referindo-se ao tema, em especial a Kant, acrescenta Emmanuel Matta que “Chega, evidentemente, a esse dualismo categorial ou, digamos, lógico-transcendental, inspirado em KANT, que, na *Crítica da Razão Pura*, havia traçado rigorosamente a distinção fundamental entre o mundo da percepção sensível (*mundus sensibilis*) e o mundo do entendimento e da razão (*mundus intelligibilis*), de cuja análise sairia o *Kritizismus*”. (MATTA, 1994, p. 67). Do mesmo modo vale dizer, da separação entre as categorias do “ser” e do “dever-ser” a *teoria pura do direito* pode distinguir entre as formas da ciência causal e da ciência normativa, como explica Ricardo Martins “entre disciplina explicativa, que procura explicar pela causalidade o mundo do ser e disciplina normativa, que procura entender o mundo do dever ser por outro princípio” (MARTINS, 2016, p. 175).

não tem um fundamento filosófico na perspectiva transcendental da “liberdade”, mas, sim, no caráter epistemológico, partindo de uma forma peculiar de se encarar o seu objeto⁷³.

Segundo o próprio Hans Kelsen:

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo dever ser – como qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja (KELSEN, 1999, p. 6).

Explica Maria Jose Falcon Y Tella que “Kelsen chega a um novo dualismo, o existente entre conhecer atributo da razão e o querer, atributo da vontade”. (TELLA, 2011, p. 267). Ou seja, conhece-se a coisa tal como “é”. Deseja-se a coisa tal como “deveria ser”. É o caso do próprio exemplo da mesa em tê-la como redonda, ou que a mesa deva ser redonda. Daí porque Kelsen diferencia entre a ciência do direito relacionado ao termo “razão”⁷⁴ e o direito relacionado às circunstâncias da vontade com o paralelo ainda na ética e a moral como objeto desta. Destaca acerca disso Ricardo Martins que:

O dualismo metodológico que separa ser e dever é importante na doutrina jurídica Kelseniana, porque a chamada separação entre Direito e Moral, também chamada de Tese da separação,

⁷³ Lembra também Karl Larenz acerca do tema que “A diferença entre ser e dever ser afirma Kelsen, é insusceptível de uma maior explicação: é-nos dada imediatamente à nossa consciência. Ninguém pode negar que daquilo que é não pode concluir-se aquilo que dever ser, assim como daquilo que dever ser não pode concluir-se aquilo que é. A ciência do Direito tem a ver com normas, ou seja, com um dever ser, pelo que a expressão dever ser (Sollen) há-de também incluir o permitir (Durfen) e o poder (Können)” (LARENZ, 2014, p. 94).

⁷⁴ Lembrando também o “ser e dever-ser” em Kant, explica Joaquim Carlos Salgado que “a razão teórica é o que, na tradição filosófica, se convencionou chamar intelecto, a razão prática, a que se denominou vontade. A razão teórica (contemplação das essências) tem por finalidade conhecer e seu objeto é a lei da natureza expressa em relações necessárias de causa e efeito. A razão prática, como razão que age, e que doa finalidade a si e às coisas, se dirige ao conhecimento das coisas, enquanto princípio de ação, determina o que dever acontecer e se expressa por uma relação de obrigatoriedade, na de necessidade. É da vontade que surge a noção de dever ser visto que só ela cria esse dever ser. O dever ser determina-se pelo querer – como o ser se determina pelo entendimento. [...] Em Kant, porém, o dever ser não é apenas a ideia, na acepção do ser perfeito, como modelo a ser atingido, mas a própria lei moral, como ditame da razão prática” (SALGADO, 2012, p. 91).

é o reflexo da separação entre ser e dever-ser na doutrina pura do direito (MARTINS, 2016, p. 172).

A partir de Kelsen, portanto, os juízos do “ser” são enunciados descritivos, suscetíveis de verdade ou falsidade. Os juízos do “dever-ser”, todavia, são diretivos e sobre os quais não tem sentido declarar verdade ou falsidade. Os juízos do “dever-ser”, segundo aponta Carlos Santiago Nino, “servem para interpretar, pois seu sentido é constituído por atos de vontade, ou seja, os atos cuja intenção destina-se à ação de outra pessoa” (NINO, 2015, p. 92). Hans Kelsen também na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, explica que:

A afirmação de que um indivíduo “deve” se conduzir de certa maneira não implica que outro indivíduo “queira” ou “comande” tal coisa, nem que o indivíduo que deve se conduzir de certa maneira efetivamente o faça. A norma é a expressão da ideia de que algo deve ocorrer e, em especial, de que um indivíduo deve se conduzir de certa maneira. Nada é dito pela norma sobre o comportamento efetivo do indivíduo em questão. A afirmação de que o indivíduo “deve” se conduzir de certo modo significa que essa conduta está prescrita por uma norma – ela pode ser uma norma moral, jurídica ou de algum outro tipo. O “dever ser” simplesmente expressa o sentido específico em que a conduta humana é determinada por uma norma. Tudo o que podemos fazer para descrever esse sentido é dizer que ele é diferente do sentido em que dizemos que um indivíduo efetivamente se conduz de certo modo, que algo de fato ocorre ou existe. Um enunciado no sentido de que algo deve ocorrer é uma afirmação sobre a existência e o conteúdo de uma norma, não uma afirmação sobre a realidade natural, *i.e.*, eventos concertos na natureza (KELSEN, 2010, p. 51).

A ciência do direito em Kelsen, como se vê, como ciência do “dever-ser” é uma teoria de um âmbito segundo sua experiência positiva, que se vale de uma perspectiva para conhecer seu objeto. Essa distinção entre “ser” e “dever-ser” é fundamental para a compreensão da *Teoria Pura do Direito* e para sua própria definição⁷⁵. Tal “dever-ser”, embora não seja expressamente uma

⁷⁵ A propósito, com afinidade também ao tema do “ser” e “dever-ser” está a causalidade e imputação, tratadas inclusive por Gianluigi Palombella, quando expõe: “A separação entre fato e normas decorre de uma duplicação ontológica do mundo, ou seja, de pertencerem eles, respectivamente, ao mundo do ser (*Sein*) e ao mundo do dever-ser (*Sollen*). Tal duplicação da realidade decorre, por sua vez, da pressuposição de que os dois âmbitos são regidos por

realidade, não deixa de ser uma forma de que ela seja abordada, relacionada a uma realidade intelectual e com as conceituações expostas diretamente pela *Teoria Pura do Direito*.

Na concepção da teoria geral do direito e da causalidade e da relação no direito, explica Lourival Vilanova que “Kelsen contrasta a lei natural e a norma jurídica e vale-se de esquemas. Para a primeira, “se A é, B é” e, para a segunda “se A é, B deve ser” (VILANOVA, 2015, p. 64).

Essa diferenciação entre “ser” e “dever-ser” não deixa de ser, ainda, uma forma de enxergar a realidade, pois a maneira específica como o jurista deve encarar o direito é o “dever-ser”⁷⁶, a partir do que já se disse, ou seja, que o objeto de estudo do direito é a norma jurídica como uma ciência que descreve seus postulados. Cria-se a partir do “ser” e “dever-ser” uma divisão de dois tipos de conhecimento divididos por sua feição estrutural de seus objetos respectivos, ou seja, das ciências naturais e das ciências normativas. Como indica Alexandre Gomes “ser e dever ser não constituem dois reinos ontológicos distintos, mas duas maneiras de enxergar uma mesma realidade” (GOMES, 2000, p. 124).

É possível dizer também que a *Teoria Pura do Direito* é uma ciência objetiva com uma preocupação central de descrever a estrutura formal do ordenamento jurídico como tal, e não de verificar e estabelecer propriamente qual ordenamento jurídico é politicamente mais justo. Nessas condições, sendo a ciência jurídica essencialmente descritiva, ela trabalha no campo de distinção entre “ser” e “dever-ser” com a preocupação de descrever fatos qualificados como normas⁷⁷, como se refere Bobbio, ao dizer que “por meio de normas, ou

“princípios” diferentes, mais precisamente o princípio de causalidade e o de imputação” (PALOMBELLA, 2005, p. 162).

⁷⁶ Norberto Bobbio, mais uma vez referencia o paralelo entre Kant e Kelsen, dizendo que “Kelsen só pode se dizer kantiano na medida em que se associa à grande dicotomia entre a esfera do Sein e a esfera do Sollen, que remonta a Kant. Com efeito, entre a dicotomia Kantiana que separa o reino da necessidade do reino da liberdade, e a dicotomia Kelseniana que distingue natureza de sociedade, existe toda a diferença que perpassa uma impostação filosófica e outra científica do problema: a dicotomia Kelseniana se resolve na contraposição entre dois sistemas de representação da realidade, um fundado sobre relações de causalidade, outro sobre relações de imputação. Para nenhuma das teses de Kelsen há necessidade, visando explicar sua origem e compreender seu significado, de recorrer a Kant, embora Kelsen tenha adejado várias vezes sobre a *Crítica da Razão Pura*” (BOBBIO, 2007, p. 94).

⁷⁷ Importante constatação ainda estabelece Bobbio acerca de Kelsen e a relação com as normas. “Portanto, depois de Kelsen, a ciência jurídica merece o caráter normativo por três razões: a) porque tem a ver com normas; b) porque considera a realidade social mediante um sistema normativo; e c) porque impõe normas” (BOBBIO, 2007, p. 59).

então chega a formular proposições de dever ser por meio de asserções” (BOBBIO, 2007, p. 50).

É inegável, portanto, a relação da ciência do direito com as prescrições do “dever-ser” e, nesse sentido, como lembra Mario Losano, “pode-se e deve-se manter distinto o direito da realidade porque esta é ser, ao passo que aquele é dever ser” (LOSANO, 2010, p. 110). A estrutura hierárquica é compreendida como uma rede capilar para distribuição do “dever-ser” das normas superiores e das normas inferiores, até chegar à Norma Fundamental como ápice do sistema jurídico em geral. Ocorre, assim, um entrelaçamento das prescrições do “dever-ser” com o universo das normas jurídicas, até como uma função de orientação para normas, que assim se estabeleçam segundo as prescrições não do “ser”, mas do “dever-ser”. É nesse particular que se explica a norma jurídica a partir do “dever-ser” e esta vinculação natural entre os dois temas referidos.

Pode-se dizer ainda que o “dever-ser” não foi uma invenção de Kelsen, ao relacioná-lo com o sistema normativo positivo, até porque, como já se tratou, Kant⁷⁸ também se ocupou desse tema em sua filosofia. A tradição cultural alemã é que teria trazido o tema ao conhecimento de Kelsen, bem como sua elaboração teórica, uma vez que esse tema já teria sido objeto de discussões na filosofia em geral, e não apenas trazidas como inovações para a *Teoria Pura do Direito*.

Nessa relação entre “ser” e “dever-ser”, Hans Kelsen não se remete diretamente ao pensamento de Kant. O *sollen*, pode-se afirmar, chega até a teoria pura de Kelsen, pela intermediação de neokantianos já referidos em momentos anteriores, especialmente pela influência da escola de Baden e as relações subsequentes da influência estabelecida por aquelas ideias. Desse modo, ainda sobre a disparidade acerca de “ser” e “dever-ser”, segundo indica Alexandre Gomes, “o que Kelsen nega é que uma norma jurídica possa retirar sua validade de um fato, o que é bem diferente de dizer que norma e fatos são absolutamente díspares” (GOMES, 2000, p. 125). Kelsen sobre isso enfatiza que:

⁷⁸ A respeito disso é importante ainda enfatizar que “traçando uma sumária genealogia cultural do dever ser em Kelsen, o ponto de partida é a doutrina kantiana. Nela, a distinção entre ser e dever ser serve para fundar a autonomia da razão prática em relação à razão teórica” (LOSANO, 2010, p. 112).

No entanto, este dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação. Diz-se: um ser pode corresponder a um dever-ser, o que significa que algo pode ser da maneira como deve ser. Afirma-se, por outro lado, que o dever-ser é “dirigido” a um “ser”. A expressão: um ser corresponde a um dever ser não é inteiramente correta, pois não é o ser que corresponde ao dever ser, mas é aquele “algo” que por outro lado “é” que corresponde àquele “algo”, que por outro lado “deve ser” e que figurativamente, pode ser designado como conteúdo do ser ou como conteúdo do dever ser (KELSEN, 1999, p. 6).

Relacionando, inclusive a partir do que já se estabeleceu, Kelsen usa o termo “norma” para significar que algo deve ser, ou mesmo que certa pessoa deva se conduzir segundo certa maneira. A respeito disso, norma é o sentido de um ato pelo qual uma conduta é prescrita, permitindo ou facultando a competência de alguém. Portanto, a “norma” (dever-ser) não se confunde propriamente com o ato de vontade (ser) de que ela constitui o sentido. Na *Teoria Pura do Direito* de forma até mais referida, o “dever-ser” tem uma aceitação em mais de um sentido, mas podendo ser mencionado nesse ponto e resumido segundo a opinião de Losano por meio da “1, indefinibilidade; 2, a total separação do *Sein*; e 3, a indivisibilidade” (LOSANO, 2010, p. 120).

Não se pode deixar de lado, na *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, nem mesmo diante desse comparativo do “ser” e do “dever-ser”, que é geral a característica do seu pensamento de que a tarefa da ciência jurídica positiva é descrever certa realidade. A *Teoria Pura do Direito* é uma teoria do direito positivo⁷⁹, já estabelecido por Kelsen como formalidade essencial ao seu pensamento, e, a partir disso, Kelsen procura responder questões como “o que é e como é o direito”. Sua linguagem essencialmente descritiva faz da ciência do direito um sistema perfeito, rigoroso, segundo o seu objeto de estudo e a compreensão da “norma” como uma de suas fontes⁸⁰ mais importantes.

Descrever o direito positivo, como faz Hans Kelsen, significa também eliminar da ciência jurídica tudo que não pertença ao objeto determinado como direito, purificando seu estudo, num retorno ao princípio metodológico fundamental. Tudo que permanece no âmbito do direito se relaciona em

⁷⁹ Expressão usada por Kelsen na sua consideração inicial de compreensão da “pureza” no capítulo I de sua obra *Teoria Pura do Direito*.

⁸⁰ Observa assim Bobbio que “a tese de que o ordenamento é um ordenamento normativo que regula a própria produção de normas” (BOBBIO, 2007, p. 163).

alguma medida com o sentido da “norma jurídica” e assim se ter como suficiente referir-se ao “ser” e “dever-ser”⁸¹, como expressões sem as quais não seria adequado compreender a *Teoria Pura do Direito*, enfim, tentar qualificar a teoria positivista de Kelsen como a melhor para tratar da Norma Fundamental.

2.4 Norma jurídica e estrutura

Sendo a estrutura do direito uma ciência essencialmente normativa⁸², é importante que se estabeleça uma compreensão do que vem a ser esse destacado elemento para a *Teoria Pura do Direito*. Ela, a ciência do direito, tem a função de descrever tais normas por meio da construção de conceitos descritivos de como elas são e dos reflexos e consequências de como se deve comportar o operador jurídico quando assim a examina.

A “normatividade”⁸³ é atribuída para a ciência do direito, no intento de que ela trata desse fenômeno normativo quando “descreve” e não quando “prescreve” sua atividade científica. Ao tratar do tema, o próprio Kelsen assim esclarece que “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” (KELSEN, 1999, p. 6). Assim, a partir de Kelsen, pode-se afirmar que as “normas jurídicas” constituem técnicas de motivação e também coercibilidade, no sentido de induzir os homens a se comportar de determinada forma. Elas estão também relacionadas ao termo do “dever-ser”, uma vez que ela é o sentido específico para determinação intencional direcionado ao comportamento de outrem.

⁸¹ No mesmo sentido, afirma Kelsen que: “Mas ambas estas ordens são essencialmente diferentes; uma – uma ordem do ser, a outra – uma ordem do dever-ser. Aquela é criada pelo conhecimento; esta apenas pode ser criada pelo querer” (KELSEN, 1986, p. 100).

⁸² Promovendo uma constatação sobre a ciência do direito como teoria da norma, esclarece Tercio Sampaio Ferraz JR que: “O conceito de norma apreço, hoje, mais do que nunca, como uma noção integradora, capaz de determinar o objeto e o âmbito da Ciência do Direito. Na verdade, porém, nas formas e no modo pela qual é tratada pela Dogmática Jurídica, percebemos que o conceito representa, no mais das vezes, um ponto crítico a partir do qual se põem à amostra as limitações do pensamento científico-jurídico” (FERRAZ JR, 1988, p. 50).

⁸³ Importante também salientar como esclarece Emmanuel Matta que “Em Kelsen, as normas jurídicas exercem aquela função cognoscitiva correspondente no criticismo kantiano aos conceitos puros do entendimento. São proposições jurídicas, regras de direito, cuja tarefa capital é a de conhecer e descrever as normas jurídicas produzidas, estabelecidas, instituídas, por atos de vontade humana” (MATTA, 1994, p. 72).

As “normas jurídicas” possuem ainda uma motivação⁸⁴, que se caracteriza pelo fato de que elas indicam a conduta desejável, pretendendo motivar as pessoas pela autoridade ou pela racionalidade da norma. Da mesma forma, indicam a conduta desejável para as pessoas se estabelecerem, na qual uma sanção ou premiação recairá, caso não sejam seguidas segundo as intenções criadas pelo seu legislador. No capítulo III da *Teoria Pura do Direito*, ao tratar das normas jurídicas como objeto da ciência jurídica, Kelsen escreve:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita a questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica (KELSEN, 1999, p. 79).

A norma jurídica, como lembra Mario Losano, pode também ter um enfoque objetivo e subjetivo de um “dever-ser”, referindo-se que “o ato humano de vontade tenha não apenas subjetivamente, mas também objetivamente o sentido de um dever ser” (LOSANO, 2010, p. 58). É preciso destacar ainda um outro aspecto ou traço fundamental da “norma jurídica”, que é a sua “sanção” e a sua “coercitividade”. Sobre isso, explica Kelsen que:

Sanções, isto é, atos de coerção, que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, como, por exemplo, a pena de prisão prevista para o furto: e atos de coação que não têm este caráter, como por exemplo, o

⁸⁴ Tratando da caracterização direta e indireta das normas jurídicas está NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. 1º edição. 2º tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2015. p. 93.

internamento compulsório de indivíduos atacados por uma doença perigosa ou que são considerados perigosos por causa a sua raça, das suas convicções políticas ou do seu credo religioso, ou ainda a aniquilação ou privação compulsória da propriedade no interesse público (KELSEN, 1999, p. 122).

A sanção constitui uma consequência ou um ato de coercitividade, consistente na privação de algum bem, como, por exemplo, a vida, a propriedade, a liberdade ou a honra de certa pessoa. Segundo a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, é a “norma jurídica” que prescreve uma sanção ou uma consequência no caso de seu descumprimento. Está relacionado ao seu conteúdo, no sentido coercitivo de privar alguém por não ter, por exemplo, recolhido determinado imposto, recebendo com isso uma multa pelo não pagamento. Assim é que, conforme pondera Bobbio, “a experiência jurídica é uma experiência normativa” (BOBBIO, 2007, p. 15)⁸⁵.

Desse modo, focado ainda na normatividade e na sanção, é compreensível que passe a não ser recomendável a transgressão do preceito da norma, sob pena do experimento que tal fato pode trazer, ou seja, a consequência da sanção. Fica desse modo mais conveniente, e porque não dizer correto, comportar-se segundo os ditames da lei, manifestando-se, assim, uma intenção de não experimentar o conteúdo daquela sanção.

Resta evidente que a transgressão da norma impõe determinar a conduta do agente ao modelo estabelecido por ela compreendido como um universo de normas condicionadas à disciplina do direito, valendo-se inclusive da força física, se necessário for, para que suas regras sejam cumpridas. Em outras palavras, a norma jurídica é responsável por transformar situações em atos jurídicos. Sobre isso, observa Kelsen que: “O juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa” (KELSEN, 1999, p. 4).

Aprofundando nesse aspecto da “normatividade”, é válido dizer que a ciência do direito, segundo inclusive a inspiração kelseniana, “é ao mesmo

⁸⁵ Bobbio também deixa claro acerca do direito como regra de conduta, bem como o mundo das normas na sua importância. Com efeito, aduz sobre isso que “podemos dizer, desde já, ainda que em termos genéricos, que o direito constitui uma parte notável, e talvez também a parte mais visível, da nossa experiência normativa” (BOBBIO, 2007, p. 16).

tempo normativa e descritiva” (BOBBIO, 2007, p. 60). Pode ainda ser classificada como uma técnica de organização social, pois sua especificidade consiste no uso de formas para induzir os membros de um grupo social a fazer ou não determinado ato⁸⁶. Portanto, o direito mostra também sua determinação de força e das formas possíveis de controle social, também pelo uso dela, componente esse organizado, justamente para proporcionar uma função ao direito de permitir a obtenção dos fins sociais que nem sempre poderiam ser alcançados se tal componente não existisse.

Além da coatividade que segundo Kelsen significa que “as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica” (KELSEN, 1999, p. 36), o direito também deve ser referido e classificado em suas normas como categóricas⁸⁷ e hipotéticas⁸⁸. Também na classificação delas, vale esclarecê-las como primárias⁸⁹ e secundárias⁹⁰. As primeiras são as que prescrevem, dentro de certas condições ou não, a privação dos bens de certa pessoa por meio do uso da força. Nas segundas, como meros derivados lógicos das primárias, a sua enunciação só tem sentido para uma explicação mais clara do direito.

Interessante também a relação que se pode criar do mundo das “normas jurídicas” com o estudo do poder. É o que estabelece Norberto Bobbio na obra *Direito e Poder* quando assim explica:

O que significa que a produção de normas jurídicas é o efeito do exercício de um poder, em outras palavras: que se pode falar corretamente de produção do direito, e, portanto, se pode legitimamente reduzir o problema das fontes do Direito ao problema da *Rechtserzeugung*, seja na medida em que na origem de qualquer norma do sistema, seja superior ou inferior, geral ou individual, se supõe a existência de um poder que, não por acaso, Kelsen designa com o termo *Macht*. Aí se entende

⁸⁶ O direito para Bobbio, sob a perspectiva kelseniana da força e do poder, “é um mecanismo coercitivo. O que é comum a todos os ordenamentos sociais que chamamos de jurídicos é a presença de uma organização mais ou menos direcionada para obter, recorrendo em última instância à força, a execução de certas obrigações de fazer ou a observância de certas obrigações de não fazer” (BOBBIO, 2007, p. 115).

⁸⁷ Um exemplo de norma categórica seria “devem ser oito anos de prisão para João Perez” (NINO, 2015, p. 96).

⁸⁸ Um exemplo de norma hipotética seria “se alguém matar, deve ser punido com prisão de 8 ano a 25 anos” (NINO, 2015, p. 96).

⁸⁹ “Se alguém matar, deve ser aplicada a ele a prisão”. “Dado A dever ser P” (NINO, 2015, p. 96).

⁹⁰ “É um dever não matar”. “É um dever ser não A” (NINO, 2015, p. 96).

porque, segundo Kelsen, o Direito não é declarado, mas posto, imposto, produzido. A existência (ou a validade) do Direito depende exclusivamente da existência de um poder ou de uma força capaz de impor (ou de autorizar) comportamentos, e de obter o cumprimento, embora recorrendo em última instância à coação, que é a suprema manifestação do poder do Estado (Statsgewalt). Uma vez mais, para um positivista coerente, “*Auctoritas nom veritas facit legam*” (BOBBIO, 2007, p. 139).

Registre-se ainda que as “normas jurídicas” não existem de modo isolado ou mesmo convivam de forma solitária no sistema jurídico, isso porque elas existem num conjunto que se denomina “ordenamento jurídico”⁹¹, relacionando-se o seu conteúdo e a sua forma entre todas elas. Ou seja, a própria sintonia do conceito da “norma jurídica” já remete o operador jurídico ao seu sentido coletivo, ou seja, o conjunto de “normas jurídicas”. Essa acepção remete à unidade, à coerência e à completude do “ordenamento jurídico” combinando-se a sua interpretação entre elas e relacionando-se o seu conteúdo no caráter sistemático conferido ao ordenamento.

Ainda no campo normativo, outra diferenciação importante nesse momento é o de “norma jurídica” e de “proposição jurídica”. Com efeito, acerca disso ensina o próprio Hans Kelsen que:

As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu

⁹¹ A própria observância do ordenamento jurídico como um todo já remete, em sua compreensão, à construção gradual do ordenamento jurídico, até a denominada “norma fundamental”. Sobre isso, explica também Norberto Bobbio que “Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. O núcleo dessa teoria é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Existem normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores derivam das superiores. Partindo das normas inferiores e passando por aquelas que estão mais acima, chega-se por último a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental” (BOBBIO, 2007, p. 211).

sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. Em todo o caso, não são – como, por vezes, identificando Direito com ciência jurídica, se afirma – instruções (ensinamentos) (KELSEN, 1999, p. 80).

Dessa forma, a “norma jurídica” prescreve a sanção que se deve aplicar contra os figurantes de condutas ilícitas. Já a “proposição jurídica”, como juízo hipotético, afirma que dada a conduta descrita na lei, deve ser aplicada a sanção também estipulada nela. Assim é que a forma de exteriorização do enunciado não é assim algo tão essencial, pois o que importa é o seu sentido.

Nessas condições, uma “norma jurídica” editada por uma autoridade competente tem, em seu perfil organizacional, um caráter prescritivo, enquanto as “proposições jurídicas”, emanada da doutrina, têm uma natureza descritiva⁹². Consoante explica Mario Losano, “a distinção entre direito positivo e a ciência do direito” (LOSANO, 2010, p. 61) é fundamental para a teoria kelseniana. E é a partir da assertiva de que a ciência do direito é “descritiva” e o direito positivo “prescritivo” que essa diferenciação deve ser constatada⁹³. Nessa compreensão, a “norma jurídica” é definida como “dever-ser” ou até mandamento, que, como já foi tratado anteriormente, regula a conduta humana. Já a “proposição jurídica” deve ser entendida como juízo que descreve a norma, não se confundindo com ela. Lembra inclusive Alexandre Gomes que:

A proposição jurídica constitui um juízo descritivo de uma norma jurídica. A norma jurídica, entretanto, não descreve e sim prescreve uma determinada conduta. Enquanto a função da norma é prescrever, a da Ciência do Direito, através da

⁹² Ainda sobre este ponto, explica mais uma vez Kelsen que: “Eu propus somente como normas jurídicas as disposições estabelecidas pela autoridade do Direito, e como proposições jurídicas as formuladas pela Ciência do Direito, as proposições que descrevem normas jurídicas, em consciente oposição ao habitual uso da linguagem, no qual são aplicadas ambas as expressões como sinônimos” (KELSEN, 1986, p. 196).

⁹³ Carlos Santiano Nino também explica que “A proposição normativa constitui um enunciado que descreve uma ou várias normas jurídicas. A ciência do direito é composta por um conjunto de proposições normativas, não por normas jurídicas; as normas jurídicas constituem o objeto de estudo da ciência do direito, que para descrevê-lo formula proposições normativas” (NINO, 2015, p. 100).

proposição jurídica, limitar-se-á a descrever o seu objeto (GOMES, 2000, p. 137).

Ainda no campo do estudo da “norma jurídica” e sua estrutura, levando em conta as observações e modelos de Gabriel Nogueira Dias, deve-se expor as diferentes formulações da “proposição normativa” nas diferentes fases do pensamento de Hans Kelsen. Desse modo, a formulação inicial de Kelsen acerca das “normas jurídicas” deu-se inicialmente por meio da proposição normativa em sentido *amplo* e *estrito*, sendo que “a proposição normativa deveria sempre poder ser formulada como juízo hipotético” (DIAS, 2010, p. 330).

Por conseguinte, levando em conta a acepção da “norma jurídica” em sua estrutura e conteúdo, ou seja, como “juízo hipotético”, a sua perspectiva inicial em seu caráter *geral*, pode ser citada⁹⁴ como “Se **a**, (então) **O** deve fazer **x**” (DIAS, 2010, p. 331). Isto é, se ocorrer um determinado evento “a”, o órgão (o), que poderia ser o Estado, deve agir de determinada maneira (x), ou seja, tomando alguma medida seguinte. A proposição normativa em sentido *amplo* pode ser representada como “Se **b**, (então) **O** deve tomar a medida **y**”, (DIAS, 2010, p. 331). Ou seja, se ocorrer determinado evento (b), o órgão (O), que poderia ser o Estado, deve agir de determinada maneira (y), isto é, tomar alguma medida.

A proposição normativa em sentido *estrito*, por outro lado, pode ser representando por “Se **c**, (então) **O** deve infligir **s** a **I**” (DIAS, 2010, p. 332). Nesse caso, se for constatado um determinado comportamento (c), o órgão (O), por exemplo, o Estado, deve determinar uma pena ou execução (s) a um certo individuo (I) – um sujeito de direito. Já na fase clássica, levando ainda em consideração o fio condutor da “norma” como “juízo hipotético”, Kelsen introduz, na sua teoria geral do direito, a dicotomia entre “proposições jurídicas primárias e secundárias”. O caráter coercitivo ganha, dessa forma, um destaque no estudo da norma segundo o Mestre de Viena, sem perder de vista

⁹⁴ Vale destacar ainda o que aduz o próprio Kelsen sobre as ponderações da norma jurídica no enfoque da teoria do Estado e do direito: “Como conceito central de toda a teoria do Estado e do direito apresentei o conceito de norma jurídica ou proposição jurídica como lei jurídica, que une dos fatos como condição e consequência, no modo específico do dever-ser, portanto, de forma normativa” (KELSEN, 2002, p. 10).

o perfil dinâmico da ciência positiva. Dessa forma, segundo Gabriel Nogueira Dias, Kelsen confere à “proposição normativa primária” lugar de ênfase representando da seguinte maneira “Se **d**, (então) **O** deve infligir **s** a **I**” (DIAS, 2010, p. 332). Portanto, se ocorrer o comportamento (d), o órgão (O) deve determinar a sanção (s) ao sujeito (I), ou seja, o sujeito de direito.

Hans Kelsen ainda sobre suas formulações acerca da estrutura da “norma jurídica”⁹⁵ traz outras concepções, especialmente quanto à variação de uma última fase de seu pensamento trabalhando com o elemento “imputação”⁹⁶, fundamental, aliás, no contexto de estudo da “norma jurídica”. Por ora, compreende-se como suficientes as nomenclaturas já estabelecidas para se entender a sua estrutura segundo o seu pensamento.

2.4.1 Norma jurídica e sistema jurídico

Ainda no sentido do estudo da norma jurídica, é adequado promover uma análise junto ao contexto do sistema jurídico, uma vez que as normas jurídicas integram uma relação de forma a ter-se um conjunto de normas denominado de sistema jurídico. Joseph Raz explica que “Toda lei pertence a um sistema normativo, pois toda lei faz parte de um sistema jurídico” (RAZ, 2012, p. 172).

⁹⁵ Nessa perspectiva, quanto ao tema, vale registrar as observações de Luiz Fernando Coelho: “Quanto à estrutura da norma, Cossio incorporou a teoria pura kelseniana e a ultrapassou. Considerou que a fórmula lógica *A* *dever ser* *B* era incompleta, pois somente contemplava o momento de ilicitude da regra de direito. E completou-a com sua noção de endonorma, *Se A* *deve ser* *P*, ficando a estrutura normativa configurada como juízo disjuntivo: (*A* *dever ser* *P*) *ou* (*NP* *deve ser* *S*)” (COELHO, 2011, p. 209).

⁹⁶ Com grande importância ainda na *Teoria Pura do Direito*, é o tema da causalidade e da imputação, que segundo Hans Kelsen e suas diferenças, deve ser compreendido como: “A forma verbal em que são apresentados tanto o princípio da causalidade como o da imputação é um juízo hipotético em que um determinado pressuposto é ligado com uma determinada consequência. O sentido da ligação, porém, é – como já vimos – diferente nos dois casos. O princípio da causalidade afirma que, quando *A*, *B* também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando *A* é, *B* deve ser. Como exemplo de uma aplicação do princípio da causalidade numa lei natural concreta remeto para a lei já referida que descreve a ação do calor sobre os metais. Exemplos de aplicações do princípio da imputação no domínio das ciências sociais normativas são: quanto alguém te fez algum bem, deves mostrar-te agradecido; quando alguém sacrifica a sua vida pela pátria, a sua memória deve ser honrada; quando alguém pecou, deve fazer penitência” (KELSEN, 1999, p. 100). Tratando também desse tema está Lourival Vilanova: “A norma de direito faz a causalidade jurídica, estabelecendo relações de causalidade, que inexistem sem ela, a norma. Ou, se existem, a norma recebe a causalidade, dá-lhe relevância jurídica, quer dizer, liga-a a efeitos que só existem no mundo do Direito. O agente causador do dano é um dado de fato: a norma toma-o como sujeito imputável e liga o dever de reparação do dano, como consequência” (VILANOVA, 2015, p. 91).

Nessa postura de integração entre as normas jurídicas e o sistema jurídico, há que se registrar um mínimo de complexidade para se ter um sistema jurídico, uma vez que um conjunto de normas jurídicas, formadas por meio de um sistema jurídico⁹⁷, permite a relação entre elas no sentido de ordenamento jurídico⁹⁸. Na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, essa assertiva não é diversa, como bem destacado por Norberto Bobbio:

A empreitada de Kelsen consiste, pelo contrário, não em abandonar o ponto de vista normativo na passagem do estudo das normas individuais para o estudo do ordenamento, mas, sim, em leva-lo às últimas consequências, buscando o elemento característico do direito no modo pelo qual as normas, às quais habitualmente damos o nome de normas jurídicas, dispõem-se em e compõem o sistema (BOBBIO, 2017, p.196).

Essa análise estrutural do direito, segundo o parâmetro de ordenamento jurídico, consiste no fato da possibilidade e da verificação de como as normas jurídicas de certo ordenamento se relacionam e se comportam. Nelas, as normas jurídicas têm estruturação e organização harmônica tanto em seu conteúdo como em sua forma, no intuito de fornecer a sistematicidade desejada de convivência e harmonia social.

A *Teoria Pura do Direito*, em certo aspecto, apresenta uma organização, embora ela não tenha estabelecido em profundidade⁹⁹ o respectivo enfoque. Percebe-se uma organização parcial, especialmente no fato de as relações entre todos os compartimentos internos do sistema jurídico estarem em sintonia com a Norma Fundamental contida na pureza da teoria kelseniana.

⁹⁷ Trazendo comentários acerca do tema, pontua Gianluigi Palombella que: “Kelsen representou o ponto mais alto da reflexão sobre o direito como sistema de normas, e a versão formal do ordenamento jurídico é o pressuposto para a fundação de uma ciência pura do direito” (PALOMBELLA, 2005, p. 202).

⁹⁸ A respeito disso também acrescenta Norberto Bobbio que: “Isso posto, é preciso acrescentar, ainda, que as mudanças ocorridas na função do direito não anulam a validade da análise estrutural tal como foi elaborada por Kelsen. O que ele disse acerca da estrutura do ordenamento jurídico permanece perfeitamente de pé, mesmo depois dos desenvolvimentos mais recentes da análise funcional” (BOBBIO, 2007, p. 209).

⁹⁹ Quanto ao tema, Norberto Bobbio, ao tratar da estrutura e da função na *Teoria Pura do Direito*, acrescenta que: “A razão pela qual Kelsen não se preocupou com o fim do ordenamento jurídico está no fato de ele ter do direito, entendido como forma de controle social, uma concepção meramente instrumental, que, é necessário repetir; está perfeitamente de acordo com o relativismo ético e o irracionalismo dos valores” (BOBBIO, 2007, p. 205).

Perluigi Chiassoni destaca com propriedade a sistematização da *Teoria Pura do Direito* em poucas palavras:

Os principais componentes da “doutrina” ou “teoria” pura do direito, enquanto teoria geral do direito – enquanto teoria do direito positivo em geral – são, como dito antes, (1) uma teoria das relações entre direito e moral, direito e religião, direito e força, que visa fornecer uma redefinição cientificamente adequada dos conceitos pertinentes, entre os quais, acima de tudo, o conceito do direito positivo; (2) uma teoria das normas jurídicas, que inclui uma concepção de sua forma lógica, ou forma fundamental; (3) uma teoria dos conceitos jurídicos fundamentais (sanção, dever jurídico, direito subjetivo, responsabilidade, sujeito de direito, pessoa jurídica, etc); (4) uma teoria das relações entre normas jurídicas ou teoria da estrutura dos ordenamentos jurídicos; (5) uma teoria das relações entre direito e estado; (6) uma teoria das relações entre ordenamento jurídico; (7) uma teoria da interpretação jurídica (CHIASSONI, 2017, p. 458).

Nessas condições, as normas jurídicas combinadas aos sistemas jurídicos, como formas de controle social, fornecem o aparelhamento desejado para convivência adequada, valendo-se da força física se for necessário. Todas elas se reportaram ao conteúdo da *Grundnorm* como seu último referencial, na organização sistêmica aparelhada dentro dos Estados. Joseph Raz enumera alguns critérios para a existência de um sistema jurídico:

Um sistema jurídico existe se e somente se (1) seu legislador supremo é habitualmente obedecido, ou seja, se as leis do sistema são em sua maioria eficazes; (2) seu legislador supremo não obedece habitualmente a ninguém (3) seu legislador supremo é superior aos súditos em cada uma de suas leis no que concerne à sanção daquela lei. A estas devemos acrescentar uma quarta condição,(4) que todas as leis do sistema sejam em última análise legisladas de fato por uma única pessoa ou por um único grupo. Esta condição difere das outras condições por referir-se ao exercício de poderes, não à satisfação de deveres. A existência de um sistema jurídico implica não apenas que os deveres sejam cumpridos, mas também que os poderes legislativos sejam exercidos (RAZ, 2012, p. 22).

O sistema jurídico, portanto, no qual a *Teoria Pura do Direito* apresenta a Norma Fundamental como seu postulado mais importante, estará em harmonia e integrada com outras normas do sistema jurídico. Resta como

evidente a ordenação em que não se tenha uma compreensão solitária do sistema normativo, mas, sim, uma organização independente¹⁰⁰ e contextualizada de um sistema de normas.

Além disso, vale ressaltar que, para Hans Kelsen, um sistema jurídico pode ser formulado de tal forma que deve ser alcançado um mínimo de eficácia para que ele exista. Essa eficácia¹⁰¹ pode se manifestar especialmente quanto a dois fatores, como a sua obediência para aqueles que a norma impõe um dever e por sua aplicação de uma sanção por parte da própria norma jurídica.

Norberto Bobbio vai ainda além das relações entre normas jurídicas, sistemas jurídicos e ordenamento, pontuando que:

Nunca será demais insistir no fato de que foi com Kelsen que, pela primeira vez, a teoria do direito orientou-se definitivamente para o estudo do ordenamento jurídico como um todo, considerando como conceito fundamental para uma construção teórica do campo do direito não mais o conceito de norma, mas o de ordenamento, entendido como sistema de normas (BOBBIO, 2007, p. 195).

De qualquer maneira, a relação da Norma Fundamental com as demais normas jurídicas e com o sistema jurídico ainda será de prevalência e superioridade¹⁰², uma vez que, nessa organização, a sua referência é de fechamento inicial e final do sistema jurídico, dependendo de como se visualize a questão. Por ser a *Grundnorm* uma norma criadora de normas, será ela a única com condição de existência que não inclui a existência de outras normas criadoras de normas¹⁰³.

¹⁰⁰ Nesse sentido, lembra ainda Joseph Raz que: “Uma teoria dos sistemas jurídicos se baseia no princípio de independência se de acordo com ela não há necessidade lógica de que o sistema jurídico tenha uma estrutura interna” (RAZ, 2012, p. 35).

¹⁰¹ Comentando sobre este tema, segundo parâmetros da teoria da justiça, explica o próprio Hans Kelsen que: “Assim, a existência de uma norma jurídica positiva pressupõe: (1) a eficácia da ordem jurídica total à qual pertence à norma; (2) a presença de um fato que cria a norma; e (3) a ausência de alguma norma que a anule” (KELSEN, 2001, p. 219).

¹⁰² Discorrendo também sobre tal assertiva, Joseph Raz afirma: “Na verdade, ao contrário do que rezava a mais firme crença de Kelsen, a norma fundamental não tem importância real para a questão da organização das normas de um sistema jurídico” (RAZ, 2012, p. 139).

¹⁰³ Dessa maneira, ensina Joseph Raz que: “Assim, o conceito de norma fundamental tem finalidade de impedir que a teoria de Kelsen sobre a criação de normas fique presa em um círculo vicioso ou em uma regressão infinita” (RAZ, 2012, p. 89).

3 A NORMA FUNDAMENTAL, OS APONTAMENTOS NEOKANTIANOS E OS FUNDAMENTOS PARA A *TEORIA PURA DO DIREITO*

Nesse capítulo final, após a análise e o contexto dos temas antecedentes com a confirmação das relações entre o projeto kantiano e a *Teoria Pura do Direito*, é chegada a hora de propriamente se realizar o estudo da Norma Fundamental de Kelsen em suas variadas acepções. Será o capítulo que tem a responsabilidade, de decompor não só os fundamentos da *Grundnorm*, mas também expor as consequências relacionadas ao método estabelecido por Hans Kelsen.

Tudo isso, como se viu, só foi possível segundo a proposição de toda a carga teórica recebida por Kelsen de Immanuel Kant a partir do neokantismo e da analogia promovida por Kelsen entre a teoria do conhecimento de Kant com a teoria da norma do próprio Hans Kelsen. Assim é que Kant se insere em tal discussão atuando diretamente sobre as concepções kelsenianas para uma adequada estruturação de seu pensamento filosófico e jurídico.

É preciso também ressaltar que o próprio conceito da Norma Fundamental foi ao longo do tempo sendo reformulado pelo próprio autor, em diferentes períodos de seu pensamento filosófico. É adequado também enfatizar as trajetórias dos temas já abordados, em especial o de Kant, acerca da teoria do conhecimento, como decisivas para o conceito e as perspectivas da Norma Fundamental acerca do conceito de validade para Kelsen.

Kelsen deixa clara a referência daquelas duas escolas e também do pensamento de Kant, quando do progresso gradual da concepção da *Grundnorm* dentro do modelo dinâmico na sua obra principal. O próprio amadurecimento de Kelsen sobre o tema da Norma Fundamental sendo estabelecido se deu em diferentes formas, como, por exemplo, uma “condição lógico-transcendental”¹⁰⁴, uma “ficção”¹⁰⁵, ou mesmo como uma “hipótese lógica da razão”, associando-a em termos gerais ao seu conceito de validade.

¹⁰⁴ Contribuindo nesse mesmo sentido, ensina Simone Goyard Fabre que: “A hipótese lógica transcendental da norma fundamental é o centro de equilíbrio de todos os ordenamentos jurídicos possíveis no mundo dos homens” (FABRE, 2002. p. 354).

¹⁰⁵ Comentando também sobre o tema na teoria do direito constitucional, “Essa norma fundamental seria uma ficção, um como se; um recurso de que se vale o pensamento quando ele não consegue alcançar o seu objetivo com os elementos disponíveis; um truque da razão jurídica graças ao qual, mesmo sem podermos contar com essa norma como dado de

O próprio Kelsen, ao cuidar do tema da Norma Fundamental na dinâmica jurídica, esclarece que:

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 fato 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 (KELSEN, 1999, p. 217).

É preciso fazer um alerta ainda ao fato de que a *Grundnorm* não se confunde com a “Constituição”. Existe uma tendência de se associar a Norma Fundamental às noções de Constituição Federal, aceção essa que ocorre com frequência no início do estudo da *Grundnorm*. Portanto, definitivamente, é preciso assegurar que Constituição não é Norma Fundamental; Norma Fundamental não é “Constituição”¹⁰⁶.

Assim é que o direito é uma ordem dinâmica no contexto da *Teoria Pura do Direito*, pelo menos no enfoque da *Grundnorm* e, dessa maneira, a Norma Fundamental valida o fenômeno normativo, não tendo em si, propriamente, um conteúdo, a não ser de parâmetros desse postulado da razão como a referência mais importante de validade para Kelsen. A Norma Fundamental pode ser inserida como um pressuposto de poder de criação das normas jurídicas para a primeira constituição histórica, em que as demais normas dentro de um sistema retiram sua validade, dando uma conotação ainda de que

realidade, nós a utilizamos como hipótese instrumental, de natureza lógico-transcendental, para fundamentar não apenas a validade da primeira Constituição, mas também, a partir desta, a validade de todas as normas que integram o ordenamento jurídico, normas que, de resto, entrelaçam-se precisamente pelo conceito de validade, formal e derivativa, que cada uma recebe da que lhe é superior” (MENDES et al., 2008, p. 02).

¹⁰⁶ Nem mesmo se poderia dizer em sentido alternativo que “norma fundamental” é Constituição, uma vez que é equivocada essa posição de sustentação, partindo-se dos já referidos postulados kantianos acerca da razão.

o sistema normativo, notadamente na *Teoria Pura do Direito*, se fecha¹⁰⁷ logicamente, encontrando sua razão¹⁰⁸ de ser no próprio sistema kelseniano¹⁰⁹.

Essa pressuposição de visualizar a Norma Fundamental como uma função criadora das demais normas jurídicas encontra sentido no pensamento kantiano na medida relacional da *teoria do conhecimento* com a *Teoria Pura do Direito*. A Norma Fundamental como categoria Kantiana é, assim, uma “*condição lógica*” para que tudo exista, com função epistemológica, permitindo que o conhecimento seja conhecido e compreendido¹¹⁰. A comparação realizada observa que Kant, na denominada “analítica transcendental”, estabelece uma decomposição do conhecimento *a priori*, sendo necessário,

¹⁰⁷ Sobre isso explica Norberto Bobbio que “a norma fundamental tem a função de fechar um sistema fundado na primazia do direito sobre o poder; a soberania tem a função de fechar um sistema fundado na primazia do poder sobre o direito. Enquanto o poder soberano é o poder dos poderes, a norma fundamental é a norma das normas” (BOBBIO, 2007, p. 210).

¹⁰⁸ Sobre isso aduz Kelsen que “pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade” (KELSEN, 1999, p. 218).

¹⁰⁹ Tal concepção é importante também no sentido de se verificar que o sistema normativo não se funda numa força política ou mesmo em uma concepção de natureza moral, permitindo assim que o direito tenha uma autonomia epistemológica. Embora não seja o foco principal a distinção para Kelsen do direito com a moral, vale a pena conferir o que ele explica sobre este tema: “A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se propusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis, mas como isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste. Se pressupondo a existência de valores meramente relativos, se pretende distinguir o Direito da Moral em geral e, em particular, distinguir o Direito da Justiça, tal pretensão são significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom” (KELSEN, 1999, p. 75).

¹¹⁰ Discorrendo sobre o paralelo entre os dois filósofos, explica Emmanuel Matta que: “Pois bem, Kelsen, como Kant, trata das condições de possibilidade de uma Ciência do Direito, na base de uma filosofia jurídica transcendental, que se ocupe da maneira de conhecer o Direito como objeto. [...] A teoria Pura do Direito de KELSEN é uma teoria do Direito possível e teoria da Ciência do Direito exatamente porque, ao contrário do que pensava KANT, o Direito não é, na sua essência formal, um dever ser ético ou axiológico. Se o fosse, decerto que desse dever ser ético ou axiológico não poderia dar uma justificação ou explicação racional científica. Se há uma Ciência Normativa do Direito, como ciência jurídica possível e real, - e essa é a Teoria Pura do Direito - é porque o Direito não é, na sua estrutura, um dever ser ético, mas um dever ser lógico específico. [...] KELSEN toma de KANT o método transcendental e cuida de encontrar as condições de possibilidade do conhecimento jurídico, que são, ao mesmo tempo, as condições da forma do Direito como objeto da Ciência Jurídica. Veremos, assim, que em KELSEN o princípio da unidade sintética do conhecimento jurídico está na norma fundamental hipotética, base do método normológico e condição do conhecimento normativo, como categoria gnosiológico-transcendental, que ordena em sistema os elementos jurídicos, compõe juridicamente o material alógico que a Ciência Jurídica converte em objeto de conhecimento, possibilitando, dessarte, uma explicação, uma análise imanente do Direito como objeto do conhecimento jurídico” (MATTA, 1994, p. 70).

para isso, que tais conceitos do conhecimento sejam puros e não empíricos, que não pertençam à sensibilidade, e, sim, ao pensamento e ao entendimento.

Por essas considerações, é importante entender também que até o caminho definitivo da construção da Norma Fundamental, Kelsen se ocupa de temas que são enfrentados, como a validade do sistema jurídico, e o próprio sentido da *Grundnorm*, em momento de presente influência Kantiana. Dessa forma, é digno de referência a hipótese lógico-transcendente já verificada e a influência presente de Kant na medida em que elas ocorreram¹¹¹.

Kelsen, acerca disso, novamente explica que:

Permanece conhecimento, mesmo na sua verificação teórico-gnoseológica de que a norma fundamental é a condição sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido subjetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como o seu sentido objetivo, como normas válidas, até mesmo quando ela própria o pensa desta maneira (KELSEN, 1999, p. 228).

Reconhece também Gabriel Nogueira Dias, sobre a Norma Fundamental, que ela, como “norma pressuposta”, figura como “o ponto arquimediano a partir do qual o mundo do conhecimento jurídico é colocado em movimento” (DIAS, 2010, p. 219). É preciso, dessa forma, admitir aquela norma como o último ponto, garantindo assim a validade de todo um sistema num desempenho jurídico-científico. Em outras palavras, segundo o mesmo Gabriel Nogueira Dias, “do ponto de vista epistemológico kantiano segundo o qual a ciência – mais precisamente: a orientação do conhecimento – gera seu objeto” (DIAS, 2010, p. 224).

Assim, a Norma Fundamental na assertiva do positivismo rígido é o único ou pelo menos a melhor forma que se pode imaginar para o fundamento possível do direito. Tecendo considerações acerca da norma de Kelsen, acrescenta ainda Norberto Bobbio que:

¹¹¹ Nesse contexto, explica Péricles Prade que: “O normativismo, não o de fundo sociológico, mas de estirpe kantiana, que desde o século XIX vem dominando os ambientes jusfilosóficos, alcançou o cume, sem dúvida, com a teoria de Hans Kelsen no início do século XX” (PRADE, 2000, p. 41).

Dado o poder constituinte, como poder último, devemos pressupor então uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa norma é a norma fundamental. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais o poder de emanar normas válidas, impõe a todos aqueles a quem as normas constitucionais se destinam o dever de obedecer a elas. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo a consideremos do ponto de vista do poder a que dá origem ou da obrigação que acarreta. Pode ser formulada do seguinte modo: “O poder constituinte é autorizado a emanar normas obrigatórias para toda a coletividade” ou: “A coletividade é obrigada a obedecer às normas emanadas do poder constituinte” (BOBBIO, 2007, p. 220).

Outra constatação digna de registro é o fato de que a *Grundnorm* não é propriamente uma norma produzida por um poder¹¹², como ocorre com a natural atividade do poder legislativo em todas as suas esferas, mas uma norma “pressuposta” como sendo aquela constatada a partir do paradigma kantiano e, sob influência dele, um “pressuposto lógico-transcendental”¹¹³. Assim, por ser ela “pressuposta” e não propriamente um “produto final” elaborado por aquele poder, ela também tem uma função de determinar o conteúdo das normas de grau inferior. Agindo dessa forma, percebe-se que Kelsen deseja buscar o fundamento de validade das demais normas jurídicas, estabelecendo uma rigorosa forma científica que, por meio da “pureza”, confere uma razão de ser em seu pensamento. Sobre essa perspectiva, explica Kelsen quando trata inclusive da justiça:

A norma fundamental de que devemos obedecer às disposições da primeira constituição histórica não é criada pela autoridade jurídica, isto é, não é uma norma positiva criada em conformidade com a constituição; é uma norma que – como nos diz a ciência do Direito positivo – pressupomos como

¹¹² Acerca disso lembra também Hans Kelsen que: “Essa, porém, é uma norma que não foi criada por nenhum ato, humano ou sobre-humano, mas apenas postulada pela mente humana. Se nos recusamos a aceitar uma explicação metafísica da autoridade dos originadores da constituição, somos forçados a deter-nos na norma que foi apresentada aqui como a norma fundamental hipotética” (KELSEN, 2001, p. 217).

¹¹³ A respeito disso, bem como sobre o eventual conteúdo da “norma fundamental” como “pressuposto lógico-transcendental” explica novamente Gabriel Dias que “Como norma lógico-transcendental, ou seja, pensada, desprovida de conteúdo, não metafísico-transcendente e pressuposta apenas com vistas ao processo de conhecimento jurídico-científico, a norma fundamental de Kelsen consegue ser seguramente o ponto de partida “normativo” para o conhecimento do ordenamento jurídico sem implicar simultaneamente um retorno à teoria do direito natural” (DIAS, 2010, p. 252).

hipótese quando consideramos a ordem coercitiva que regulamenta efetivamente a conduta humana no território de um Estado como uma ordem normativa obrigatória para seus habitantes (KELSEN, 2001, p. 257).

Vale ressaltar ainda que a busca por um fundamento de validade, especialmente para a *Teoria Pura do Direito*, não deve percorrer um caminho infinito, sem referências teóricas ou até nunca chegar a um ponto final nas discussões estabelecidas. Acerca disso, lembra Mario Losano que, “mas a busca do fundamento da validade de uma norma não pode prosseguir infinitamente, como a busca da causa de um efeito. Tal busca deve terminar com a norma pressuposta como última e suprema” (LOSANO, 2010, p. 82).

Com base nisso, a *Teoria Pura do Direito* fica, porque não dizer, isenta de contradições, com uma organicidade coerente segundo seu método de atuação. E como norma “pressuposta”¹¹⁴, não estabelecida, portanto, por uma autoridade, sua validade não será deduzida de outra norma ou outro fundamento a não ser ela mesma. Não existirá assim, discussões futuras acerca da sua validade, uma vez que ela é a Norma Fundamental e, como tal, atua em diversos sentidos e também neste, o de conferir tal validade. A teoria da *Grundnorm* tem ainda algumas outras variações na sua abordagem seguindo a teoria pura, e ainda que se a imagine a partir do foco de observação na sua referência, o resultado é o mesmo daquele enfoque kantiano já demonstrado. Mario Losano, a respeito disso, esclarece que:

A teoria da norma fundamental é o discurso cripto-ideológico de máximo relevo na construção Kelseniana: a teoria da norma fundamental é, efetivamente, a arquitrave sobre a qual se rege todo o sistema dinâmico do direito proposto por Kelsen (LOSANO, 2010, p. 83).

A saída epistemológica para uma compreensão científica de seu objeto de conhecimento confere assim, à *Teoria Pura do Direito*, uma atribuição de

¹¹⁴ O próprio Kelsen acerca disso expõe que “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*)” (KELSEN, 1999, p.217).

ser aquela norma a “última fonte de normatividade” no próprio ordenamento jurídico, isso porque a busca por um fundamento de validade culmina na própria *Grundnorm*. Nessa constatação, poderia ela também ser estabelecida como hipotética, uma vez que, nesse viés, o caráter hipotético¹¹⁵ se refere a uma limitação epistemológica para o conhecimento do fenômeno jurídico, dando ao caráter da *Grundnorm* uma perspectiva própria de se imaginar uma estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, tendo no ápice desse sistema normativo as Constituições Federais e acima ou lado delas a Norma Fundamental como sendo sua última referência de validade¹¹⁶.

Registrou-se, anteriormente ainda, que a teoria pura de Kelsen foi estruturada e publicada em duas edições, a primeira em 1934 e a segunda em 1960. Na sua trajetória de formação, montagem e aperfeiçoamento da *Grundnorm*, Kelsen utiliza de diferentes adjetivos ou tipologias acerca de seu entendimento. Isso retrata o amadurecimento do autor com suas concepções e também as diferentes perspectivas de compreender o seu postulado máximo de validade. No período clássico de seu pensamento, a associação da Norma Fundamental, como se viu, está vinculada à concepção de fundamento “lógico-transcendental”. Alguns anos posteriores à publicação da segunda edição de sua obra, ou seja, em meados dos anos 60, Kelsen também confere a sua *Grundnorm* uma característica de ficção¹¹⁷, ou mesmo como um recurso mental o qual o operador da teoria pura pode utilizar na intenção de um pensamento real existente. Tratando sobre isso, explica Gabriel Nogueira Dias que:

Com o estatuto de uma ficção autêntica a norma fundamental deve ser encarada, doravante, como um recurso mental do qual nos servimos quando não é possível alcançar o objetivo do pensamento com o material real existente. Ela não exige para si mesma um caráter de realidade, muito pelo contrário. A “Als-Ob-Grundnorm” (norma fundamental fictícia) é caracterizada por uma contradição evidente, por um lado, com

¹¹⁵ Importante dizer também que a própria concepção de Kelsen, nesse aspecto de “hipotético”, confirma o fato de que a *Grundnorm* é pressuposta, imaginada assim na relação que se faz entre a teoria do conhecimento de Kant com a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen.

¹¹⁶ Nesse sentido, expõe Péricles Prade que: “a Constituição, por sua vez, é norma sobre a qual a ordem jurídica assenta, isto é, o Direito, sendo que esta Constituição no sentido jurídico positivo repousa numa norma fundamental, a que se pode designar como Constituição no sentido lógico-jurídico” (PRADE, 2000, p. 18).

¹¹⁷ Dessa forma, aduz Kelsen que “uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve se não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente” (KELSEN, 1986, p. 329).

a realidade, porque efetivamente não foi posta e por isso não existe empiricamente, e por outro, consigo mesma, já que representa a autorização de uma autoridade jurídica suprema e por isso parte de uma autoridade posicionada ainda acima desta última e que só pode ser fictícia. [...] A norma fundamental fictícia não leva mais à consideração da ciência do direito como uma ciência “constituidora do objeto” no sentido da filosofia transcendental. Isso significa que foi retirada a justificativa da concepção de Kelsen da sua fase clássica, segundo o material dado ao jurista só se torna um sistema jurídico homogêneo provido de sentido – i.e. um ordenamento jurídico – por meio do conhecimento jurídico-científico (DIAS, 2010, p. 300).

Curiosamente, aquela influência kantiana no pensamento de Kelsen tão presente e motivadora como o seu postulado central de fundamentação é abandonada após esse período dos anos 60, ao tratar agora sua Norma Fundamental como ficção jurídica. De certa forma, Kelsen se desfaz do seu passado¹¹⁸ epistemológico neokantiano, dando novos rumos a sua pesquisa e concentrando-se no seu projeto juspositivista. Ao assim proceder, Kelsen desiste da possibilidade de continuar fundamentando a *Grundnorm* com a teoria do conhecimento de Kant¹¹⁹. Nessas condições, Kelsen:

Não se vê mais obrigado por razões epistemológicas a reparar eventuais inconsistências existentes no sistema. Afinal, agora o conhecimento do direito também significa para ele compreender e descrever as inconsistências do ordenamento normativo e, sobretudo, a razão do seu surgimento (DIAS, 2010, p. 302).

De qualquer maneira, mesmo abandonando, como se viu, algumas ideias adotadas inicialmente do modelo de filosofia kantiana, é marcante a posição de Kelsen naquele pressuposto lógico já referido, pelo menos ao fato

¹¹⁸ Sobre isso se tem a valiosa explicação de que: “É possível que o abandono da teoria da norma fundamental como norma pressuposta pelo pensamento – uma norma simplesmente pensada – tenha sido ocasionada por estas reflexões sobre a separação radical entre o querer e o pensar, inaugurando uma verdadeira ruptura com o período neokantiano de sua doutrina. Talvez, por trás do princípio neokantiano da fecundidade do pensamento puro, subsistem, ainda que veladamente, vestígios da ética kantiana que misturava querer e conhecer. Por consequência, nenhuma lei pode ter sua fonte na razão, só na vontade. Não há imperativo sem imperador, nenhum comando sem comandante. A norma é sempre produto do querer até mesmo a norma fundamental! E disso, Kelsen só se deu conta no final da vida” (SOLON, 2009, p. 10).

¹¹⁹ Importante conclusão sobre isso cita Gabriel Dias. “No entanto, considerando-se sua procura por um novo instrumento justificatório na filosofia da ficção jurídica de Vaihinger fica evidente que o próprio Kelsen não estava realmente convencido da plausibilidade e utilidade da sua solução *per analogiam*” (DIAS, 2010, p. 297).

de ser ele um neokantiano, que se apropria, em tese, de conceituações do pensamento do filósofo prussiano para explicitar a conceituação jurídica da Norma Fundamental. Nessa medida, sem dúvida, é adequado posicionar Kelsen como este neokantiano que por meio da analogia, faz daquele pressuposto “lógico-transcendental” a relação adequada com a teoria kantiana do conhecimento¹²⁰. Como salienta Mario Losano, “a assonância com a filosofia kantiana é proposital; o paralelismo com esta última, explícito” (LOSANO, 2010, p. 92).

A exata medida, que se deixa contaminar Kelsen pela teoria do conhecimento de Kant, reconhece como saudável o paralelo de aplicação da filosofia kantiana do conhecimento na *Teoria Pura do Direito*, notadamente sobre a Norma Fundamental. Esse fundamento de validade do ordenamento jurídico-positivo é uma representação crucial para entendimento de seus objetivos, servindo ao mesmo tempo como o “formato” atual do neokantismo como a mediação filosófica estabelecida pelo mestre de Viena, envolvida por algo mais extenso que é a *Teoria Pura do Direito*.

A sua teoria é pressuposta pela ciência jurídica, sendo que a escolha epistemológica neokantiana é referida como um instrumento para construir sua teoria jurídica positiva. Ela, a *Grundnorm*, é o fundamento “lógico transcendental” de validade do direito positivo em seu caráter epistemológico¹²¹. Mario Losano esclarece bem tal assertiva ao dizer que “do ponto de vista cognoscitivo, a norma fundamental serve para encerrar o sistema Kelseniano do direito sem sair do direito”¹²² (LOSANO, 2010, p. 95).

¹²⁰ Outra correlação que se pode estabelecer é o fato de que, por aquela mesma analogia, é possível encontrar algo de também fundamental no pensamento de Kant. Acerca disso, Robert Alexy explica que ele não trata expressamente de uma “norma fundamental” como faz Kelsen e assim ele contribui: “A distinção crucial em relação à Kelsen consiste no fato de a norma fundamental de Kant, além de ser um pressuposto epistemológico, ser também uma lei natural” (ALEXY, 2011, p. 139).

¹²¹ Discorrendo sobre a causalidade e a relação no direito, pontua-se acerca disso que: “Como construção científica, aí, sim, é que tem lugar a hipótese-limite da norma fundamental kelseniana, para dar começo (epistemológico) ao sistema jurídico-positivo” (VILANOVA, 2015, p. 238).

¹²² Dai porque a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen como ciência do direito constitui um perfeito sistema interno. Portanto, a “norma fundamental” “não é estatuída por um órgão legislativo, mas é pensada por um teórico do direito e, como tal, é fruto de uma concepção filosófica kantiana enxertada sobre um rigoroso positivismo jurídico” (LOSANO, 2010, p. 96).

E antes que se percorram outros pontos da Norma Fundamental nessa concepção neokantiana, é adequado destacar também algumas diferenças entre o próprio pensamento de Kant, com o pensamento Kelseniano. Acerca disso, um dos traços diferenciadores é que a *Grundnorm*, de índole pressuposta, não é pensada como em Kant independentemente da experiência¹²³, mas a partir dela, ou seja, a partir da ordem jurídica escrita. Como explica Alexandre Gomes “a norma fundamental não é, nesse sentido, transcendental, pois não é norma *a priori*, mas pressuposta a partir da experiência” (GOMES, 2000, p. 190). Portanto, a Norma Fundamental difere das categorias Kantianas por serem essas formas *a priori*, e independentes da experiência.

A *Grundnorm*, ao contrário, pelo menos nesse aspecto depende da experiência, porém, vazia em seu conteúdo, ou pelo menos com a determinação de indicar o postulado de “respeitar a primeira constituição histórica”¹²⁴. De qualquer maneira, a *Grundnorm* é pensada e pressuposta a partir da experiência, tornando assim possível o direito¹²⁵ em sua propositura.

Seguindo a analogia a que se refere Robert Alexy, com uma possibilidade também de Kant ter se referido a algo relacionado à Norma Fundamental, lembra o autor que:

A norma fundamental de Kelsen diz apenas que, querendo, toda norma estabelecida e eficaz pode ser interpretada como norma juridicamente válida, e que disso não resultam quaisquer tipos de obrigações morais. Em contrapartida, a

¹²³ Acerca disso vale destacar o que explica Emmanuel Matta. “Desse modo, a norma fundamental hipotética não é uma construção arbitrária, abstrata e vazia, ou um mero conceito sem a experiência, para invocar KANT, mas um suposto extraído da própria experiência jurídica do Direito Positivo, instituído entre os homens para ordenar as suas relações, cujo conteúdo se rege pela situação de fato, em que se produz a ordem mesma” (MATTA, 1994, p. 169).

¹²⁴ Nesse mesmo, sentido explica Maria Jose Falcon Y Tella que: “E mais acima inclusive da primeira Constituição Histórica se encontraria, já fora desta pirâmide normativa, como norma pressuposta e hipótese instrumental lógico-transcendental, mas que como norma posta positivamente, a chamada norma básica ou fundamental, a *Grundnorm* Kelseniana. Se trataria de uma norma suposta (não posta), pensada (não querida) do conteúdo de um ato intelectual (não de um ato de vontade). Todas as normas jurídicas, salvo a norma fundamental, que é norma só de produção, e estas normas da base ou último escalão do ordenamento jurídico, que são normas só de execução, são ao mesmo tempo normas de execução das normas superiores e normas de produção das normas inferiores” (TELLA, 1999, p. 163).

¹²⁵ Esclarece o próprio Kelsen sobre isso que “a teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado” (KELSEN, 1999, p. 228).

norma fundamental de Kant – se não fosse limitada – diria que toda norma estabelecida e eficaz deve ser interpretada como norma juridicamente válida, querendo ou não, e que se é moralmente obrigado a obedecer a toda norma desse tipo. Esse positivismo radical, moralmente fundamentado, é bem menos aceitável do que a variante epistemológica e cética de Kelsen (ALEXY, 2011, p. 144).

O registro, segundo essa concepção, é que a análise da *Grundnorm* em Kelsen merece esse destaque, mesmo que algo similar tenha sido imaginado anteriormente por Kant, como indica Robert Alexy. Desse modo, tem-se uma frequência do pensamento kelseniano em adaptar noções que ele define como centrais do pensamento de Kant, fazendo dele um autor que combina essas considerações nessa raiz de pensamento bem específico no positivismo jurídico. Registre-se ainda a maneira como Kant determina suas concepções acerca da moral, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, uma vez que, para Kelsen, o que se tem é uma distinção do direito em relação à moral, segundo tratado por ele na sua teoria pura.

A partir de toda essa perspectiva, extrai-se a noção de estudo desse capítulo como sendo o momento mais vocacionado na exposição das conclusões finais. O balanço realizado é positivo e justificado nos fundamentos propostos e na coerência das obras tratadas que não deixam dúvida dos caminhos percorridos por Kelsen na teoria da Norma Fundamental. Enfim, o presente trabalho tem o compromisso com seu leitor, em um balanço positivo, de permitir a compreensão dos fundamentos de validade do direito tanto para Kant como para Kelsen com suas devidas conexões.

3.1 Norma fundamental e estrutura hierárquica do ordenamento jurídico

Há que se destacar ainda a relação da Norma Fundamental frente ao ordenamento jurídico como um todo, integrado e organizado a partir de uma estrutura hierárquica segundo a *Teoria Pura do Direito*. Foi visto que somente mediante o pressuposto da *Grundnorm* é possível estabelecer o fechamento do sistema kelseniano como um sistema de normas jurídicas que tem naquele modelo sua referência mais importante. Em circunstâncias de influência kantiana, é possível se ter um início e um fim do “ordenamento jurídico” sem

sair propriamente dele. Daí porque Kelsen também se ocupa da estrutura escalonada da ordem jurídica, dando sentido e organicidade a todo o conjunto estrutural de seu sistema representado, por exemplo, numa figura como a pirâmide Kelseniana¹²⁶.

No ponto mais alto estão as Constituições, como sendo aquele documento formal e escrito produzido pelo “poder constituinte originário” a partir do qual toda legislação infra-constitucional busca sua referência de validade¹²⁷, sob pena de uma eventual inconstitucionalidade, caso alguma dessas normas não esteja em sintonia com os ditames Constitucionais. Segundo o próprio Kelsen sobre o tema:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da 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 abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que se constitui a unidade desta interconexão criadora (KELSEN, 1999, p. 247).

Desse modo, observando-se a *Teoria Pura do Direito* em tal perspectiva, Kelsen também completa a sua construção de validade segundo a Norma Fundamental nas ciências jurídicas, trazendo um enfoque importante no sentido de combinar a “teoria da hierarquia das normas” com a própria teoria da Norma Fundamental. Assim, Kelsen coloca a *Grundnorm* de fundamentação

¹²⁶ Com razão, também aponta sobre isso Miguel Reale que “as regras jurídicas dispõem, pois, de maneira escalonada, em forma de pirâmide, em cuja base estão regras particulares ou normas singulares, o que demonstra como o normativismo de Kelsen não deve ser confundido com o formalismo legal dos autores tradicionais” (REALE, 1996, p. 477). No mesmo sentido, “Todas as normas desta pirâmide estão unidas entre si pelo conceito de validade, que cada norma recebe da superior. Se trata de uma validade formal. A validade será a vinculação de uma norma jurídica ao ordenamento jurídico porque se ajusta aos critérios formais de produção de normas desse ordenamento” (TELLA, 1999, p. 164).

¹²⁷ Nesse sentido, explica Emmanuel Matta que: “Assim, as normas jurídicas vão recebendo o seu fundamento de validez em outras normas jurídicas, que lhes são hierarquicamente superiores e lhes determinam juridicamente o conteúdo o conteúdo, em função da estrutura escalonada da ordem jurídica, até que se chegue à validez da ordem jurídica considerada como um todo, como plenitude hermética, isto é, à validez da norma positiva fundamental ou Constituição no sentido jurídico-positivo” (MATTA, 1994, p. 133).

kantiana/transcendental no topo do ordenamento jurídico, mas não se confundindo com ela, uma vez que Norma Fundamental e Constituição não são a mesma coisa. A Norma Fundamental, ao lado ou até acima das Constituições, funciona como referência teórica e de fundamento de validade para o restante do ordenamento jurídico em cada país assim determinado.

Esse enfoque hierárquico demonstra bem como se dá o fundamento de validade das normas jurídicas que estão abaixo da *Grundnorm* quando buscam sua referência de legitimidade¹²⁸ nas normas que estão acima dela. Essa representação deixa clara a ideia de que os mais diferentes tipos de normas existentes, inclusive as decisões judiciais, têm garantido o seu conteúdo pela força e pela referência que as normas acima dela estabeleçam. É como se pudesse estabelecer uma visualização de “baixo para cima”¹²⁹ quando as normas “de base” encontram o seu sentido maior, até chegar às Constituições.

Por outro viés, ou seja, de “cima para baixo”¹³⁰, o exame também se repete, uma vez que a validade das normas jurídicas de um certo ordenamento se inicia na própria Norma Fundamental, espalhando-se os mais diferentes “tipos normativos” encontráveis no sistema jurídico válido. Nesse contexto, o tema do fundamento de validade de certa norma, e de certo ordenamento, pode sempre ser colocado e respondido mediante um processo hierárquico de recorrer, em última análise, à própria *Grundnorm* ou mesmo começando por ela. Enfim, de alguma forma, todas estarão interligadas e conectadas com a Norma Fundamental, sendo possível se verificar uma interação entre a base da pirâmide normativa e aquelas acima dessa.

¹²⁸ Discorrendo acerca da legitimidade e da Norma Fundamental, acrescenta Luiz Fernando Coelho que: “Se em Kelsen a legitimidade da ordem jurídico-normativa decorre de uma constituição primeira, hipotética, poderíamos a rigor estabelecer uma analogia com a pirâmide decisional, entendendo que a legitimidade de toda a série decisória decorre da legitimidade, pressuposta, de uma decisão fundamental inicial” (COELHO, 2011, p. 242).

¹²⁹ É o que acrescenta Gabriel Dias, ao dizer que: “mas como uma estrutura de sobreposição de normas jurídicas. Como a criação de cada norma jurídica sempre se baseia numa outra, diante da pergunta “por que a norma X deve ser considerada uma norma jurídica válida do ordenamento jurídico Y?” sempre é possível – independentemente do “andar normativo” para o qual se olha – reporta-se a um regresso que desemboca em última instância na norma fundamental” (DIAS, 2010, p. 255).

¹³⁰ “Sempre se pode chegar a um próximo nível que pode ser considerado válido, porque foi estatuído, segundo uma norma jurídica de autorização pertencente ao nível anterior e cuja validade repousa mediata ou imediatamente na norma fundamental, ou seja, um nível conforme a norma fundamental” (DIAS, 2010, p. 256).

O ordenamento jurídico, em seu contexto geral, comporta-se, como se verificou, como uma pirâmide em que as mais diferentes normas, dos mais diferentes tipos, convivem entre si, todas sob o império e a referência maior das Constituições. Não é necessário, inclusive, que exista entre as normas uma correlação lógica entre elas, podendo elas conterem os mais diferentes tipos de assuntos em diversas esferas de atuação, como normas federais, estaduais e municipais.

A estrutura hierárquica do ordenamento jurídico confere suporte e logicidade coerente com esse modelo de estrutura e pensamento kelseniano, com destaque para a própria Constituição, assim referida por Hans Kelsen:

A Constituição é aqui entendida, num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um ato de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um ato legislativo. Como, neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, fala-se de uma Constituição “escrita”, para distinguir de uma Constituição não escrita, criada por via consuetudinária (KELSEN, 1999, p. 247).

Esse sistema de visualização do ordenamento jurídico a partir de uma estrutura piramidal está relacionado ainda ao controle de constitucionalidade¹³¹ que deve existir nesse ordenamento jurídico para garantia da validade da

¹³¹ É importante destacar acerca disso que Hans Kelsen teve um papel definitivo também na criação dos sistemas de controle de constitucionalidade. Ele teve uma colaboração destacável na redação da Constituição da Áustria, no sentido de se criar um órgão judicial ou uma Corte Constitucional como o único órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e Executivo na referência que se faz ao tipo de controle “concentrado” que mais tarde se estendeu a várias Constituições europeias. Houve ainda, sobre isso, uma discussão e polêmica intensa com Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião das Constituições. Nesse ponto, expõe Kelsen que: “a doutrina do *pouvoir neutre* do chefe do Estado! Essa fórmula de Constant torna-se, nas mãos de Schmitt, um instrumento capital para sua interpretação da Constituição de Weimar. Somente com esse auxílio ele consegue estabelecer que o guardião da Constituição não seja, digamos – como se deveria supor a partir do art. 19 -, o Tribunal Federal ou outro tribunal, mas sim apenas o presidente do Reich, e isso já com base na própria Constituição em vigor, e não, por exemplo, depois de uma reforma constitucional” (KELSEN, 2013, p. 245). Nesse mesmo sentido, afirma Gianluigi Palombella que: “O que separa profundamente Schmitt de Kelsen não é tanto um suposto desacordo acerca da normatividade do direito, ou seja, acerca da capacidade do direito de expressar um dever-ser, mas sim a convicção schmittiana da inseparabilidade entre esse dever-ser e o ser. Schmitt recusa o método neokantiano de Kelsen – que isola o direito por meio de uma operação gnosiológica, de separação, de purificação -, também no que diz respeito à teoria do Estado” (PALOMBELLA, 2005, p. 194).

Constituição¹³² como documento escrito, formal e solene de certa ordem jurídica. As Constituições, assim inseridas nesse aspecto, devem receber da própria “lei” uma proteção em sua “forma” e principalmente no seu “conteúdo”, visando garantir a sua permanência do teor mais importante de uma nação.

A própria criação das normas jurídicas, em sintonia com essa mesma Constituição, vem prevista no corpo desse documento, ganhando um destaque especial de permanência da validade de todas as “normas jurídicas” para defesa dos direitos mais básicos e elementares de uma determinada comunidade. É natural e importante que as Constituições tenham esse mecanismo de proteção dos direitos individuais e coletivos de toda sociedade, isso porque na criação e aplicação da própria lei, eventualmente podem ocorrer desrespeitos a esses mesmos direitos, ganhando importância, um órgão com tarefa especial de proteção para esses direitos como ocorre no caso do sistema brasileiro¹³³.

Norberto Bobbio, discorrendo ainda sobre o ordenamento jurídico em seu conjunto, explica que:

A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de ressaltar que só se pode falar de direito quando existe um conjunto de normas formadoras de um ordenamento e que, portanto, o direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, em suma, que uma norma jurídica nunca está sozinha, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo (BOBBIO, 2007, p. 187).

Os diferentes estágios da ordem jurídica nessa estrutura hierárquica do ordenamento jurídico¹³⁴ estabelecem o sentido geral no qual uma determinada

¹³² Nesse aspecto ainda, é bom enfatizar o tema da garantia da Constituição e da jurisdição constitucional que segundo o mesmo Hans Kelsen são assim estabelecidas: “Garantias da Constituição significa, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis” (KELSEN, 2013, p. 126).

¹³³ Em especial no caso brasileiro, tem-se o controle “difuso” e “concentrado” de constitucionalidade, na qual, com destaque, é mencionada a posição do Supremo Tribunal Federal na defesa do exercício do controle concentrado e na tarefa de ser ele o “guardião” da Constituição Federal. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe”. Assim diz a Constituição Federal de 1988.

¹³⁴ Comentando ainda sobre o tema, lembra Simone Goyard Fabre que: “O fato de a ordem jurídica não ser um sistema de normas jurídicas situadas todas no mesmo plano, mas um edifício de vários andares sobrepostos significa imediatamente, segundo Kelsen, que esses andares se articulam entre si de modo necessário e rigoroso” (FABRE, 2002, p. 120).

sociedade é guiada e estabelecida. Com efeito, as Constituições, nos Estados, têm uma função ordenadora e de essência, segundo o tipo de Estado definido por essa mesma Constituição. Em seu conteúdo, elas devem estruturar um dado país como o regramento mais importante e definidor de convivência dentro desse mesmo Estado, tratando de temas como “exercício do poder”, “regimes políticos”, “direitos individuais”, entre outros.

Ganha importância sobre isso, ainda, a própria distinção entre a Constituição como lei formal e escrita e as demais leis ordinárias, fato lembrado por Kelsen, ao dizer que “existe um processo especial, uma forma especial para a criação de leis constitucionais, diferente do processo para a criação de leis ordinárias” (KELSEN, 2010, p. 182).

Tudo isso, como se nota, vem organizado nas Constituições a partir dessa estrutura hierárquica¹³⁵, e na convivência das mais diferentes normas jurídicas espalhadas por todo o sistema jurídico. Em qualquer enfoque que se estabeleça na sua visualização, percebe-se que o “fundamento de validade”, a partir da *Grundnorm*, institui coerência, unidade e organicidade, como, aliás, é de se esperar do ordenamento jurídico. Ao comentar sobre a “norma superior” e a “norma inferior”, enfatiza o próprio Kelsen que:

A análise do Direito, que revela o caráter dinâmico desse sistema normativo e a função da norma fundamental, também expõe uma peculiaridade adicional do Direito: o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infra-ordenação, que é uma figura espacial de linguagem. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior é determinada

¹³⁵ Contribuindo ainda nesse aspecto: “Considerando que as normas jurídicas espelham decisões, as quais se fundam em outras decisões, estabelece-se um encadeamento hierarquicamente escalonado de atos decisórios, que vai até uma decisão primeira, da qual decorre a legitimidade de toda a série” (COELHO, 2006, p. 244).

por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade (KELSEN, 2010, p. 181).

Nessa compreensão entre “norma inferior” e “norma superior”, é importante destacar ainda que a inferior foi produzida como prescreve a norma superior. Trata-se assim de um processo na qual a norma inferior deve sua existência e promulgação àquela que está acima dela, no caso a superior, e essa, por sua vez, remete à prescrição autorizada à primeira constituição histórica, que encontra sentido na *Grundnorm*. O sistema, portanto, nessa estrutura hierárquica, encontra organização¹³⁶, mesmo com a constatação de que a Norma Fundamental não tenha expressamente um conteúdo facilmente identificável.

A Norma Fundamental, nesse sentido, como escalão máximo do ordenamento global em que estão inseridas as demais normas, continua não só mantendo sua referência de fundamento de validade, mas também conferindo harmonia ao próprio sistema no bloco total que se pode imaginar num sistema jurídico de certo país. A *Teoria Pura do Direito*, em certa medida, tem uma preocupação com essa estrutura hierárquica¹³⁷ e com este “conjunto ordenado de normas”, ficando evidente que uma norma jurídica não está jamais posicionada de forma solitária, mas, sim, ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo perfeito.

O ordenamento também está conectado com a própria teoria da norma, uma vez que isso se relaciona, pois como destaca Norberto Bobbio, “uma

¹³⁶ Como salienta Gabriel Dias, ao se referir a *Grundnorm*: “Por um lado, ela é o pressuposto lógico-transcendental para a produção epistemológica isenta de contradição do ordenamento jurídico pela ciência do direito; por outro lado, é a primeira norma de autorização, que atribui competência à primeira autoridade histórica promulgadoras de normas para elaboração da regra formal segundo a qual as normas do restante do ordenamento jurídico são produzidas de forma escalonada” (DIAS, 2010, p. 327).

¹³⁷ Um outro paralelo que se pode mencionar sobre Kelsen é a sua relação com Max Weber e o estudo do Estado e do poder. Sobre isso, pontua Norberto Bobbio que “aqui convém, sublinhar que, quando Kelsen descreve a juridização progressiva do Estado ao ordenamento jurídico, revela o mesmo processo que Weber capta na formação do poder legal, que acompanha o desenvolvimento do Estado no mesmo período histórico. O Estado é o próprio ordenamento jurídico (Kelsen), enquanto o poder é completamente legalizado (Weber). O que distingue o Estado, enquanto ordenamento jurídico de outros ordenamentos jurídicos, como aqueles das sociedades paraestatais ou o ordenamento internacional, é certo grau de organização ou a existência de órgãos que trabalham segundo as regras da divisão do trabalho para a produção e a aplicação das normas das quais ele é constituído” (BOBBIO, 2007, p. 113).

teoria coerente do ordenamento jurídico e a teoria da norma fundamental são indissociáveis” (BOBBIO, 2007, p. 223). Outro ponto digno de registro no campo da estrutura hierárquica do ordenamento é sobre a indagação de qual seria o próprio fundamento da *Grundnorm*. Sobre isso explica Norberto Bobbio que:

Dissemos várias vezes que a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela cumpre, num sistema normativo, a mesma função a que estão destinados os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas de que se deduzem as outras, mas que por sua vez não são dedutíveis. Os postulados são postos ou por convenção ou por sua posta evidência. Pode-se dizer o mesmo da norma fundamental: ela é uma convenção ou, se preferir, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema, para que todas as outras normas possam reconduzir-se a ela (BOBBIO, 2007, p. 223).

Percebe-se, assim, que não é preciso justificativas em termos de conteúdo para se adotar a Norma Fundamental de Kelsen, como postulado teórico da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico. As explicações extraídas em consonância com a teoria da norma são bem convincentes no sentido de se ter o enfoque global descrita pela *Teoria Pura do Direito*.

De qualquer maneira, é sempre adequado realizar-se o estudo do ordenamento jurídico, contextualizando o conjunto que se pode extrair dele, para definir, inclusive, outros pontos, como se conhecer os limites de recorribilidade de uma decisão judicial (desde sua base até o ser vértice) e o próprio sentido de início e fim desse mesmo ordenamento jurídico¹³⁸. É importante que no estudo dos sistemas de “justiça” de cada país se conheçam esses limites naturais de cada ordenamento jurídico com todas as referências interpretativas que evidenciam os caminhos a serem nele percorridos. Daí porque o ordenamento jurídico, em seu conjunto, apresenta a Norma Fundamental como a última fonte de “normatividade” de toda essa estrutura.

¹³⁸ Esclarece também Norberto Bobbio, acerca das partes principais da divisão dos ordenamentos jurídicos: “1) composição (conceito de norma e vários tipos de normas); 2) formação (teoria das fontes do direito); 3) unidade (validade e norma fundamental); 4) completude (lacunas e sua integração); 5) coerência (antinomias e sua eliminação); 6) relações entre ordenamentos (relações espaciais, temporais, materiais)” (BOBBIO, 2015, p. 66).

3.2 Em que sentido a norma fundamental é “norma”?

Qual poderia ser a definição de conteúdo e sentido da Norma Fundamental ou *Grundnorm*, já tendo percorrido boa parte desse trabalho naquela proposta originária do comparativo Kant/Kelsen? Em termos gerais, a Norma Fundamental está, em regra, associada ao contexto de ser ela o “fundamento de validade”¹³⁹ do ordenamento jurídico em geral. O próprio Hans Kelsen, quando trata do seu sentido, a utiliza num contexto em diversas referências. Vejamos:

Dado que – como se mostrou – a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas tão só uma função teórico-gnoseológica (KELSEN, 1999, p. 243).

Desse modo, a Norma Fundamental estabelece a validade do Direito positivo determinando um contexto coerente quanto a sua aplicabilidade, mas não tendo expressamente um conteúdo definido fora do que foi estabelecido por Kelsen. Antes de tudo, é um tipo de norma que “foge dos padrões” convencionais que normalmente as normas jurídicas estabelecem com a característica da “sanção”¹⁴⁰ para o caso de seu descumprimento. Na compreensão de Emmanuel Matta, “é o primeiro ato criador do direito” (MATTA, 1994, p. 158). Nessas condições, muitas especulações em torno da *Grundnorm* se deram ao longo dos anos, assim que a *Teoria Pura do Direito* estabeleceu suas determinações, como sendo esse pressuposto de validade. Na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, o Mestre de Viena pontua mais aspectos acerca disso:

¹³⁹ Sobre isso, explica Hans Kelsen, ao se referir sobre a *Grundnorm*, que: “Ela representa o supremo fundamento de validade de todas as normas jurídicas que formam o ordenamento jurídico. Somente uma norma pode ser o fundamento da validade de uma outra norma” (KELSEN, 1986, p. 328).

¹⁴⁰ Nesse contexto, é digno de se observar que: “Por outro lado, a *Grundnorm*, ao limitar-se a ordenar o seguimento da Constituição sem contemplar sanção alguma, careceria do elemento coativo, essencial ao Direito, sendo como muito, uma norma incompleta e dependente” (TELLA, 1999, p. 177).

Essa norma fundamental estabelece a validade do Direito positivo e expressa o caráter hipotético-relativo de um sistema de normas investido apenas da validade do Direito positivo. Ela não é apenas a hipótese de uma teoria especial do Direito. Ela é simplesmente a formulação do pressuposto necessário para qualquer compreensão positivista de matérias jurídicas. Ela apenas eleva ao nível da consciência o que todos os juristas fazem, mesmo inconscientemente, quando, na compreensão da sua matéria, rejeitam o direito natural (i. e., limitam-se ao Direito positivo) e, ainda assim, consideramos dados da sua cognição não como meros fatos de poder, mas como leis, como normas (KELSEN, 2010, p. 563).

Se considerarmos a ideia do perfil neokantiano sobre o conteúdo da *Grundnorm*, podemos dizer que ela não tem em si uma definição expressa quanto a isso, uma vez que ela, em regra, se reporta ao entendimento de outro contexto, com um caráter “sugestivo” e “indicativo” de referência à “primeira Constituição histórica”¹⁴¹. Assim, já foi visto que à medida que as normas jurídicas inferiores encontram o seu fundamento de validade nas normas jurídicas superiores, chegaremos inegavelmente às Constituições, e, as remetendo-se à proximidade da *Grundnorm*, teríamos sua relação com outra Constituição, assim denominada por Kelsen de “Constituição original”¹⁴². Sobre isso, pontua ele que “isso quer dizer que o positivismo jurídico não vai além dessa constituição original para apresentar uma justificativa material e absoluta da ordem jurídica” (KELSEN, 2010, p. 564).

Dando um caráter inclusive inovador acerca do tema, é possível distinguir um aspecto *externo* e um *interno* da Norma Fundamental, uma vez

¹⁴¹ A respeito disso, esclarece Kelsen: “A validade, histórica, da primeira Constituição de um Estado, é fundamentada na pressuposta validade da norma fundamental” (KELSEN, 1986, p. 333). No mesmo sentido “Essa é a norma de uma ordem jurídica positiva, a razão final para a sua validade, vista do prisma de uma ciência do Direito positivo. É a razão conclusiva para a validade do Direito positivo porque, a partir desse prisma, é impossível supor que a natureza ou Deus ordenem a obediência à primeira constituição histórica, que os pais da constituição foram autorizados a estabelecerem-na pela natureza ou por Deus” (KELSEN, 2001, p. 256).

¹⁴² Tratando disso com clareza, Gabriel Dias também se ocupa da abordagem nesse perfil da Constituição histórica, dizendo que: “Na medida em que a norma fundamental concede ao indivíduo ou aos indivíduos a competência para estabelecer as normas que representam a primeira Constituição histórica, ela incorpora e fundamenta *pari passu* a força normativa da ordem dirigida aos indivíduos submetidos ao direito para que aceitem as normas promulgadas como válidas, ou seja, vinculantes. Em outras palavras, a norma fundamental dispõe de um conteúdo declaratório duplo na medida em que – em primeiro lugar – afirma que determinados indivíduos possuem competência jurídica para estabelecer normas constitucionais e – em segundo lugar – ordena que as pessoas submetidas ao direito devem considerar o ordenamento jurídico como vinculante. Como toda norma do ordenamento jurídico acaba por desembocar gradualmente na norma fundamental, esta por sua vez garante obrigatoriedade a toda norma do ordenamento jurídico” (DIAS, 2010, p. 314).

que, por seu caráter *externo*, existe a “remissão” e a “indicação” de observância à “primeira Constituição histórica”. Ela não traz, em si, uma sanção¹⁴³ expressa para o caso de não cumprimento de seus postulados, como normalmente se dá com os padrões de normas jurídicas convencionais, embora nessa faceta *externa*, como se disse, ela mantenha um caráter “contínuo” e “permanente” de se reportar àquela “Constituição histórica”.

Já no seu contexto *interno*, se comparado às normas jurídicas convencionais, ela é “vazia ou neutra de conteúdo”¹⁴⁴, estabelecida sob aquela condição de ser uma “hipótese lógico transcendental” ou “ficção jurídica” para complementação de todo o sistema jurídico normativo. Gabriel Nogueira Dias, dedicado ao tema, e conhecedor da *Teoria Pura do Direito* e do pensamento de Kelsen, indica que:

Por ser condição lógico-transcendental do conhecimento jurídico-científico do ordenamento jurídico – é desprovida de conteúdo, resta a questão de como essa relação entre a norma fundamental e as normas jurídicas do ordenamento jurídico pode ser pensada e representada (DIAS, 2010, p. 254).

Registre-se ainda que essa perspectiva *interna* de não se ter um conteúdo expresso, como se dá com as normas do tipo comum, não prejudica nem invalida a existência dela, uma vez que se ela é uma relação do conhecimento de Kant com a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, não se exige propriamente que ela possua essa característica. Mesmo na feição *interna* do seu “desenho filosófico kantiano”, não se exige dela, também, a existência de sanção para o caso do seu não cumprimento, como ocorre, por exemplo, com a penalidade de multa para um contribuinte que não realiza certo pagamento na data estabelecida. Dessa maneira, uma vez que a Norma Fundamental se comunica com o ordenamento jurídico em geral, trazendo aquele suporte de

¹⁴³ Sobre tal ponto, vale enfatizar que o próprio Kelsen já reconheceu a existência de normas jurídicas sem sanção, como explica: “Nas ordens jurídicas modernas só muito excepcionalmente se encontram normas que são o sentido subjetivo de atos de legislação e que prescrevem uma determinada conduta sem que a conduta oposta seja tomada como pressuposto de um ato coercitivo que funcione como sanção” (KELSEN, 1999, p. 60).

¹⁴⁴ Abordando tal aspecto da norma, acrescenta Maria Jose Falcon Y Tella que “no que se refere ao conteúdo, o da norma básica é de natureza formal” (TELLA, 1999, p. 181). Nesse sentido ainda esclarece Péricles Prade que “norma hipotética, que não tem subjetividade humana” (PRADE, 2000, p. 120).

validade, voltado a uma razão de validez ao sistema, ela não é desmerecida por não deixar, quanto ao conteúdo, uma clareza dos “indicativos” e fins estabelecidos na condução a ser seguida por ela.

Nem mesmo do intérprete da *Grundnorm* se exige que esse conteúdo transpareça, considerando a formação de sua estrutura, podendo-se, todavia, adotar uma compreensão de conteúdo meramente “declaratório” quanto ao fator *externo* de respeito “à primeira Constituição histórica”, ou “primeira Constituição original”¹⁴⁵. Vale dizer, é nessa remição de um sistema escalonado de normas já referido que se tem a relação de conteúdo “declaratório” com aquela “Constituição original”¹⁴⁶ em termos expressivos da sua vontade. Como parte do ordenamento jurídico, ela tem aquele sentido já declarado de “ficção epistemológica”, como bem aponta Maria Jose Falcon Y Tella. Ela tem uma “função validadora do ordenamento jurídico, ao que confere unidade, coerência e plenitude” (TELLA, 1999, p. 182).

Norberto Bobbio, atento também ao aspecto de conteúdo e de fundamento de validade da própria Norma Fundamental, acrescenta que:

À pergunta “em que ela se funda”, deve-se responder que ela não tem nenhum fundamento, pois, se o tivesse, deixaria de ser a norma fundamental, mas existiria uma outra norma superior da qual ela depende. Seja como for, permaneceria sempre em aberto o problema do fundamento dessa nova: e esse problema só poderia ser resolvido remontando-se mais uma vez a outra norma ou aceitando-se a nova norma como postulado. Todo sistema tem um início. Questionar-se sobre o que existia antes desse início é um problema mal colocado. A única resposta que se pode dar aos que queiram saber qual é o fundamento é que, para sabê-lo é preciso sair do sistema. Sendo assim, no que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que, se esse é um problema, não é mais um problema jurídico, mas um problema cuja solução deve ser buscada fora do sistema jurídico, ou seja, fora

¹⁴⁵ Comentando sobre o tema, destaca Emmanuel Matta que: “a norma fundamental positiva ou historicamente primeira, que enuncia: obedecei ao legislador originário” (MATTA, 1994, p. 151). Tratando também sobre o tema, Simone Goyard Fabre acrescenta que: “Num sistema assim, em que as contradições, os conflitos entre normas e as lacunas são impossíveis, a *Grundnorm*, enquanto norma principal, confere uma unidade identitária. Mas ela é também o axioma básico que é preciso supor para que seja determinada uma ordem jurídica. Portanto, ela é, ao mesmo tempo, condição de validade das normas do edifício jurídico e condição de possibilidade, isto é, de pensabilidade, de todas as regras que pertencem ao sistema” (FABRE, 2002, p. 351).

¹⁴⁶ Ainda sobre o tema, Miguel Reale, ao tratar da *Grundnorm*, também associa esta ao primeiro órgão constituinte histórico, dizendo que “age de conformidade com a ordem de competências que decorre da Constituição vigente, cuja validade vem de uma norma fundamental, insuscetível de referir-se logicamente a qualquer outra norma superior” (REALE, 1996, p. 467).

daquele sistema em que é postulada a norma fundamental. (BOBBIO, 2007, p. 223).

Essas premissas de observância extrajurídica quanto ao conteúdo da *Grundnorm* e o seu próprio fundamento de validade fazem dela uma norma “diferenciada” ou, pelo menos, não ser norma jurídica de padrão convencional. É uma norma “pressuposta” no pensamento jurídico com validade relacionada de fundamento e de perspectiva de “delegação” que existe de “cima para baixo”, se considerarmos a formação estrutural do ordenamento jurídico.

Isto é, esse ato de “delegação originária” também oferece confluência e harmonia por diversos ângulos em que se posicione a questão, lembrando ainda o próprio Norberto Bobbio que “o fato de essa norma não ser expressa não significa que ela não exista” (BOBBIO, 2007, p. 221), pois, de uma forma ou de outra, ela sempre terá aquele fundo de validade e de legitimidade para toda a estrutura jurídica. Ela passa, dessa forma, a descrever seu objeto como um sistema de normas válidas.

Como lembra Emmanuel Matta, “em razão dela é que a constituição historicamente primeira adquire a significação objetiva de uma norma jurídica válida: devemos conduzir-nos de conformidade com a primeira Constituição” (MATTA, 1994, p. 157). Discorrendo ainda acerca do status da *Grundnorm* e reafirmando que ela não é de “direito positivo”, acrescenta Robert Alexy, mencionando Kelsen, que tal *status* da Norma Fundamental pode ser determinado por quatro características, “pressuposto necessário, pressuposto possível, norma pensada e insuscetibilidade de fundamentação” (ALEXY, 2011, p. 129).

Por conseguinte, note-se que o sentido da Norma Fundamental é bem diverso daquela expressão cotidiana de que a teoria pura está acostumada a tratar. A *Grundnorm* não se enquadra naquela referência de “juízo hipotético” com o componente de sanção jurídica segundo já tratado no capítulo “2” desse trabalho. Naquele momento, levando em conta a acepção da “norma jurídica”¹⁴⁷ em sua estrutura e conteúdo, verificou-se que a sua perspectiva

¹⁴⁷ Discorrendo sobre o objeto das normas, explica Hans Kelsen na obra *Teoria Geral das Normas* que: “Objeto de uma norma é aquilo que está prescrito numa norma, fixado como devido, é a conduta de um ser dotado de razão e de vontade – segundo nossa concepção de hoje – é a conduta de uma pessoa”. (KELSEN, 1986, p. 113).

geral de apresentação se expressa por meio da fórmula “Se **a**, (então) **O** deve fazer **x**”. Isto é, se ocorrer um determinado evento “**a**”, o órgão (**o**), deve agir de determinada maneira (**x**), isto é, determinando alguma medida posterior.

Kelsen, ao se referir sobre a Norma Fundamental na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, pontua que:

A norma fundamental hipotética que estabelece o legislador original expressa essa pressuposição; ela a formula conscientemente e nada mais. Isso quer dizer que o positivismo jurídico não vai além dessa constituição original para apresentar uma justificativa material e absoluta da ordem jurídica. Ele para nesse ponto. A norma fundamental é um pressuposto indispensável, porque, sem ela, o caráter normativo do evento histórico fundamental não poderia ser estabelecido. Este ato último, ao qual recorre o jurista positivamente e além do qual ele não prossegue, é interpretado como um ato de legiferação, já que é expressado na norma fundamental, a qual, por sua vez, não é justificada por uma norma superior e, portanto, transmite apenas validade hipotética (KELSEN, 2010, p. 564).

Esse recurso que Kelsen utiliza, de buscar tal fundamento de validade na *Grundnorm*, vem como condição de compreensão da *Teoria Pura do Direito* e, por consequência, se associa a possibilidade do conhecimento jurídico¹⁴⁸. É a ferramenta que Kelsen se utiliza para construir uma notável teoria segundo aquele pressuposto metodológico fundamental. Não sendo a Norma Fundamental expressa, passa ela a ser “pressuposta” para fundar o sistema normativo, exigindo-se assim que exista uma “norma última” que se não existisse, seria inútil toda essa discussão.

Lembra também Gianluigi Palombella, ao comentar sobre o sistema dinâmico e também a filosofia do direito de Kelsen, que:

¹⁴⁸ Nesse aspecto, explica Emmanuel Matta, que: “Há de ser uma hipótese do conhecimento jurídico, um suposto gnosiológico do jurista, a norma fundamental última, espécie de direito natural lógico-transcendental, no sentido de KANT, que opera como condição de possibilidade do conhecimento da realidade jurídica, servindo de fundamento lógico para a validade de todo o sistema normativo, que se compõe de uma série de atos jurídicos, ditados e estabelecidos numa ordem escalonada referida, em última análise, à primeira constituição histórica [...] que há de valer como norma aquilo que o primeiro órgão constituinte histórico manifestou como vontade sua ou as ordens do legislador originário – monarca ou parlamento – devem ser obedecidas. O seu sentido é duplo: forma o ponto de partida lógico-gnoseológico que evita o regressus in infinitum do pensamento do jurista e garante a unidade do Direito como objeto da Ciência Jurídica” (MATTA, 1994, p. 168).

A norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo nada mais é que a regra fundamental pela qual são produzidas as normas do ordenamento jurídico. Esse é o ponto de partida de um ordenamento; tem caráter absolutamente dinâmico-formal (PALOMBELLA, 2005, p. 171).

Nesse sentido, grande parte das equivocadas interpretações que se deu para a *Grundnorm* de Kelsen deve-se à falta de compreensão sobre sua função, uma vez que é possível constar, ainda, uma unidade conferida por ela a partir da concepção neokantiana imaginada pelo Mestre de Viena. A discussão nesse particular indica também quando se busca o fundamento da própria Norma Fundamental como ordenamento jurídico positivo¹⁴⁹. Na indicação de Maria Jose Falcon Y Tella, tem-se uma “evidente influência da filosofia kantiana das formas, categorias ou ideias *a priori*, acopladas ao campo das ciências jurídicas” (TELLA, 1999, p. 179).

Por essas condições, a pesquisa entre Kant e Kelsen é adequadamente “justificada” e correta com essa visualização das concepções kelsenianas de fonte kantiana, como, aliás, ensina o sempre atento Norberto Bobbio, ao tratar do paralelo entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Lembra ele que “a teoria pura do direito de Kelsen (o qual, de resto, como é sabido, se professa kantiano em vários momentos)” (BOBBIO, 2015, p. 111).

A *Grundnorm* é assim uma alternativa mais que possível, extraindo-se dela o sentido de sua compreensão, uma vez que, para a teoria normativa é a Norma Fundamental que institui o poder de produzir normas jurídicas válidas para um determinado território e para uma determinada população.

Relacionando ainda o teor da *Grundnorm* com o sentido das próprias Constituições, é possível encontrar uma compatibilidade e uma relação de “afinidade”, como esclarece o próprio Kelsen:

¹⁴⁹ Com propriedade, apresenta Bobbio considerações satisfatórias quanto a esse tema, relacionando ainda ao estudo do poder. “Todo poder vem de Deus (*omnis potestas nisi a Deo*). [...] O dever de obedecer ao poder constituído deriva da lei natural. Por lei natural entende-se uma lei que não foi posta por uma autoridade histórica, mas é revelada ao homem através da razão. [...] O dever de obedecer ao poder constituído deriva de uma convenção originária, da qual o poder extrai a própria justificação” (BOBBIO, 2007, p. 224). Como se nota o estudo do poder também se relacionar com o estudo da *Grundnorm*. Por esse viés, o que concluiria o sistema não seria propriamente o mundo das normas, mas sim a própria referência de poder ou como cita Bobbio, “E se não existe direito sem poder, aquilo que transforma em última instância o poder em direito é a norma fundamental ou o poder efetivo” (BOBBIO, 2007, p. 167).

Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembleia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração. O documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida. [...] Todos esses atos pertencem a uma mesma ordem jurídica porque a origem de sua validade pode ser remontada – direta ou indiretamente – à primeira constituição. Pressupõe-se que a primeira constituição seja uma norma jurídica de caráter obrigatório, e a formulação da pressuposição é a norma fundamental dessa ordem jurídica (KELSEN, 2010, 168).

Por essas considerações, é correto enaltecer também a Norma Fundamental como “hipótese da razão”, que, assim como ocorre com a natureza, o direito também se torna um “todo”, com a sua importância e o seu sentido, por meio de um conhecimento científico que enxerga na *Grundnorm* seu referencial de trabalho. E é bem à “maneira kantiana” que Kelsen constrói uma das teorias mais consistentes, reflexivas e “debatidas de todos os tempos”¹⁵⁰, tanto do ponto de vista “jurídico” como também do ponto de vista “filosófico”. A propósito, ao indagar sobre qual seria a natureza da *Grundnorm* para Kelsen, Maria Jose Falcon Y Tella explica que “Kelsen manifesta uma inclinação empirista, ao considerar sua criação como um fato, se bem transcendente ao sistema jurídico” (TELLA, 1999, p. 178).

¹⁵⁰ Importante salientar ainda que a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen foi alvo de várias “críticas” em diversos momentos, podendo-se citar algumas como “pode-se, portanto, concluir que a também a tentativa de Kelsen, em 1965, de conciliar a definição da norma fundamental com a própria definição de norma jurídica não consegue unificar os dois elementos heterogêneos, mas limita-se a propor um artifício verbal para encobrir – sem infelizmente resolver – a inconciliabilidade da definição de norma fundamental com as outras partes da teoria pura do direito” (LOSANO, 2010, p. 87). Mais ainda, “Raras foram às ideias da teoria do direito que provocaram tanta polêmica quanto à ideia de uma norma fundamental. A polêmica concentra-se em quatro pontos: a necessidade, a possibilidade, o conteúdo e o status da norma fundamental” (ALEXY, 2011, p. 117). Outra crítica versa sobre a postura de Kelsen em não conter nenhuma axiológica dentro de um relativismo cético. Sobre isso, esclarece Emmanuel Matta que “O que KELSEN sustenta é coisa diversa: é que este problema não pode ser resolvido no plano estritamente científico e, pois, não se pode estabelecer rigorosamente, cientificamente, uma axiologia Jurídica” (MATTA, 1994, p. 33).

Nessa mesma linha argumentativa da *Grundnorm*, associada à hipótese da razão, lembra também Simone Goyard Fabre que:

Kelsen mostra que uma necessidade da razão, enquanto exigência pura universal, é o princípio regulador de todos os si temas jurídicos positivos. Assim, toda ordem de direito é um espaço normativo ou, se preferirem, uma estruturação normativa da experiência na qual se decifra a apresentação, no sentido kantiano do termo, de uma ideia da razão (FABRE, 2002, p. 353).

Portanto, independentemente do formato a que se chega a esse respeito, também não é equivocado o pensamento de que a Norma Fundamental é uma hipótese do conhecimento jurídico, inserido nos parâmetros de “ficção” estabelecido na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*. Talvez ela mesma não necessite de justificação, confundindo-se, em certo modo, com a “primeira constituição histórica”.

3.2.1 Condições de existência e papel da norma fundamental

Quanto à condição de existência da *Grundnorm*, é importante ressaltar ainda, com apoio em Joseph Raz, que “norma fundamental é a única original” (RAZ, 2012, p. 87). Ademais, por se tratar de uma norma pressuposta, ela faz parte do sistema jurídico com funções, como já se viu, definidas e relevantes. Ela ocupa uma posição específica dentro do sistema jurídico, uma vez que é a única que não é uma norma positivada, ou seja, não é uma norma criada pelo poder público ou advindo de um poder legislativo associado a uma atuação estatal¹⁵¹. Como bem destacado por Simone Goyard Fabre, sobre a Norma Fundamental:

A hipótese da *Urnorm* (ou *Grundnorm*) não é uma hipótese de trabalho simplesmente operatória; ela é, se nos for permitido utilizar por analogia um conceito da teoria kantiana do conhecimento, a condição lógica transcendental de uma ordem de direito – noutras palavras, uma ideia pura fundadora que, tal como um alicerce arquitetônico, é a única que permite

¹⁵¹ Também nesse sentido explica Joseph Raz que: “A norma fundamental existe, ou seja, é válida: A norma fundamental é pressuposta como uma norma válida. Ela é parte do sistema jurídico porque tem funções juridicamente relevantes” (RAZ, 2012, p. 88)

conhecer ao ato ou ao fato constituinte e aos atos ou fatos realizados em conformidade com essa Constituição (FABRE, 2006, p. 248).

Nessa discussão, ainda se destaca que a *Grundnorm* tem uma função criadora de normas, ou seja, um ponto de partida de criação. É a única norma com condição de estabelecer tais parâmetros de definição e de criação legislativa original¹⁵². Referida nestes termos, portanto, como uma norma criadora de normas, cuja condição de existência, nesta partida inicial, não inclui a existência de outras normas criadoras de leis¹⁵³.

Ademais, é adequado registrar também, segundo Kelsen, que a existência da Norma Fundamental está ligada à sua validade, pois: “A existência de uma norma é a sua validade. É a essa validade que se refere o conceito de dever-ser. Que uma norma possui validade significa que o indivíduo deve conduzir-se como estipula a norma” (KELSEN, 2001, p. 208). Nessas condições, o comportamento humano passa a ser regulado pelo teor da norma jurídica, uma vez estabelecido aquele seu conteúdo regulatório, nos mais diversos temas em que o mundo das leis venha assim estabelecer.

E qual seria a razão para que uma norma jurídica deva ser obedecida?¹⁵⁴ Certamente que sua obediência está ligada à imposição estatal de convivência em sociedade, no intuito de organização social e obrigatoriedade de uma conduta específica. O próprio Hans Kelsen, tratando sobre a existência e a validade das normas, assim esclarece:

O motivo para a validade do Direito, segundo todos os três, é uma norma fundamental hipotética. Assim como a norma fundamental do positivismo jurídico não é emitida pela autoridade jurídica, mas pressuposta no pensamento jurídico, as normas fundamentais da doutrina do Direito natural e da teologia cristã não são emitidas pela natureza ou por Deus,

¹⁵² A respeito disso, “A norma fundamental é a única norma original” (RAZ, 2012, p. 86).

¹⁵³ Nesses termos, tem-se: “Assim, o conceito de norma fundamental tem a finalidade de impedir que a teoria de Kelsen, sobre a criação de normas fique presa em um círculo vicioso ou em uma regressão infinita” (RAZ, 2012, p. 89).

¹⁵⁴ Acerca disso, explica também Hans Kelsen que: “Por que uma pessoa deve conduzir-se como a norma prescreve? Porque a validade de uma norma é o seu modo específico de existência, porque o motivo para a validade de uma norma é também o fundamento da sua existência. O motivo para validade de uma norma é sempre outra norma, nunca um fato” (KELSEN, 2001, p. 213).

mas pressupostas como hipóteses por essas doutrinas. (KELSEN, 2001, p. 257).

As normas jurídicas devem, portanto, ser obedecidas em termos práticos, gerando os efeitos desejados e regulamentando determinado assunto estabelecido por seu legislador. Em outras palavras, o comportamento humano passa a ser regulado por tal norma, que ligada à validade, existe e deve ser obedecida.

Demonstre-se ainda uma diferença no sentido de que a Norma Fundamental não se apresenta como um produto específico de compreensão, como se dá com as normas jurídicas em geral. Vale dizer que ela difere a partir da pressuposição já apresentada, do tratamento usual na compreensão do direito, como se refere Pierluigi Chiassoni, ao tratar de questões terminológicas e primárias quanto a esse tema. Vejamos:

A norma é, de qualquer modo que se a entenda, o elemento primário, constitutivo, do direito ou, como também costuma-se dizer, dos ordenamentos ou sistemas jurídicos positivos (“*legal orders*”, “*legal systems*”, “*ordenes jurídicos*”, “*sistemas jurídicos*”, “*ordonnancements juridiques*”, “*systèmes juridiques*”, “*Rechtsordnungen*” “*Rechtssysteme*”, etc) (CHIASSONI, 2017, p. 73).

Em relação ao papel da Norma Fundamental¹⁵⁵, é possível ressaltar duas funções distintas. A primeira seria o que distingue um sistema de uma pluralidade de normas e quando uma norma pertence a certo sistema. A segunda, a compreensão da *Grundnorm* como razão última da validade das outras normas jurídicas. Nessa discussão, Joseph Raz acrescenta que: “Kelsen afirma diversas vezes que a única função da norma fundamental é autorizar a criação da Constituição originária” (RAZ, 2012, p. 134).

Nesse mesmo aspecto, é bom destacar que a *Grundnorm* é a única norma que pertence a todas as cadeias de validade e, desse modo, é fundamental para os critérios de identificação da *Teoria Pura do Direito*. Tais critérios têm o propósito de atribuir formas para identificação se uma norma

¹⁵⁵ Tratando ainda da função da Norma Fundamental, explica o próprio Kelsen que: “A função específica da norma fundamental de uma ordem jurídica positiva, que constitui o valor jurídico, é servir como fonte última do Direito, isto é, como razão da validade da constituição de uma ordem jurídica” (KELSEN, 2001, p. 363).

qualquer pertence ou não a certo sistema jurídico¹⁵⁶. Para tanto, novamente Joseph Raz aduz que:

A norma fundamental que ele pressupõe é a que autoriza todas essas normas e nenhum outra. Tendo em vista estas duas explicações, a pressuposição de uma norma fundamental não a cria nem mesmo determina seu conteúdo. É melhor considerar as normas fundamentais como normas necessárias, ou seja, considerar que em todo o sistema jurídico há necessariamente uma e apenas uma norma fundamental. As normas fundamentais, portanto, existem sem ser criadas. O conteúdo de uma norma fundamental em uma ordem jurídica específica “é determinado pelos fatos por meio dos quais um ordenamento é criado e implementado”. Seu conteúdo varia de acordo com o sistema. A norma fundamental de qualquer ordem jurídica positiva confere autoridade legal apenas sobre os fatos pelos quais é criado e aplicado um ordenamento que, de modo geral, é eficaz. A norma fundamental qualifica certo evento como o evento inicial na criação das várias normas jurídicas (RAZ, 2012, p. 89).

Nessas diretrizes apontadas, a Norma Fundamental¹⁵⁷ aparece como o fundamento de validade dos ordenamentos jurídicos, uma vez que estabelece uma relação de significação entre uma questão epistemológica e o que ela mesma fundamenta, isto é, ela transparece a exigência do espírito sem a qual não seria possível a construção de certo sistema jurídico. Como anota Simone Goyard Fabre “não tem de ser confirmada, já que é o próprio fundamento da possibilidade do direito” (FABRE, 2006, p, 249). Em outros termos, ela tem um papel indispensável na união de diversos conceitos jurídicos entre si.

3.3 Positivismo jurídico kelseniano, pureza e método

¹⁵⁶ Dessa maneira, lembrando de Kelsen, explica sobre isso Joseph Raz que: “Segundo Kelsen, a questão de saber se determinada norma, N₁, pertence a certo sistema é resolvida quando se determina se o sistema contém uma norma que autoriza a criação de N₁. Se ele contiver, N₁ pertence àquele sistema; caso contrário não pertence” (RAZ, 2012, p. 136).

¹⁵⁷ Comentando ainda sobre o tema e relacionando Kant e Kelsen, afirma Simone Goyard Fabre que: “A pedra de toque do método transcendental se concentra, portanto, tanto para Kelsen como para Kant, na capacidade que o pensamento tem, no movimento crítico que o vincula ao corpus do direito positivo em geral, de elucidar e de legitimar suas estruturas e suas conexões. O projeto da teoria pura kelseniana é, assim, o de responder não à pergunta *Quid jus?*, enredada na facticidade e na empiria, mas à pergunta *Quid jus?*, pela qual a razão está em busca do princípio unitário a priori que regula a reflexão sobre o direito positivo” (FABRE, 2006, p. 235).

Ponto a ser debatido ainda neste estudo versa sobre como se dá o postulado do positivismo jurídico a partir da diretriz kelseniana, em lidar com a assertiva do "direito posto". Em outras palavras, sendo Hans Kelsen um "positivista analítico"¹⁵⁸, como é possível dimensionar diferentes tipos de "positivismo" com a pureza estabelecida por ele junto com o próprio método escolhido para seus projetos.

O próprio Kelsen, ao tratar da positividade do direito, enaltece que "o direito é sempre direito positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos, sendo, desse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas" (KELSEN, 2010, p. 166). Nota-se assim que ele adota uma postura rígida quanto ao fato de a ciência jurídica voltar-se precipuamente para o direito positivo, sendo Kelsen, aliás, conhecido como o maior de todos os positivistas. Kelsen trata do positivismo, inclusive, relacionando a verificada *Grundnorm* e apontando que "a norma fundamental não é uma norma construída, mas, sim, uma norma hipotética, pressuposta; ela não é Direito positivo, mas apenas a sua condição" (KELSEN, 2010, p. 573).

Dessa forma, percebe-se uma preocupação específica de Kelsen com o sentido do positivismo jurídico, levando-se mais a sério o fato de que o positivismo seria apenas a "determinação" ou a ideia do "direito posto". Com efeito, na obra *O positivismo jurídico*, Norberto Bobbio pontua a expressão positivismo jurídico como aquela que "deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural" (BOBBIO, 2006, p.15)¹⁵⁹. Esse tema, portanto, assim como de resto não é diferente em Kelsen, segue uma linha de análise muito diversa do direito natural, como o mesmo Bobbio enfatiza:

¹⁵⁸ Nesse sentido: "Na segunda metade do século, imediatamente após a conclusão do segundo conflito mundial (a segunda, trágica, "guerra europeia"), outros estudiosos seguiram, com notável originalidade, as pegadas de Kelsen e aquelas, nunca de todo apagadas, de Bentham e de Austin, fortalecidos pela ampla bagagem metafilosófica e metodológica da filosofia analítica, nas variantes do positivismo lógico (neoempirismo) e da chamada filosofia da linguagem ordinária" (CHIASSONI, 2017, p. 415). Na mesma linha se tem a preocupação com a análise da interpretação das regras jurídicas efetivas postas pelo Estado. Referindo-se especificamente acerca da *Teoria Pura do Direito*, explica Emmanuel Matta que "KELSEN é realista quando faz Teoria Pura do Direito. [...] É, portanto, uma teoria realista, empírica e objetiva" (MATTA, 1994, p. 44).

¹⁵⁹ O próprio Norberto Bobbio, na obra *jusnaturalismo e positivismo jurídico*, ao discorrer sobre diferentes históricos do positivismo, indica formas como ele tem se apresentada, "1) como um modo de aproximar-se do estudo do direito; 2) como determinada teoria ou concepção do direito; 3) como certa ideologia da justiça" (BOBBIO, 2015, p. 130).

Por jusnaturalismo entendo a teoria da superioridade do direito natural sobre o positivo; por positivismo jurídico, a teoria da exclusividade do direito positivo. O jusnaturalismo é dualista, o positivismo jurídico, monista. [...] A máxima fundamental do positivismo jurídico como ideologia pode ser formulada deste modo: devem-se obedecer às leis enquanto tais; a máxima do jusnaturalismo, deste outro modo: devem-se obedecer às leis apenas enquanto forem justas (BOBBIO, 2015, p. 130).

O próprio positivismo jurídico não é unânime na sua compreensão, uma vez que existem vários tipos de enfoques positivistas, inclusive o clássico idealizado por Auguste Comte (1798-1857). Nessa determinação dos diferentes tipos de positivismo jurídico e até nas críticas¹⁶⁰ que ele, em certos momentos recebe, percebe-se uma “afinidade” específica de Kelsen, com o sentido da importância da “norma jurídica”. Não é demais repetir que Hans Kelsen adota, em seu pensar na ciência positiva, um tipo “normativo-descritivo”, isso porque, como já visto anteriormente, o objeto de estudo é a “norma” em que a ciência jurídica “descreve”, por meio dela, uma proposição que tem no “dever-ser” sua forma máxima de compreensão. Assim, o positivismo jurídico ganha, na pessoa Kelsen, uma perspectiva a mais de se compreender que estaríamos diante do fato de que somente o direito positivo é direito, ou de que o direito deve ser produzido por uma autoridade constituída de acordo com padrões de procedimento.

Nessa discussão positivista, José Francisco de Assis Dias também registra com propriedade a relação entre Kelsen e o próprio Norberto Bobbio, nas seguintes condições:

Hans Kelsen ocupou um lugar fundamental não só nos estudos bobbianos sobre a *Teoria do Direito*, mas também naqueles da *Teoria Política*. [...] A ele, Bobbio dedicou vezes enciclopédicas, artigos, resenhas, por fim um volume coletânea, *Diritto e potere, Saggi su Kelsen*, 1992. Nesse volume foram reunidos dez escritos sobre Hans Kelsen, redigidos entre os anos 1954 e 1986. Esse volume é dividido

¹⁶⁰ Nesse sentido, lembra Friedrich Muller sobre o novo paradigma do direito, em que “a premissa de um dos erros mais fundamentais do positivismo na ciência jurídica como algo que repousa em si e preexistente, é a separação da norma e dos fatos do direito e da realidade” (MULLER, 2009, p. 41).

em três partes, a primeira parte trabalha as críticas movidas contra a teoria pura do Direito kelseniana: *La teoria pura del diritto e i suoi critici*; a segunda parte trabalha a relação entre o Direito e o poder político: *Diritto e potere*; e a terceira e última parte confronta Weber e Perelman a Hans Kelsen, lembrando também Ernest Roguin: *Raffronti* (DIAS, 2008, p. 105).

Em outra forma, Michel Villey, ao se referir a Kelsen, explica que “seduzido pelo cientificismo dominante, procurou reduzir o direito ao estado de ciência positiva” (VILLEY, 2008, p. 185). Por essas condições, Kelsen assume uma posição mais extremada, de certa forma até “radical”, vinculando à pessoa do jurista a interpretação literal ou lógica da “norma”. Outras interpretações que se refiram a certos valores não são aceitáveis como adequadas, excluídas assim por Kelsen, como forma de se comprometer ainda mais a ciência normativa. Como se vê, Kelsen mantém seu compromisso e integridade com a ciência positiva de normas, considerado também por isso, como notável positivista, uma vez que, para ele, a ciência jurídica se inicia, se realiza e se conclui na norma jurídica.

O positivismo, em termos gerais, sempre trabalhou com a assertiva de que o juiz está submetido à vontade da lei. Ele vê o juiz como um executor da lei, na medida em que ela deve ser aplicada o máximo possível, de uma forma até “mecânica” e sem realizar um exame crítico na sua aplicação, ou mesmo fugindo de padrões que não retratem a sua adequada validade. O magistrado, em outros termos, nesse enfoque positivista, torna-se um “escravo da lei”, sem poder de “discussão” acerca de outros elementos, como a justiça da norma ou mesmo sobre sua “eficácia”. Segundo Carlos Santiago Nino:

A ciência jurídica, no modelo de Kelsen, é uma ciência normativa não porque formula normas, mas porque sua função é, exclusivamente, descrever normas; isto é, seu objeto de estudo são as normas jurídicas válidas em um determinado âmbito (NINO, 2015, p. 372).

É bom destacar também que a ciência do direito é muito ampla¹⁶¹, assim como é o próprio conceito de direito¹⁶², embora Kelsen, em diversos momentos, a reduza a uma concepção normativa, próprio de sua forma de explicitar o fenômeno jurídico. Embora outras considerações no universo do positivismo sejam também importantes, isso não faz parte do método adotado por Kelsen, quando descreve que o direito é sempre direito positivo. A obra *Teoria Pura do Direito* mostra-se, assim, completamente integrada com o positivismo “radical”, enfatizado pelo Mestre de Viena, nesse rigor em estabelecer o sentido normativo como o enfoque mais adequado para compreensão da *Grundnorm*.

Bem a propósito é a assertiva de Friedrich Muller acerca do positivismo clássico:

Tendo como pano de fundo o avanço das ciências naturais, o positivismo pretendeu integrar todo o conhecimento humano por meio da metódica empírica exata, liberta de toda e qualquer interpretação metafísica (MULLER, 2009, p. 115).

O próprio positivismo, em certa medida, também conviveu ao longo dos anos com os diferentes tipos de positivismo em que o universo das ciências jurídicas pudesse se enquadrar. Kelsen, acerca disso, realiza uma opção e uma preocupação em seu “positivismo analítico” pela interpretação das regras jurídicas estabelecidas pelo Estado,¹⁶³ confundindo inclusive o Estado como personificação da ordem jurídica nacional¹⁶⁴. Esse tema, todavia, não é objeto deste trabalho, uma vez que fugiria do enfoque proposto inicialmente.

¹⁶¹ Nesse sentido, vale acrescentar o que explica Gustav Radbruch na obra filosofia do direito “a ciência do direito é ciência cultural compreensível, e, como tal, caracterizada por três indícios: é uma ciência compreensível, individualizadora e referida a valores” (RADBRUCH, 2016, p. 177).

¹⁶² “A coordenação objectiva das acções possíveis entre vários sujeitos, segundo um princípio ético que as determina, excluindo qualquer impedimento” (DEL VECCHIO, 1979, p. 363).

¹⁶³ Dessa forma, vale indicar também o paralelo entre o pensamento de Kant com o de Kelsen acerca do fato de que Kant serviu de base às interpretações das teorias liberais e positivistas do direito e do Estado de Hans Kelsen. Daí porque o sentido de coercibilidade da filosofia do direito Kantiana, como crucial para as formulações de Kelsen sobre a coercibilidade da ordem jurídica. Nesse sentido, conferir com propriedade a obra de Newton de Oliveira Lima, *O Estado de direito em Kant & Kelsen*.

¹⁶⁴ Nesse mesmo sentido, lembra Simone Goyard Fabre acerca da inseparabilidade do Estado e do direito: “Ninguém melhor do que Kelsen soube mostrar em sua teoria pura do direito que o Estado moderno não se distingue da ordem jurídica que o organiza. Esse ponto é capital” (FABRE, 1999, p. 252).

O modelo kelseniano de normatividade no método de estudo da norma encontra sentido naquela “pureza”¹⁶⁵ já estabelecida como a forma mais adequada de compreensão da “norma hipotética fundamental”. Expulsando das ciências jurídicas as outras áreas do conhecimento, como Kelsen realiza, é possível notar um aperfeiçoamento que o mesmo autor estabelece, fazendo, desse mesmo positivismo, uma ferramenta adequada de como foram os caminhos seguidos por ele na sua construção da “ficção jurídica”.

A adoção, portanto, da “pureza” como método kelseniano não foi em vão, uma vez que só adotando essa sistemática, seria possível chegar às conclusões que Kelsen estabeleceu na sua teoria pura, de lastro “estritamente positivista”. Não seria científico para o seu pensamento se Kelsen não realizasse essa forma de escolha pela “pureza” como a via adequada até chegar à compreensão da *Grundnorm* e, de resto como um todo, da própria *Teoria Pura do Direito*.

Tudo isso, inclusive, obriga o cientista do direito a se preocupar com a exclusividade da norma e com o conteúdo normativo estabelecido por ela, tornando-se também uma forma original de cultivar o próprio positivismo. Enfim, é só dessa maneira que as formas kelsenianas de conhecimento podem ser bem aplicadas na teoria da Norma Fundamental, sintonizadas e apropriadas ao contexto de “pressuposição”.

Hans Kelsen, ao percorrer esse caminho com pano de fundo vinculado ao próprio positivismo específico de sua obra, realiza uma escolha pelo método kantiano de “comparar” o conhecimento, com os postulados da *Teoria Pura do Direito*. Essa reprodução vem também no mesmo sentido, durante a fase clássica de seu pensamento, mesmo que ele tenha, em certa medida, abandonado essa influência no final de sua vida, referindo-se à “norma hipotética fundamental” como uma simples “ficção jurídica”.

É possível sentir tal “analogia” em mais de um momento na obra de Kelsen, quando, por exemplo, além de buscar em Kant um pressuposto para sua noção de *Grundnorm*, se ocupa de questões outras, como teorias liberais e positivistas do direito e do Estado e, ainda, sobre a “coercibilidade” como

¹⁶⁵ Comentando acerca disso, tem-se ainda: A “pureza” kelseniana, insisto, não se dava no plano do “direito”, mas sim no nível meta-linguístico, da “ciência do direito” (STRECK, 2017, p. 45).

elemento da norma jurídica, também já realizadas por Kant nas noções de sua filosofia do direito. Essa escolha pela “analogia”¹⁶⁶ realizada por Kelsen certamente trouxe sucesso expressivo no seu intento, isso porque se tal não ocorresse, ou seja, se não tivesse aplicado a “pureza metodológica” na *Teoria Pura do Direito*, não teria tido a percepção atingida, como também fugiria da própria “cientificidade” almejada.

Além de tudo isso, vale enfatizar que o paralelo entre Kant e Kelsen também pode ser extraído da relação entre as “normas jurídicas convencionais”, já chamadas de “inferiores”, com os “imperativos hipotéticos” de Kant, assim como relacionar o teor da *Grundnorm* com o imperativo categórico kantiano¹⁶⁷. Gabriel Nogueira Dias nos traz ainda outro ponto que chama atenção nesse paralelo, segundo as escolhas realizadas por Kelsen, digno de destaque:

À luz da questão filosófica do conhecimento, tal como Kelsen a deduz da crítica da razão pura de Kant, ele interpreta de maneira renovada a problemática jurídico-científica de como a validade pode ser representada e qual seria sua essência. Sobre essa base, Kelsen, instrumentalmente, delineia a antinomia jurídico-científica que deve refletir e eliminar as dificuldades para a fundamentação da sua teoria do direito. Assim, enquanto no final do século XVIII Kant discute a questão de como são possíveis juízos sintéticos *a priori*, ou seja, como podem os juízos que ampliam o conhecimento serem anteriores a qualquer experiência? [...] Kelsen prepara o solo para seu conceito de validade no âmbito da ciência do direito (DIAS, 2010, p. 243).

¹⁶⁶ Apenas a título ilustrativo, é possível ainda lembrar da analogia entre Kelsen, com a *Grundnorm*, e o pensamento de Herbert Hart, com a defesa de uma institucionalização ou um padrão mínimo de aceitação do que poderia ser considerado como válido, ou seja, a chamada “regra de reconhecimento”. A respeito disso, consultar Alex Silva Gonçalves e Regio Hermilton Ribeiro Quirino. *A Norma Hipotética Fundamental de Hans Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Herbert Hart: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do Sistema Jurídico*. Revista sequência. Florianópolis: nº 78. Abril 2018. Também o próprio Herbert Hart assumindo, por exemplo, uma posição positivista mais branda, sustenta que “a norma provê consistam exclusivamente no tipo específico de fato simples que ele denomina questões de *pedigree*” (HART, 2012, p. 323).

¹⁶⁷ A esse respeito, é bom destacar que tal comparativo defendido aqui se dá apenas no campo teórico, uma vez que, entre os termos, existem outras diferenças que não se permite afirmar que são idênticos os conceitos ou mesmo que significam a mesma coisa. Uma das diferenças, por exemplo, que se pode trazer é o fato de o imperativo categórico não possuir um formato vazio de conteúdo, se comparado a *Grundnorm*, como já se disse.

Assim, nessa análise, Kelsen vai estabelecendo o seu fundamento de validade das normas já pensadas por ele e de grau inferior, em sintonia com as “normas jurídicas” estabelecidas acima dessas até chegar à Norma Fundamental como sendo aquele pressuposto “lógico transcendental” ou mesmo uma “ficção jurídica”. E mais. A razão da existência do direito nessa escolha ou nesse método buscado por Kelsen, segundo esse fundamento de validade, é pesquisada fora da norma positiva, com todo o rigor já descrito pelo Mestre de Viena.

Por essas considerações, é bom registrar que, no tocante ao fundamento de validade, existe a preocupação frequente no pensamento dos dois autores, uma vez que para Kant, esse fundamento está direcionado para a “liberdade”, enquanto para Kelsen, na assertiva da *Grundnorm*. É o que se explicitará no tópico seguinte.

3.4 Norma fundamental e fundamento de validade do direito em Kant

Kant também se interessou pelo tema da liberdade¹⁶⁸, podendo-se afirmar que, nesse contexto em especial, existiu certa influência de Rousseau¹⁶⁹ decisiva para sua compreensão. Inicialmente vale reproduzir um trecho do que sustenta o próprio Kant na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*¹⁷⁰, ao tratar do conceito de “liberdade” como chave da autonomia da vontade:

¹⁶⁸ Nesse sentido, Otfried Hoffe aduz que: “A liberdade é um conceito-guia, que determina toda a filosofia de Kant” (HOFFE, 2005, p. 226).

¹⁶⁹ Sobre isso, comenta Joaquim Carlos Salgado: “Kant recebe de Rousseau o princípio segundo o qual a vontade é livre em si e para si, e o faz objeto da *Crítica da Razão Prática*. [...] Em suma, a maior contribuição de Rousseau para a filosofia prática de Kant e que Beck considerou a revolução rousseauiana na moral – a par da copernicana – é justamente a identificação da liberdade com a lei, o que se dá no conceito de autonomia” (SALGADO, 2012, p. 153). Importante ainda registrar o interesse de Kelsen também para o tema da democracia. Ao tratar sobre ela, segundo o próprio Rousseau, explica Kelsen que: “Ao definir a liberdade como um estado em que o indivíduo obedece unicamente a si próprio, ou seja, submete-se apenas à sua própria vontade, Rousseau parte da ideia de liberdade natural, a liberdade da anarquia, incompatível com a sociedade” (KELSEN, 2019, p. 173). Em relação à democracia registra também Kelsen que: “Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo” (KELSEN, 2019, p. 35).

¹⁷⁰ Importante salientar ainda que o tema da “liberdade” também foi desenvolvido por Kant em outra obra, na sua segunda crítica, ou seja, na *Crítica da Razão Prática*. É o que lembra Allen Wood: “Kant retornou repetidamente a esse tópico, não só acrescentando duas extraordinárias seções à primeira Crítica a fim de tratar disso, mas também dedicando-lhe a terceira seção da *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785) e grandes partes da *Crítica da Razão Prática* (1788), bem como revisitando-o no primeiro livro de *A religião nos limites da simples razão* (1793-1794)” (WOOD, 2008, p. 122). Ainda: “Caberá a Kant expor de modo sistemático as duas consequências morais mais conhecidas e mais marcantes dessa nova definição da

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade pela influência de causas estranhas. [...] Pois como a moralidade nos serve de lei somente enquanto somos seres racionais, tem ela que valer também para todos os seres racionais; e como não pode derivar-se senão da propriedade da liberdade, tem que ser demonstrada a liberdade como propriedade da vontade de todos os seres racionais, e não basta verificá-la por certas supostas experiências da natureza humana (se bem que isto seja absolutamente impossível e só possa ser demonstrado *a priori*), mas sim temas que demonstra-la como pertencente à atividade de seres racionais em geral e dotados de uma vontade (KANT, 2007, p. 95).

Com tais ensinamentos, vale destacar que “liberdade”¹⁷¹, para Kant, pode ser mais bem compreendida a partir do conceito de “vontade”. Nesses termos, para que se fale em “liberdade”, é preciso que ocorram dois pontos em destaque, *i*) que se mostre como espontâneo e *ii*) que se submeta às leis da razão prática, à vontade. O conceito de “liberdade” em Kant não deve ser compreendido como um querer arbitrário, ou seja, um querer sensível. Contrariamente, a isso, sua doutrina moral está fundada sobre a “liberdade”, restando a vontade como a própria razão prática. Aí se tem a associação entre “liberdade” e a própria “vontade”.

Anota Flamarion Tavares Leite sobre o tema que: “a liberdade é, pois, um conceito que se torna a pedra angular de todo o edifício do sistema kantiano, na medida em que sua realidade é demonstrada por uma lei apodítica da razão prática” (LEITE, 2007, p. 79). Nessas condições, a liberdade em Kant também está associada a um fundamento de validade como um dos seus

liberdade humana: a ideia de ação desinteressada e a de universalidade. Esses são os dois principais pilares da moral que Kant exporá nos *Fundamentos da metafísica dos costumes* e depois na *Crítica da Razão Prática*” (FERRY, 2012, p. 99). “O conceito de liberdade como autonomia (no seu claro sentido positivo), contudo, só será desenvolvido plenamente na *Fundamentação*, no seu terceiro capítulo e, posteriormente, na *Crítica da Razão Prática*, como objeto central dessa obra e pedra angular de toda a sua filosofia” (SALGADO, 2012, p. 159).

¹⁷¹ Comentando sobre o tema, registra Allen Wood que: “Pode-se concordar inteiramente com o ponto de vista de Kant de que a liberdade e a lei moral são pressuposições da razão, ainda que se sustente, contrariamente a Kant, que nossa liberdade (no sentido de nossa capacidade de agir de acordo com normas racionais auto-impostas) seja um poder natural que temos, o qual é consistente com as operações de leis naturais causais” (WOOD, 2008, p. 173).

temas centrais, isso porque, em tal assertiva, deve o direito garantir o *status* de liberdade como postulado da razão. Por fundamento ainda, a “liberdade” é um conceito geral inato, inseparável do homem e fornecido *a priori* pela razão prática, expressada, por exemplo, no sentido de várias liberdades poderem assim coexistir entre si.

Na obra *Metafísica dos Costumes*, Kant explicita a moral aplicada em duas vertentes, isto é, a *doutrina do direito* e a *doutrina da virtude*. Por conseguinte, a noção de “liberdade” transparece numa aplicação aos homens enquanto seres racionais, trazendo ainda o enfoque dos limites internos e externos sobre essa “liberdade”. Ao tratar sobre o princípio universal do Direito, Kant, na *Metafísica dos Costumes*, explica que:

Assim, a lei universal do direito, qual seja, age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, é verdadeiramente uma lei que me impõe uma obrigação, mas não guarda de modo algum a expectativa – e muito menos impõe a exigência – de que eu próprio devesse restringe minha liberdade e essas condições simplesmente em função dessa obrigação (KANT, 2008, p. 77).

Desse modo, relacionando a “liberdade” e o “direito” ao sentido de fundamento de validade, é possível dizer que o exercício da “liberdade” de cada pessoa deve se compatibilizar com a “liberdade” de todos os demais, tendo-se assim um adequado fundamento de validade em seu aspecto prático. Como pontua Joaquim Salgado: “a liberdade é a condição de toda vida moral e, portanto, também do direito. Nenhum direito e nenhum dever tem sua origem noutra coisa senão na liberdade” (SALGADO, 2012, p. 167).

No campo da filosofia do direito, o tema da liberdade também é lembrando em sintonia com Kant, por Gianluigi Palombella, ao dizer que:

Não há dúvida, aliás, de que Kant foi “buscar” a liberdade positiva no próprio “sistema” filosófico, liberdade entendida principalmente no sentido do indivíduo legislador de si mesmo. O indivíduo não pode submeter-se à lei que não seja aquela que ele mesmo se tenha imposto (PALOMBELLA, 2005, p. 78).

Por essas considerações, o direito, como se nota, tem garantido seu espaço, na medida em que aparece como um instrumento para validade de uma ordem em que seja possível o exercício da liberdade universal. Além disso, a “liberdade” se coloca também como pressuposto à própria condição da lei e não a lei como pressuposta de condição da “liberdade”, isto é, a lei é tradução da liberdade.

O Estado realiza e protege a “liberdade”¹⁷² por meio do direito, utilizando-se, se necessário, de uma ordem coativa segundo leis universais, equacionando o uso externo dela em que todos os sujeitos estão inseridos. Assim é que a “liberdade”, a partir do direito, estabelece-se como fundamento de validade, segundo postulações da filosofia do direito em Kant.

3.5 Norma fundamental e fundamento de validade do direito em Kelsen

Já em relação à Kelsen, o fundamento de validade encontra sentido na teoria da *Grundnorm* ou simplesmente Norma Fundamental. Discorrendo sobre a função específica da Norma Fundamental, bem como da sua própria validade, lembra o próprio Kelsen que:

A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é – como é a norma jurídica positiva – válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida; e ela é pressuposta como válida porque sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente como um ato criado de Direito. Ao formular a norma fundamental, não introduzimos nenhum método novo na ciência do Direito. Simplesmente tornamos explícito o que todos os juristas pressupõem, a maioria deles involuntariamente, quando consideram o Direito positivo colmo um sistema de normas válidas, e não como

¹⁷² Relacionado também a “liberdade” com a moral e o direito, enfatiza Joaquim Salgado que: “a liberdade no seu sentido próprio é sempre a liberdade positiva da autonomia; isso é válido tanto para o direito quanto para a moral. Na moral, a autonomia diz-se da vontade individual pura que legisla para si mesma (ou liberdade interna). No direito, é a mesma vontade legisladora, não mais enquanto legisla apenas para si mesma, mas enquanto participa da elaboração (pela possibilidade da sua aprovação) de uma legislação universal limitadora dos arbítrios individuais. Essa é a liberdade jurídica no sentido próprio ou liberdade externa, que em essência é sempre a mesma autonomia, pois que é a faculdade de não obedecer à outra lei externa a não ser aquela a que eu possa ter dado a minha aprovação” (SALGADO, 2012, p. 182). Contribuindo nesse mesmo sentido, explica Norberto Bobbio que: “Para Kant, o fim do Estado não é a felicidade, mas a liberdade garantida pelo direito” (BOBBIO, 2000, p. 110).

apenas um complexo de fatos, e quando, ao mesmo tempo, repudiam qualquer Direito natural do qual o Direito positivo receberia sua validade. A constatação de que a norma básica realmente existe na consciência jurídica é o resultado de uma simples análise de enunciados jurídicos concretos. A norma fundamental é a resposta à questão: Como e isso quer dizer sob que condição – são possíveis todos esses enunciados jurídicos concernentes a normas jurídicas, deveres jurídicos, direitos jurídicos, e assim por diante? (KELSEN, 2010, p. 170).

Ainda com relação ao fundamento de validade em Kelsen, que segundo Maria Jose Falcon Y Tella poderia ser de “dois tipos de validade, uma hipotética e a outra positiva”, (TELLA, 1999, p. 186), destaca-se que o tema ganha relevo e é um dos pontos centrais de suas ocupações. Assim, o fundamento de validade, a partir disso, não pode ser levado ao infinito, encontrando seu sentido na norma superior, e ao mesmo tempo estabelecendo um fim lógico. É importante entender também que até o caminho definitivo da construção da Norma Fundamental, Kelsen se debruça sobre temas que são enfrentados, a exemplo da própria validade do sistema jurídico, ainda em momento de influência kantiana sobre a *Teoria Pura do Direito*. Nessa percepção, explica o próprio Kelsen que “a norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam este sistema” (KELSEN, 1999, p. 220).

Em tal assertiva sobre a validade, é preciso pressupor a *Grundnorm* como sendo a mais elevada e última de encerramento daquele modelo idealizado de “escalonamento”.¹⁷³ E mais, como sendo a mais elevada, deve ser pressuposta com a referência epistemológica do perfil lógico transcendental idealizado por Kant, trazendo todo o fundamento de validade necessário para o sistema jurídico em sua unidade. A Norma Fundamental pressuposta, assim como indica Alexandre Gomes, “não pode ser derivada de uma norma mais

¹⁷³ Nesse sentido, mais uma vez explica Kelsen: “O que é o fundamento de validade da norma estabelecida pelo ato do legislador, então a resposta é: porque esse ato é autorizado por uma norma da Constituição, quer dizer, pelo sentido de um ato do emissor da Constituição. Esta, historicamente, é a primeira Constituição e pergunta-se por que o sentido subjetivo do ato emitente da Constituição também é seu sentido objetivo i.e., uma norma validade, ou com outras palavras: o que é o fundamento de validade dessa norma, então a resposta é: porque, como jurista, se pressupõe que se deve conduzir como historicamente prescreve a primeira Constituição para a estatuição de normas que representam, historicamente, a primeira Constituição” (KELSEN, 1986, p. 327).

elevada e cujo fundamento de validade não pode ser posto em questão é a norma fundamental” (GOMES, 2000, p. 190).

A *Grundnorm*, em sua análise como fundamento de validade, traz o devido suporte no escalonamento do sistema jurídico e na positivação da sua estrutura normativa. Ela passa a ser, nessa perspectiva, o sustentáculo máximo das considerações kelsenianas em termos de validade, trazendo, como se nota, um suporte referencial em toda a concepção de verificação do sistema jurídico positivado. Em última análise, ela “inicia” e ao mesmo tempo “fecha” todo o sistema jurídico com coerência própria da ciência normativa. E nesse caso seria ainda de se perguntar: mas, em que se apoia a validade da própria Norma Fundamental? Sobre esse ponto, esclarece Maria Jose Falcon Y Tella que:

E aqui está a incursão no plano fático a que aludimos. Se apoia não em uma norma, senão em um fato, aquele de que o ordenamento jurídico que deriva sua validade de certa norma fundamental seja eficaz em seu conjunto, ou seja, efetivamente observado e obedecido pela generalidade dos destinatários, tanto primários (juízes e funcionários) como secundários (cidadãos, a coletividade). Um ordenamento jurídico, como gênero, é válido na medida em que é eficaz, ainda que cada uma de suas normas, como espécie, não tenha que ser por sua vez eficaz. A validade se reconduz à eficácia não de cada norma jurídica concreta, como ocorreria no fundamento realista, senão do ordenamento jurídico em seu conjunto (TELLA, 1999, p. 168).

Ainda quanto ao fundamento de validade, é possível realizar outra indagação. Para qual finalidade reside a necessidade de se ter uma norma superior à própria Constituição? Acerca disso, pontua Péricles Prade que:

O escalonamento é necessário por assim o exigir o equilíbrio das forças políticas estabelecido na Constituição [...] o escalonamento é necessário para interpretar uma realidade social em que ele não existe (se existisse seria supérflua a norma fundamental) (PRADE, 2000, p. 105).

É adequado ressaltar também que o tema do fundamento de validade cresce na sua importância, tanto para o pensamento de Kant, como para o pensamento de Kelsen, uma vez que traz definições decisivas sobre questões tanto da filosofia como do direito, bem como sobre suas repercussões posteriores. Para Kelsen, a relação com a *Grundnorm* é expressiva, pois o campo teórico demarcado por ele é conhecido de forma sistemática¹⁷⁴. No comparativo, aliás, entre esse fundamento de validade em Kant e Kelsen, é possível promover também alguns paralelos, como bem aponta Alexandre Gomes:

A norma fundamental pode, portanto, ser comparada à liberdade em Kant, pois há uma semelhança evidente entre os esquemas de pressuposição desses fundamentos de validade. Mas há uma diferença significativa: a liberdade, por ser ideia, independe da experiência e é um fundamento puramente racional: é preciso pensar a liberdade para que seja possível a Ética (moral e direito), independentemente da experiência, de uma moral ou de um direito positivo. A norma fundamental, ao contrário, é pressuposta a partir de uma ordem positiva (a partir da experiência) (GOMES, 2000, p. 190).

Levando-se em conta tudo isso, é preciso enfatizar que Kelsen, preocupado em estabelecer as condições de possibilidade do direito, pressupõe a Norma Fundamental e, a partir disso, torna possível o direito e, em consequência, a própria ciência do Direito. Kant, por outro lado, em termos gerais, considera a “liberdade” um postulado da razão, sendo ela um pressuposto da ética kantiana, justificando assim esse seu fundamento. Kelsen, de sua parte, pressupõe a Norma Fundamental¹⁷⁵ como postulado da ordem jurídica que a fundamenta, adaptando o perfil kantiano ao seu modo de produção.

Por tais motivos, é adequado afirmar que, entre a “liberdade” para Kant e Norma Fundamental para Kelsen, existe identidade e relação entre os

¹⁷⁴ Nesse sentido, observa Péricles Prade que: “A norma fundamental – hipotética é, portanto, o fundamento de validade último que constituía a unidade desta interconexão criadora” (PRADE, 2000, p. 104).

¹⁷⁵ Tecendo ainda comentários entre Kant e Kelsen, inseridos no assunto da “liberdade”, esclarece Alexandre Gomes que “como a liberdade em Kant, a norma fundamental é a *ratio essendi* do direito, enquanto a ordem jurídica (assim como a moral e o direito em Kant) é a *ratio cognoscendi* do direito” (GOMES, 2000, p. 189).

termos¹⁷⁶. Assim, temos “dois” fundamentos de validade em “duas” teorias diversas, mas que em dado momento se justificam e em certa medida com adequadas justificativas se completam. São duas formas distintas de compreender o universo do direito e da filosofia, com referência ainda ao fato de que existe, também, íntima relação entre o direito e a própria filosofia¹⁷⁷.

Assim, somente por meio do pressuposto da *Grundnorm*, é possível pensar a ciência do direito e também a sua estrutura positivista idealizada por Kelsen. O Mestre de Viena não pode aceitar um pressuposto como é a Norma Fundamental independente da experiência, uma vez que ele dependerá desse componente na sua construção normativa. Kant, ao contrário, pensa a “liberdade” como o postulado da razão e independente daquela experiência. Kant não está vinculado à experiência, diferentemente do que ocorre com Kelsen, segundo as concepções de seu fundamento de validade.

Outro ponto que pode ser destacado e comparado entre aqueles pensamentos no contexto do fundamento de validade é o fato de que o “imperativo categórico” kantiano não provém da experiência, uma vez que só pode fornecer juízos do ser, condicionados às formas de sensibilidade como o espaço e o tempo. É o que pontua sobre isso Joaquim Carlos Salgado:

A experiência só nos diz como as coisas são e não como devem ser. Daí que o imperativo categórico não é um imperativo empírico, mas uma proposição prática *a priori*, isto é, princípio formal da razão pura prática, na medida em que se dirige a condições subjetivas, embora seja objetivo, necessário. [...] Ao contrário do imperativo hipotético, o categórico é sintético e *a priori*; sintético, porque a ligação da minha máxima com a lei moral não está incluída previamente na vontade; e *a priori*, porque não decorre da experiência, pois essa ligação (entre vontade e ação) é universal e necessária (SALGADO, 2012, p. 135).

A Norma Fundamental, por outro lado, “pressuposta” como é, não é pensada como em Kant independentemente da experiência, mas a partir dela,

¹⁷⁶ A respeito disso, registre-se que tal comparativo é apenas acerca da referência ao fundamento de validade para os autores.

¹⁷⁷ Trazendo comentários acerca disso, Adalberto Narciso Hommerding afirma: “A Filosofia do Direito – e aqui a resposta para a terceira pergunta-, por sua vez, não é uma parte da ciência jurídica; não é uma parte da dogmática jurídica. A Filosofia é, sim, uma parte da Filosofia” (HOMMERDING, 2016, p. 35).

ou a partir da própria ordem jurídica positivada. Em outros termos, a *Grundnorm* não é transcendental, isto é, *a priori*, mas pressuposta e dependendo da experiência¹⁷⁸. Aliás, muitas das formas estabelecidas por Kant são antecedentes, pensadas sem o contexto da experiência, a exemplo do próprio imperativo categórico.

Hans Kelsen, ao contrário, sistematiza a *Grundnorm* a partir da experiência¹⁷⁹, ainda que se tenham adaptações quanto às formas em que Kelsen tenha se “apropriado” do perfil kantiano. Isso valerá tanto na perspectiva da hipótese lógico transcendental quanto na *Grundnorm*, segundo uma ficção jurídica. A experiência, como se vê em Kelsen, é condição para a análise da Norma Fundamental, na medida em que torna possível o direito segundo os parâmetros da teoria pura, somado ao fato também de que a teoria da norma fundamental “é a solução lógica que a Teoria Pura do Direito oferece ao problema da validade do Direito” (MATTA, 1994, p. 171).

Assim, existindo essa relação entre o imperativo categórico de Kant e a Norma Fundamental de Kelsen¹⁸⁰, verifica-se uma adaptação ou aperfeiçoamento existente nessas duas terminologias. A partir disso, seria o caso de se perguntar: a *Grundnorm* de Kelsen é um novo “imperativo categórico”, modificado pelos parâmetros kelsenianos dentro do positivismo proposto?

Em termos literais, certamente que não seria idêntica tal concepção, por outro lado, com as adequadas justificativas, poderia, sim, além de ser

¹⁷⁸ A experiência nesses termos é algo necessário para o entendimento da *Grundnorm*, necessitando dela como fundamental para as adequações da compreensão em sua estrutura normativa.

¹⁷⁹ É só a partir da aplicação prática e da vigência da “norma” que se podem definir os resultados da experiência. E esta “norma”, qualquer que seja ela, está ligada de alguma forma à “norma fundamental”, daí porque se dizer que, por ligação entre elas (normas em geral e a norma fundamental), existe a exigência da sua experiência prática.

¹⁸⁰ Hans Kelsen, ao mencionar os imperativos categóricos e hipotéticos, citando Kant, diz que: “O imperativo categórico seria aquele que apresentasse uma ação como por si mesma objetivamente necessária, sem relação com um outro fim. Todos os imperativos dizem que seria bom fazer algo ou omiti-lo. Se, porém, a ação como meio seria boa apenas para outrem, então o imperativo é hipotético; apresenta-se a ação como boa por si, portanto como necessariamente numa vontade adequada em face da razão, como princípio daquela, então o imperativo é categórico. Assim um imperativo hipotético é aquele que ordena uma determinada ação ou omissão como meio para um fim; um imperativo categórico é aquele que ordena uma determinada ação ou omissão como fim e não como um meio para um fim. [...] O imperativo hipotético exprime, por conseguinte, apenas que a ação seja boa para qualquer intenção possível ou real, quer dizer: é boa como meio para um fim. Esses imperativos hipotéticos, segundo Kant, não são, porém, imperativos de moralidade, i.e., não são normas morais, e sim: imperativos de habilidade” (KELSEN, 1986, p. 18).

relacionado com ela, estar associado à nomenclatura de uma “reprodução propriamente jurídica” segundo o modelo “neokantiano de observação”. A relação existente está associada aos parâmetros do imperativo categórico¹⁸¹. Além disso, figura como correta a assertiva de que a Norma Fundamental é um fundamento lógico ou positivista de validade como bem destaca o próprio Kelsen, na sua *Teoria Geral das Normas*:

O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de norma. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei -, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde à realidade (KELSEN, 1986, p. 329).

Por esse contexto, a teoria da Norma Fundamental na perspectiva do fundamento de validade permite relacionar a harmonia de diferentes modos de observações em dois momentos diferentes no contexto filosófico/jurídico. Para cada autor, os fundamentos são distintos, embora seja possível encontrar os pontos em comum que denotam bem aquela relação. Desse modo, tem-se uma expressão atual do “imperativo categórico” kantiano adaptada ao contexto das prescrições da ciência normativa kelseniana.

A modernização do conceito e a renovação da analogia em tal pensamento deixa claro que Hans Kelsen, com sua *Teoria Pura do Direito*, foi não só um “neokantiano” na expressão da palavra, mas também o mais rigoroso autor da representação positivista de seu tempo. Assim como Kant, também trouxe revoluções para o direito, em nova comparação que se pode estabelecer entre a filosofia e o direito, como acrescenta Emmanuel Matta “a teoria pura do direito significa, sem dúvida, a revolução copernicana na esfera jurídica” (MATTA, 1994, p. 310). Inovou ainda, significativamente para a

¹⁸¹ É importante ainda dizer que o próprio imperativo categórico kantiano também pode ser relacionado à liberdade, como bem acentua Joaquim Carlos Salgado: “Em suma, o imperativo categórico é possível sob o pressuposto da ideia de liberdade. Essa resposta dá o supremo princípio da moralidade” (SALGADO, 2012, p. 139).

filosofia do Direito no estudo rigoroso da “norma jurídica”, tratando exaustivamente sobre como se dá o funcionamento de uma genuína ciência normativa.

3.5.1 A teoria kelseniana da validade

Vale menção ainda sobre a validade kelseniana que a própria *Grundnorm* representa o ponto final em que se estabelece o fim da ordem jurídica tratada. Nesses termos, a sua referência é também decisiva quanto à validade, como bem esclarece Gianluigi Palombella:

Como condição de validade de todo o sistema, como condição transcendental dele e de cada uma das normas, a norma fundamental é o ponto último do ordenamento a partir do qual é possível propor o tema da validade como tema conceitualmente diferente da eficácia; mas ela é também um diafragma sutil, que pode tornar-se precário. A pressuposição da validade da norma fundamental (com que se interrompe a corrida ao infinito), que possibilita designá-la como constituição em sentido lógico-jurídico, para distingui-la da constituição em sentido jurídico-positivo, é a operação mental realizada por quem quer que assuma como normas objetivamente válidas a constituição e os atos subseqüentes e conformes a essa (PALOMBELLA, 2005, p. 173).

À medida que se tem a validade¹⁸², as normas jurídicas existem e, em Kelsen, essa relação se dá com a sua existência específica, regulando comportamentos segundo intenções do legislador na sua criação. Para todas essas condições, segundo concepção kelseniana, a validade de uma norma é condição necessária e suficiente da sua pertinência dentro de um ordenamento jurídico. Sendo ela validade, deve, portanto, ser obedecida e aplicada, tendo-se ainda essa relação com base nas normas superiores, entre as quais, inclusive, está a primeira constituição histórica ou a própria Norma Fundamental pressuposta.

Pode-se afirmar que tal norma jurídica, portanto, pertence ao sistema jurídico independente do conteúdo e até do modo como tenha sido produzida.

¹⁸² Nesse sentido, é bom enfatizar que: “A validade das normas originárias é, contudo, uma validade pressuposta, fictícia: depende como visto, da validade da norma fundamental, que é uma norma não positiva, mas pensada – e fictícia – a qual representa a constituição em sentido lógico-jurídico de um ordenamento jurídico, o fundamento em sentido lógico-transcendental da sua validade” (CHIASSONI, 2017, p. 498).

A relação de validade/pertinência ao modelo kelseniano de validade confere essa organicidade quanto ao fato de a validade estar relacionada à existência da norma¹⁸³. Por conseguinte, a constatação que se tem é que Hans Kelsen coloca no centro de sua teoria da ciência jurídica a noção de validade como obrigatoriedade e uma força jurídica vinculante. A esse respeito, explica Pierluigi Chiassoni que:

A noção de validade como obrigatoriedade lhe parece assim uma noção imprescindível, de capital importância teórica. Ao mesmo tempo Kelsen adverte que os juristas em sua aproximação ao direito positivo como positivistas, haviam refutado reconduzir a validade das normas positivas a uma superior norma metajurídica (...) estabelecida por uma autoridade supraordenada à autoridade jurídica; daí a exigência de encontrar um fundamento puramente hipotético, fictício, para a validade das normas positivas, constituído pela norma fundamental (CHIASSONI, 2017, p. 510).

Não fosse dessa forma, o cumprimento e a adesão às normas jurídicas não teriam um grau de eficácia desejado, com a força que se espera do teor da lei regulando comportamentos humanos¹⁸⁴. Ademais, é válido destacar ainda que, em termos da eficácia, entende Kelsen que ela é uma condição da validade da ciência jurídica¹⁸⁵. Diz ele que “Se essa conformidade – seja qual for a maneira como possa ser obtida – for denominada “eficácia”, então a eficácia é uma condição da validade do Direito” (KELSEN, 2001, p. 287).

Validade e eficácia podem, inclusive, implicarem-se mutuamente na medida em que o direito passa a existir com certa força, embora os termos, como se viu, sejam tratados de forma quase independente, ou seja, na *Teoria Pura do Direito*, como pontua Pierluigi Chiassoni: “a validade de uma norma também é condicionada pela eficácia, de dois modos diversos entre eles vinculados” (CHIASSONI, 2017, p. 502). De sua parte, também o próprio Hans Kelsen, quanto a isso, arremata:

¹⁸³ Acerca disso, acrescenta o próprio Hans Kelsen que: “Que uma norma jurídica seja fundamentada em outra significa que esta é o motivo pela qual aquela é válida (existe)” (KELSEN, 2001, p. 214).

¹⁸⁴ Assim ele reproduz: “Mas não se pode negar que uma ordem jurídica é considerada válida apenas se a conduta humana à qual se refere estiver, de modo geral, com conformidade com a ordem” (KELSEN, 2001, p. 287).

¹⁸⁵ Nesse sentido, aduz Joseph Raz que: “Kelsen pensa que a eficácia mínima é condição necessária para a validade de qualquer lei. Esta é sua solução para o problema das leis que só existem no papel” (RAZ, 2012, p. 268).

Mas não se trata de um elemento específico do conceito de Direito. Nenhuma ordem social, nem mesmo a que chamamos “moralidade” ou “justiça”, é considerada válida se não for até certo ponto eficaz, isto é, se a conduta humana regulamentada pela ordem absolutamente não se conformar a ela. É a eficácia de uma ordem social que, na linguagem usual, é chamada a força ou o poder por trás da ordem (KELSEN, 2001, p. 287).

A constatação, nesses termos, portanto, é que num sistema jurídico de leis ou de normas, a eficácia como elemento externo de cumprimento da lei seja autônoma, mas não totalmente independente, bastando dizer que é de difícil constatação o fato de os homens se conduzirem de forma lícita, já que não se tem um método também eficaz de verificação de condutas lícitas ou ilícitas¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Registre-se, por fim, que tal ponto não deve ser confundido também com as sanções e o medo das consequências advindas, como bem finaliza Kelsen: “Portanto, a eficácia como condição da validade do Direito não deve ser confundida com a coerção como elemento essencial do conceito de Direito” (KELSEN, 2001, p. 287).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o conjunto de ideias e contextos debatidos ao longo desse trabalho, segundo a metodologia comparativa de abordagem e a exposição fundamentada em Kant e Kelsen, é chegada a hora de concluir.

Com relação às considerações kantianas, é adequado dizer, de um modo geral, que ela trouxe uma grande influência às ideias desenvolvidas por Hans Kelsen, especialmente pela *Crítica da Razão Pura* na relação estabelecida entre a “teoria do conhecimento” com a *Teoria Pura do Direito*. Assim como Kant realizou um pressuposto do conhecimento, Kelsen também escolhe a norma jurídica e mais detidamente a Norma Fundamental como sendo esse pressuposto e como “condição lógica” para que tudo exista. Fez isso se valendo da “hipótese lógico-transcendental” kantiana e enfocando a Norma Fundamental como um sentido da razão ou uma categoria kantiana que transforma ideias em conhecimento.

Com relação ao “direito e à moral” estabelecido em Kant, este filósofo desenvolve suas ideias de forma especial na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e na *Metafísica dos Costumes*, como o núcleo da sua filosofia acerca do tema, devendo ser registrado que, entre o “direito e a moral”, tem-se uma proximidade entre os conceitos. Essa foi inclusive, em certa medida, a forma como Hans Kelsen utiliza e relaciona seus conceitos no capítulo II da *Teoria Pura do Direito*. Para Kelsen, o comum entre o “direito e a moral” é que ambas são ordens normativas, muito embora a moral não tenha um caráter de coação, como se dá com o direito. Kant, por sua vez, entende que o “direito e a moral” apontam num caminho de fundamentação do cumprimento do próprio direito a partir de uma perspectiva moral.

No tocante ao neokantismo, é válido destacar um retorno ao pensamento kantiano, bem como em suas origens e influências repercutidas na filosofia do direito entre a metade do século XIX e o início do século XX. Pensadores como Hermann Cohen, Wilhelm Windelband, Ernst Cassirer e Max Weber são exemplos disso, bem como do impacto da teoria kantiana sobre a *Teoria Pura do Direito*. A partir do neokantismo, e de toda a exposição, é possível dizer que se as relações hipotéticas são pressupostos do

conhecimento humano, também é correto utilizar um pressuposto no conhecimento do direito, qual seja, a norma jurídica, em especial a Norma Fundamental.

Nessas condições, a Norma Fundamental, como associada a “reprodução neokantiana”, estabelece certa condição para que os fatos no direito existam segundo a *Teoria Pura do Direito*, além de ser ainda um fundamento de validade segundo aquele modelo de positivismo jurídico proposto. Nessa mesma importância, é digno de conclusão lembrar que a *Grundnorm* também está associada ao modelo da primeira Constituição histórica e ainda à pressuposição de validade das demais normas jurídicas.

Hans Kelsen, ao tratar da *Teoria Pura do Direito*, destaca a importância da pureza das normas com seu enfoque estritamente normativo. Assim, o jurista deve se ater ao fenômeno jurídico como norma, promovendo um isolamento do modelo jurídico em relação a outras formas do conhecimento e, assim o fazendo, haverá plena autonomia científica. O rigor de Kelsen é elogiável e ainda coerente com sua proposta, assim como também foi o de Kant acerca do autoconhecimento e das questões morais, atingindo-se, assim, um ganho significativo e capacitando o direito como sendo uma verdadeira ciência de normas.

Nessa linha conclusiva, registre-se que a *Teoria Pura do Direito* tem por conta do princípio metodológico fundamental a incumbência de definir a construção de um conhecimento científico do direito comprometido com a originalidade e com o rigor estabelecido por Kelsen. A compreensão do direito, nessas diretrizes, estabelece o primado da exclusividade do conteúdo normativo. O objeto específico da ciência normativa, nesses padrões, é voltado para o enfoque normativo, obrigando o cientista jurídico a se voltar com a definição da exclusividade da norma posta.

Digno de registro também são as ideias delineadas por Kelsen do sentido estático e do sistema dinâmico, segundo a concepção da teoria pura. Pela nomenclatura estática, tem-se a ênfase das normas reguladoras de conduta humana, que tem assim por objeto o direito como um sistema em vigor, enquanto, pelo enfoque dinâmico, a ênfase é sobre a conduta humana

reguladora de normas, com objeto no processo jurídico em que o direito é criado e aplicado.

Por outro lado, registre-se ainda, sobre a *Teoria Pura do Direito*, a diferenciação que se faz necessária, em relação ao “ser” e “dever-ser” em Kelsen. Elas surgem como categorias instrumentais designando-se para o “ser”, a referibilidade epistemológica das ciências da natureza, enquanto para a designação do “dever-ser” o que se tem é a relação com o ponto de vista normativo, na missão de identificação de regras ou normas da prescrição de comportamentos. As intenções de Kelsen com isso visam claramente promover o fato de a ciência jurídica ser tratada como uma disciplina puramente normativa, segundo o princípio metodológico escolhido.

Outro ponto também que não se pode esquecer nessa conclusão é o sentido da norma jurídica e da “normatividade” atribuído por Kelsen no seu positivismo. Ela, a norma jurídica, “descreve” e não propriamente “prescreve” comportamentos. Ela indica a conduta desejável e, se assim for cumprida, isenta o agente das sanções estabelecidas no seu conteúdo pelo legislador. Essa sanção, ou a imposição de consequência para o caso de não cumprimento, é determinada ao seu agente quando deixa de se comportar segundo a função estabelecida por ela, transformando situações específicas em atos jurídicos concretos. O estudo, aliás, da norma jurídica é decisivo em seu sentido, ainda como “juízo hipotético” como o fio condutor a que levará a percepção da Norma Fundamental e suas consequências posteriores.

Com relação propriamente ao estudo da Norma Fundamental, conclui-se que ela, segundo a condição lógico-transcendental, está associada a uma ficção jurídica, é uma categoria kantiana fundamentada a um conceito de validade. Ela se assemelha ao perfil das Constituições, ou a “primeira Constituição histórica”, embora com ela não se confunda, vinculado ainda ao sistema jurídico em que as demais normas retiram seu “fundamento de validade”, fornecendo, segundo esse formato, “organicidade” e razão bem ao modo kantiano/kelseniano. É um metacritério em Kant com associação ao “imperativo categórico” na sua “condição lógica”, relacionando a teoria do conhecimento com a *Teoria Pura do Direito*. Em última análise, é o “ponto

arquimediano” no qual se colocam as coisas em movimento dentro da ciência jurídica especificamente positivada.

A Norma Fundamental não é desmerecida se lembrarmos que ela não é propriamente elaborada por um poder como se dá com o poder legislativo, pois mesmo nessa condição de pressuposta, ela regula uma infinidade de casos, funcionando como um fio condutor necessário para unir diversos conceitos jurídicos entre si. A *Teoria Pura do Direito*, por meio da Norma Fundamental, apresenta uma fonte especial de “normatividade” dentro da ciência positiva com coerência, sentido e moldura própria, fazendo de Kelsen um neokantiano que, bem ao seu intento, relaciona a ciência positiva com a ciência do conhecimento.

Mencione-se ainda a referência da Norma Fundamental em sua representatividade com os termos do ordenamento jurídico em geral. Por meio da sua análise, é possível se pensar o sistema jurídico na sua forma de estrutura escalonada, com a referência de “previsibilidade” e “estrutura” que, por meio dela, se imagina a “pirâmide kelseniana”. Existe, nesse contexto, um enfoque e um sentido de se vislumbrar, por meio da Norma Fundamental, a hierarquia representativa combinada com o conteúdo das “Constituições”, isso porque fundamenta o restante da ciência normativa e permite que as demais normas abaixo dela busquem também sua legitimidade. A *Grundnorm*, por essas condições, representa o “escalão máximo” do ordenamento global, trazendo “coerência” e “sistematicidade” necessárias para um dado sistema jurídico nacional.

A Norma Fundamental, além de tudo isso, está associada ao seu caráter *externo* e *interno* de representatividade. Ela foge dos padrões convencionais das normas jurídicas em geral, merecendo destaque os aspectos *externo* e *interno* da posição que ela ocupa. Assim, além de ser desprovida de “sanção” para o seu descumprimento, remete, em sua forma *externa*, à “remissão” e à indicação à “primeira Constituição histórica”. Por outro lado, em seu aspecto *interno*, é “vazia” ou “neutra de conteúdo”, moldando-se a ideia de “ficção jurídica”, segundo a última etapa de pensamento kelseniano. E, mesmo “vazia” de conteúdo, não se tem uma invalidação ou prejuízo no contexto daquela relação kantiana proposta.

Hans Kelsen é um “positivista analítico”, segundo a pureza e a forma como realiza sua pesquisa aos projetos normativos dentro de suas ideias. Enalteceu, como nenhum outro pensador, a noção de “direito posto” e de “positividade” em que as normas jurídicas repousam. Kelsen é rígido quanto à sua postura positivista, obcecado pela ideia de que a ciência jurídica “se inicia e se conclui” com a norma jurídica. A derivação, por meio da qual ele fundamenta sua “normatividade” e a Norma Hipotética Fundamental, vai além de ser um mero positivista clássico.

Kelsen foi atento a tudo isso, assumindo inclusive uma posição extremada e “radical”, vinculando à pessoa do jurista a interpretação literal ou lógica da “norma jurídica”. Não é exagero considerá-lo o mais profícuo de todos os positivistas, isso porque adota uma posição e uma preocupação digna de quem leva suas ideias às últimas consequências.

Com relação ao fundamento de validade para Kant e para Kelsen, registre-se que cada qual encontrou sentido para suas orientações, ambas com fundamentação adequadas e dignas de sua época, segundo os modelos adotados. Para Kant, a “liberdade” é o “fundamento de validade” sendo que, para Kelsen, tem-se a “Norma Fundamental”. Firmados nesse propósito, inclusive, vale se questionar: Qual a finalidade de se ter uma Norma superior às Constituições? Certamente que a resposta aponta para o contexto e a necessidade de um “equilíbrio de forças políticas” estabelecidas dentro das próprias Constituições.

Hans Kelsen, preocupado em estabelecer as condições de possibilidade do direito, acentua a *Grundnorm* como o postulado e a consequência direta da fundamentação de validade na ciência jurídica. Kant, por sua vez, considera a “liberdade” um postulado da razão, sendo ela, desse modo, um pressuposto da ética justificado como o adequado “fundamento de validade”. No contexto de fundamento de validade, é possível relacionar a “liberdade” e a “Norma Fundamental” naqueles autores, uma vez que são duas formas distintas de compreender aspectos da filosofia e do direito, com identificação nas interfaces entre as duas formas de sistemas.

Kelsen, nessa acepção, pensa a Norma Fundamental a partir da experiência e da ordem jurídica positivada, ao passo que Immanuel Kant

constata a liberdade como um postulado da razão e independente da experiência. O próprio “imperativo categórico” kantiano não provém da experiência, uma vez que está condicionado às formas de sensibilidade como o espaço e o tempo. Portanto, é coerente a afirmação de que a *Grundnorm* mostra-se conectada à ideia do “imperativo categórico” kantiano, fazendo de Kelsen, também por isso, o mais destacado autor da representação positivista de sua época.

BIBLIOGRAFIA PRIMÁRIA

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Textos filosóficos 70. 2007.

_____. *A metafísica dos costumes*. 2º edição. Trad. Edson Bini, Bauru: Edipro, 2008.

_____. *Crítica da razão prática*. Textos filosóficos 70.

_____. *Crítica da razão pura*. 4º edição. Editora Vozes. Petrópolis: 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. 1º edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. 6º edição. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

_____. *O que é justiça?*. 3º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

_____. *O Estado como integração*. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. 4º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

_____. *O problema da justiça*. 5º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2011.

_____. *Jurisdição constitucional*. 3º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2013.

_____. *A democracia*. 3º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2019.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2011.

ANDRADE, Regis de Castro. A liberdade, o indivíduo e a república. *In*: WEFFORT, Francisco. (Org.) *Os clássicos da política*. Série Fundamentos. 2º volume. 10º edição. Editora Ática. 2005.

ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Relume Dumará. 1º edição. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993.

BICALHO, Vanessa Brun; UTTEICH, Luciano Carlos. *Natureza da razão na filosofia de Kant*. Revista Diaphonia. Vol. 6, nº 01. 2020.

BITTAR, Eduardo C. B. *Teoria do Estado – Filosofia política e teoria da democracia*. 5º edição. São Paulo: Atlas. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. 36º tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier. 2000.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3ª edição. São Paulo: Mandarim. 2000.

_____. *O positivismo jurídico*. 1ª edição. São Paulo: Icone. 2006.

_____. *Direito e poder*. 1ª edição. São Paulo: Unesp. 2007.

_____. *Teoria geral do direito*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

_____. *Da estrutura a função*. 1ª edição. Barueri: Manole. 2007.

_____. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. 1ª edição. São Paulo: Unesp. 2015.

Cragogna, Dante. *La norma fundamental. Entre la autocontradicción y la futilidad*. Doxa 21-II (1998). Acesso em 01-10-2020.

CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: De Bentham a Kelsen*. 1ª edição. São Paulo: Contracorrente. 2017.

COELHO, Luiz Fernando. *Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen*. Revista sequência. Programa de Pós-graduação em direito da UFSC – Florianópolis: V. 3. nº 04. 1982.

_____. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. 1ª edição. Curitiba: Juruá. 2006.

_____. *Fumaça do bom direito*. 1ª edição. Curitiba: Bonijuris/JM Livraria. 2011.

CONSANI, Cristina Foroni. *Kelsen leitor de Kant: Considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política*. Princípios – Revista de Filosofia. Natal: V. 23. nº 41 – 2016.

COSTA, Marta Nunes da. *Kant e a tradição federal republicana*. No prelo.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5ª edição. Coimbra: Arménio amado. 1979.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do Direito na obra de Hans Kelsen*. 1ª edição. São Paulo: RT. 2010.

DIAS, José Francisco de Assis. *NÃO MATAR! O Princípio Ético Não Matar como Imperativo Categórico no Pensamento de Norberto Bobbio (1909-2004)*. 1ª edição. Sarandi - PR: Humanitas Vivens Ltda. 2008.

FABRE, Simone Goyard. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

_____. *Os fundamentos da ordem jurídica*. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

_____. *Filosofia crítica e razão jurídica*. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2º edição. São Paulo: Atlas. 1988.

FERRY, Luc. *Kant*. 3º edição. Rio de Janeiro: Difel. 2012.

FRAGA, Ivana; A metodologia da pesquisa no direito e Kant. *In: FILHO, Rodolfo Pamplona; CERQUEIRA, Nelson. (Org.) Metodologia da pesquisa em direito e filosofia*. 1º edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. 1º edição. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000.

GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro. *A Norma Hipotética Fundamental de Hans Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Herbert Hart*: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do Sistema Jurídico. *Revista sequência*. Florianópolis: nº 78. Abril 2018.

HAMM, Christian. *Os prefácios. Comentários às obras de Kant – Crítica da razão pura*. (KRV A E B). 1º edição. Florianópolis. Nefiponline. 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 1º edição. 2º tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2012.

HEGEL, Georg Friedrich. *Filosofia do direito*. 1º edição. São Leopoldo. Edições Loyola. 1967.

HOFFE Otfried. *Immanuel Kant*. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *A índole filosófica do direito*. 1º edição. Florianópolis: Empório do Direito. 2016.

LEITE, Flamarion Tavares. *10 lições sobre Kant*. 3º edição. Petrópolis: Editora vozes, 2007.

_____. *Moral, direito e política na filosofia de Kant*. FILHO, *In: Agassiz Almeida; BARROS, Vinícius Soares de Campos. (Org.) Novo manual de ciência política*. 2º edição. São Paulo: Malheiros. 2013.

LIMA, Newton de Oliveira. *O Estado de direito em Kant & Kelsen*. 1º edição. Belo Horizonte: Editora D'Pácido. 2017.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência da direito*. 7º edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2014.

- LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. Vol. 2. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2010.
- MARTINS, Ricardo Evandro Santos. *A ciência do direito como ciência humana. – Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. Editora FI. Porto alegre: 2016.
- MATTA, Emmanuel. *O realismo da teoria pura do direito*. 1º edição. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda. 1994.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico*. Revista da Faculdade de Direito UFMG. Belo Horizonte: nº 58. 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2º ed. São Paulo: Saraiva. 2008.
- MULLER, Friedrich Muller. *O novo paradigma do direito*. 2º edição. São Paulo: RT. 2009.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. 1º edição. 2º tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2015.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes: 2005.
- PAULSON, Stanley. *La alternativa kantiana de Kelsen: Uma crítica*. Doxa-9 (1991). Acesso em 01-10-2020.
- PORTA, Mario Ariel Gonzalez. *Estudos neokantianos*. 1º edição. Ipiranga. Edições Loyola. 2011.
- PRADE, Péricles. *Fundamentos jusfilosóficos da Constituição*. Introdução crítica à concepção de Kelsen. 1º edição. Florianópolis: Letras contemporâneas. 2000.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2º edição. 2º tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2016.
- RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico – Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes: 2012.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17º edição. São Paulo: Saraiva. 1996.
- RIBAS, Tatiane. A metodologia da pesquisa no direito e Kant. In: FILHO, Rodolfo Pamplona; CERQUEIRA, Nelson. (Org.) *Metodologia da pesquisa em direito e filosofia*. 1º edição. São Paulo: Saraiva. 2011.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant*. 3º edição. Belo Horizonte: Del Rey. 2012.

SCALDAFERRI, Laura; A metodologia da pesquisa no direito e Kant. A metodologia da pesquisa na direito e Kant. *In: FILHO, Rodolfo Pamplona; CERQUEIRA, Nelson. (Org.) Metodologia da pesquisa em direito e filosofia.* 1º edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

SCHONECKER, Dieter. WOOD, Allen W. *A fundamentação da metafísica dos costumes de Kant.* 1º edição. São Paulo: Edições Loyola. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6º edição. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2017.

SOLOMON, Ari. *Direito e tradição.* 1º edição. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

TELLA, Maria José Falcon. *Conceito e fundamento da validade do direito.* 1º edição. Terra de Areia: Editora Triângulo. 1999.

_____. *Lições de teoria geral do direito.* 4º edição. São Paulo: RT. 2011.

TRIVISSONNO, Alexandre Travessoni Gomes; MERLE, Jean-Christophe. *A moral e o direito em Kant.* Ensaio analítico. 2º edição. Caxias do Sul. EDUCS. 2015.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito.* 5º edição. São Paulo: Noeses. 2015.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito. Definições e fins do direito – os meios do direito.* 1º edição. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

WOOD, Allen W. *Kant.* 1º edição. São Paulo: Artmed. 2008.