XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

FILOSOFIA DO DIREITO

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES CAVALCANTI DIAS

JEAN CARLOS DIAS

LEONEL SEVERO ROCHA

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Clara Angélica Gonçalves C. Dias; Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-621-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

O GT FILOSOSOFIA debateu entre os seus membros e aprovou devido a sua excelente qualidade, em resumo, os seguintes textos:

TRABALHO 1.

Análise da linguagem e direito a partir de Montaigne. Critica a linguagem -afirmando que a função representativa não é tão evidente quanto possa aparecer. No mesmo sentido, afirma-se a respeito da norma jurídica (preocupando-se com o fundamento da utilidade das leis) que o seu sentido linguístico pode ser objeto de reflexão nos mesmos modos dos textos não normativos.

TRABALHO 2.

O trabalho adota como referencial o pensamento de Habermas e propõe uma abordagem democrática inclusiva que exige uma conscientização dos agentes comunicativos para integra-se aos procedimentos deliberativos.

TRABALHO 3.

Analisou de forma crítica a legislação que rege a imigração no Brasil, questionando as classificações legais e analisando várias situações em que essa norma pode gerar dificuldades de intepretação e aplicação.

TRABALHO 4.

O texto defendido defende uma abordagem kantiana da teoria dos princípios na teoria do Direito contemporâneo propondo uma reinterpretação da clássica distinção entre o Direito e a Moral.

Trabalho 5.

O trabalho analisa, segundo o pensamento de Hegel, as ideias gerais da chamada reforma trabalhista propondo uma leitura intervencionista dessas disposições rejeitando a possibilidade de autonomia e liberdade de negociação entre empregadores e empregados.

Trabalho 6.

O trabalho propõe uma reconstrução do pensamento kantiano, adotando uma perspectiva crítica fundada nas ideias de Foucault. Há sobretudo uma exposição a respeito do poder do conhecimento e sua forma de produção no mundo pós-moderno.

Trabalho 7.

O estudo baseado no pensamento de Hobbes indica a tendência atual de construção de estruturas de manipulação no Estados pós-modernos de modo a controlar os discursos e, assim, da própria subjetivação das relações de poder e saber conforme as ideias de Foucault.

Trabalho 8.

O texto apresentado sugere a reconstrução dos conceitos de Estado e Democracia tendo por eixo o debate sobre o direito adquirido, entendido como uma cláusula da estabilização das relações sociais e jurídicas, usando como fundamento uma tentativa de dialogo entre Habermas e Weber.

Texto 9.

O texto sustenta, com base em Hegel que o que marca a idade moderna e a posição que o homem tem que tomar frente a independência diante da autoridade. Examina a construção da subjetividade dos direito humanos sob uma perspectiva hegeliana.

Texto 10.

O estudo examina as relações éticas derivadas de relações tecnológicas de alta complexidade. Propõe assim uma base principiologica a partir do direito como integridade segundo a visão de Ronald Dworkin.

Trabalho 11.

A partir da demonstração de desproporções de representação nas relações políticas, em especial em desfavor dos povos indígenas, usa o instituto processual da suspensão de segurança como veículo para refletir a respeito das relações do biopoder com suporte no pensamento de Giorgio Agamben.

TRABALHO 12.

Reflexão sobre o estado de exceção na concepção de Carl Schimitt. Reflete acerca das democracias contemporâneas a partir da reconstrução da ideia de legitimidade do Estado para afastar a sustentar a manutenção da ordem jurídica vigente face o risco de constituição de um Estado totalitário.

TRABALHO 13.

O texto examina a Liberdade de expressão e de imprensa - direito comparado norte americano e brasileiro. Sugere uma Análise dos precedentes judiciais no Brasil e na suprema corte americana como veículo para sustentar a necessidade de fortalecimento dessa liberdade básica, em especial, no Brasil.

TRABALHO 14.

O texto propõe uma reconstrução do conceito da dignidade da pessoa humana a partir de um exame reconstrutivo do tema no âmbito da história da filosofia geral. Sustenta que não é possível uma percepção exclusivamente normativa, regulada pelo direito, sem recurso a filosofia.

TRABALHO 15.

O texto propõe uma retomada do pensamento de Hans Kelsen sobretudo a partir de uma tentativa de confirmação da dualidade do ser e do dever-ser em seu pensamento. Sugere que essas premissas têm sido mal compreendidas e busca uma revisão a partir da ideia de norma fundamental.

TRABALHO 16.

O trabalho busca analisar o conceito de sanção, iniciando com uma perspectiva política centrada no pensamento de Hobbes e relacionando-o à teoria de Kelsen. O texto sugere que esse dialogo pode ser produtivo para a adequada compreensão do conceito de norma em Kelsen.

TRABALHO 17.

O texto propõe uma análise do Análise do Ar.t 48 da constituição de Weimar como indutor para a reflexão a respeito do limite da ordem política e poder político. Em especial, reflete a respeito da questão da justiça política com base no pensamento de Rawls. Sustenta que seria a saída para unir a autonomia de autodeterminação , que significa escrever as leis nas quais você homem se insere como sujeito e objeto.

TRABALHO 18.

O trabalho propõe uma leitura mais rigorosa do pensamento de Kelsen. Sustenta a base democrática no positivismo político Kelsen sugerindo que uma abordagem consorciada entre a teoria da ciência política e a teoria do direito pode ser necessária para a correta compreensão do autor.

Trabalho 19.

O texto sugere a ideia de macrofilosofia aplicada ao direito, buscando explicar o conceito e cabimento da macrofilosofia na questão social .

A partir daí desenvolve o conceito da visão holística do objeto - algo que abarcasse o objeto com a visão da filosofia e outras áreas . Propõe , assim, a interdisciplinaridade no estudo do Direito.

Trabalho 20.

O texto sugere que que o conceito de dúvida razoável tem impacto na atuação do Juri no Brasil. Critica o termo dúvida razoável e analisa o fato utilizando da jurisprudência norte americana. Analisou O que se espera realmente da figura do jurado; a segurança sobre a culpabilidade do réu e na dúvida razoável.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Jean Carlos Dias – CESUPA

Profa. Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias - UFS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A NATUREZA DA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL E O DUALISMO SER E DEVER-SER: REENCONTRAR HANS KELSEN

THE FUNDAMENTAL HIPOTHETIC NORM AND DUALISM IS AND OUGHT: REINSTATE HANS KELSEN

Moisés João Rech
Cleide Calgaro

Resumo

A finalidade do artigo é um reencontro com o pensamento kelseniano, em especial com a natureza da norma hipotética fundamental concebida a partir do dualismo ser e dever-ser. Como metodologia, foi utilizada a revisão bibliográfica das obras kelsenianas, em especial à segunda edição alemã da Teoria Pura do Direito, além de literatura especializada. Com os resultados obtidos foi possível verificar, além da natureza lógico-transcendental da norma fundamental, sua função de fundamentação do jurídico no plano do dever-ser. Como conclusão, destaca-se o reencontro com o pensamento kelseniano para repensar as crises jurídico-políticas atuais.

Palavras-chave: Norma hipotética fundamental, Ser e dever-ser, Neokantismo, Hans kelsen

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of the article is a reencounter with kelsenian thought, especially with the nature of the fundamental norm derived from the dualism of is and ought. As a methodology, the bibliographical revision of the Kelsenian works was used, in particular the second German edition of Pure Theory of Law, as well as specialized literature. With the results obtained, it was possible to verify, besides the logical-transcendental nature of the fundamental norm, its function of legal foundation in the plane of the ought. As a conclusion, we highlight the reunion with the Kelsenian thought to rethink the current legal-political crises.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hypothetical fundamental norm, Is and ought, Neokantianism, Hans kelsen

INTRODUÇÃO

A releitura de textos clássicos auxilia na interpretação dos problemas do presente. Com esse mote em vista, o presente artigo busca reencontrar o pensamento kelseniano, no que diz respeito à sua mais controvertida tese: a fundamentação do jurídico. Mas um reencontro com Kelsen exige que sejam revisitados seus fundamentos teóricos, ou seja, seu ponto de vista a respeito do direito, a filosofia neokantiana. Unindo filosofia do direito e teoria do conhecimento, o presente artigo discute a natureza da norma hipotética fundamental, e seu pressuposto teórico: o dualismo ser e dever-ser.

Como corte epistemológico, o presente estudo se propõe a analisar apenas do último período de reformulações da obra de Kelsen, a dizer, da segunda edição alemã da *Teoria Pura do Direito* editada em Viena em 1960. Desconsiderando a obra *Teoria Geral das Normas* de 1976, por três motivos, primeiro por se tratarem de escritos anteriores a adesão a corrente neokantiana, segundo, pelo fato de alguns textos não possuírem datação e não serem destinados à publicação, e por último a publicação da carta de 3 de agosto de 1933 em que Kelsen expõe a seu amigo, o sociólogo Renato Treves,[1] suas novas concepções neokantianas acerca da norma hipotética fundamental, refutando a teoria de Hans Vaihinger.[2] (TREVES, 1987).

Isso indica que a última edição da *Teoria Pura do Direito* e não a *Teoria Geral das Normas* é a síntese de ideias da norma hipotética fundamental, sendo assim, as análises aqui empreendidas foram a partir da revisão bibliográfica da segunda edição alemã da *Teoria Pura do Direito*. A partir do corte epistemológico proposto, e da adoção da revisão bibliográfica como metodologia, o esclarecimento do tema e do problema de pesquisa se fazem necessários.

A temática do presente estudo alinha-se à obra kelseniana, mais especificamente, à estrutura filosófica da norma hipotética fundamental postulada por Kelsen. Nesse sentido, ao voltar-se para a análise da natureza da *Grundnorm*, é encontrada a premissa

---

[1] Tradução livre: "Ainda que, em certo sentido, seja exato afirmar que a teoria da norma fundamental encontra sua origem no princípio da economia do pensamento de Mach e na teoria da ficção de Vaihinger, prefiro renunciar, depois de uma série de mal entendidos, da inspiração nesses dois autores. O essencial é que a teoria da norma fundamental decorre inteiramente do método da hipótese desenvolvida por Cohen." (TREVES, 1987).

[2] Hans Vaihinger (1852-1933), neokantiano mais conhecido pela obra *Philosophie des Als-Ob* (*Filosofia do como-se*), em que afirma a impossibilidade de o homem conhecer a realidade em si, e como consequência constrói sistemas de pensamentos "como-se" fossem a realidade. Sendo que as ficções são contraditórias com a realidade e consigo mesmas, e o homem comporta-se "como-se" (*Als-Ob*) o mundo corresponde-se às suas ficções. (FERRATER MORA, 1994, p. 3627).

filosófica kelseniana: o neokantismo. A problemática, por sua vez, diz respeito à análise da origem e função da norma hipotética fundamental, levando em consideração a premissa filosófica de Kelsen.

O sentido ou justificativa para o estudo encontra-se nas sucessivas crises de legitimidade do sistemas jurídico-políticos atual, em especial no Brasil. A obediência às normas jurídicas, leia-se Constituição, requer uma fundamentação conceitual que seja coerente e que promova entendimento mútuo. Portanto, revisitar o fundamento da validade jurídica merece atenção e análise.

1. A NATUREZA DA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL

A afirmativa de que Kelsen é um positivista jurídico e consequentemente um normativista-lógico é verdadeira. É acima de tudo um lugar-comum. Basta observar os manuais de filosofia do direito[3] para verificar o consenso em adjetivá-lo desta maneira. No mesmo sentido está a assertiva de que o pensamento de Kelsen é influenciado pela corrente neokantiana presente nas universidades europeias – a Escola de Maburgo e a Escola de Baden, representadas respectivamente por Herman Cohen e Wilhelm Windelband. Conhecer as influências filosóficas de Kelsen auxilia na compreensão de suas formulações, em especial a respeito de sua mais controvertida tese, a norma hipotética fundamental.

Como é de conhecimento de qualquer leitor de Kelsen, uma das principais funções da norma fundamental é a de conferir validade ao ordenamento jurídico. O termo validade pode possuir diferentes sentidos, porém, o sentido comum de validade formal é, segundo Abbagnano (2000, p. 989) "conformidade com regras de procedimentos estabelecidas ou reconhecidas." O exemplo clássico do raciocínio válido é o aquele que corresponde à adequação às leis lógicas e, em analogia, a lei válida é a lei que respeita as regras formais (procedimentais) de validade.

Contudo, validade pode possuir mais sentidos do que o acima descrito. Nino (1980, p. 134) estabelece uma diferença no que denominou de validade normativa e validade descritiva. Por validade normativa entende-se a própria força obrigatória das

[3] Conferir (NADER, 1998, p. 195), (PALOMBELLA, 2005, p. 161), (REALE, 2002, p. 455) e (ABBOUD et al., 2013, p. 203).

normas em decorrência das razões de sua aplicação. A validade descritiva associa-se à validade a partir da pertinência a um sistema minimamente eficaz.

A teoria kelseniana possui os dois sentidos de validade acima citados, embora dispersos em quatro significados distintos: a) validade como específica existência[4] do direito, isto é, a partir de um critério ontológico (KELSEN, 2009, p. 238); b) validade como pertencimento a um ordenamento jurídico (KELSEN, 2009, p. 223); c) validade como força vinculante (obrigatória) das normas (KELSEN, 2009, p. 215); e d) validade como a empírica estatuição legítima de uma norma, o que corresponde à criação de normas do modo previsto no ordenamento (KELSEN, 2009, p. 221). Os itens *b* e *d* correspondem à validade descritiva, enquanto os itens *a* e *c* correspondem à validade normativa. Para nosso estudo será utilizará do conceito *c* de validade, isto é, a validade como força vinculante (obrigatória) das normas.

Um bom exemplo para demonstrar a aplicação da validade jurídica em sua natureza vinculante é a sentença judicial, desse modo, tomemos o seguinte exemplo: um salteador de estrada dá ordens a um transeunte para que este lhe entregue seu dinheiro sob a cominação de algum mal; neste ato de ordenar a entrega do dinheiro pelo salteador está contido o que Kelsen denominou de "sentido subjetivo de um dever-ser". (KELSEN, 2009, p. 49).

Em comparação à ordem do salteador, temos a decisão judicial que condena o devedor ao pagamento de quantia em dinheiro. Igualmente à ordem do salteador, a decisão judicial possui o sentido subjetivo de um dever-ser, porém, a decisão judicial é interpretada diferentemente da ordem do criminoso, pois, embora ambas as ordens sejam idênticas – dar/pagar quantia em dinheiro -, elas são diferentes em um aspecto.

> A diferença apenas ganha expressão quando se descreve, não o sentido subjetivo, mas o sentido objetivo do comando que um indivíduo endereça a outro. Então, atribuímos ao comando do órgão jurídico, e já não ao do salteador de estradas, o sentido objetivo de uma norma vinculadora do destinatário. Quer dizer: interpretamos o comando de um, mas não o comando do outro, como uma norma objetivamente válida. (KELSEN, 2009, p. 49).

O comando do salteador é interpretado como um ato criminoso, uma simples ameaça, em compensação, a decisão judicial é interpretada como uma norma objetivamente válida que estabelece um ato de coerção na hipótese de sua não

[4] Ao contrário de Melo (2010) e Pontes de Miranda (2002) que diferenciam existência e validade normativa, Kelsen identifica os dois planos.

observância. Para Kelsen, a diferença está na *pressuposição* de um elemento fundamental para a existência do direito.

Fato é que, para um positivista, não existem fatos inerentemente jurídicos, não existem atos humanos ou fatos naturais que sejam em si detentores de uma essência jurídica, ou seja, que sejam naturalmente tutelados pelo direito. Esta é a concepção do jusnaturalismo para o qual não são as normas de direito positivo, mas as normas de direito natural que juridicizam a realidade. É clássica a afirmação de Kelsen (2009, p. 4) de que "a norma funciona como um esquema de interpretação", ou seja, interpretamos o fato ou ato como jurídico a partir de uma norma, nesse sentido, a norma funciona como uma metalinguagem sobre a linguagem-objeto que é a realidade fática.

A validade da decisão judicial que condena ao pagamento de quantia é interpretada como obrigatória pelo condenado, nesse sentido, a sentença condenatória possui um dos sentidos de validade acima descritos, qual seja, o sentido da obrigatoriedade, correspondente à letra *c*. Contudo, Kelsen indagar acerca da origem de tal validade, e encontra como resposta a fundamentação da validade por cadeias de delegação de poder. Em outras palavras, a sentença é considerada válida, pelo fato de se fundamentar em uma norma jurídica superior que igualmente seja válida, a norma que fundamenta a validade da sentença é considerada válida pelo fato de ser fundamentada em outra norma ainda superior, que também é válida, e assim sucessivamente.

Até o ponto de chegar à Constituição do Estado, sendo a Constituição a última norma jurídica positiva que, igualmente necessita de fundamentação de validade. Para estancar o *regressus in infinitum* na procura de validade Kelsen postulou uma norma ainda mais superior que a Constituição do Estado, a norma hipotética fundamental. Esta norma é a *pressuposição* necessária para a interpretação distinta entre o comando de um salteador e a sentença judicial.

Como se pôde perceber, a partir do conceito de validade chega-se ao ponto central da teoria kelseniana. Isso se dá pelo fato de o fenômeno da validade estar estritamente vinculado com a norma fundamental, em virtude de esta servir como fundamento lógico-transcendental[5] de validade da Constituição do Estado, e em última instância, da totalidade do ordenamento jurídico. (KELSEN, 2009, p. 225).

---

[5] "[...] transcendental deve denominar-se, não cada conhecimento *a priori*, mas somente aquele pelo qual conhecemos, que e de que modo certas representações (intuições ou conceitos) são empregadas ou são possíveis unicamente *a priori* (isto é, a possibilidade do conhecimento ou o uso do mesmo *a priori*). [...] Na expectativa de que, eventualmente, haja conceitos que possam relacionar-se *a priori* com objetos [...] formamos a idéia de uma ciência relativa ao conhecimento do entendimento puro e da razão, por meio do

O direito pode ser pensado como uma pirâmide normativa, afirma Kelsen (2009, p. 246), em que as normas inferiores, tais como a coisa julgada, contratos, atos administrativos, etc. buscam sua validade em normas superiores, em última instância na Constituição, e por fim, na norma fundamental. Desse modo há um escalonamento normativo, pois as normas estão justapostas umas sobre as outras hierarquicamente, delegando validade sistematicamente. Esta hierarquia normativa é denominada de *Stufenbau*.

A descrição acima feita a respeito das cadeias de validade a partir da norma fundamental, perpassando pela Constituição e assim sucessivamente até os atos normativos mais concretos chama-se sistema dinâmico, isto é, o ordenamento jurídico visto a partir dessa delegação de validade é um sistema dinâmico. Por outro lado, os sistemas estáticos, como a moral ou a religião, tem como fundamento de validade o conteúdo das normas, nesse caso, se uma norma inferior não estiver em conformação com o conteúdo de uma norma superior, a norma inferior será considerada inválida.

Para Kelsen (2009, p. 218), os sistemas estáticos possuem uma norma fundamental cujo conteúdo é imediatamente evidente, ou seja, o conteúdo de tal norma é um conteúdo racional, dado à razão, e pressupõe uma razão prática. Contudo, o conceito de uma razão prática é insustentável afirma Kelsen (2009, p. 218), pois a função da razão é apenas conhecer, não possuindo vontade de agir, e o estabelecimento de normas consiste inerentemente em um ato de vontade.

A validade normativa de um sistema dinâmico, cujo principal exemplo é o direito, encontra-se nas sucessivas delegações de poder, sendo irrelevante o conteúdo normativo, desse modo, podemos afirmar que os sistemas estáticos são materiais e os sistemas dinâmicos formais, pois comportam qualquer conteúdo.[6] Para Kelsen (2009, p. 221) o direito é um sistema dinâmico, a sua norma fundamental não determina o conteúdo das normas apenas estabelece o modo de cria-las e o dever de obedecer a Constituição do Estado. Além disso, é necessário atentar para o fato de que a norma fundamental não é uma norma posta, mas pressuposta.

---

que pensamos objetos de modo inteiramente *a priori*. Uma tal ciência, que determinasse a origem, o âmbito e a validez objetiva de tais conhecimentos, deveria denominar-se *lógica transcendental*, porque ela só se ocupa com leis do entendimento e da razão [...].” (KANT, 1974, p. 60, grifo do autor).

[6] Evidentemente o direito já incorporou em seu mecanismo de funcionamento a validade material, basta pensar no controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Contudo, isso não desvirtua sua natureza eminentemente formal.

Tal afirmativa significa que ela não pertence ao âmbito do direito positivo, não está dentro do ordenamento jurídico. Uma norma positiva é posta, mas a norma fundamental, sendo pressuposta, é um ato puramente intelectual e uma necessidade lógica de estancar a recursividade da busca pela validade. A proposição que expressa o juízo hipotético da norma fundamental é: "devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com elas." (KELSEN, 2009, p. 224). De modo conciso: "devemos conduzir-nos conforma a Constituição prescreve." (KELSEN, 2009, p. 224). Dado que a norma fundamental confere validade para a Constituição, todas as normas infraconstitucionais tornam-se válidas.

Em sua natureza, a norma fundamental é uma norma puramente formal, e em vista disso Kelsen a teoriza como uma hipótese lógico-transcendental. Isso nos leva à matriz filosófica da *Teoria Pura do Direito*, e, por conseguinte, da norma fundamental, qual seja, o neokantismo. Embora Paulson (2003, p. 569), afirme certa influência dos neokantianos de Baden, para Ordóñez (2004, p. 153) não é de Kant, mas a partir das releituras da *Crítica da Razão Pura* de Herman Cohen, neokantiano de Marburgo, que Kelsen constrói seu *corpus* teórico: "o que importa, é ressaltar a influência da filosofia coheniana na tese central de Kelsen".

Do mesmo modo que Kant pensara na transcendentalidade como conceitos *a priori*,[7] a norma fundamental de Kelsen utiliza-se do mesmo princípio, um conceito *a priori*. Sendo ela completamente independente da experiência; é transcendental, não transcendente.[8] A cognição transcendental não se ocupa de objetos, preocupa-se com o modo pelo qual é possível conhecê-los, e por ser independente da experiência deriva para si o formalismo de Kant, ao libertar-se de estabelecer qualquer conteúdo para as normas. Isto é, para Kelsen o direito é entendido como forma e não como conteúdo.

A norma fundamental é condição da possibilidade de interpretação do ordenamento jurídico como tal, não é produto deste, mas sua condição de existência. Da máxima de Kant (2001, p. 89) "pensamentos sem conteúdo são vazios; intuições sem

---

[7] "Afirmado ou estabelecido sem verificação; pressuposto. Relativo ao que resulta de raciocínio cujas definições foram dadas inicialmente. Por dedução, a partir de elementos prévios. Independentemente da experiência." (HOUAISS et al., 2009, p. 166).

[8] "Por transcendental Kant entende a condição à qual deve estar sujeito qualquer tipo de conhecimento; as condições supremas da sensação são o espaço e o tempo, [...]; as do juízo são as categorias, [...] são às condições às quais deve estar sujeito qualquer objeto para ser conhecido. Por transcendente, Kant entende aquilo que ultrapassa toda experiência, aquilo que existe fora de toda experiência, isto é, a coisa em si, o númeno (o inteligível)." (MONDIN, 1981, p. 176-7).

conceitos são cegas" pode-se afirmar que a norma fundamental sem dados empíricos é vazia, dados empíricos sem a norma fundamental são cegos.

As categorias da sensibilidade e do entendimento são conceitos vazios e puros, pois decorrem da razão, nada prescrevem, e são essenciais a qualquer possibilidade de conhecimento. (KANT, 2001, p. 89). A norma fundamental é igualmente vazia, e por sua natureza dinâmica, não determina qualquer conduta condicionada por um valor estabelecido, ao contrário das normas fundamentais estáticas, que contêm em si prescrições autoevidentes e são de matriz jusnaturalista.

Desse modo, a norma fundamental que a *Teoria Pura do Direito* afirma como condição de validade jurídica, é o elemento que fundamenta qualquer ordem jurídica positiva, seja ela uma ordem jurídica fascista, comunista ou liberal. Destaca-se, contudo, a natureza formal da validade conferida pela norma fundamental, pois não há qualquer conteúdo *a priori* a ser deduzido para as normas jurídicas.

Neste ponto é lícito fazer uma analogia com a teoria do conhecimento de Kant. Para além da analítica e da estética e sua lógica transcendental do domínio do *a priori*, que é constituído pelas formas puras da sensibilidade e do entendimento, o *eu transcendental* kantiano, ou o *eu penso*,[9] (KANT, 2001, p. 131), é outra condição necessária para a unificação da multiplicidade do fenômeno em unidade sintética. A apercepção transcendental[10] é a consciência da identidade contínua do eu, e igualmente é condição *a priori* do conhecimento. "Só pela sua reunião se obtém conhecimento". (KANT, 2001, p. 89).

De modo análogo, a norma fundamental está para o *eu transcendental* tal como as relações de poder (relações jurídicas) estão para o material empírico (conhecimento), é apenas com a união da norma fundamental com as relações de poder que o direito constitui-se. Além disso, do mesmo modo que o eu transcendental é a condição formal do conhecimento embora não determine seu conteúdo, igualmente a norma fundamental

---

[9] "A proposição 'eu penso' não é uma experiência nem é, diferentemente das categorias, uma 'condição de probabilidade de um conhecimento dos objetos' [...]. Acompanha e precede à experiência, como sujeito da experiência, mas somente num sentido formal: o 'eu' ou 'eu penso' não pode ser considerado um sujeito nem um objeto da experiência, porém apenas um 'veículo' e 'necessário acompanhamento'." (CAYGILL, 2000, p. 134).

[10] "Dou-lhe o nome de *apercepção pura*, para a distinguir da *empírica* ou ainda o de *apercepção originária*, porque ela é aquela autoconsciência que, ao produzir a representação *eu penso* - que tem de poder acompanhar todas as demais e é una e idêntica em toda consciência -, não pode jamais ser acompanhada por nenhuma outra. Denomino também sua unidade de unidade *transcendental* da autoconsciência, para designar a possibilidade do conhecimento *a priori* a partir dela. Com efeito, as múltiplas representações, que são dadas em uma certa intuição, não seriam todas representações *minhas* se não pertencessem todas a uma autoconsciência, isto é, como representações minhas [...]" (KANT, 1974, p. 82).

não determina o conteúdo das normas jurídicas. Enfim, tal como Kant combateu a metafísica das ciências naturais, Kelsen engendrou a norma fundamental para combater a metafísica - entendida como direito natural - do direito positivo.

> Assim como os pressupostos lógico-transcendentais do conhecimento da realidade natural não determinam por forma alguma o conteúdo das leis naturais, assim também a norma fundamental não pode determinar o conteúdo das normas jurídicas ou das proposições jurídicas que descrevem as normas jurídicas. Assim como só podemos obter o conteúdo das leis naturais a partir da experiência, assim também só podemos obter o conteúdo das proposições jurídicas a partir do Direito positivo. A norma fundamental tampouco prescreve ao Direito positivo um determinado conteúdo, tal como os pressupostos lógico-transcendentais da experiência não prescrevem um conteúdo a esta experiência. Aí reside precisamente a diferença entre a lógica transcendental de Kant e a especulação metafísica por ele rejeitada, entre a Teoria Pura do Direito e uma teoria metafísica do Direito do tipo da doutrina do Direito natural. (KELSEN, 2009, p. 421).

Na mesma linha de Kant, para o qual o conhecimento é a união entre sensibilidade e do entendimento com o conteúdo empírico, correspondendo respectivamente à estética e à lógica transcendental, para Kelsen, ao fazer uso da epistemologia kantiana, afirma que a natureza da norma fundamental é de pressuposto lógico-transcendental, pois, atua como condição da possibilidade do ordenamento jurídico positivo. “[...] pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica [...] ser designada como a condição lógico-transcendental”. (KELSEN, 2009, p. 225).

É a norma fundamental que constitui epistemologicamente o direito, por sua própria estrutura formal e apriorística. (MATOS, 2011, p. 60). Como natureza da norma fundamental, a lógica transcendental estuda os conceitos ou categorias *a priori* que constituem o *eu transcendental*, tais conceitos unificam a multiplicidade da realidade empírica.

> Na presunção de que haja porventura conceitos que se possam referir *a priori* a objetos, não como intuições puras ou sensíveis, mas apenas como atos do pensamento puro, e que são, por conseguinte, conceitos, mas cuja origem não é empírica nem estética, concebemos antecipadamente a idéia de uma ciência do entendimento puro e do conhecimento de razão pela qual pensamos objetos absolutamente *a priori.* Uma tal ciência, que determinaria a origem, o âmbito e o valor objetivo desses conhecimentos, deveria chamar-se *lógica transcendental*, porque trata das leis do entendimento e da razão, mas só na medida em que se refere a objetos *a priori* e não, como a lógica vulgar, indistintamente aos conhecimentos de razão, quer empíricos quer puros. (KANT, 2001, p. 92).

Kant (2001, p. 95) afirma que a lógica transcendental é dividida em dialética e analítica transcendental, enquanto a dialética transcendental consiste, para Kant (1974, p. 40) na "ciência de todos os princípios da sensibilidade *a priori* [...]", a analítica transcendental é "a parte da lógica transcendental que apresenta os elementos do conhecimento puro do entendimento e os princípios, sem os quais nenhum objeto pode, em absolto, ser pensado, [...]." (KANT, 2001, p. 96).

A norma fundamental, portanto, como pressuposto lógico-transcendental, seria objeto de análise da analítica transcendental, pois, constitui uma categoria *a priori* do entendimento, ou seja, sua existência independe da experiência. Além disso, Kelsen afirma juntamente com a natureza transcendental da norma fundamental sua estrutura de juízo hipotético.

Nesse sentido, para além de sua natureza transcendental, a norma fundamental possui caráter de hipoteticidade que deriva das bases kantianas da teoria do juízo, ao contrário de ficcionalidade introduzida na obra *Teoria Geral das Normas* (KELSEN, 1986) e derivada da filosofia do "como-se" de Vaihinger. (MATOS, 2011, p. 51). O juízo hipotético resume-se em afirmar que a vontade é determinada em vista de um fim, nesse sentido, a pressuposição da norma fundamental não é necessária, mas possível, isto é, na hipótese da norma fundamental não ser pressuposta como válida, ela não deixará de existir como unidade das relações de poder. A norma fundamental pode, mas não necessita ser pressuposta, apenas na hipótese de se desejar descrever o direito cientificamente é necessária a pressuposição da norma fundamental.

> Portanto, caracteriza esta interpretação como uma interpretação possível, não como necessária, e descreve a validade objetiva do Direito positivo como uma validade apenas relativa ou condicionada: condicionada pela pressuposição da norma fundamental. Dizer que podemos pressupor a norma fundamental de uma ordem jurídica positiva mas que não temos necessariamente de a pressupor significa que podemos pensar as relações inter-humanas em questão, normativamente, isto é, como deveres, poderes, direitos, competências, etc. constituídos através de normas jurídicas objetivamente válidas, mas não temos de as pensar necessariamente assim; que as podemos pensar sem pressupostos, quer dizer, sem pressupor a norma fundamental, como relações de força, como relações entre indivíduos que comandam e indivíduos que obedecem ou não obedecem - isto é, sociológica e não juridicamente. 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 teorético-gnoseológica. (KELSEN, 2009, p. 243).

A pressuposição da norma fundamental não é o momento de sua "criação". Kelsen por vezes se expressa de modo obscuro fazendo pensar que a norma fundamental

existe somente enquanto pressuposta, a norma fundamental, contudo, existe sem ser pressuposta. Quando afirma que "uma ciência jurídica positiva apenas pode *constatar* que esta norma é pressuposta como norma fundamental [...]" (KELSEN, 2009, p. 227); e ainda: "[...] esta [a norma fundamental] não é uma norma posta através de um ato jurídico positivo, mas [...] uma norma pressuposta [...]. Constatar esta pressuposição é uma função essencial da ciência jurídica." (KELSEN, 2009, p. 51).

De acordo com Raz (2012, p. 89) a norma fundamental de um sistema existe sem ser criada, pois a ciência apenas a constata, e nesse sentido, é lícito afirmar que a norma fundamental, a bem da verdade, é declarada e não constituída. Nas palavras de Matos (in KELSEN, 2012, p. 67) "não é possível nos perguntar quando, por quem e como a norma fundamental foi criada.

Tais categorias simplesmente não se aplicam à *Grundnorm*." Dessa afirmação resulta que a norma fundamental é, como afirmado, hipótese lógico-transcendental, anterior ao direito positivo, posto que é condição de sua existência. Endossa-se, a norma fundamental é anterior ao material *jurídico* (*sollen*), não anterior ao material *empírico* (*sein*), pois sendo a norma fundamental um ato intelectual, ela existe apenas na razão. O que torna o material empírico [relações de poder] em material jurídico [relação jurídica] é a constatação da norma fundamental.

2. SER E DEVER-SER

Derivado da filosofia kantiana,[11] a dualidade entre ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*) tem origens ainda mais antigas na filosofia. Na obra *Tratado da Natureza Humana* de David Hume identifica-se a profunda distinção entre proposições descritivas e proposições prescritivas. (HUME, 2009, p. 509). Tal distinção ficou conhecida como *A Guilhotina de Hume*, impropriamente denominada de *Falácia Naturalista* desenvolvida por G. E. Moore na obra *Principia Ethica*. (MOORE, 1999, p. 92).

Contudo, é em Kant que a rigorosa distinção entre ser e dever-ser ganha corpo e de que Kelsen extrair suas premissas filosóficas, embora para Kelsen a dualidade ser e dever-ser constituem-se apenas como conectivos lógico-formais. (MATA-MACHADO, 1981, p. 137). O que é possível afirmar acerca da dualidade entre ser e dever-ser é de que

[11] Relativamente à natureza, a experiência dá-nos a regra e é a fonte da verdade: no que toca às leis morais a experiência é (infelizmente!) a madre da aparência e é altamente reprovável extrair as leis acerca do que devo fazer daquilo que se faz ou querer reduzi-las ao que é feito" (KANT, 1994a:312).

correspondem a dois mundos distintos, duas realidades logicamente opostas.[12] O ser (*sein*) corresponde à realidade fática, empírica, a razão teórica que a descrever e que a estuda. Sobre o direito, o ser corresponde ao elemento eficácia. Para Kelsen (2009, p. 13) "[...] a eficácia da norma jurídica reduz-se à sua observância".

O dever-ser (*sollen*), por outro lado, corresponde ao mundo normativo, imputacional, valorativo, espiritual, da razão prática que guia a conduta humana, pois tem como pressuposto a liberdade.[13] E enquanto o ser corresponde, no campo jurídico, ao elemento eficácia, o dever-ser corresponde, no campo jurídico, à validade.

Neste momento, cumpre destacar que se está falando do primeiro conceito de validade acima exposto, isto é, a validade entendida como "específica existência do direito" (KELSEN, 2009, p. 238) que corresponde à letra *a*. O direito está totalmente imerso no plano do dever-ser, autofundando-se, pois para Kelsen, a validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma: "[...] a questão de por que é que a norma vale [...] não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser." (KELSEN, 2009, p. 215). Leis do plano do ser são descritas da seguinte forma: Se A então B, ou ainda A é B. Por outro lado, leis do plano do dever-ser são descritas da seguinte maneira: Se A é, B deve ser, ou ainda, Se A deve ser B.

A explicação acerca da dualidade entre ser e dever-ser revela-se necessária, pois Kelsen a utiliza para a construção teórica da norma fundamental, desse modo, é possível, inicialmente, afirmar que para Kelsen não há qualquer contato entre os planos do ser e do dever-ser, entre fato e valor há um abismo lógico que os impede de se comunicarem, embora no decorrer de sua obra Kelsen altere sua posição acerca do tema como será oportunamente demonstrado. Em suas palavras: "do fato de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve* ser; assim como do fato de algo *dever* ser se não pode seguir que algo *é*." (KELSEN, 2009, p. 215, grifo do autor). Essa passagem de sua obra é emblemática.

Do exposto, pode-se deduzir que Kelsen inicialmente pretende manter separados os elementos validade e eficácia, um restrito a cada plano de sua realidade ontológica a fim de que o direito seja fundamentado em si mesmo e que seja depurado de qualquer elemento extrajurídico, tal como a fundamentação do direito em Deus, na natureza ou na

---

[12] A distinção aqui empregada entre ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*) corresponde a uma distinção lógica e ontológica. Cf. (KANT, 2011), (PAULSON, 2003), (PALOMBELLA, 2005) e (ABBOUD et al., 2013).

[13] "O caminho aqui seguido para a solução do problema do conflito entre a causalidade da natureza e a liberdade da imputação normativa aproxima-se da solução tentada por Kant na medida em que ele pressupõe estas duas diferentes ordens [...], a saber, uma causal, constituindo a necessidade natural, e outra normativa ou moral, constituindo a necessidade do dever-ser, sobre cuja base se produz a imputação, que pressupõe a liberdade." (KELSEN, 2009, p. 412).

razão. Como salienta Vasconcelos (2010, p. 25) "o que jamais poderá admitir Kelsen, seria a possibilidade da existência de uma ordem jusnaturalista superior ao Direito positivo, com a presunção de transmitir-lhe validade".

A essência da validade está contida na seguinte frase de Kelsen: "A validade da norma é constituída por um dever-ser (s*ollen*)." (LOSANO, 2010, p. 108 apud KELSEN, p. 20). Ou ainda, na tradução brasileira, se encontra uma implícita indicação na seguinte frase em que Kelsen faz uso de analogia:

> Na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o fato de ela ser posta por qualquer autoridade, por um ser humano ou supra-humano: assim acontece quando se fundamenta a validade dos Dez Mandamentos com o fato de Deus, Jeová, os ter dado no Monte Sinai; ou quando se diz que devemos amar os nossos inimigos porque Jesus, o Filho de Deus, o ordenou no Sermão da Montanha. Em ambos os casos, porém, o fundamento de validade, não expresso mas pressuposto, não é o fato de Deus ou o Filho de Deus ter posto uma determinada norma num certo tempo e lugar, mas uma norma: a norma segundo a qual devemos obedecer às ordens ou mandamentos de Deus, ou aquela outra segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos de Seu Filho. (KELSEN, 2009, p. 216).

A obrigatoriedade da conduta não está no fato de uma autoridade estatuir uma norma, mas na própria norma que manda obediência à autoridade que estatui a norma. Esta norma de dever é uma pressuposição, um puro s*ollen*, ademais, a existência de tal norma fundamental não pode ser posta em questão, pois é objetivamente válida. (KELSEN, 2009, p. 226). Nesse sentido, a visão de sistema jurídico em que a teoria pura do direito se apoia é a visão do dever-ser.

A estrutura hierárquica do ordenamento é concebida como uma teia de distribuição de validade (dever-ser) das normas superiores para as inferiores. Por sua vez, a norma fundamental é a origem desse dever-ser que permeia em todo o ordenamento. A validade coincide com o dever-ser, e a existência coincide com validade, seja de uma norma, seja de todo o ordenamento. "Portanto, tudo, na teoria pura do direito, explica-se com o dever ser." (LOSANO, 2010, p. 110).

Sollen é utilizado para exprimir um comando ou um desejo muito forte, ou seja, dá um sentido imperativo sem recorrer ao modo imperativo.[14] Onde no alemão

[14] "Chamam-se *modos* as diferentes formas que toma o verbo para indicar a atitude (de certeza, de dúvida, de suposição, de mando, etc.) da pessoa que fala em relação ao fato que enuncia. [...] Embora a palavra Imperativo esteja ligada, pela origem, pelo latim *imperare* 'comandar', não é ara ordem ou comando que [...] nos servimos desse modo. Quando empregamos imperativo, em geral, temos o intuito de exortar o nosso interlocutor a cumprir a ação indicada pelo verbo. É, pois, mais o modo de exortação, do conselho, do convite, do que propriamente do comando, da ordem." (CINTRA, 2001, p. 380-447).

utiliza-se de s*ollen*, nas línguas românicas recorre-se ao modo optativo[15] (subjuntivo). O modo subjuntivo consta de dois elementos de acordo com Losano (2010, p. 111), por primeiro, uma vontade, e por segundo, a confiança na possibilidade de realizar essa vontade.

O termo s*ollen* deriva da doutrina neokantiana, onde a distinção entre ser e dever-ser funda a autonomia da razão prática e relação à razão teorética, razão e vontade, causalidade e liberdade, natureza e espírito. Constituem duas categorias originárias *a priori* do conhecimento, pois são duas formas mentais que decorrem do mundo dos fatos e do mundo dos valores. Para Kant a distinção entre ser e dever-ser não apresenta tão somente um dualismo lógico-formal, mas, sobretudo fundamenta a própria ética, pois na *Crítica da razão prática* e nos *Fundamentos da metafísica dos costumes* Kant fez do *sollen* sua palavra de ordem da razão prática.

A partir de Kant não se vê mais a distinção entre ser e dever-ser como Hume preconizava, com relação ao discurso descritivo neutro e o discurso prescritivo valorativo, mais como a distinção entre fato e valor. Contudo, não diretamente de Kant, mas de neokantianos de onde o dever-ser chega à teoria pura do direito.

De acordo com Reale,[16] a distinção entre ser e dever-ser Kelsen extrair da filosofia neokantiana da escola de Marburgo, mais precisamente de Cohen. Contudo, segundo Losano (2010, p. 112), tal aspiração neokantiana, no que tange apenas à concepção de ser e dever-ser deriva não de Cohen, mas de Gorge Simmel, neokantiano de Baden. Tal contrariedade não mostra-se como obstáculo à correta interpretação das

---

[15] "[...] que serve para exprimir vontade ou desejo [...] Em que a há a expressão de vontade ou desejo [...] diz-se de ou modo verbal característico de certas línguas indo-européias (como o grego e o sânscrito), pelo qual se indica o desejo ou a vontade de que se verifique a ação ou o processo designado pelo verbo; [...] em português, a função optativa é preenchida pelo modo subjuntivo e, naqueles casos em que a vontade ou desejo tem o pode tomar caráter de ordem, pelo modo imperativo. (HOUAISS; FRANCO, 2001, p. 2.073).

[16] "Consoante já lembrado, os marburguianos aceitam esta distinção, mas no plano da Crítica da Razão Pura Teórica, isto é, convertendo-a em duas categorias lógicas primárias e irredutíveis, o *ser* e o *dever ser*, expressões de duas posições distintas do espírito às quais correspondem, como opostos *o mundo dos fenômenos e o mundo das normas.* Adaptando às suas conclusões técnico-jurídicas as posições gnosiológicas fundamentais de Cohen, o mestre de Viena aceita a ideia de que *ser* e *dever ser* são puras categorias lógicas vazias de conteúdo, não tendo a segunda correspondência alguma com o que é *devido, com aquilo que deve ser feito*. Posta esta distinção, Kelsen declara que o Direito, entendido sempre só como Direito Positivo, pertence todo ao domínio do *dever ser* como produto normativo. O Direito exprime, assim, um *dever ser* que vale por si, não envolvendo nenhuma forma concreta de comportamento, nenhuma orientação prática de conduta. É em suma, *lógica*, mas não *eticamente* finalista. À primeira vista, pode parecer estranhável o fato de se considerar *eticamente finalista* uma teoria jurídica como a de Kelsen, toda levantada pela distinção entre o *Sein* e o *Sollen.* Entretanto, o *dever ser* de Kelsen, que é o pensador mais apurado no rigorismo metodológico, não só não se refere a uma ordem de valores concretos. Como as figuras geométricas são concebidas sem ser preciso haver exata correspondência no plano físico, as regras de Direito são figuras geométricas postas no âmbito da pura idealidade normativa, sem correspondência, ponto por ponto, com os atos e as atitudes dos homens." (REALE, 1998, p. 153).

fontes de Kelsen, uma vez que é compreensível que possa ter extraído suas conclusões de ambas as fontes.

De fato, a partir da escola de Baden, em que Georg Simmel com sua obra *Introdução à ciência moral* de 1892, a ela pertenceu, bem como o jurista Arnold Kitz com sua obra *Ser e dever-ser. Reconstrução de uma teoria filosófica da moral e das normas jurídicas* de 1864, exerceram influência no pensamento de Kelsen, radicando suas fontes de introdução da sua própria concepção de s*ollen*. (LOSANO, 2010, p. 112ss).

Seu caráter semântico difere no sentido tradicional no exato sentido em que a esfera dos valores difere da esfera da lógica, em que o dever-ser como cópula imputacional, ou como queria Vilanova (2010) functor ou operador deôntico interpropocisional com categoria sintática de um sincategorema, é atribuído de três funções normativas, a do ser-prescrito, a de um ser-competente (ser-autorizado) e a de um ser-(positivamente)permitido das consequência imputacionais. (KELSEN, 2009, p. 87). O dever-ser kelseniano não vincula-se com qualquer afirmação moral, mas é simplesmente um termo lógico, tal é a razão de que seu normativismo é denominado normativismo lógico.

Tendo o dever-ser em Kelsen uma interpretação eminentemente lógica, como operador deôntico das proposições, identifica a específica natureza da norma, a imputação. É no sentido apriorístico que deve-se entender o *sollen* kelseniano, em que indica uma conexão distinta da existente entre causa e efeito. Conforme Reale (1998, p. 164) o dever-ser na teoria pura é uma categoria gnosiológico-transcendental em sentido kantiano, embora desprovido de todo influxo moral que Kant tributou ao dever-ser. Para Kelsen sua natureza é apenas lógica.

Nesse sentido, é lícito afirmar que a categoria da norma hipotética fundamental possui natureza lógica-gnosiológica, ou seja, é a condição de possibilidade de se pensar o direito. Para além de uma fundamentação metafísica, Kelsen fornece uma fundamentação epistemológico do jurídico, buscando eliminar qualquer forma de Direito Natural.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fundamentação do jurídico não deve ser vista a partir da materialidade concreta da vida, mas no movimento do pensamento. Por meio do argumento epistemológico, Kelsen desenvolve sua tese a respeito da validade do ordenamento

jurídico, proveniente da norma hipotética fundamental. A norma fundamental exerce a função de conferir unidade ao ordenamento, mas principalmente, de garantir sua validade independentemente das relações sociais.

A norma fundamental exerce a função para o direito, que as categorias exercem para o objeto: legislam seus limites. Assim, é por meio da norma fundamental que o jurídico passa a ter existência, como simples ato do pensamento que pressupõe uma ordem de obediência à Constituição. A norma hipotética fundamental é, portanto, um pressuposto lógico-transcendental, condição de possibilidade do jurídico.

Porém, sua fundamentação do ordenamento se dá em razão de uma dualidade primordial, de natureza lógico e ontológica: ser e dever-ser. Enquanto que o ser corresponde ao mundo fenomênico, das relações sociais, o dever-ser corresponde ao mundo normativo, da imputação. O dever-ser é uma categoria lógica inerente à norma jurídica – que possibilita a existência da norma fundamental. Portanto, pensar o jurídico a partir de Kelsen, isto é, pensar a existência e a validade do direito, significa referir-se ao idealismo transcendental de Kant.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: M. Fontes, 2000.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant.** Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.

FERRATER MORA, José. **Diccionario de filosofía**. Edição revisada e aumentada. Barcelona, ES: Ariel, 1994.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: UNESP, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Crítica da razão pura e outros textos filosóficos.** São Paulo: Abril Cultural, 1974.

_____. **Crítica da razão prática.** 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 2009.

_____. **Teoria geral das normas.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.

MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. **Elementos de teoria geral do direito:** para os cursos de introdução ao direito. Belo Horizonte: Vega, 1981.

MATOS, Anditya Soares de Moura Costa. "Norma fundamental: ficção, hipótese ou postulado?". In: KELSEN, Hans. **Sobre a teoria das ficções jurídicas**. Rio de Janeiro: Via Veritá, 2012.

_____. "A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico." **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. n. 58, p, 41-84. jan./jun., 2011.

MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOORE, George Edward. **Principia ethica**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

MONDIN, Battista. **Curso de Filosofia**. Vol. 2. São Paulo: Paulus, 1981.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito.** 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2 ed. ampl. e rev. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1980.

ORDÓÑEZ, Ulises Schmill. "La influencia de Hermann Cohen em Hans Kelsen." **Isonomía**: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 21, p. 117-155, oct. 2004. Disponível em: < http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4t6w9>. Acesso em: 2 fev. 2015.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito.** São Paulo: M. Fontes, 2005.

PAULSON, Stanley L. "La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente." **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Espanha, n. 26, p. 547-582, 2003. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-distincin-entre-hecho-y-valor--la-doctrina-de-los-dos-mundos-y-el-sentido-inmanente-hans-kelsen-como-neokantiano-0/>. Acesso em: 02 mar. 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo V. Campinas: Bookseller, 2002.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes. 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Fundamentos do direito.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TREVES, Renato. "Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes." **Droit et Société**, França, n. 7, p. 319-329. 1987. Disponível em: <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds007/ds007-02.htm> Acesso em: 26 jun. 2015.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010.]

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.