

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Basilio Teodoro Rodrigues Caruso

**A NATUREZA DA NORMA FUNDAMENTAL E SUA FUNÇÃO NA
CONSTITUIÇÃO DO OBJETO DE UMA CIÊNCIA JURÍDICA PURA NA SEGUNDA
EDIÇÃO (1960) DA “TEORIA PURA DO DIREITO”**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em FILOSOFIA DO DIREITO, sob orientação do Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Jr.

SÃO PAULO

2015

Banca Examinadora

AGRADEÇO E DEDICO:

Aos meus pais, pela formação integral amorosamente transmitida, e à minha irmã, que, para meu orgulho, se parece comigo.

À Juliana, com todo meu amor.

Aos Professores Paulo de Barros Carvalho, Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Willis Santiago Guerra Filho, pelas valiosas lições sobre Direito e Filosofia.

RESUMO

Esta dissertação apresentará a função desempenhada pela norma fundamental na constituição do objeto da ciência do Direito no contexto de uma Teoria Pura, função que indica ou denota sua natureza, a saber, de categoria transcendental à imagem (ou à lembrança) do idealismo kantiano. A norma fundamental, segundo sua formulação na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, caracteriza-se como pressuposto lógico-transcendental de uma dada interpretação do material jurídico proposto, a saber, uma interpretação jurídica que, se não é interpretação necessária, é a única que atende à *pureza*. A norma fundamental como condição transcendental de cognoscibilidade aplica-se constitutivamente ao objeto Direito – significa que o material proposto ao conhecimento pela ciência do Direito é interpretado como objeto *puramente* jurídico se, e somente se, a norma fundamental é pressuposta como instauração do fato fundamental da criação jurídica. Conclui-se que a norma fundamental, como condição de tal concepção (epistemológica), tem natureza análoga à dos conceitos puros do entendimento da teoria do conhecimento de Kant na medida em que é transcendental, mas esta analogia se enfraquece porque a transcendentalidade é condicionada, uma vez que a interpretação normativo-positiva é uma interpretação meramente possível (isto é, não necessária).

PALAVRAS CHAVE: norma fundamental; Kelsen; Teoria Pura do Direito conceito puro do entendimento; Kant.

ABSTRACT

We intent to demonstrate the function of the fundamental norm on the constitution of the object of legal science, in the context of a *Pure Theory of Law*, function that give an evidence of it's nature: the fundamental norm's nature is similar to transcendental category of Kant's transcendental idealism. The fundamental norm, as it has been conceived on the second edition of *Pure Theory of Law*, determines itself as a logic-transcendental condition of an particular conception of law: a juridical conception that, if it's not a necessary conception, is the only that perform a purity. The fundamental norm, as a transcendental condition of cognoscibility, acts in order to constitute the object Law, what means that the object of legal science is conceived as a juridically pure object, if the fundamental norm is considered as a condition to instauration of the fundamental fact of juridical creation. We pretend to conclude that an analogical relation with the transcendental categories, such it has been conceived by Kant's idealism, can characterize the fundamental norm as an epistemological condition of this particular conception of law, because fundamental norm is transcendental. However, this relation of analogy grows week because this juridically pure conception is not a necessary, but just a possible conception of law.

KEYWORDS: fundamental norm; Kelsen; *Pure Theory of Law*; transcendental categories; Kant.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A PUREZA E A CONSTITUIÇÃO DE UM OBJETO JURÍDICO PURO	13
2.1 A “pureza”	13
2.2 O objeto Direito puro	14
3 DEVER-SER OBJETIVAMENTE VÁLIDO (ORDEM NORMATIVA) COMO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO – A DISTINÇÃO ENTRE O OBJETO DE UMA CIÊNCIA NATURAL E O OBJETO DE UMA CIÊNCIA NORMATIVA E A PRESSUPosição DA NORMA FUNDAMENTAL COMO SUA CONDIÇÃO.....	16
3.1 O dever-ser objetivamente válido é o objeto da ciência do Direito – a norma fundamental como condição da validade objetiva.....	16
<i>3.1.1 O ato e seu significado, sentido objetivo e sentido subjetivo do ato, interpretação normativa e interpretação causal.....</i>	<i>16</i>
<i>3.1.2 A validade objetiva do dever-ser – a norma</i>	<i>17</i>
<i>3.1.3 A pressuposição da norma fundamental como condição da interpretação do Direito como dever-ser objetivamente válido</i>	<i>18</i>
<i>3.1.4 O objeto da ciência do Direito como sistema de normas válidas – a pressuposição da norma fundamental como condição da unitariedade do objeto da ciência jurídica</i>	<i>23</i>
<i>3.1.4.1 O objeto da ciência jurídica, como sistema de normas válidas, é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis – a aplicação do direito é simultaneamente sua criação e a validade é uma relação de determinação parcial e pertinencialidade</i>	<i>25</i>
3.2 A distinção entre ser e dever-ser, sua relação, e a pressuposição da norma fundamental	28
<i>3.2.1 A distinção entre ser e dever-ser como dado imediato da consciência</i>	<i>28</i>
<i>3.2.2 A relação entre ser e dever-ser</i>	<i>31</i>
<i>3.2.2.1 A relação entre ser e dever-ser em geral – a possibilidade de correspondência entre aquilo que é e aquilo que deve ser</i>	<i>31</i>

3.2.2.2 A relação entre validade e eficácia	32
3.2.3 A pressuposição da norma fundamental e a relação entre ser e dever	35
3.3 O objeto da ciência jurídica como Direito positivo e a pressuposição da norma fundamental como sua condição	36
3.3.1 A correlatividade entre norma e valor	36
3.3.2 A positividade das normas objeto da ciência do Direito e a relatividade dos valores por elas instituídos.....	36
3.3.2.1 Observação: a objetividade dos valores constituídos pelas normas válidas objeto da ciência do Direito	38
3.3.4 Positividade das normas objeto da ciência do Direito: objetividade e relatividade dos valores jurídicos e a pressuposição da norma fundamental como sua condição	39
3.3.5 Observação: duas outras expressões da positividade do objeto da ciência jurídica....	41
3.4 Ciência normativa e ciência natural – o princípio da imputação e o princípio da causalidade	42
3.4.1 Norma e proposição normativa	44
4 ORDEM DE COAÇÃO COMO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO – A DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO E AS DEMAIS ORDENS SOCIAIS (MORAL) E A PRESSUPOSIÇÃO DA NORMA FUNDAMENTAL COMO SUA CONDIÇÃO.....	47
4.1 Direito como ordem (normativa) social	47
4.1.1 Ordens sociais como ordens sancionatórias	48
4.1.2 A inexistência de ordens sociais desprovidas de sanção	49
4.2 O objeto da ciência jurídica como ordem (normativa social) coativa: a Distinção entre o Direito e a Moral.....	50
4.2.1 Sanção e ato de coação – esclarecimento terminológico	52
4.3 O Direito como ordem de coação e a pressuposição contida na norma fundamental como condição da distinção entre Direito e Moral	53
4.3.1 Normas autônomas e normas não-autônomas e a caracterização do Direito como ordem de coação	56

4.4 O Direito como ordem (coativa) da conduta humana	58
4.5 O Direito como ordem coativa, sua descrição pelas proposições normativa da ciência jurídica e a pressuposição da norma fundamental.....	59
5 A NATUREZA DA NORMA FUNDAMENTAL NA SEGUNDA EDIÇÃO DA TEORIA PURA DO DIREITO DE 1960 – A NATUREZA DA NORMA FUNDAMENTAL É ANÁLOGA À DOS CONCEITOS PUROS DO ENTENDIMENTO.....	61
5.1 Advertência preliminar	61
5.2 A natureza dinâmica da norma fundamental e da ordem jurídica	61
<i>5.2.1 A natureza dinâmica da norma fundamental e sua analogia com a lógica transcendental kantiana</i>	<i>63</i>
<i>5.2.2 Impossibilidade de um sistema inteiramente estático e a inexistência de normas imediatamente evidentes quanto ao seu conteúdo.....</i>	<i>64</i>
5.3 A norma fundamental como conteúdo de um ato de pensamento	65
5.4 A natureza de pressuposição lógico-transcendental da norma fundamental	67
<i>5.4.1 Testemunhos de Kelsen acerca de sua concepção epistemológica</i>	<i>68</i>
<i>5.4.2 A noção de conceito puro do entendimento.....</i>	<i>70</i>
<i>5.4.2.1 A dúvida de Hume.....</i>	<i>70</i>
<i>5.4.2.2 As intuições puras como formas a priori da sensibilidade</i>	<i>72</i>
<i>5.4.2.3 Os conceitos puros do entendimento</i>	<i>75</i>
<i>5.4.2.4 A natureza e a razão pura</i>	<i>78</i>
<i>5.4.2.5 A constatação da constituição da sensibilidade e da constituição do entendimento..</i>	<i>79</i>
<i>5.4.3 Norma fundamental como conceito puro do entendimento ao estilo (ou à imagem) da teoria do conhecimento de Kant.....</i>	<i>80</i>
<i>5.4.3.1 A norma fundamental refere-se apenas à uma ordem coercitiva (ordem jurídica) completamente determinada e globalmente eficaz.....</i>	<i>81</i>
5.5 A (mera) constatação da norma fundamental pela Teoria Pura e a resposta à questão: “quem pressupõe a norma fundamental?”	82

5.6 A interpretação de uma ordem globalmente eficaz como ordem jurídica válida é uma interpretação meramente possível	84
5.7 A unidade lógica da ordem jurídica e a pressuposição da norma fundamental.....	86
5.7.1 <i>Direito e lógica</i>	87
5.7.2 <i>A concepção de conflitos de normas da Teoria Pura</i>	88
5.7.3 <i>A pressuposição da norma fundamental como condição da unidade lógica da ordem jurídica</i>	89
6 CONCLUSÃO.....	91
BLIBLIOGRAFIA	93

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação apresentará a função¹ desempenhada pela norma fundamental na constituição do objeto da ciência do Direito² no contexto de uma Teoria Pura, função que indica ou denota sua natureza (*status*)³, a saber, de categoria transcendental⁴ à imagem (ou à lembrança) do idealismo kantiano. A norma fundamental, segundo sua formulação na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, caracteriza-se como pressuposto lógico-

¹ O termo *função* é aqui empregado em seu mais antigo sentido filosófico, a saber, como *operação* própria daquilo de que se fala. Segundo Abbagnano (1982, p. 450): “Neste significado o termo corresponde à palavra grega *ergon* no uso que dela faz Platão quando diz que a F. dos ouvidos é de ouvir (...). A F. neste sentido é a *operação* própria da coisa (...). Aristóteles serve-se do termo com o mesmo sentido (...). Ele, além disso, insiste sobre o caráter finalístico e realizador da F. (...)” Portanto, quando se diz da *função* da norma fundamental, se diz *aquilo* que ela *opera*, mas, aqui, sempre do ponto de vista epistemológico, quer dizer, que *realiza* ela, e a que *fim* se preordena sua *operação própria* como elemento epistemológico.

² Sobre saber se a expressão *ciência do Direito* (ou *ciência jurídica*) é mais adequada que o termo *doutrina* é ponto que não nos interessa porque, e apenas porque, entendemos que se deve manter as opções da tradução da *Teoria Pura do Direito* aqui utilizada. Deveras, a tradução de João Baptista Machado (ver Bibliografia, à p. 95) apresenta-nos reiteradamente, a expressão *ciência do Direito* (ou *ciência jurídica*), o que pode ser conferido nas citações (literais, i.e., diretas) feitas, por exemplo (e entre outras), às pp. 13 (linhas 6), 46 (linhas 7 e 10), 59 (linha 17) e 68 (linha 3, de baixo para cima), desta dissertação. Única exceção encontra-se em citação à p. 13 deste trabalho, em que nos é apresentado o termo *Jurisprudência*.

³ Quando, aqui, dizemos da *natureza* ou *status*, dizemos da posição epistemológica de certa determinação circunscrita, vale dizer, dentro de uma composição contextualizada de determinantes, embora nem sempre completamente especificadas em sua amplitude e função. Claro, portanto, que a função ou operação própria de certa determinante epistemológica aponta para sua natureza, dentro da, como dissemos, não inteiramente especificada, se bem que minimamente determinada, forma de conceber (ou preconceber) o processo (ou ato) de conhecimento (seja lá o que isso queira dizer).

⁴ Ao longo do texto usaremos, indistintamente, as expressões *conceito puro do entendimento* e *categoria*. Com efeito, Kant adota, como sinônimo de conceito puro do entendimento, o termo categoria, como parte de uma contraposição crítico-transcendental ao realismo aristotélico, o que observamos, e.g., da seguinte passagem, constante do “§39 Apêndice à ciência pura da natureza. Sobre o sistema das categorias” dos *Prolegômenos* (2014, p. 102 e 103): “Relacionei, enfim, essas funções do juízo a objeto em geral ou, antes, às condições para determinar juízos como objetivamente válidos, e daí surgiram conceitos puros do entendimento sobre os quais não poderia ter dúvidas de que apenas estes, precisamente, e estes tantos, nem mais e nem menos, podem compor nossa inteira cognição das coisas a partir do simples entendimento. Chamei-os, como era apropriado, *categorias*, segundo seu antigo nome (...)”. Ainda, na *Crítica da Razão Pura* (2010, p. 110), valem por todas as outras, as seguintes palavras: “Deste modo originam-se tantos conceitos puros do entendimento, referidos *a priori* a objetos da intuição em geral, quantas as funções lógicas em todos os juízos possíveis que há na tábua anterior; pois o entendimento esgota-se totalmente nessas funções e a sua capacidade mede-se totalmente por elas. Chamaremos a estes conceitos categorias, como Aristóteles, já que o nosso propósito é, de início, idêntico ao seu, embora na execução dele se afaste consideravelmente.” Ver ainda, na *Crítica da Razão Pura*, por exemplo: “§10 Dos conceitos puros do entendimento ou das categorias” (2010, p. 108), “§13 Passagem à dedução transcendental das categorias” (2010, p. 124), “§22 A categoria não tem outro uso para o conhecimento das coisas que não seja sua aplicação a objetos da experiência” (2010, p. 145), “§24 Da aplicação das categorias a objetos dos sentidos em geral” (2010, p. 149), dentre outros.

transcendental (KELSEN, 2009, p. 225) de uma dada interpretação⁵ do material jurídico proposto, a saber uma interpretação jurídica que, se não é interpretação necessária (KELSEN, 2009, p. 243), é a única que atende à *pureza* (KELSEN, 2009, pp. XI, 1 e 2).

Cumpre, portanto, à uma Teoria Pura constatar a pressuposição da norma fundamental, como resposta epistemológica (teorético-gnosiológica) à questão: como é possível uma interpretação de uma ordem coercitiva globalmente eficaz como ordem normativa válida, sem a recondução à uma autoridade metajurídica, isto é, mantendo-se uma teoria positivista, quer dizer, uma teoria do Direito positivo?

Duas questões animam o percurso desta dissertação. A primeira, que é respondida nas seções primárias de números 2, 3 e 4, diz respeito à função estrutural-epistemológica da norma fundamental na Teoria Pura do Direito, conforme exposta na segunda edição da obra homônima de Hans Kelsen, e pode ser assim formulada: no contexto da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, que função cumpre a norma fundamental, como condição lógico-transcendental para a constituição de um objeto Direito *puro* que, de um lado, como dever-ser objetivamente válido (objeto normativo de uma ciência normativa), distingue-se de um objeto natural, e, de outro, como ordem de coação (ordem social-normativa que estatui sanções socialmente imanentes e organizadas como objeto de uma ciência normativo-jurídica), distingue-se de outras ordens (normativas) sociais?⁶

⁵ Deve-se ter em conta, durante toda esta dissertação, que, quando se utiliza o termo *interpretação*, quer-se referir, não à interpretação de textos normativos, isto é, à chamada Hermenêutica Jurídica, mas à peculiar concepção que se tem do material jurídico proposto ao conhecimento. Com efeito, a tradução da *Teoria Pura do Direito* de que nos valem (ver Bibliografia, p. 95) opta por utilizar a expressão *interpretação do material jurídico* com o sentido de concepção que se tem do Direito, e que, nos quadros da Teoria Pura, é uma concepção puramente jurídica, quer dizer, uma interpretação normativo-positiva do Direito que, diga-se, pode ser levada à efeito se, e somente se, pressupomos uma norma fundamental como condição lógico-transcendental desta *interpretação*. Tal circunstância pode ser constatada a partir das citações (literais, i.e., diretas) feitas, por exemplo (e entre outras), às pp. 16 (linha 3, de baixo para cima), 67 (linhas 19, 20 e 23), p. 83 (linha 11 de baixo para cima) e p. 85 (linhas 3, 15 e 18, de baixo para cima). Por todos, vale o seguinte trecho: “Precisamente na sua teoria da norma fundamental se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista. Ela descreve o Direito positivo, quer dizer, toda ordem de coerção globalmente eficaz, como uma ordem normativa objetivamente válida e constata que *esta interpretação* somente é possível sob a condição de se pressupor uma norma fundamental por força da qual o sentido objetivo dos atos criadores de Direito é também o seu sentido objetivo. Portanto, caracteriza esta *interpretação* como uma *interpretação* possível, não como necessária (...). (...)a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico transcendental desta interpretação normativa (...)” (KELSEN, pp. 242 e 243 - grifamos). Não se pode deixar de dizer, que a tradução aqui utilizada também se vale do termo *interpretação* quanto se refere à Hermenêutica. Nestes casos, contudo, o tradutor opta por se valer da expressão *interpretação jurídica* que, ademais, pelo próprio contexto de utilização, possui sentido inconfundível com aquele que aqui nos interessa.

⁶ Ao respondermos esta pergunta, percorreremos quatro questões levantadas, em outro contexto, por Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2010, p. 17), acerca da Ciência do Direito, a saber: “o problema do sentido de *ciência* da Ciência do Direito”; “a especificidade de seu objeto”; “a especificidade de seu método”; “a distinção entre Ciência do Direito e outras ciências que, com ela não se confundindo, têm por material de pesquisa os mesmos fenômenos”.

A segunda questão, implicada pela primeira, e respondida na seção primária de número 5, volve-se à natureza, isto é, ao *status*, da norma fundamental, quer dizer: que significa, propriamente, afirmar que a norma fundamental tem – como pressuposto de uma interpretação normativo-positiva do material proposto ao conhecimento da ciência do Direito –, natureza de condição lógico-transcendental (se é lícito aplicar, por analogia, um conceito da teoria do conhecimento de Kant) desta interpretação (interpretação que, diga-se, não é senão a própria constituição do objeto Direito puro como objeto do conhecimento jurídico)?

Com efeito, afirma Kant (2014, p. 33):

Quando se pretende apresentar uma cognição como *ciência*, é preciso, em primeiro lugar, poder determinar exatamente seu diferencial, aquilo que ela não tem em comum com nenhuma outra, e que lhe é, portanto, *peculiar*; caso contrário, as fronteiras de todas as ciências se interpenetram e nenhuma delas pode ser tratada metodicamente segundo sua natureza.

Quer essa peculiaridade consista na diferença do *objeto*, ou das *fontes de cognição*, ou mesmo do *tipo de cognição*, ou da conjunção de algumas, se não de todas estas, é sobre ela que se fundamenta, primeiro, a ideia da ciência possível e de seu território.

No que toca à metodologia, a dissertação reflete pesquisa bibliográfica em fontes primárias e secundárias. Uma vez que o tema do trabalho é a estruturação epistemológica constante de uma obra específica, a saber, a segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, deixamos que Kelsen (e quando fosse o caso, também Kant) falasse por suas próprias palavras, sempre que isso fosse possível e não prejudicasse a fluência e a clareza da exposição. A citação das obras de apoio (fontes secundárias), salvo quando essencial à compreensão do tema, é feita, toda ela, em notas rodapé.

Ora, como nosso objetivo não é fazer uma defesa das posições de Kelsen, senão que apresentar, tanto quanto possível, uma exposição da trama interna da Teoria Pura, enfatizando a sua culminância teórica, que é norma fundamental, desviamo-nos das críticas em geral formuladas, referindo a literatura secundária apenas, e na medida em que, contribua para um esclarecimento das conexões estruturais objeto da presente dissertação.

Em nosso percurso, contudo, essa quatro questões se direcionarão à estruturação epistemológica formulada e proposta pela Teoria Pura.

2 A PUREZA E A CONSTITUIÇÃO DE UM OBJETO JURÍDICO PURO

2.1 A “pureza”

A Teoria Pura do Direito pretende-se *pura*. Que quer dizer isto? Quer dizer que intenta levar à efeito uma teoria purificada de todos os elementos que não são jurídicos em sentido próprio, é dizer, uma teoria jurídica “purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto” (KELSEN, 2009, p. XI). Esta pureza tem como *princípio metodológico fundamental* a pretensão de “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” (KELSEN, 2009, p. 1).

Não se pretende, pois, com esta “pureza” negar a influência mútua que os objetos têm entre si, senão que *constituir* um objeto que seja, ele mesmo, apenas e tão somente um objeto jurídico. Trata-se de realizar uma delimitação do objeto da ciência do direito, isto é, de determinar um objeto *puramente* jurídico ou, o que é o mesmo, o Direito: intenta-se “evitar um sincretismo metodológico” (KELSEN, 2009, p. 2), delimitando-se, por esta via, o conhecimento do Direito em face de outras disciplinas.⁷ Neste sentido, afirma Kelsen (2009, p. XI):

Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.

Assim, o jurista científico descreve o Direito mediante proposições que, se bem que são proposições normativas⁸, isto é, proposições que descrevem normas jurídicas e,

⁷ Segundo Paulo de Barros Carvalho (2009, pp. 41-42), com a Teoria Pura, Kelsen “formulou, com invejável correção metodológica, a enunciação do Direito, despidendo-o de tudo o que não fosse essencialmente jurídico. Desentulhou o campo da ciência jurídica de qualquer tipo de apreciação valorativa, desconsiderando inúmeros conceitos, raciocínios e mesmo métodos próprios de outros campos científicos, tais como a Sociologia, Política, Economia etc. Daí chamar sua concepção de “teoria pura”. Como nota Miguel Reale (2012, p. 63), trata-se de buscar “uma pureza metodológica capaz de isolar o estudo do Direito do estudo das outras ciências sociais, como a História, a Economia, a Psicologia e assim por diante.”

⁸ As questões acerca das proposições da ciência do Direito como proposições normativas são tratadas, adiante, na seção secundária 3.4.

portanto, valores jurídicos⁹, contém, elas mesmas, uma “descrição objetiva do seu objeto alheia aos valores”, quer dizer, “sem qualquer referência à um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional” (KELSEN, 2009, P. 89). Através de suas proposições normativas a ciência do Direito “permanece descrição objetiva”. “Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever.” (KELSEN, 2009, p. 78).

Esta “pureza” é orientação metodológica central nos quadros da teoria de Kelsen, e uma compreensão abrangente de seus efeitos é possível apenas quando se tenha em vista, de um lado, a intenção epistemológica com que se lhe afirma – trata-se de “pureza metodológica do conhecimento científico” (KELSEN, 2009, p. XVII) –, e, de outro, a natureza específica do objeto “Direito” que ela, pureza, implicará.

2.2 O objeto Direito puro

A Teoria Pura é “pura”, o dissemos, no sentido de que se constitui como teoria de um objeto purificado e especificamente jurídico. É, ademais, uma “teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral”¹⁰ (KELSEN, 2009, p. 1), que visa a responder à questão “o que é o Direito?” e não “como deve ser o Direito?”, é, por isso, ciência do Direito e não política jurídica (KELSEN, 2009, p. 1).

Deve-se, pois, para compreendê-la, voltar-se à sua específica questão: “o que é o Direito?”, isto é: o que é, portanto, este objeto especificamente jurídico (diga-se: puro) a que a ciência do Direito deve preordenar-se a investigar e que, como dissemos, apenas pode ser considerado sob a pressuposição de uma norma fundamental que, por essa razão, é sua condição (transcendental) de cognoscibilidade?

De um lado, o Direito, como objeto de uma ciência jurídica pura, deve ser distinguido do objeto investigado por uma ciência da natureza, ali temos norma (dever-ser) ou,

⁹ Sobre os valores em geral e o valor jurídico em especial, ver, abaixo, a seção secundária 3.3, em especial as seções terciárias 3.3.1 e 3.3.2.

¹⁰ Sobre o ser o objeto da ciência jurídica o Direito positivo, isto é, sobre o significado da *positividade* como característica de um objeto jurídico puro, ver adiante seção secundária 3.3, em especial a seção terciária 3.3.4.

mais precisamente, ordem normativa da conduta humana, aqui temos a facticidade do ser¹¹; por outro lado, o Direito deve ser distinguido de outros objetos do gênero norma (dever-ser), isto é, há de ser delimitado em face de outras ordens (normativas) sociais (Moral) por sua especificidade, é dizer, como ordem social qualificada pela espécie de sanção que estatui, a saber, como ordem de coação.

¹¹ Como afirma Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 6): “Foi neste sentido que Kelsen, habilmente, esquivou-se do problema ontológico, fazendo sua opção pelo caminho da Epistemologia: ali onde houver direito, certamente haverá normas.” Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2015, p. 75 e 76) a Teoria Pura caracteriza “uma manifesta pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos à uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los coerentemente. Essa dimensão seria a normativa. Nesses termos Kelsen propõe uma teoria jurídica preocupada em ser, nos diferentes conceitos, uma Teoria do Direito no seu aspecto normativo, reduzindo, portanto, todos os aspectos a normas ou a relações entre normas. O princípio de sua proposta está numa radical distinção entre duas categorias básicas de todo o conhecimento humano: ser e dever-ser, a partir da qual se distingue o mundo da natureza e o mundo das normas. Kelsen reconhece que o Direito é um fenômeno de amplas dimensões, sendo objeto de uma Sociologia, História, Psicologia, Ética, Antropologia etc. Para a Teoria Jurídica, *stricto sensu*, porém, ele deve ser visto como um objeto que é o que é, pela sua especial forma normativa.” Ora, é, ademais, em substância, a asserção de Losano (2010, p. 53): “A visão de mundo de Kelsen é *dualista*. O mundo está dividido em ser e dever ser (...).” “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’.” Vale, portanto, a afirmação de Karl Larenz (2012, p. 93): “A ciência do Direito, segundo KELSEN, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma *ciência de factos*, como a sociologia, mas uma *ciência de normas*; o seu objeto não é o que é ou o que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu caráter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva ‘puro’ de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ‘ciência de factos’ (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de ‘proposições de fé’, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa.”

3 DEVER-SER OBJETIVAMENTE VÁLIDO (ORDEM NORMATIVA) COMO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO – A DISTINÇÃO ENTRE O OBJETO DE UMA CIÊNCIA NATURAL E O OBJETO DE UMA CIÊNCIA NORMATIVA E A PRESSUPOSIÇÃO DA NORMA FUNDAMENTAL COMO SUA CONDIÇÃO

3.1 O dever-ser objetivamente válido é o objeto da ciência do Direito – a norma fundamental como condição da validade objetiva

3.1.1 O ato e seu significado, sentido objetivo e sentido subjetivo do ato, interpretação normativa e interpretação causal

Os atos que normalmente qualificamos de jurídicos contém dois elementos de distintas ordens: o *evento exterior* e seu *significado*. Segundo Kelsen (2009, p. 2):

(...) primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua classificação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito.

Deve-se observar que o indivíduo que atua, que põe o ato, liga ao ato determinado sentido. Este sentido que é atribuído ao ato por aquele que age, isto é, o *sentido subjetivo do ato*, pode coincidir com o *sentido objetivo do ato*, isto é, com aquele sentido que é ligado ao ato por uma norma. Esta coincidência, contudo, nada tem de necessária (KELSEN, 2009, p. 3).

Vê-se, portanto, que o que faz de um fato um fato jurídico, isto é, o que lhe confere seu sentido jurídico (ou moral, caso tomemos uma dada moral positiva) é a norma que a ele se refere com seu conteúdo, e não a facticidade própria do ato. Deste modo podemos dizer que a “norma funciona como esquema de interpretação” do fato, a saber, uma *interpretação normativa*. Mas também deve ser dito que a interpretação do fato que lhe reconhece como efeito de uma causa, isto é, como um acontecer natural, apenas constitui uma determinada

interpretação, distinta da interpretação normativa, a saber, *uma interpretação causal* (KELSEN, 2009, p. 4)¹².¹³

A qualidade normativa do fato, que resulta de uma interpretação (normativa), não pode ser captada pelos sentidos, mas apenas mediante uma operação mental realizada com base numa norma válida (KELSEN, 2009, p. 4), cujo conteúdo coincida com o conteúdo do acontecer fático¹⁴. Essa norma válida que serve de esquema de interpretação, isto é, que permite a interpretação normativa do fato, por sua vez, também é produzida por um ato que recebe sua significação normativa de outra norma.

3.1.2 A validade objetiva do dever-ser – a norma

Pois bem, “o conhecimento jurídico dirige-se à estas normas” (KELSEN, 2009, p. 5).¹⁵ Mais propriamente, a ciência do Direito tem por objeto uma “ordem normativa da conduta humana”, ou, o que é o mesmo, “um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 2009, p. 5).

Mas que é, então, propriamente uma norma? *Norma* é o sentido objetivo de um ato vontade que visa intencionalmente à conduta humana, prescrevendo, permitindo ou adjudicando competência à prática de um dado comportamento¹⁶. Ora, como dissemos, portanto, não basta que o ato que visa intencionalmente a conduta humana tenha este sentido

¹² A distinção entre a interpretação causal e a interpretação normativa e suas consequências epistemológicas serão aprofundadas, adiante, na seção secundária 3.4.

¹³ Ora, como nota Lourival Vilanova (2003a, p. 305): “A investigação kelseniana nada tem a ver com a investigação empírico-causal da origem e do desenvolvimento do direito”.

¹⁴ Abaixo, na seção secundária 3.2, em especial na seção terciária 3.2.2, analisaremos como é possível uma tal coincidência, isto é, o que significa a afirmação de que “algo” (*quid*), que por um lado é (*modus* ser), corresponde a “algo”, que, por outro lado, é conteúdo de um *dever-ser* (*modus*).

¹⁵ Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho (2009, p. 42), para a doutrina kelseniana “(...) a ciência jurídica deve ocupar-se exclusivamente com as normas de direito, que fornecem o esquema de interpretação (*Deutungschema*) especificamente jurídico dos fatos (...)”. Ademais, continua Willis Guerra (2009, p. 42): “Ao considerar essas normas doadoras do significado objetivo que um ato e a conduta humana em geral adquirem para o Direito, a ‘teoria pura’ consagra definitivamente a ordem jurídica como um ‘texto’ em que se lê algo sobre a realidade, explicando o comportamento a ser adotado em face dela – por esse aspecto, o objeto da ciência jurídica teria a particularidade de não apenas requerer uma explicação, mas ser ele próprio, as normas jurídicas, uma explicação de como interpretar fatos de acordo com o Direito.”

¹⁶ Sobre as três funções normativas do dever-ser (prescrição; permissão positiva; autorização como adjudicação de competência) ver, abaixo, *seção ainda não formulada*.

subjetivo, isto é, que aquele que *põe* o ato ligue à ele, ato, este sentido. Somente será norma se, ademais de possuir o sentido subjetivo de dever-ser, possuir também este sentido segundo uma outra (e, superior) norma válida que permita esta interpretação normativa do ato posto. Assim, afirma Kelsen (2009, p. 9):

“Dever-ser” é o sentido subjetivo de todo ato de vontade de um indivíduo que vise intencionalmente a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando este ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como norma.

O dever-ser objetivo implica que a conduta intencionalmente visada pelo ato é devida não apenas do ponto de vista daquele que *põe* o ato, mas também do *ponto de vista de um terceiro desinteressado*, e que continua a valer mesmo após a vontade daquele que *pôs* o ato ter cessado, e mesmo quando aquele a quem se dirige o ato nada saiba (KELSEN, 2009, pp. 8 e 9).

Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser ‘objetivo’, é uma ‘norma válida’ (vigente), vinculando os destinatários. E é sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma ‘superior’, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato.

Ora, bem se vê, portanto, que a norma, como sentido objetivo de um ato que visa intencionalmente a conduta humana (é dizer: um ato de vontade), é diferente do ato mesmo cujo sentido ela constitui. O ato de vontade é um *ser*, a norma, isto é, o sentido objetivo do ato de vontade, é um *dever-ser*. Contrapõem-se, assim, o “ser fático do ato de vontade” ao “dever-ser da norma como sentido deste ato” (KELSEN, 2009, p. 6). Aqui importa notar que a distinção entre ser e dever-ser é afirmada por Kelsen como um dado imediato da consciência de modo a que não pode ser mais aprofundada¹⁷ (KELSEN, 2009, p. 6).

Portanto, diz-se que uma norma é *objetivamente válida*, isto é, que vige, ou simplesmente que existe como norma jurídica, quando ao ato de vontade cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é atribuído o sentido objetivo de dever-ser, segundo uma interpretação normativa determinada por uma outra (e superior) norma objetivamente válida, que funciona como esquema desta interpretação.

Mas, então, que é a *validade (vigência)* de uma norma? Por “‘vigência’ designamos a existência específica de uma norma” (KELSEN, 2009, p. 11). A vigência (validade) de uma norma pode ser expressa pela afirmação de que algo deve ou não deve ser

¹⁷ A distinção entre ser e dever-ser e suas relações, será objeto de considerações na seção secundária 3.2 adiante.

feito, de que uma conduta é, portanto, tida como devida. A validade, é a “maneira particular pela qual a norma – diferentemente do ser dos fatos naturais – nos é dada ou se nos apresenta” (KELSEN, 2009, p. 11). Segundo Kelsen (2009, p. 15): “Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo ‘vale’ (é ‘vigente’) significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma.”

A fundamentação da validade de uma norma, isto é, a interpretação segundo a qual um ato de vontade (um ato que visa intencionalmente à conduta humana) tem, não apenas o sentido subjetivo, mas também o sentido objetivo de dever-ser, realiza-se, bem se vê, mediante um processo silogístico. Segundo Kelsen (2009, p. 226):

Neste silogismo a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira.

Ora, deve-se ressaltar que, de acordo com Kelsen (2009, pp. 216 e 217):

Premissa maior e premissa menor, ambas são pressuposto da conclusão. Porém a premissa maior, que é uma proposição de dever-ser, é *conditio per quam* relativamente à conclusão, que também é uma proposição de dever-ser. Quer dizer, a norma afirmada na premissa maior é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. A proposição de ser que funciona como premissa menor é apenas *conditio sine qua non* relativamente à conclusão. Quer dizer: o fato da ordem do ser verificado (afirmado) na premissa menor não é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão.

(...)

O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação a seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas.¹⁸

A validade de uma norma, como sentido objetivo de um ato de vontade, significa a existência de uma norma positiva, e em nada se confunde com a existência do ser fático do ato de vontade de que ela é o sentido, o que fica demonstrado pela circunstância acima exposta de a norma continuar valendo ainda quando o ato de vontade tenha cessado, ou ainda que aquele a quem a norma se dirige não tenha conhecimento de sua existência. Esta existência própria da

¹⁸ Esta afirmação decorre, como mais adiante se verá (seção terciária 3.2.1), da aceitação de Kelsen da tese de que de um ser não pode decorrer um dever-ser, e de que algo deve ser não decorre que algo seja.

norma como dever-ser em sentido objetivo (é dizer: a validade), face ao ser do ato de vontade cujo sentido (objetivo) ela constitui, fica patente quando se tenha em conta que, ainda que aquilo que ocorreu como ser não possa ser normativamente transformado em não ocorrido, o significado normativo duma conduta ou de um fato que ocorreram no passado pode ser modificado por normas postas em vigor após o evento a interpretar normativamente com base nelas, tratando-se, toda essa circunstância, apenas de uma questão concernente ao domínio temporal de validade das referidas normas (KELSEN, 2009, p. 15).

Deve-se ter em conta, ainda, que a vigência (validade) da norma pertence à ordem do dever-ser e, portanto, distingue-se “da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada” (KELSEN, 2009, p. 11). Contudo, há certa conexão entre validade e eficácia, na medida em que um mínimo de eficácia é condição de validade da norma (KELSEN, 2009, p. 12).¹⁹

3.1.3 A pressuposição da norma fundamental como condição da interpretação do Direito como dever-ser objetivamente válido

Dissemos que as normas cuja descrição compete à ciência do Direito caracterizam-se como dever-ser objetivamente válido, isto é, como o sentido objetivo (e não meramente subjetivo) de um ato de vontade que visa intencionalmente à conduta humana. Dissemos, ainda, que este ato de vontade apenas poderá ser interpretado como dever-ser objetivamente válido, como norma válida, se uma outra (e superior) norma atribuir àquele que põe o ato a autorização (competência) de produzir uma norma. Afirmamos que esta (outra e, assim, superior) norma é, também, por sua vez, uma norma válida objetivamente se, e somente se, uma terceira norma (superior à segunda) atribuir àquele que põe o ato de vontade cujo sentido objetivo ela constitui, a competência para fazê-lo. Assim, por exemplo, o ato legislativo empresta o sentido objetivo de norma à sentença judicial, e retira, por sua vez, seu sentido de norma válida (de um ponto de vista objetivo) da Constituição. O ato criador da Constituição,

¹⁹ Como já acima foi afirmado, a relação entre ser e dever-ser em geral, e a relação entre validade e eficácia em especial, serão tema de considerações ulteriores (seção secundária 3.2). Por ora basta ter presente que a validade de uma norma, isto é, sua existência como norma, como se disse, tem como condição um mínimo de eficácia, quer dizer, sem que se confundam uma com a outra, um mínimo de eficácia é condição de validade.

como ato de vontade que visa intencionalmente à conduta humana, tem, ademais do sentido subjetivo de dever-ser, também este sentido objetivo. Neste ponto, surge a seguinte questão: como é possível que interpretemos normativamente, isto é, como norma objetivamente válida, o ato de vontade que põe a Constituição, se ela é considerada a norma mais alta de uma ordem normativa e se “não é do ser fático de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, mas é ainda e apenas de uma norma de dever ser que deflui a validade” (KELSEN, 2009, p. 9)?

A resposta que a Teoria Pura dá à essa questão, é que tal é possível “desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua” (KELSEN, 2009, p. 9). Este pressuposto, fundante da validade objetiva da ordem normativa, será designado pela Teoria Pura de *norma fundamental*: “a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica” (KELSEN, 2009, p. 222). Segundo Kelsen (2009, p. 223 e 224):

Se se toma apenas em consideração a ordem jurídica estadual – e não também o direito internacional –, e se pergunta pelo fundamento de validade de uma Constituição estadual que foi historicamente a primeira, quer dizer, de uma Constituição estadual que não veio à existência pela via de uma modificação constitucional de uma Constituição estadual anterior, então a resposta – se renunciamos a reconduzir a validade da Constituição estadual e a validade das normas criadas em conformidade com ela a uma norma posta por uma autoridade metajurídica, como Deus ou a natureza – apenas pode ser que a validade desta Constituição, a aceitação de que ela constitui uma norma vinculante, tem de ser *pressuposta* para que seja possível interpretar os atos postos em conformidade com ela como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas, e os atos postos em aplicação destas normas jurídicas gerais como criação ou aplicação de normas individuais válidas. Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas em conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo. (...) As normas de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade comum é esta norma fundamental não são – como mostra a recondução à norma fundamental anteriormente descrita – um complexo de normas válidas colocadas umas ao lado das outras, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras.

Isso significa que a norma fundamental, assim pressuposta, é condição última²⁰ da interpretação normativa dos atos de vontade como dever-ser objetivamente válido, isto é,

²⁰ Deve-se ter em conta, como vimos, que aqui estamos a tratar da norma fundamental do Direito estadual. Contudo, quando se parta da primazia do Direito internacional, e não da primazia do Direito estadual, o fundamento da ordem jurídica estadual é encontrado no Direito internacional positivo (KELSEN, 2009, p. 239), quer dizer, nesse caso, o problema da norma fundamental pressuposta é deslocado na medida em que, afirma Kelsen (2009, p. 340), “o fundamento de vigência de uma ordem estadual não reside numa norma pressuposta mas numa norma jurídico-positivamente estabelecida do Direito internacional”. Nesse caso, ainda, essa norma positiva do Direito internacional que fundamenta a validade da ordem jurídica estadual “legitima assim, para o domínio territorial da sua eficácia real, esta ordem coercitiva como ordem jurídica válida, assim como legitima como Estado, no sentido do Direito internacional, a comunidade constituída através desta ordem coercitiva – isto sem

como norma, ou, o que é o mesmo, a norma fundamental, isto é, a pressuposição de que o ato de vontade que põe a Constituição deve ser interpretado como dever-ser objetivamente válido, ou seja, como norma válida, é condição de possibilidade do objeto especificamente jurídico, quer dizer, *puramente* jurídico que é a norma como dever-ser objetivamente válido e como algo diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Deste modo, começa a delinear-se a caracterização da norma fundamental como condição de cognoscibilidade do objeto Direito ou, o que nos quadrantes da epistemologia aqui tomada em conta²¹, é o mesmo, da norma fundamental como condição da própria constituição do objeto Direito como dever-ser objetivamente válido (norma válida), como sentido objetivo de atos de vontade. Assim, a afirmação de que o objeto da ciência do Direito é um objeto puramente jurídico (em atenção à “pureza”)²², que se caracteriza como norma objetivamente válida, fica condicionada à pressuposição da norma fundamental que, deste modo, funciona como condição de possibilidade da interpretação normativa por meio da qual, e somente por meio da qual, tal objeto é constituído como objeto do conhecimento.

Ora, se apenas podemos delimitar o dever-ser frente ao ser se afirmarmos-lo como sentido de um ato de vontade, não se confundindo com este mesmo ato de vontade que é da ordem do ser, e se apenas podemos afirmar um tal sentido como dever-ser objetivo (norma válida), e não meramente subjetivo, isto é se apenas podemos afirmar que, do ponto de vista de um terceiro desinteressado, esse dever-ser vale (existe) como norma – ao passo que o dever-ser meramente subjetivo apenas vale (existe) do ponto de vista daquele que, pondo o ato de vontade liga-o a ele –, caso uma outra (e superior) norma objetivamente válida empreste ao ato um tal

curar de saber se o governo é legítimo no sentido de uma constituição anteriormente existente ou se se alcançou o poder pela via revolucionária. Este poder segundo o Direito internacional, deve ser considerado como poder jurídico.” Deve-se, todavia, ter presente, como se disse, que o problema da norma fundamental, neste circunstância, é meramente deslocado, de modo que a *norma fundamental do Direito internacional*, fundamento apenas mediato da validade da ordem estadual, como norma fundamental que é, é pressuposta, quer dizer, é o pressuposto segundo o qual as normas que, sendo globalmente eficazes, regulam o comportamento dos Estados, devem ser assim interpretadas, isto é, devem ser interpretadas juridicamente, como normas jurídicas válidas. Tais normas são criadas pela via do costume, de modo que uma norma fundamental do Direito internacional terá o seguinte teor: “a coação de um Estado contra o outro deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma correspondentes a um dado costume dos Estados” (KELSEN, 2009, p. 241) – nesta norma fundamental do Direito internacional “exprime-se um princípio que é o pressuposto fundamental de todo o Direito consuetudinário – o indivíduo deve conduzir-se como os outros, na convicção de que assim devem proceder, costumam conduzir-se – aplicado à conduta dos Estados uns em relação aos outros” (KELSEN, 2009, p. 241). Observe-se que a questão de saber se se deve ou não partir da primazia do Direito internacional é uma questão que não será abordada aqui (ver a esse respeito: KELSEN, 2009, p. 364 a 383).

²¹ Conforme seção secundária 5.4 e, especialmente, seção terciária 5.4.1, adiante.

²² Conforme Losano (2010, p. 68): “(...) a teoria da norma fundamental é necessária ao tipo de ciência jurídica que se apresenta com a exigência de depurar o direito de todo elemento estranho e que, assim, deve explicar todo o direito apenas mediante o direito.”

sentido objetivo, e, ainda, se para esta segunda norma valem as mesmas observações feitas à primeira, e, por fim, se a Constituição é considerada como o plano normativo mais alto, a própria distinção entre ser e dever-ser, nestes termos fica dependente, isto é, condicionada à pressuposição da norma fundamental que, neste passo, é condição da constituição e existência do objeto norma (dever-ser objetivo) como objeto de conhecimento.²³

3.1.4 O objeto da ciência do Direito como sistema de normas válidas – a pressuposição da norma fundamental como condição da unitariedade do objeto da ciência jurídica

Bem entendida a noção de dever-ser objetivamente válido, é dizer, norma, vê-se que não pode haver uma norma isolada, tomada como objeto em si por si, como se fosse um ente auto-subsistente, senão que consideramo-las em conjunto, como uma ordem normativa, vale dizer, um sistema de normas, na medida em que um ato de vontade que vise intencionalmente a conduta humana, terá sentido objetivo de dever-ser, ao lado de seu sentido subjetivo, se, e somente se, uma norma (também ela objetivamente válida em virtude de uma terceira) atribua a tal ato um tal sentido. Ora, se assim é, cumpre tomar como verdadeiro objeto de uma ciência normativa não *norma*, mas *sistema de normas* ou *ordem normativa da conduta humana*.

²³ Por essa razão, não colhe o seguinte parecer de Bobbio (2015, p. 85): “(...) a norma fundamental representa, por parte dos juristas, habituados a lidar com normas, a tentativa de fazer com que o ordenamento jurídico se encerre em uma norma em vez de - segundo a teoria política tradicional - em um poder (a *summa postestas*), mostrando que, para além do poder último, existe ainda uma norma última que o funda: o motivo pelo qual uma norma, não um poder, é o fundamento original.” Em verdade, essa assertiva, ao afirmar que a norma fundamental é uma “tentativa” de fundar o ordenamento jurídico, olvida a natureza específica da norma fundamental, isto é, seu *status* numa teoria de epistemologia jurídica, vale dizer, seu caráter de categoria transcendental (condição epistemológico transcendental de cognoscibilidade do fenômeno Direito), tema que veremos, adiante, à seção primária 5 (especialmente à seção 5.4). Colhe, contudo, à esse respeito, a seguinte afirmação de Bobbio (2008, p. 209): “Uma vez definido que todo poder jurídico é produto de uma norma jurídica, só podemos considerar o poder constituinte como poder jurídico se também o consideramos como produto de uma norma jurídica. A norma jurídica que produz o poder constituinte é a norma fundamental.”

Pela mesma razão, isto é, por não se ajustar à específica natureza epistemológico-transcendental da norma fundamental, também, o seguinte parecer de Miguel Reale (2014, p. 231) não se coaduna com a posição deste trabalho: “(...) é a esta altura que se revela o que denominamos *contratualismo hipotético* de Hans Kelsen. Com efeito, ele assevera que o jurista não pode deixar de ligar uma norma à outra superior até chegar à norma constitucional, a qual, por sua vez, resulta de um *fato*, de um acontecimento insuscetível de qualificação jurídica. Se assim é, o fundamento da ordem jurídica não pode deixar de ser hipotético, de ser a ideia de que a ordem jurídica é posta para ser observada, *como se houvesse um contrato* entre os detentores da força e os membros da convivência no sentido de respeitar a ordem coercitiva declarada em vigor: o pressuposto da ordem jurídica é, pois, representado pela norma fundamental hipotética *pacta sunt servanda*.”

Mas, então, que é uma ordem normativa? Segundo Kelsen (2009, p. 33): “Uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade” que é, a saber, a norma fundamental. Quer dizer, ainda nas palavras de Kelsen (2009, p. 217):

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer à uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é uma norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.²⁴

Significa dizer que a unidade de um sistema de normas é fornecida pela norma fundamental, que, desta forma, “constitui a unidade na pluralidade destas normas” (KELSEN, 2009, p. 228).²⁵

Disso se depreende que a norma fundamental funciona não apenas como condição de constituição de um dever-ser em sentido objetivo como objeto do conhecimento jurídico, mas também – e isso é implicado²⁶ pela específica maneira como o dever-ser é constituído a partir da pressuposição da norma fundamental (isto é, exatamente porque ao ato de vontade apenas pode-se atribuir um sentido objetivo de dever-ser a partir de uma norma

²⁴ Vale aqui, a explicação feita por Joseph Raz (2012, p. 131): “(...) Kelsen insiste que: (1) há no mínimo uma norma comum entre quaisquer duas cadeias de validade que pertencem à um mesmo sistema jurídico. (2) Além disso há uma norma que faz parte de todas as cadeias de validade do mesmo sistema. (3) Em todo sistema jurídico, a norma que pertence à todas as cadeias de validade é a norma fundamental, que é a última norma (...) de toda cadeia de validade.” Contudo, lembra Raz (2012, pp. 134 e 135), como, segundo Kelsen, a função da norma fundamental é autorizar a criação da Constituição originária, “Poder-se-ia pensar, portanto, que não só a norma fundamental, mas também a Constituição originária deveriam fazer parte de toda cadeia de validade de toda norma em um sistema jurídico. Isto significaria que, mesmo que não houvesse a norma fundamental, não haveria dificuldade para estabelecer a identidade do sistema jurídico.” “A falácia deste argumento é a que a Constituição originária não é necessariamente uma única norma (...)” “A Constituição originária pode conter várias normas, algumas das quais pertençam à uma cadeia de validade, outras das quais pertençam a outra. A norma fundamental é a única norma que pertence a todas as cadeias de validade, e portanto é essencial para o sucesso do critério de identidade de Kelsen.”

²⁵ Com efeito, segundo Bobbio (2008, p. 208): “Posto um ordenamento de normas de diferentes proveniências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam reduzidas à unidade. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no topo do sistema não se estabelece uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem. Essa norma única só pode ser aquela que impõe a obediência ao poder originário do qual provém a constituição (...)”

²⁶ O termo “implicado” é *usado*, na frase, na sua acepção lógica, isto é, denotando um conectivo condicional.

válida) –, como condição da unificação deste dever-ser (em sentido objetivo) em um sistema unitário de normas objetivamente válidas (como objeto do conhecimento)^{27, 28}.

Em outras palavras, fica claro que a afirmação segundo a qual a norma fundamental é condição de constituição e existência do Direito (puro) como objeto de conhecimento é correta, quer tenhamos em análise uma norma individual como dever-ser objetivamente válido, que em última instância nos reconduz à norma fundamental como pressuposto fundante da validade objetiva, quer tenhamos em vista a ordem normativa como um todo, pois que esta apenas se apresenta em sua autônoma unidade na medida em que o conjunto de normas que a compõem se reconduzem todos, como dever-ser objetivamente válido, à um e mesmo fundamento de validade.

3.1.4.1 O objeto da ciência jurídica, como sistema de normas válidas, é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis – a aplicação do direito é simultaneamente sua criação e a validade é uma relação de determinação parcial e pertinencialidade

Se, como vimos, uma “norma somente pertence à uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica” para a qual vale a mesma afirmação, até sermos reconduzidos, por esta maneira, à norma fundamental (KELSEN, p. 260) como fundação da validade objetiva, fica claro que uma das características mais notáveis do Direito é o fato de regular a própria criação (KELSEN, 2009, p. 246). Desta forma, o objeto da ciência do Direito é um sistema normas supra-infra-ordenadas, isto é, uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis.²⁹ Segundo Kelsen (2009, pp. 246 e 247).

²⁷ A natureza da norma fundamental no contexto da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, tema que compreende o estudo do paralelismo que se estabelece com a noção de categoria transcendental (conceito puro do entendimento) da teoria do conhecimento de Kant, será objeto de análise na seção primária 5, especialmente à seção secundária 5.4. Desde já, contudo, deve notar-se que, da mesma forma que as categorias unificam os dados da percepção, isto é, da mesma forma que as categorias *legislam* (e o termo é sugestivo) sobre os fenômenos, também a norma fundamental, como condição do conhecimento do objeto Direito, procede uma unificação, nos termos que acabamos de expor.

²⁸ Nas palavras de Bobbio (2008, p. 210 e 211): “(...) não só a exigência da *unidade* do ordenamento, mas também a exigência de fundar a validade do ordenamento nos induzem a postular a norma fundamental, que é ao mesmo tempo o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento.”

²⁹ Segundo Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 174): “O sistema do direito oferece uma particularidade digna de registro: suas normas estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação, que

Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma, esta outra norma representa o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas 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, neste termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.³⁰

Portanto, uma norma que regula a produção de uma outra norma, e por isso funciona como norma superior em relação àquela que, por isso, funciona como norma inferior, é aplicada nessa produção, por ela regulada, da norma inferior. Por essa razão, a “aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito” (KELSEN, 2009, p. 260). Assim, afirma Kelsen (2009, p. 261):

É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.

Neste ponto deve ser dito que a norma superior pode determinar não apenas a forma pela qual a norma inferior será produzida, isto é, o processo criador do Direito, como também poderá determinar o conteúdo desta norma inferior. A esse respeito cumpre dizer que, por um lado, afirma Kelsen (2009, p. 261):

(...) a determinação do órgão é o mínimo do que tem de ser determinado na relação entre uma norma superior e uma norma inferior. Com efeito, uma norma cuja produção não é de forma alguma determinada por uma norma superior não pode valer como norma posta dentro da ordem jurídica e, por isso, pertencer a essa ordem jurídica (...).

se opera tanto no aspecto material quanto no aspecto formal ou processual, o que lhe imprime possibilidade dinâmica, regulando, ele próprio, sua criação e suas transformações.”

³⁰ O mencionado caráter dinâmico é uma característica dos sistemas normativos que costumamos chamar de Direito, e será analisado, juntamente com seu par conceitual, o caráter estático, na seção secundária 5.2 abaixo.

Por outro lado, deve-se ter em mente, ainda nas palavras de Kelsen (2009, p. 262), que:

A determinação da produção de uma norma inferior através de uma norma superior pode ter diferentes graus. Nunca pode, porém, ser tão reduzida que o ato em questão já não possa ser considerado como ato de aplicação do Direito, e nunca pode ir tão longe que o ato já não possa ser havido como ato de produção jurídica. (...) Há, no entanto, atos que apenas são aplicação do Direito e não criação jurídica: são os já mencionados atos através dos quais os atos de coerção estatuídos pelas normas jurídicas são executados. E há um ato de positiva criação jurídica que não é aplicação de uma norma jurídica positiva: a fixação da primeira Constituição histórica, que se realiza em aplicação da norma fundamental, a qual não é posta mas apenas pressuposta.

Por essa dupla possibilidade de determinação (parcial) da norma superior aplicada em relação à inferior produzida – isto é, em virtude da circunstância de a norma superior (a ser aplicada) poder determinar (parcialmente) não apenas o processo, mas também o conteúdo que a norma inferior (a ser produzida) pode conter, para, assim, e apenas assim, ser validamente criada, quer dizer, constituir-se como dever-ser objetivamente válido como sentido de um ato de vontade –, vê-se que a distinção entre Direito material e Direito formal não subsiste, ou, mais precisamente, que o Direito a descrever pela ciência jurídica apenas pode ser corretamente apreendido, e esta é a função da proposição normativa da ciência jurídica, na conexão sistemática que existe entre os chamados Direito material e Direito formal. Ora, se afirmamos que uma norma apenas é objetivamente válida se, e na medida em que, sua criação é determinada por outra norma válida para a qual vale a mesma definição, e que, ademais, essa determinação da norma superior em face da norma inferior (*relação de determinação parcial*) pode respeitar, não apenas ao processo de produção jurídica e ao órgão competente, mas também ao conteúdo da norma inferior, e tendo em vista que à estes dois tipos de determinação corresponde os que comumente se chama de Direito formal e Direito material, resta claro, como afirma Kelsen (2009, p. 257), que:

O Direito material e o Direito formal estão inseparavelmente ligados. Somente na sua ligação orgânica é que eles constituem o Direito, o qual regula a sua própria criação e aplicação. Toda proposição jurídica que pretenda descrever perfeitamente este Direito deve conter tanto o elemento formal como o elemento material.³¹

³¹ Aqui cabe observar, como faz Kelsen (2009, p. 257), que: “A relação que intercede entre as normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária e a sua aplicação pelos tribunais ou órgãos da administração é, no essencial, a mesma que existe entre a Constituição e a criação, por ela regulada, de normas gerais de Direito. A criação de normas jurídicas gerais é aplicação da Constituição, tal como a aplicação de normas jurídicas gerais pelos tribunais e órgãos administrativos é criação de normas jurídicas individuais.”

Ora, do que fica dito resulta, ainda, que a validade, como existência específica da norma, isto é, como a maneira pela qual uma norma se nos apresenta³², e que deriva do fato de a norma haver sido produzida segundo uma outra e superior norma válida numa relação de determinação parcial (caráter dinâmico do Direito), não significa, senão, a implicação³³ da sua pertinencialidade (relação de pertinencialidade)³⁴ ao sistema normativo, unitariamente considerado por sua recondução até a pressuposição de uma norma fundamental (pressuposto fundante da validade objetiva).³⁵

3.2 A distinção entre ser e dever-ser, sua relação, e a pressuposição da norma fundamental

3.2.1 A distinção entre ser e dever-ser como dado imediato da consciência

A constituição de um objeto puramente jurídico é o que se propõe a Teoria Pura – que se pretende “pura” na medida exata em que descreve cientificamente um objeto que é *puramente jurídico*. Como notamos o objeto será puramente jurídico se o tomamos como norma válida (dever-ser objetivamente válido), isto é, como sentido objetivo de atos de vontade,

³² Conforme apresentamos acima na seção terciária 3.1.2.

³³ Novamente, aqui, o termo “implicação” é usado em seu sentido lógico, isto é, denotando o functor condicional.

³⁴ Conforme já citamos antes, afirma Kelsen (2009, p. 246): “(...) uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma, esta outra norma representa o fundamento de validade daquela (...)”. Vale, neste ponto, a explicação de Joseph Raz (2012, p. 136): “Segundo Kelsen, a questão de saber se determinada norma, *N*, pertence à certo sistema é resolvida quando se determina se o sistema contém uma norma que autoriza a criação de *N*. Se ele contiver, *N* pertence àquele sistema; caso contrário, não pertence.” Ademais, segundo Kelsen (2009, p. 217), em trecho já citado acima: “O fato de uma norma pertencer à uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é uma norma fundamental desta ordem.” Mais uma vez, citamos a explicação de Raz (2012, p. 136) a esse respeito: “Suponhamos que esteja provado que nenhuma norma derivada autoriza a criação de *N*. Segue-se que ou *N* é autorizada pela própria norma fundamental ou não pertence àquele sistema.” Não é outra coisa que afirma, em conclusão, Bobbio (2008, p. 210 e 211): “(...) podemos responder que é possível estabelecer a pertinência de uma norma à um ordenamento: remontando de grau em grau, de poder em poder, até a norma fundamental. E, tendo em vista que a pertinência ao ordenamento significa validade, podemos concluir que uma norma é válida quando pode ser reconduzida, não importa se através de um ou mais graus, à norma fundamental. Então diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer a pertinência de uma norma à um ordenamento; em outras palavras, *é o fundamento de validade de todas as normas do sistema*. (...) E, tendo em vista que um ordenamento pressupõe que exista um critério para estabelecer a pertinência das partes ao todo e um princípio que as unifique, não poder haver ordenamento sem norma fundamental.”

³⁵ Nas palavras de Kelsen (2009, p. 247), conforme adrede exposto, que: “A norma fundamental – hipotética, neste termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.”

sentido este que apenas pode ser emprestado ao ato de vontade por outra norma válida. Assim, já o dissemos, o ato de vontade é um ser, o sentido do ato de vontade um dever-ser, de modo que o dever-ser como sentido do ato contrapõe-se ao ser fático do ato de vontade.

Contudo, adverte Kelsen (2009, p. 6):

“A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato de 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 deve ser – com o 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.”

Ora, para Kelsen (2009, p. 399) “do conceito de dever-ser vale o mesmo que George Edward Moore diz (...) do conceito de ‘bom’”, isto é, que “bom”, assim como, e.g., “amarelo”, é uma noção simples, e uma “noção simples não é definível nem – o que vale o mesmo – analisável”. Mas Kelsen (2009, p. 399), adverte que afirmar que a distinção entre ser e dever-ser é um dado imediato da consciência não significa, de maneira alguma, que aquilo que deve ser, isto é, o conteúdo do dever seja imediatamente evidente e reconhecido através de alguma faculdade espiritual, pois, como se verá³⁶, inexistente, para a Teoria Pura, uma norma imediatamente evidente, uma vez que, o conteúdo de um dever-ser apenas é determinado através de um ato de vontade cujo sentido ele constitui. Assim, a afirmação de que a distinção entre ser e dever-ser é imediata apenas significa a constatação de que, segundo Kelsen (2009, p. 215):

(...) a questão de porque é que a norma vale – quer dizer: porque é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato. 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*. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma.³⁷

³⁶ Conforme seção terciária 5.2.1, abaixo.

³⁷ Ora, segundo Miguel Reale (2014, p. 220): “Kelsen, de início, considera impossível e absurdo querer explicar o mundo jurídico mediante o estudo dos fatos, porque ‘do fato de alguma coisa ter de ser necessariamente não se pode jamais concluir que algo deva ser deste ou daquele modo’.” Quer dizer, como explica Miguel Reale (2014, p. 219), inserindo Kelsen no contexto da Escola de Marburgo: “(...) os marburguanos aceitam esta distinção [isto é, a distinção entre ser e dever-ser], mas no plano da Crítica da Razão Pura Teórica, isto é, convertendo-a em duas categorias lógicas primárias e irreduzíveis, o ser e o dever-ser, expressões de duas posições distintas do espírito às quais correspondem, como postos, o *mundo dos fenômenos* e o *mundo das normas*.” “Adaptando às suas conclusões técnico-jurídicas as posições gnosiológicas fundamentais de Cohen, o mestre da Escola 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 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

Essa afirmação da Teoria Pura, por sua vez, não é senão a expressão da aceitação por parte dela daquilo que se convencionou chamar a *lei de Hume* e cuja formulação devemos ao filósofo que dá nome à referida “lei”. Segundo Hume (2009, p. 509):

Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito de assuntos humanos, quando, de repente, surpreendome ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como *é* e *não é*, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por *deve* ou *não deve*. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisa ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes.

Essa “lei” foi, à sua maneira, aceita por Kant cuja filosofia crítica³⁸ distingue a *faculdade do conhecimento* da *faculdade de apetência*, ensejando, aquela, uma crítica da razão (pura) teórica e, esta, uma crítica da razão (geral) prática, de modo que, se o “uso da nossa faculdade de conhecimento segundo princípios, assim como a Filosofia, vão tão longe quanto for a aplicação de conceitos *a priori*” (KANT, 2012, p. 4), então “Se dividirmos a Filosofia, na medida em que esta contém princípios do conhecimento racional das coisas mediante conceitos (...), como é usual, em *teórica* e *prática*, procedemos com total correção” (KANT, 2012, p. 1). Com efeito, afirma Kant (2012, p. 1):

(...) existem somente duas espécies de conceitos que precisamente permitem outros tantos princípios da possibilidade dos seus objetos. Referimo-nos aos *conceitos de natureza* e ao de *liberdade*. Ora, como os primeiros tornam possível um conhecimento *teórico* segundo princípios *a priori*, e o segundo em relação a estes comporta já em si mesmo somente um princípio negativo (de simples oposição) e todavia em contrapartida institui para a determinação da vontade princípios que lhe conferem uma maior extensão, então a Filosofia é corretamente dividida segundo os princípios, isto é, em *teórica*, como *filosofia da natureza*, e em *prática*, como *filosofia da moral* (...).

Subsiste “um abismo intransponível entre o domínio do conceito de natureza, enquanto sensível, e o do conceito de liberdade, com o suprassensível, de tal modo que nenhuma passagem é possível do primeiro para o segundo (por isso mediante o uso teórico da razão)” (KANT, 2012, pp. 6-7), sendo irrelevante, à intransponibilidade e, portanto, à recepção da Lei

conduta. É em suma, *lógica*, mas não *eticamente* finalista.” É, ademais, o que afirma Losano (2010): “(...) A visão de mundo de Kelsen é *dualista*. O mundo está dividido em ser e dever-ser (...)”.

³⁸ Deve-se consultar a respeito da crítica da razão pura como crítica da faculdade de conhecer e suas implicações neste breve estudo sobre a *natureza (status)* da norma fundamental no pensamento de Kelsen, a seção secundária 5.4, especialmente a seção terciária 5.4.2, abaixo.

de Hume, que o segundo domínio influa sobre o primeiro (isto é, que o conceito de liberdade deva tornar efetivo no mundo da natureza os fins colocados por suas leis), bem como que haja “um fundamento da unidade do suprassensível, que esteja na base da natureza, com aquilo que o conceito de liberdade contém de modo prático”, pois que não se obtém, nem prática nem teoricamente, um conhecimento deste fundamento (KANT, 2012, p. 7). Com efeito, a própria crítica, que examina as faculdades em conjunto, “não retém senão o que o *entendimento* prescreve *a priori* como lei para a natureza, enquanto complexo de fenômenos” (KANT, 2012, p. XV), quer dizer, a própria filosofia transcendental como filosofia crítica, inclusive no que respeita à *faculdade de apetência*, como crítica da razão prática, não pode ir além, *como* conhecimento, dos limites fixados em uma crítica da razão pura, isto é, do domínio da natureza em que o entendimento é legislador. Isso porque “a legislação mediante o conceito de liberdade acontece pela razão e é simplesmente prática” (KANT, 2012, p. 5), ou seja, “não podemos, no que respeita às leis provenientes do conceito de liberdade, fornecer nenhuma outra realidade que não seja prática, pelo que assim o nosso conhecimento teórico não é alargado no mínimo em direção ao suprassensível” (KANT, 2012, p. 6).

Ora, Kelsen (2009, p. 399) refere que, nas palavras de Prior, “é impossível deduzir uma conclusão de ética, de premissas inteiramente não éticas”, de modo que lhe interessa receber a lei de Hume, mais no sentido original que kantiano e, primordialmente, em sua consequência estritamente lógica, no sentido de que “de um ser – mais exatamente: de uma classe qualquer de enunciados exclusivamente empíricos – nunca resulta *logicamente* nem sequer um único enunciado normativo” (ALEXY, 2011, pp. 115-116). Trata-se, toda a argumentação, apenas da afirmação de uma impossibilidade de *dedutibilidade lógica*, portanto.

3.2.2 A relação entre ser e dever-ser

3.2.2.1 A relação entre ser e dever-ser em geral – a possibilidade de correspondência entre aquilo que é e aquilo que deve ser

Ora, deve-se ter em conta que aceitação deste dualismo pela Teoria Pura, não afasta, antes pressupõem, uma relação entre ser e dever-ser, na medida em que, “um

determinado *quid*, especialmente uma conduta, pode ter a qualidade de ser ou a qualidade de dever-ser” (KELSEN, 2009, p. 7), isto é, o conteúdo do ser pode equivaler ao conteúdo do dever-ser, mas não se identifica com ele, em razão da diversidade de *modus*: ser, ali, dever-ser, aqui.³⁹

“Uma norma objetivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo” (KELSEN, 2009, p. 19), quer dizer, um dever-ser objetivamente válido cujo conteúdo se refere à uma conduta humana, que nesta medida, é uma conduta devida, “funciona como medida de valor relativamente à conduta real” (KELSEN, 2009, p. 19). O juízo segundo o qual uma conduta real corresponde ao conteúdo (*quid*) do dever-ser (*modus*) objetivamente válido, e, neste sentido, é valiosa, é um *juízo de valor*, que se não confunde com um juízo de realidade que afirma que algo é. Devemos ter em conta que “Apenas um fato da ordem do ser pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo. É a realidade que se avalia” (KELSEN, 2009, p. 19).

Ora, a possibilidade de relação entre o ser e o dever-ser, isto é, a possibilidade de que o conteúdo de um ser corresponda ao conteúdo de um dever-ser (sem, contudo, identificar-se com ele), é o contexto geral em que se estabelecem relações específicas entre ser e dever. A isso vamos agora.

3.2.2.2 A relação entre validade e eficácia

A relação entre validade e eficácia, é “apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural” (KELSEN, 2009, p. 235). A Teoria Pura rejeita, de um lado, a identificação entre validade e eficácia e, de outro, a ausência de conexão entre ambas (KELSEN, 2009, p 236).

A solução proposta pela Teoria Pura para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição da validade. (...) A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição de

³⁹ Daí a Teoria Pura ressaltar a ambiguidade de expressões como “conduta devida”. Segundo Kelsen (2009, p. 7): “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 um 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.”

validade. A eficácia é-o no sentido de que deve acrescer ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo, e bem assim a norma jurídica singular, não percam a sua validade. Uma condição não pode identificar-se com aquilo que condiciona.

Ora, afirma Kelsen (2009, p. 237):

As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) *porque* a norma fundamental que forma a regra basilar de sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem *se* esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz.

Por outro lado, deve-se advertir que a ordem jurídica não perde sua eficácia pelo fato de uma norma jurídica singular que pertence à ela perder a eficácia, nem também a norma singular perde sua eficácia quando é ineficaz apenas em casos particulares. Compreenda-se bem: uma norma jurídica singular é eficaz quando apresenta *um mínimo de eficácia* (KELSEN, 2009, p. 12). Neste sentido, segundo a Teoria Pura (KELSEN, 2009, p. 12):

“Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência. No entanto, deve existir a possibilidade de uma conduta em desarmonia com a norma. Uma norma que preceituasse um evento que de antemão se sabe que necessariamente se tem de verificar, sempre e em toda parte, por força de uma lei natural, seria tão absurda como uma norma que preceituasse um certo fato que de antemão se sabe que de forma alguma se poderá verificar, igualmente por força de uma lei natural.”

Por sua vez, uma ordem jurídica é eficaz quando suas normas são eficazes numa *consideração global* (KELSEN, 2009, p. 237).

Seja como for, aqui deve-se ter em mente um *conceito normativo de eficácia*⁴⁰, e que compreenda não só o fato (ser) da aplicação da norma pelos órgãos da comunidade jurídica, como também o fato (ser) dos indivíduos subordinados à ordem jurídica atuarem correspondentemente ao conteúdo determinado pela norma como oposto ao que é pressuposto da sanção (KELSEN, 2009, p. 12).

⁴⁰ Um conceito normativo de eficácia é aquele que se opõe à um conceito causal, na medida em que considera “um ordenamento ‘eficaz’ quando a conduta das pessoas corresponde geral e *grosso modo* a esse ordenamento, sem ter em conta os motivos pelos quais ela é determinada” (KELSEN, 2009, p. 28), isto é, desconsiderando qual seja a cadeia causal que levou o indivíduo a agir tal como agiu.

Ainda, a relação entre ser e dever-ser pode ser observada na situação específica em que o *princípio da legitimidade*⁴¹ é limitado pelo *princípio da eficácia*, o que ocorre na hipótese em que a descrição de uma ordem normativa como Direito vigente esteja condicionada pela identificação da ordem globalmente eficaz em um território (isto é, domínio territorial de validade das normas). Isto se dá quando, por ocasião de uma revolução (em sentido amplo), a identificação de qual das ordens normativas, a antiga ou a revolucionária, é válida, e portanto, nos termos da Teoria Pura, legítima, seja condicionada à verificação empírica de qual das ordens (a antiga ou a revolucionária) é globalmente eficaz. Assim, se a ordem revolucionária consegue tornar-se eficaz em termos globais, diremos que é a ordem jurídica válida; se, contudo, não obteve tal eficácia global, mantém-se válida (vigente) a ordem adrede posta. Ora, com o tornar-se eficaz de uma nova Constituição, modifica-se a norma fundamental, vez que esta apenas se refere, como veremos⁴², a uma Constituição que é efetivamente estabelecida e globalmente eficaz. “De acordo com a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual o governo efetivo, que, com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes, é o governo legítimo do Estado” (KELSEN, 2009, p. 234).

Por fim, para completar esta enumeração de maneira nenhuma exaustiva, vale lembrar o caso especial da *desuetudo*. Segundo Kelsen (2009, p. 237):

Se a eficácia, no sentido acima exposto, é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo mas também das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da *desuetudo*.

Cumpre, neste ponto, repetir que, em todos os casos acima tratados, a relação entre ser e dever-ser é afirmada, porque, e somente porque, existe, conquanto admitido o dualismo (vale dizer, a Lei de Hume), a possibilidade de que o *quid* cujo *modus* é um ser corresponda ao *quid* cujo *modus* é o dever-ser. Ser e dever-ser que são caracterizados, pela Teoria Pura, como dados imediatos da consciência.

⁴¹ Segundo Kelsen (2009, p. 233): “Na medida em que uma ordem jurídica regula sua própria criação e aplicação, ela determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram. As constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através do qual somente, podem ser modificadas. O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade.”

⁴² Ver seção ternária 3.2.3 e seção quaternária 5.4.3.1 abaixo.

3.2.3 A pressuposição da norma fundamental e a relação entre ser e dever

Deve ser dito, ainda, que em todas as hipóteses, isto é, tanto na exigência de um mínimo de eficácia como condição de validade de uma norma individual, como na exigência da eficácia global como condição de validade de uma ordem jurídica (tomada como um todo unitário de normas jurídicas), a situação é explicada pela pressuposição da norma fundamental e, principalmente tendo em vista sua específica natureza de condição transcendental de cognoscibilidade do objeto Direito, que a torna aplicável, legitimamente, apenas ao conhecimento de ordens normativas sociais empíricas, quer dizer, globalmente eficazes.

Com efeito, a norma fundamental determina: a coação deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma determinados pela Constituição que seja, globalmente considerada, eficaz, pelas normas gerais, postas em conformidade com a Constituição, que sejam, de modo global, eficazes e pelas normas individuais eficazes. A eficácia é estabelecida na norma fundamental como pressuposto da validade. (KELSEN, 2009, p. 232)

Este ponto será objeto de considerações adiante⁴³. Por ora registramos apenas que a norma fundamental aparece aqui, mais uma vez, como condição de possibilidade da constituição do objeto da ciência do Direito, tal como a Teoria Pura o compreende, ou melhor, a norma fundamental caracteriza-se como condição de existência do objeto Direito puro como objeto do conhecimento científico ou, ainda, como condição de cognoscibilidade de um tal objeto – não há distinção entre essas três afirmações na medida em que a constituição de um objeto de conhecimento é o mesmo que sua existência, como objeto de conhecimento, e, neste passo, as condições transcendentais de cognoscibilidade são condições do objeto mesmo, enquanto objeto de conhecimento⁴⁴.

⁴³ Remetemo-nos, para a exata compreensão destas assertivas, à seção primária 5.4, em geral, e à seção quaternária 5.4.3.1, em especial.

⁴⁴ Aqui, remetemo-nos à seção quaternária 5.4 e, especialmente, à seção terciária 5.4.1.

3.3 O objeto da ciência jurídica como Direito positivo e a pressuposição da norma fundamental como sua condição

3.3.1 A correlatividade entre norma e valor

Afirmar que o objeto da ciência do Direito é norma positiva, ou, mais precisamente, que o Direito, que é objeto da ciência jurídica, é o Direito positivo, possui um significado preciso no contexto da Teoria Pura.

Com efeito, uma norma objetivamente válida é o sentido (objetivo) de um ato de vontade humano, isto é, o sentido jurídico-normativo que uma outra (e superior) norma confere à um ato (humano) que vise intencionalmente à conduta humana. Uma norma assim considerada, quer dizer, uma norma objetivamente válida cujo conteúdo fixa (o conteúdo de) uma conduta como devida, determina um valor positivo ou negativo, já o dissemos⁴⁵, uma vez que “funciona como medida de valor relativamente à conduta real” (KELSEN, 2009, p. 19). Isso significa, que, para usar as palavras de Kelsen (2009, p. 74), “Norma e valor são conceitos correlativos.”⁴⁶

3.3.2 A positividade das normas objeto da ciência do Direito e a relatividade dos valores por elas instituídos

O juízo que constata a correspondência entre o conteúdo de uma norma objetivamente válida e o conteúdo de uma conduta humana⁴⁷, que por isso é tida como valiosa, em oposição àquela conduta cujo conteúdo não corresponda ao conteúdo tido como prescrito pela norma, e por isso é tida por desvaliosa, é um juízo de valor, que se distingue essencialmente

⁴⁵ Conforme a seção terciária 3.2.2 acima.

⁴⁶ Neste ponto, interessa ter em conta a observação de Willis Guerra (2009, pp. 42 e 43) de que, para a Teoria Pura, “o valor seria inerente ao Direito, pois, pelo simples fato de ele se manifestar como norma, elas contêm valores, valores jurídicos, com sentido objetivo, resultantes da referência de uma conduta à norma.”

⁴⁷ Correspondência esta que, como relação entre ser e dever-ser, foi objeto de análise à seção quaternária 3.2.2.1 acima.

dos juízos de realidade que apenas constataam que algo é, sem ter em conta o conteúdo de uma norma objetivamente válida (KELSEN, 2009, p. 19).

Segundo Kelsen (2009, p. 19):

Na medida em que as normas que constituem o fundamento dos juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através delas constituídos são arbitrários. Através de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituem outros valores, opostos aos valores que elas constituem.

Isso significa que os valores constituídos por normas, consideradas como o sentido objetivo de atos da vontade humana atribuído por outra norma, para a qual vale a mesma definição, são *valores relativos*, na medida em que a vigência (validade) da norma que a constitui não exclui a vigência duma outra, que constitua valor oposto, pela prescrição da conduta oposta. De outro lado, falaríamos em um *valor absoluto* como sendo aquele constituído por uma norma que fosse o sentido, não de um ato de vontade humana, mas de um ato de uma vontade supra-humana (v.g., Deus), que se nos apresentasse “com a pretensão de excluir a possibilidade de vigência (validade) de uma norma que prescreva a conduta oposta” (KELSEN, 2009, p. 20).

“Uma teoria científica dos valores apenas toma em consideração, no entanto, as normas estabelecidas por atos de vontade humana e os valores por elas constituídos” (KELSEN, 2009, p. 20), uma vez que “um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade” (KELSEN, 2009, p. 72). Esta afirmação significa que, segundo Kelsen, uma teoria normativa, ou o que é o mesmo, uma teoria dos valores⁴⁸, que sustente pretensão de cientificidade, apenas leva em conta normas postas por atos humanos, isto é, normas que são o sentido objetivo de atos de vontade humana. Ambas as afirmações não são senão a explicitação do significado da assertiva segundo a qual o objeto da ciência jurídica é o Direito positivo, isto é, o Direito que se compõe de normas que são o sentido (objetivo) de atos de vontade humana, quer dizer, Direito que se compõe de normas *postas* por atos humanos que visam intencionalmente a conduta humana.⁴⁹

Vale ter em mente aqui, que a *positividade* não é característica exclusiva das ordens normativas a que chamamos o Direito, e também as normas da Moral como as do

⁴⁸ Como acima se afirmou, nas palavras de Kelsen (2009, p. 74): “Norma e valor são conceitos correlativos.”

⁴⁹ Segundo Kelsen (2009, p. 96), valores relativos são valores positivos, quer dizer, “valores que são constituídos por normas positivas, isto é, normas que são postas no espaço e no tempo através de atos humanos”.

Direito, são criadas pelo costume ou mediante elaboração consciente. Com efeito “a Moral é, como o Direito, *positiva*, e só uma Moral positiva tem interesse para uma Ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa à uma teoria científica do Direito” (KELSEN, 2009, p. 70).⁵⁰

Dessa forma, a Teoria Pura sustenta uma *teoria relativista dos valores*, isto é, sustenta, nas palavras de Kelsen (2009, p. 76), de um ponto de vista científico:

(...) que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através de nossos atos produtores de normas e pomos na base de nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.

3.3.2.1 Observação: a objetividade dos valores constituídos pelas normas válidas objeto da ciência do Direito

É preciso atentar-se, como decorrência da distinção entre o sentido subjetivo e o objetivo de dever-ser, que também os valores podem assim classificarem-se, consoante seja constituídos por um ou outro. Com efeito, segundo Kelsen (2009, p. 21):

O valor que consiste na relação de um objeto, especialmente de uma conduta humana, com o desejo ou a vontade de um ou vários indivíduos, àquele objeto dirigida, pode ser designado como valor subjetivo – para distinguir do valor que consiste na relação de uma conduta com uma norma objetivamente válida e que pode ser designado como valor objetivo.

Tendo isso em vista, diz-se que o juízo segundo o qual uma conduta é boa ou má na medida em que corresponde ou não à prescrição de um dever-ser meramente subjetivo, isto é, o juízo que exprime a “relação de um objeto com o desejo ou a vontade de um ou vários indivíduos”, “não se distingue de um juízo de realidade, pois que estabelece apenas a relação entre dois fatos da ordem do ser e não a relação de um fato da ordem do ser com uma norma da ordem do dever-ser objetivamente válida (KELSEN, 2009, p. 21). Isso é assim, e o juízo é apenas um caso particular de juízo de realidade, porque o dever-ser subjetivo, conforme

⁵⁰ Como será objeto de exposição adiante, na seção secundária 4.2, o Direito não pode ser distinguido da Moral pelo que estatui, nem tampouco pela sua forma de produção, senão que pela específica característica das suas sanções.

dissemos acima⁵¹, torna a conduta devida apenas do ponto de vista daquele (ou daqueles) que põe o ato de vontade, e não também de um terceiro desinteressado, ou seja, o dever-ser meramente subjetivo não é caracterizado como norma objetivamente válida. Nesta hipótese, segundo a Teoria Pura (KELSEN, 2009, p. 22), “o valor “bom” e o desvalor “mau” apenas existe para aquela ou aquelas pessoas que desejam ou querem aquela conduta ou a conduta oposta, e não para a pessoa ou pessoas cuja conduta é desejada ou querida.”

Diversamente, quando valor e desvalor são constituídos por um dever-ser objetivamente válido, isto é, por uma norma válida, o que somente ocorre na medida em que ao ato de vontade cujo sentido subjetivo é um dever-ser, seja atribuído este sentido (de dever-ser) por uma outra (e superior) norma válida para a qual vale a mesma definição, o que somente é possível, como dissemos⁵², quando se pressupõe uma norma fundamental como condição de constituição e existência de um tal objeto como objeto de conhecimento, então, e só então, tem-se um valor objetivo, e o juízo segundo o qual determinada conduta é valiosa ou desvaliosa é um juízo de valor que, descrevendo um dever-ser, distingue-se essencialmente dos juízos de realidade que descrevem algo que é ou como algo é. Nesta hipótese, segundo Kelsen (2009, p. 22):

(...) o valor “bom” e o desvalor “mau” valem em relação às pessoas cuja conduta assim é apreciada ou julgada, e até em relação à todas as pessoas cuja conduta é determinada como devida (devendo ser) pela norma objetivamente válida, independentemente do fato de elas desejarem ou quererem essa conduta ou a conduta oposta. A sua conduta tem um valor positivo ou negativo, não por ser desejada ou querida – ela mesma ou a conduta oposta –, mas porque é conforme à norma ou a contradiz. O ato de vontade cujo sentido objetivo é a norma não entra aqui em linha de conta.

3.3.4 Positividade das normas objeto da ciência do Direito: objetividade e relatividade dos valores jurídicos e a pressuposição da norma fundamental como sua condição

Estas questões concernentes aos valores constituídos pelo dever-ser levam-nos à delimitação do objeto Direito da seguinte maneira: por um lado, o Direito é tomado pela Teoria Pura como dever-ser objetivamente válido, isto é como norma, por outro, apenas as normas

⁵¹ Conforme as seções terciárias 3.3.1 e 3.3.2.

⁵² Conforme a seção terciária 3.1.3.

positivas (e os valores a elas correlativos) podem ser tomadas por objeto de uma teoria científica. Vejamos.

Quer dizer, que, de um lado, apenas valores objetivos, e não também os subjetivos, podem ser objeto da ciência do Direito, uma vez que apenas estes possuem existência (isto é, valem) do ponto de vista de um terceiro desinteressado e não, tão-só, do ponto de vista daquele que põe o ato de vontade de cujo sentido (de dever-ser) derivem. Aqui, bem se vê, somos reconduzidos, pela delimitação do objeto Direito, à pressuposição de uma norma fundamental como condição de sua existência como objeto do conhecimento jurídico. Com efeito apenas pressupondo-se uma norma fundamental é possível, em última instância, entender o objeto da ciência do Direito, isto é, o dever-ser objetivamente válido (e os valores objetivos correlativos), como algo diferente do ato de vontade cujo sentido ele constitui. Viu-se que o dever-ser meramente subjetivo (sentido subjetivo do ato de vontade), constitui um valor também meramente subjetivo, cuja existência pode ser afirmada apenas em relação àquele que pôs o ato. Nesta medida um juízo que afirme tal valor, não se distingue essencialmente de um juízo de realidade porque, e justamente porque, o dever-ser meramente subjetivo, como o valor por ele constituído, não vale do ponto de vista daquele que emite o juízo como função de conhecimento e que, como terceiro desinteressado, apenas constata, na hipótese, o fato do ato de vontade como objeto da ordem do ser.

Por outro lado, ademais de objetivamente válida, a ordem normativa objeto da ciência do Direito, há de ser positiva. Ora, o Direito será positivo se suas normas o forem, e as normas são positivas quando o sentido objetivo de dever-ser que elas traduzem tenha sido *posto* por um ato de vontade humana, isto é, quando as normas sejam caracterizadas como o sentido de dever-ser, atribuído por outra norma válida para a qual vale a mesma definição, *à um ato humano* que vise intencionalmente a conduta humana. Nesta medida podemos dizer que apenas valores relativos podem ser tomados pela ciência do Direito como seu objeto, afastados os valores absolutos, portanto.

Por sua vez, tomar o objeto da ciência jurídica como Direito positivo, isto é, como sistema de normas que instituem valores relativos, apenas é possível mediante a pressuposição da norma fundamental que intervém como condição da sua existência como objeto do conhecimento. Com efeito, se norma e valor são conceitos correlativos, e se a norma positiva é aquela que institui um valor relativo porque é o sentido de um ato da vontade humana, e não de uma entidade sobre-humana, e se, ainda, é apenas da validade de uma norma que deflui a validade (existência) objetiva de uma outra norma e, assim, as normas do sistema jurídico são

supra-infra-ordenadas, apenas podemos manter a positividade do Direito, e a relatividade dos valores jurídicos instituídos por suas normas, caso, ao perquirir a respeito da validade do plano normativo mais alto, isto é, da Constituição, pressuponhamos uma norma fundamental. Se assim não fizéssemos, seria preciso, para manter a objetividade da validade do dever-ser, isto é, para manter o objeto Direito como sistema normativo (quer dizer como objeto da ordem do dever-ser e não da ordem do ser), reconduzir a cadeia de validade à uma autoridade sobre-humana, o que contudo, tornaria os valores instituídos por suas normas valores absolutos, e não relativos, e, portanto, o Direito como objeto de conhecimento não seria um Direito positivo, mas um Direito natural incontingente e, nesta medida, seu conhecimento não seria um conhecimento científico, nos termos adotados pela Teoria Pura.

3.3.5 Observação: duas outras expressões da positividade do objeto da ciência jurídica

Apenas a título de enumeração sistemática, deve ser dito nesta seção, ainda, que a positividade do objeto da ciência jurídica como Direito puro manifesta-se em duas situações que serão tratadas adiante.

A primeira diz respeito ao caráter dinâmico do sistema jurídico, isto é, como as normas do sistema jurídico são criadas mediante o princípio dinâmico, suas normas devem necessariamente ser *postas* por atos de vontade humana, na medida em que, não tendo lugar o princípio estático, não se podem derivar mediante processo lógico a partir do conteúdo de uma norma superior. Tal situação diz respeito diretamente à pressuposição lógico-transcendental da norma fundamental que deve, sempre e em todo caso, caracterizar-se como uma norma de caráter dinâmico⁵³ e, nesta medida, leva a que cada norma individualmente considerada, assim como o sistema jurídico unitariamente pensado, sejam caracterizados pela positividade com a relatividade valorativa que ela implica. Neste sentido, “As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva” (KELSEN, 2009, p. 221).

A segunda situação que manifesta claramente a positividade do objeto Direito tal qual considerado pela Teoria Pura, liga-se diretamente à própria teoria da norma

⁵³ À esse respeito deve-se ter em conta o quanto se falará à seção secundária 5.2 adiante.

fundamental na medida em que ela leva à uma teoria positivista do Direito⁵⁴. Com efeito, segundo Kelsen (2009, p. 242), a teoria da norma fundamental permite que toda ordem coercitiva globalmente eficaz possa ser pensada como ordem normativa objetivamente válida, isto é, “nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida” (KELSEN, 2009, p. 242), uma vez que da norma fundamental deriva-se apenas a validade e não o conteúdo de uma ordem normativa (caráter dinâmico do direito). Daí afirmar Kelsen (2009, p. 242) que “Precisamente na sua teoria da norma fundamental se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista.”

Não deve restar dúvida, contudo, que esses aspectos (relatividade dos valores; necessidade de ponência por atos; dinamicidade do direito; etc.) são, como se disse, aspectos da característica da positividade do objeto Direito puro e se entrelaçam e mútua dependência.

3.4 Ciência normativa e ciência natural – o princípio da imputação e o princípio da causalidade

Afirmar-se, portanto, que a ciência jurídica tem o Direito por objeto é o mesmo que afirmar que “são as normas jurídicas o objeto da ciência do Direito” (KELSEN, 2009, p. 79). Estas normas jurídicas, o vimos, são normas positivas, sentido objetivo de atos de vontade humana, isto é, dever-ser objetivamente válido posto por um ato de vontade. Segundo a Teoria Pura (KELSEN, 2009, p. 79):

A ciência jurídica procura apreender seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significa senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou como conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.⁵⁵

Se determinamos o Direito como norma ou, precisamente, como ordem normativa (sistema de normas) e afirmarmos, como fizemos, que a ciência do Direito procura apreender seu objeto juridicamente, o que quer dizer normativamente e portanto que a ciência do Direito descreve normas, “delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica,

⁵⁴ Sobre este aspecto remetemo-nos à seção 5.6.

⁵⁵ Aqui valem as observações de Paulo de Barros Carvalho e Tercio Sampaio Ferraz Jr. citadas acima à nota de rodapé 11, da seção secundária 2.2.

como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais” (KELSEN, 2009, p. 84). Que significa isso? Significa que a ciência do Direito, tendo por objeto, não o que é, mas o dever-ser (objetivamente válido), é composta de proposições normativas. Proposições normativas são juízos das ciências normativas que descrevem, enquanto função do conhecimento e de forma objetiva, portanto, um objeto que se caracteriza como dever-ser. Afirma Kelsen (2009, p. 87):

Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto –, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma é independente de qualquer intervenção desta espécie.

Isso significa que há uma distinção fundamental entre a lei natural e a lei jurídica⁵⁶. Segundo Kelsen (2009, p. 98):

As leis naturais formuladas pela ciência da natureza, devem orientar-se pelos fatos. Os fatos das ações e omissões humanas, porém, devem orientar-se pelas normas que à ciência jurídica compete descrever. Por isso, as proposições que descrevem o Direito têm de ser asserções normativas ou de dever-ser (*Soll-Aussagen*).

Assim, na descrição de seu objeto, por uma ciência normativa, “é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como *imputação*” (KELSEN, 2009, P. 86). Uma ciência normativa, como são a ciência do Direito (cujo objeto é uma ordem jurídica positiva) e a Ética (cujo objeto é uma ordem Moral positiva), na medida em que “o domínio considerado por estas ciências é contraposto, como uma esfera de valores, à esfera da realidade natural, (...) valores que são constituídos por normas positivas, isto é, normas que são postas no espaço e no tempo através de atos humanos” (KELSEN, 2009, p. 96), distinguem-se essencialmente das ciências causais, incluídas como causais as ciências que conhecem a sociedade segundo o princípio da causalidade.⁵⁷

⁵⁶ Aqui advertimos que, nas palavras de Kelsen (2009, p. 90), “a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, a proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é, o Direito, a norma jurídica.”

⁵⁷ Observe-se, a esse respeito, que uma “ciência social, na medida em que procura explicar causalmente a conduta humana, não se distingue essencialmente, como já foi salientado, das ciências naturais (...). Uma distinção essencial existe apenas entre as ciências naturais e aquelas ciências sociais que interpretam a conduta recíproca dos homens, não segundo o princípio da causalidade, mas segundo o princípio da imputação” (KELSEN, 2009, pp. 95 e 96). “A sociedade, como objeto de uma ciência social normativa, é uma ordem normativa da conduta dos homens

Vejamos: em que se distinguem o princípio da imputação e o princípio da causalidade? O que, propriamente, expressa-se quando se diz que a distinção essencial entre uma ciência normativa e uma ciência da natureza é que aquela se vale do princípio da imputação, enquanto esta se atém à causalidade? A resposta que dá a Teoria Pura a esse respeito é a seguinte: o princípio da imputação cumpre função inteiramente análoga à do princípio da causalidade no que toca à descrição do objeto pela ciência, mas, a despeito disso, um e outro não se confundem de forma nenhuma. Segundo Kelsen (2009, pp. 100 e 101):

A forma verbal em que são apresentados tanto o princípio da causalidade como o princípio 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 é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando A é, B deve ser.

(...) A distinção entre causalidade e imputação reside em que – como já notamos – a relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e consequência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie. Visto que o sentido específico do ato através do qual é produzida a relação entre pressuposto e consequência numa lei moral ou jurídica é uma norma, pode-se falar de uma relação normativa – para distinguir de uma relação causal. “Imputação” designa uma relação normativa. É esta relação – e não qualquer outra – que é expressa na palavra “dever-ser”, sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica.⁵⁸

3.4.1 Norma e proposição normativa

Deve-se ter presente que as proposições normativas, como são as proposições jurídicas, são algo distinto das normas, como são as normas jurídicas.

Como dissemos acima, *proposições normativas* são juízos hipotéticos que descrevem a circunstância de que, segundo uma ordem normativa dada ao conhecimento, sob certos pressupostos determinados por esta ordem, *deve* intervir certa consequência, também pela ordem determinada. A proposição normativa, como juízo hipotético, possui, portanto,

uns em face dos outros. Estes pertencem à uma sociedade na medida em que a sua conduta é regulada por uma tal ordem” (KELSEN, 2009, p. 96).

⁵⁸ À esse propósito, afirma Miguel Reale (2014, p. 229): “Estas afirmações revelam perfeitamente o valor exclusivamente lógico da expressão *dever ser* na doutrina de Kelsen.” “No seu entender, há duas maneiras de ordenar os fatos do universo: pela *causalidade* e pela *imputabilidade*. Pela primeira, ligamos dois fatos ou sistemas de fatos mediante uma relação de *causa e efeito*; pela segunda, se liga – sem implicar imperatividade – um fato condicionante a um fato condicionado.” “A categoria do *dever ser* indica pois uma forma de conexão distinta da que existe entre *causa e efeito*.”

como afirmou-se acima, a forma geral “se A é, B deve ser”, traduzindo uma imputação decorrente de um ato de vontade cujo sentido objetivo é um dever-ser. Deve-se ter em conta que esta forma da proposição jurídica em geral, em razão da assunção do Direito objeto da ciência jurídica como ordem de coação, isto é, como ordem normativa da conduta humana que estatui atos de coerção, será expressa na seguinte formulação: “sob certos pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve ser determinado ato de coação, especificado pela mesma ordem jurídica”⁵⁹.

Por outro lado, as *normas*, como dissemos⁶⁰, são dever-ser objetivamente válido, isto é, o sentido objetivo de atos da vontade humana, sentido este que é emprestado ao ato por uma outra (e superior) norma para a qual vale a mesma definição. Deste modo, a norma jurídica, como de resto qualquer norma, segundo Kelsen (2009, p. 90):

(...) não é, com efeito, um enunciado pelo qual se descreva uma ligação de fatos, uma conexão funcional. Não é, sequer, um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica.

Ora, proposição normativa de um lado, e norma de outro, expressam a distinção existente entre função do conhecimento e a função da autoridade normativa, isto é, da autoridade que põe as normas. Com efeito, a ciência normativa, como a ciência jurídica, conhece, a autoridade normativa, como a autoridade jurídica, produz normas. Nesse sentido, segundo Kelsen (2009, p. 82), a ciência jurídica “apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), *prescrever* seja lá o que for.” Isso implica a que norma e proposição normativa possuem caráter logicamente diverso. Com efeito, afirma Kelsen (2009, p. 82):

A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verídicas ou inverídicas, mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas.⁶¹

⁵⁹ Ver, sobre esta questão, a seção secundária 4.2 abaixo.

⁶⁰ Ver, acima, as seções terciárias 3.1.1, 3.1.2 e 3.4.2.

⁶¹ Segundo Lourival Vilanova (2003b, p. 203): “As *proposições jurídicas* subordinam-se ao princípio da *verificabilidade empírica*: o marco de referência é o direito positivo, como conjunto de *normas jurídicas*.” E continua Vilanova (2003b, p. 204), afirmando que: “O direito positivo está-aí, dado na experiência, comprovável por todos: nessa intersubjetividade de constatação reside o critério objetivo de verificação. Qualquer que seja a vinculação ou o comprometimento existencial-sociológico do jurista, a norma é norma, como dado objetivo, se

Cumprir referir que a expressão “dever-ser” na proposição jurídica possui um sentido descritivo, enquanto que o “dever-ser” da norma tem um sentido prescritivo (KELSEN, 2009, p. 84), ambivalência esta que não deve ser esquecida. Veja-se: a proposição jurídica (como de resto qualquer proposição normativa) é proposição, juízo, com função descritiva de conhecimento, mas é proposição normativa na medida em que seu objeto não é um ser, mas um dever ser. Citamos Kelsen (2009, pp. 88 e 89):

As proposições jurídicas a serem formuladas pela ciência do Direito apenas podem ser proposições normativas (*Soll-sätze*). Mas – e esta é a dificuldade lógica que se nos depara na representação desta realidade –, com o emprego da palavra “dever-ser” a proposição jurídica formulada pela ciência do Direito não assume a significação autoritária da norma jurídica por ela descrita: o “dever-ser” tem, na proposição jurídica, um caráter simplesmente descritivo. Porém, do fato de a proposição jurídica descrever algo, não se segue que esse algo descrito seja um fato da ordem do ser, pois não só os fatos da ordem do ser mas também as normas de dever-ser (*Soll-Normen*) podem ser descritos. Particularmente, a proposição jurídica não é um imperativo: é um juízo, a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento. E também não implica qualquer espécie de aprovação da norma jurídica por ela descrita. O jurista científico que descreve o Direito não se identifica com a autoridade jurídica que põe a norma jurídica. A proposição jurídica permanece descrição objetiva – não se torna prescrição.

(...) Se bem que a ciência jurídica tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores jurídicos através delas constituídos, as suas proposições são, no entanto – tal como as leis naturais da ciência da natureza – uma descrição de seu objeto alheia de valores (*wert-freie*). Quer dizer: esta descrição realiza-se sem qualquer referência à um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional.

Da mesma forma, portanto, um juízo de valor que descreve a relação entre uma conduta real da ordem do ser com uma norma objetivamente válida, como função do conhecimento, terá de ser sempre objetivo, “na medida em que o sujeito judicante formula tal juízo sem atenção ao fato de ele próprio desejar ou querer determinado objeto ou o objeto oposto, de ele próprio aprovar ou desaprovar tal conduta” (KELSEN, 2009, p. 23).

O quanto se disse, não é senão o respeito à “pureza”⁶², que, de um lado, exige a constituição de um objeto puramente jurídico e, de outro, exige um juízo puramente descritivo deste objeto jurídico, um juízo que, se bem que seja normativo (justamente por referir-se à um objeto puramente jurídico, isto é, a normas objetivamente válidas), é um juízo descritivo, não de um fato, de um ser, mas de um dever-ser, sem que ele mesmo, juízo, prescreva qualquer coisa.

mantém com o sistema a *relação-de-pertinencialidade* (pertence ao sistema S porque foi posta de acordo com regra-de-formação do sistema).” Sobre tal relação de pertinencialidade falamos acima, à seção quaternária 3.1.4.1.

⁶² À esse respeito, ver acima a seção primária 2.

4 ORDEM DE COAÇÃO COMO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO – A DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO E AS DEMAIS ORDENS SOCIAIS (MORAL) E A PRESSUPOSIÇÃO DA NORMA FUNDAMENTAL COMO SUA CONDIÇÃO

4.1 Direito como ordem (normativa) social

As considerações precedentes⁶³ deixam claro o sentido da afirmação de que o Direito, objeto da ciência jurídica é uma *ordem normativa*, ou, o que é o mesmo, *um sistema unitariamente fundamentado de normas válidas*.

Agora, antes de mais, havemos de considerar que, segundo Kelsen, o Direito, juntamente com a Moral⁶⁴, inclui-se no gênero das ordens (normativas) sociais, que são aquelas que “regulam a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas” (2009, p. 25), a distinguir-se, por exemplo, da Lógica que apesar de ter por objeto uma ordem normativa “não tem qualquer caráter social” (2009, p. 26). Ora, afirma Kelsen (2009, p. 34):

Na medida, porém, em que a ordem jurídica é uma ordem social, ela somente regula de uma maneira positiva, a conduta de um indivíduo enquanto esta se refere – mediata ou imediatamente – a outro indivíduo. É a conduta de um indivíduo em face de um, vários ou todos os outros indivíduos, que constitui o objeto desta regulamentação.

⁶³ Referimo-nos, especialmente à seção terciária 3.1.4.

⁶⁴ Segundo Kelsen (2009, p.68), todas as “outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética. Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito.” Deve-se observar aqui que, por vezes, põe-se em dúvida o caráter social da Moral, afirmando-se que, ao lado das normas morais que regulam a conduta de um indivíduo em face de outros, há aquelas que regulam a conduta de um homem em face de si mesmo, e.g., a norma que proíbe o suicídio. Tal objeção, contudo, não colhe. Com efeito, segundo a Teoria Pura (KELSEN, 2009, p. 68), “(...) também estas normas surgem na consciência de homens que vivem em sociedade. A conduta do indivíduo que elas determinam apenas se refere imediatamente, na verdade, a este mesmo indivíduo; mediamente, porém, refere-se aos outros membros da comunidade. Na verdade, só por causa dos efeitos que essa conduta tem na comunidade é que ela se transforma, na consciência dos membros da comunidade, numa norma moral. Também os chamados deveres do homem para consigo mesmo são deveres sociais. Para o indivíduo que vivesse isolado não teriam sentido.”

4.1.1 Ordens sociais como ordens sancionatórias

A função de toda ordem (normativa) social, de um *ponto de vista psicossociológico*, consiste em, por meio da representação de suas normas, motivar, causalmente, condutas (ou omissões) daqueles que a ela se subordinam, e, neste sentido, pode-se falar em uma *função motivadora* (KELSEN, 2009, p. 26)⁶⁵. Esta função motivadora é levada à efeito mediante o *princípio retributivo*, que é o princípio que conduz a ordem social a reagir à determinada conduta com uma vantagem ou uma desvantagem, isto é, com um prêmio ou uma pena.

Ora, as ordens sociais (a Moral como o Direito) prescrevem determinada conduta “precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem” (KELSEN, 2009, p. 26), isto é, uma conduta pode ser considerada como normativamente prescrita por uma ordem (normativa) social, se, e somente se, “a conduta oposta é pressuposto de uma sanção” (KELSEN, 2009, p. 26). Segundo Kelsen (2009, p. 27):

Com isso já se afirma que a conduta condicionante da sanção é proibida e a conduta oposta é prescrita. O ser-devida da sanção inclui em si o ser-proibida da conduta que é seu pressuposto específico e o ser-prescrita da conduta oposta. Devemos a propósito notar que, com o ser-“prescrita” ou o ser-“proibida” de uma determinada conduta se significa não o ser-devida desta conduta ou da conduta oposta, mas o ser-devida da consequência desta conduta, isto é, da sanção. A conduta prescrita não é a conduta devida; devida é a sanção. O ser-prescrita de uma conduta significa que o contrário desta conduta é o pressuposto do ser-devida da sanção. Se não for esse o caso, ela apenas pode valer como autorizada, e não também como prescrita. Visto que não podemos admitir o *regressum ad infinitum*, a última sanção nesta série apenas pode ser autorizada, e não prescrita.

⁶⁵ Deve-se observar que “um ordenamento que estabelece um prêmio ou uma pena só é ‘eficiente’, no sentido próprio da palavra quando a conduta que condiciona a sanção (no sentido amplo de prêmio ou de pena) é causalmente determinada pelo desejo do prêmio ou – a conduta oposta – pelo receio da pena. Mas fala-se ainda de um ordenamento ‘eficaz’ quando a conduta das pessoas corresponde geral e *grosso modo* a esse ordenamento, sem ter em conta os motivos pelos quais ela é determinada. O conceito de eficácia tem aqui um sentido normativo, e não causal” (KELSEN, 2009, p. 28). Pois bem, é esse sentido normativo da eficácia que será aqui levado em conta, porque apenas este possui relevância para uma ciência pura do Direito, devendo-se considerar, ainda, como eficácia de uma norma, não apenas o fato da aplicação desta norma pelos órgãos da comunidade jurídica, como ainda a adoção, por parte dos indivíduos subordinados à ordem jurídica, da conduta oposta àquela que se liga à sanção (KELSEN, 2009, p. 12). A adoção do conceito normativo de eficácia fica clara na relação entre o Direito como ordem de coação e o princípio retributivo (e a função motivadora), que será, abaixo, objeto da nota de rodapé n. 69, da seção secundária 4.2.

4.1.2 A inexistência de ordens sociais desprovidas de sanção

Cumpra advertir que a *Teoria Pura* inadmita a existência de uma ordem social desprovida de sanções, isto é, toda ordem (normativa) social é uma ordem que estatui sanções. Ora, a assertiva segundo a qual uma conduta apenas pode ser considerada como social-normativamente prescrita na medida em a conduta oposta é o pressuposto de uma sanção em sentido estrito, está correta tanto quando se tem em vista uma ordem jurídica (Direito) como quando se toma por análise a Moral. O que se dá, todavia, é que uma e outra dessas ordens (normativas) sociais determinam (prescrevem, autorizam ou permitem positivamente) sanções de espécies diversas. O raciocínio de Kelsen (2009, p. 30), em síntese, é o que se segue:

Para avaliar uma ordem moral desprovida de sanções, tem-se que ter em conta que, quando uma ordem moral prescreve uma determinada conduta, prescreve ao mesmo tempo que a conduta de uma pessoa conforme à conduta prescrita seja aprovada pelas outras pessoas, mas que a conduta oposta seja desaprovada. Quem desaprova a conduta prescrita, ou aprova a conduta oposta, comporta-se imoralmente e deve ser, ele próprio, moralmente reprovado. Ora, também a aprovação ou a desaprovação por parte dos nossos semelhantes são recebidas como recompensa e castigo e podem, por isso, ser interpretadas como sanções. (...) Aqui impõe-se observar que a norma moral que prescreve uma determinada conduta e a norma moral que prescreve a desaprovação de uma conduta oposta àquela estão numa dependência essencial uma da outra, formam um todo unitário na sua validade (vigência). É por isso duvidoso que seja sequer possível uma distinção entre ordens sociais sancionadas e ordens sociais não sancionadas. A única distinção de ordens sociais a ter em conta não reside em que umas estatuem sanções e outras não, mas nas diferentes espécies de sanções que estatuem.

Mesmo em uma moral religiosa, como, por exemplo, aquela que se contem no Sermão da Montanha, o princípio retributivo não está completamente ausente, porquanto rejeitada uma recompensa e uma punição terrestre, o sistema inclui uma pena no além ou uma recompensa celestial. Basta dizer que, na hipótese, o sistema proíbe uma sanção socialmente imanente, mas configura-se como “uma ordem moral transcendente que estatui sanções” (KELSEN, 2009, p. 29).

4.2 O objeto da ciência jurídica como ordem (normativa social) coativa: a Distinção entre o Direito e a Moral

Estabelecido que o Direito, como a Moral, são ordens (normativas) sociais, ambas estatuidora de sanção, portanto, cumpre indagar: o que faz com que o Direito e a Moral como ordens (normativas) sociais se diferenciem?

Ora, ademais de serem ambas ordens sociais, o Direito não pode ser distinguido devidamente da Moral pela forma de produção de suas normas. Com efeito, já o dissemos⁶⁶, “a Moral é, como o Direito, *positiva*, e só uma Moral positiva tem interesse para uma Ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa à uma teoria científica do Direito” (KELSEN, 2009, p. 70).⁶⁷

Segundo Kelsen (2009, p. 35), “característica comum às ordens sociais a que chamamos Direitos é que elas são ordens coativas”. Que significa isso? Significa que as ordens normativas jurídicas reagem contra situações (principalmente condutas humanas) socialmente indesejáveis mediante um ato de coação, isto é, são ordens normativas que estatuem atos de coação. Mas que é um ato de coação? Trata-se de um ato “a ser aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto” (KELSEN, 2009, p. 35).⁶⁸

Cumprе observar que um ato coativo é geralmente recebido pelo destinatário como um mal, mas não tem necessariamente de ser assim (KELSEN, 2009, p. 36).⁶⁹ Ademais,

⁶⁶ Conforme a seção terciária 3.3.2 acima.

⁶⁷ Por outro lado, temos de ter em conta, ainda, que a tese segundo a qual a Moral prescreveria uma conduta interna em face do Direito que determinaria uma conduta externa, é rejeitada pela Teoria Pura. Não nos aprofundaremos neste ponto, bastando notar que, segundo Kelsen (2009, p. 68), ambas as ordens sociais, isto é, a Moral como o Direito, possuem prescrições de condutas internas e externas. Com efeito, a consideração, pela norma jurídica que proíbe o homicídio, da intenção do agente, é exemplo da relevância da disposição interior para o Direito. Por outro lado, uma norma moral que, como a moral kantiana (o imperativo categórico), apenas se refere com seu conteúdo aos motivos da ação externa é, segundo Kelsen (2009, p. 70), incompleta e somente pode valer (e ser descrita) em combinação com outras normas que prescrevam (o conteúdo de) uma conduta externa.

⁶⁸ “Ato de coação” e “ato de coerção” são, na Teoria Pura, expressões sinônimas. Com efeito, conceitua Kelsen (2009, p. 121): “Atos de coerção são atos a executar mesmo contra a vontade de quem por eles é atingido e, em caso de resistência, com o emprego da força física.”

⁶⁹ Ora, como o ato coativo é geralmente recebido como um mal ou uma desvantagem pelo destinatário, está presente aqui a função motivadora da ordem jurídica a partir do princípio retributivo, isto é, o “princípio que conduz a reagir à uma determinada conduta com ou prêmio ou uma pena” (KELSEN, 2009, p. 26), caracterizando-se o ato de coação como uma sanção (em sentido estrito) qualificada pelo fato de ser imposta mesmo contra a vontade do destinatário, com recurso à força física em caso de resistência. Cumpre notar ainda que a função motivadora e o princípio retributivo, embora geralmente presentes, não são aqui aspectos essenciais, porquanto, como veremos adiante, à seção secundária 4.4, o ato de coação pode ter por suposto uma situação indesejável

afirmar o Direito como ordem coativa da conduta humana, não significa que o ato de coação tenha necessariamente de se efetivar, o que apenas ocorre em caso de resistência. Do ponto de vista da Teoria Pura, importa a estatuição do ato de coação, quer dizer que as ordens jurídicas são caracterizadas como ordens de coação na medida em que “dão à um determinado indivíduo poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um ato coativo como sanção” (KELSEN, 2009, p. 36).

Ora, neste ponto, chega-se à uma diferenciação entre o Direito e as demais ordens sociais (Moral), cujo critério decisivo é o momento da coação como sanção⁷⁰ específica e própria das ordens sociais a que chamamos Direito. Ora, afirma Kelsen (2009, p. 36): “As sanções estatuídas por uma ordem jurídica são – diferentemente das sanções transcendentais – sanções socialmente imanentes e – diversamente daquelas, que consistem na simples aprovação e desaprovação – socialmente organizadas.” Assim, diz-nos Kelsen (2009, p. 37):

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego de força física, é o critério decisivo.

Com efeito, continua Kelsen (2009, p. 71):

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma

como um fato da natureza, por exemplo, em que não há que se falar em motivação da conduta humana no sentido da determinação da indesejabilidade da situação a que, por imputação, se liga o ato de coação como consequência. Neste caso, o veremos (à mesma seção secundária 4.4), o Direito permanece como ordem coativa *da conduta humana* na medida em que o ato de coação é sempre uma conduta humana, e o fato (que não é conduta humana) apenas possui aqui relevância enquanto é pressuposto da estatuição de uma atuação humana devida (prescrita ou meramente autorizada no sentido de adjudicada a competência), a saber, a efetivação do ato de coação. É de se observar também que a motivação da conduta humana, ainda que seja uma função possível, não é uma função essencial ao direito como ordem coativa em virtude de a conduta prescrita (pela circunstância de a ordem estatuir um ato de coação que tem por suposto a conduta oposta) poder ser provocada por outros motivos, que não, e.g., o temor da coação. Assim, há de ficar claro que a “coação que reside na motivação é uma coação psíquica. (...) coação psíquica, não é, pois, uma característica que distinga o Direito das outras ordens sociais. O Direito é uma ordem coativa, não no sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação – produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos.” (KELSEN, 2009, p. 38) – daí ser relevante tão somente o conceito normativo de eficácia, consoante exposto acima às notas de rodapé 40, da seção quaternária 3.2.2.2 e 65 da seção terciária 4.1.1.

⁷⁰ Observamos que as *recompensas* ou vantagens, que por vezes são encontradas nas ordens jurídicas modernas “não constituem característica comum a todas as ordens sociais a que chamamos Direito nem nota distintiva da função essencial destas ordens sociais” (KELSEN, 2009, p. 37) e, ademais, as normas que a elas se referem estão numa ligação essencial com as normas que estatuem sanções, como delimitação de seu domínio de validade, sendo, portanto, normas não autônomas. Este aspecto da questão (classificação das normas em autônomas e não autônomas), que é ponto essencial na delimitação do objeto Direito levada a efeito por Kelsen e tem íntima ligação com o tema da norma fundamental, será objeto de análise adiante à seção terciária 4.3.1.

determinada conduta humana. O Direito só pode ser essencialmente distinguido da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.

4.2.1 Sanção e ato de coação – esclarecimento terminológico

Um esclarecimento terminológico cabe aqui. Segundo Kelsen (2009, p. 26), o “prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena”. Nesta medida, como o Direito é uma ordem coativa, seriam sanções jurídicas os “atos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica” (KELSEN, 2009, p. 121).

Contudo, é de se ter em conta que, como já de alguma forma se anunciou acima⁷¹, afirmar o Direito como ordem coercitiva da conduta humana, isto é, como ordem normativa social que estatui sanções socialmente imanentes e organizadas, passíveis de serem impostas mesmo contra a vontade do seu destinatário e com o uso da força física em caso de resistência, não significa afirmar que os atos de coação sejam ligados apenas e tão somente a ações e omissões humanas socialmente indesejáveis, isto é a *delitos ou ilícitos*.⁷² Atos de coação como “o internamento compulsivo de doentes mentais perigosos” ou “a aniquilação compulsiva de animais domésticos portadores de doenças” (KELSEN, 2009, p. 44) podem, neste sentido, serem caracterizados como *atos de coerção não qualificados como sanções*, na medida em que sua estatuição se não configuram como consequência de ilícitos, mas de outros fatos (socialmente indesejáveis). Desta maneira, ao lado dos atos coercitivos qualificados como sanção, colocar-se-iam “atos de coação que não têm este caráter”, quer dizer, atos coercitivos

⁷¹ Ver, acima, à nota de rodapé 69 da seção secundária 4.2, e, adiante, seção secundária 4.4.

⁷² “O ato ilícito ou o delito é uma determinada ação ou omissão humana que, por ser socialmente indesejável, é proibida pelo fato de a ela ou, mas corretamente, à sua verificação num processo juridicamente regulado se ligar um ato de coerção, pelo fato de a ordem jurídica tornar pressuposto de um ato de coerção por ela estatuído” (KELSEN, 2009, p. 45).

estatuídos pela ordem jurídica em cujos pressupostos não se encontram ações ou omissões de indivíduos especificadas por essa mesma ordem (KELSEN, 2009, p. 121).⁷³

Contudo, segundo Kelsen (2009, p. 45 e 46):

(...) o conceito de sanção pode ser estendido a todos os atos de coerção estatuidos pela ordem jurídica, desde que com ele outra coisa se não queira exprimir se não que a ordem jurídica, através desses atos, reage contra uma situação de fato socialmente indesejável e, através desta reação, define a indesejabilidade dessa situação de fato.

Assim definida, entender-se-ia “como sanção, não só a reação contra um delito, isto é, contra uma determinada conduta humana, mas também a reação contra outras situações de fato socialmente indesejáveis” (KELSEN, 2009, p. 46), e a noção de ato de coação estatuido pela ordem jurídica ficaria, desta maneira, absorvida no conceito de sanção (jurídica).

4.3 O Direito como ordem de coação e a pressuposição contida na norma fundamental como condição da distinção entre Direito e Moral

Contra a definição do objeto da ciência jurídica, isto é, do Direito, como ordem de coação, pode-se objetar, e geralmente se objeta, que as ordens jurídicas históricas contém, de fato, normas que prescrevem uma conduta, isto é, que impõe um dever, sem que liguem à conduta oposta um ato de coação e que, ademais, mesmo quando haja a previsão de um ato de coação que tenha como pressuposto uma conduta ou um fato socialmente indesejável, a não aplicação desse ato de coação não é, ela mesma, pressuposto de outro ato coercitivo. Mas essas objeções não afetam adoção da concepção do Direito como ordem de coação. A última objeção não colhe porquanto, a estatuição de um ato de coação a título de sanção, não necessita ser objetivamente prescrita, se bem que por vezes o seja, de modo que, na hipótese levantada pela objeção, afirma Kelsen (2009, p. 57):

⁷³ Neste caso, o conceito de ato de coação e o conceito de sanção possuiriam apenas uma intersecção, na medida em que haveria atos de coação que são também sanções (a resposta da ordem jurídica à um ilícito, por exemplo) e atos de coação que não são sanções (a resposta da ordem jurídica à uma situação de fato socialmente indesejável como uma enchente, por exemplo) e, da mesma forma, haveria sanções que são atos coativos (vale o exemplo da resposta da ordem jurídica ao ilícito) ao lado de sanções que não possuem este caráter (por exemplo uma qualquer sanção moral). Deve-se ter presente que essa última espécie de sanção, isto é, sanções que não possuem caráter coercitivo, não seriam, de forma nenhuma, sanções jurídicas na medida em que se assume o Direito como ordem de coação.

(...) a estatuição geral do ato de coação é de interpretar juridicamente, isto é, objetivamente, não como prescrita, mas apenas como autorizada (facultada) ou positivamente permitida (muito embora o sentido subjetivo do ato pelo qual o ato de coação é estatuído em forma geral seja o de uma prescrição).

Quanto à primeira objeção, não se pode negar que o legislador possa efetivamente por atos cujo sentido subjetivo seja a estatuição de um dever, de uma prescrição, sem, contudo, ligar à conduta oposita um ato coercitivo como sanção. Todavia, se se assume o Direito como ordem coercitiva da conduta humana, e na medida em que o fazemos assumimos também que uma conduta apenas é tida como juridicamente prescrita (isto é, apenas é o conteúdo de um dever) na medida em que à conduta oposita, como pressuposto, seja ligado um ato coercitivo como sanção, não se pode interpretar o ato de vontade, cujo sentido subjetivo é a prescrição de uma conduta, sem a ligação de um ato coercitivo como consequência da conduta oposita, como tendo também o sentido objetivo de uma prescrição, isto é, como a estatuição de um dever jurídico e, neste passo, teremos um conteúdo *juridicamente irrelevante* (KELSEN, 2009, p. 58).⁷⁴

Todavia, a questão pode ser modificada: por que razão um ato de vontade cujo sentido subjetivo é uma prescrição, sem a ligação de um ato de coação à conduta oposita como sanção, não pode também ser interpretado objetivamente nestes termos? A resposta imediata é a de que *pressupomos* o Direito como ordem coativa e, portanto, nenhuma conduta pode ser objetivamente prescrita sem que se ligue à conduta oposita um ato coercitivo como sanção. Ora, indaga-se, o que justifica a assunção do Direito como ordem coercitiva nestes termos? A resposta que nos dá a Teoria Pura (KELSEN, 2009, p. 59) é a seguinte:

(...) para um ato ser objetivamente interpretado como um ato jurídico, é necessário não só que esse ato seja posto num determinado processo, mas também que ele tenha um determinado sentido subjetivo. Depende da definição de Direito pressuposta na norma fundamental qual deva ser esse sentido. Se o Direito não fosse definido como ordem de coação mas apenas como ordem posta em conformidade com a norma fundamental e esta fosse formulada com o sentido de que as pessoas se devem conduzir, nas condições fixadas na primeira Constituição histórica, tal como esta mesma Constituição determina, então poderiam existir normas jurídicas desprovidas de sanção, isto é, normas jurídicas que, sob determinados pressupostos, prescrevessem uma determinada conduta humana, sem que uma outra norma estatuisse uma sanção para a hipótese de a primeira não ser respeitada.

⁷⁴ A questão dos conteúdos juridicamente irrelevantes, isto é, conteúdos que, apesar de serem subjetivamente ligados a um ato de vontade realizado nos termos de uma norma (superior) objetivamente válida, não podem ser objetivamente interpretados dessa forma, quer dizer, como conteúdo de uma norma objetivamente válida, em razão da pressuposição contida na norma fundamental, será tratada na *seção ainda não formulada adiante*.

Nesta situação, contudo, uma norma posta pelo legislador, isto é, o ato de vontade constituinte cujo sentido objetivo fosse uma prescrição sem a estatuição de um ato coercitivo como consequência da conduta oposta, apenas se distinguiria de uma norma moral por sua origem e, ademais, uma norma jurídica consuetudinária, que contivesse um tal sentido objetivo, não seria distinguida da Moral de forma alguma.⁷⁵ E mais, na medida em que se não assume o momento da coação como elemento essencial à caracterização das ordens (normativas) sociais a que chamamos Direito, e, ainda, quando a Constituição qualifique o costume como fato produtor de normas jurídicas, toda a Moral de uma sociedade seria parte integrante da ordem jurídica (KELSEN, 2009, pp. 59 e 60). Neste sentido, afirma Kelsen (2009, p. 60):

É, por isso, de rejeitar uma definição do Direito que o não determine como ordem de coação, especialmente porque só através da assunção do elemento da coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra ordem social, e porque, com o elemento da coação, se toma por critério um fator sumamente significativo para o conhecimento das relações sociais e altamente característico das ordens sociais a que chamamos “Direito”.

Ora, evidencia-se, mais uma vez, que a constituição do objeto da ciência do Direito como objeto jurídico *puro* é condicionada pela pressuposição da norma fundamental, a concluir-se, com Kelsen (2009, p. 56), que:

Se se concebe o Direito como uma ordem de coerção, a fórmula com a qual traduzimos a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual significa: a coação de um indivíduo por outro deve ser praticada pela forma e sob os pressupostos fixados pela primeira Constituição histórica. A norma fundamental delega na primeira Constituição histórica a determinação do processo pelo qual se devem estabelecer as normas estatuidoras de atos de coação. Uma norma, para ser interpretada objetivamente como norma jurídica, tem de ser o sentido subjetivo de um ato posto por esse processo – pelo processo conforme à norma fundamental – e tem de estatuir um ato de coação ou estar em essencial ligação com uma norma que o estatua. Com a norma fundamental, portanto, pressupõe-se a definição nela contida do Direito como norma coercitiva. A definição do Direito pressuposta na norma fundamental tem como consequência que apenas se deve considerar como juridicamente prescrita – ou, o que é o mesmo, como conteúdo de um dever jurídico – uma certa conduta, quando a conduta oposta seja normada como pressuposto de um ato coercitivo que é dirigido contra os indivíduos que por tal forma se conduzam (ou contra seus familiares). Deve notar-se, no entanto, que o próprio ato de coação não precisa ser prescrito com este sentido, que sua decretação e a sua execução podem ser apenas autorizadas.

⁷⁵ Como foi dito acima (à nota de rodapé 67, e na própria seção secundária 4.2, à qual a nota pertence), a Moral não se pode distinguir adequadamente do Direito por sua origem, ou pelo conteúdo de suas prescrições, nem ainda pelo critério da existência ou inexistência de sanções (que como vimos, à seção terciária 4.1.2, constam de toda e qualquer ordem social), mas apenas pela espécie de sanções que estatuem, conforme adrede exposto à seção secundária 4.2.

Isso significa que apenas é possível a constituição de um objeto jurídico puro, como pretende uma Teoria Pura, se, e na medida em que, se pressuponha a definição do Direito na norma fundamental como ordem coercitiva, do contrário seria impossível delimitá-lo diante de outras ordens sociais (Moral), e não poderia afirmar-se uma ciência jurídica pura. Deste modo, mais uma vez, a norma fundamental funciona como condição de constituição do objeto Direito, tal como pretendido pela Teoria Pura, isto é, mais uma vez a norma fundamental aparece-nos como condição de cognoscibilidade que, como veremos⁷⁶, tem natureza análoga à dos conceitos puros do entendimento da teoria do conhecimento de Kant.

4.3.1 Normas autônomas e normas não-autônomas e a caracterização do Direito como ordem de coação

A pressuposição do Direito como ordem de coação organizada, contida na norma fundamental como condição de tal compreensão, implica uma determinada classificação das normas jurídicas, levadas à efeito pela Teoria Pura. Quer dizer, se se assume, segundo a pressuposição da norma fundamental, o Direito como ordem de coação e, nesta medida, assume-se também que nenhuma conduta pode ser prescrita sem que à conduta oposta, como pressuposto, seja ligado um ato de coação, como consequente sanção, a Teoria Pura necessita explicar, e o faz, a existência (validade), como o sentido objetivamente válido de atos de vontade, de normas cujo conteúdo não é a estatuição de atos de coação.

Esta circunstância se explica na medida em que se distingue entre normas autônomas, isto é, aquelas que estatuem atos de coação, e normas não autônomas, cuja validade, isto é, cuja interpretação como norma objetivamente válida, depende da conexão que possuem com as primeiras.

Cinco são as espécies de *normas não autônomas*. Se uma norma prescreve uma conduta e uma segunda norma prescreve um ato de coação como sanção, e cujo pressuposto seja a conduta oposta à prescrita pela primeira norma, podemos dizer que a primeira norma é uma norma não autônoma porque apenas estabelece negativamente o pressuposto do ato de coação estatuído pela segunda, quer dizer, “tudo o que a primeira norma determina está contido

⁷⁶ Ver seção terciária 5.4.3 abaixo.

negativamente na segunda como pressuposto” (KELSEN, 2009, p. 61), de sorte que aquela se torna supérflua do ponto de vista da técnica legislativa. Também as normas que possuem como conteúdo uma permissão positiva são normas não autônomas porquanto estão em ligação essencial com as normas que estatuem atos de coação, uma vez que limitam o domínio de validade destas (KELSEN, 2009, p. 61). Em terceiro lugar são normas não autônomas aquelas que retiram completamente a validade de normas estatuidoras de atos de coação (sanção), são as chamadas normas derogatórias (KELSEN, 2009, p. 62). Em quarto lugar, segundo Kelsen (2009, p. 62):

São ainda normas não-autônomas as normas jurídicas que conferem competência para realizar uma determinada conduta, desde que por “conferir competência” entendamos conferir à um indivíduo um poder jurídico, ou seja, conferir-lhe o poder de produzir normas jurídicas. Com efeito elas fixam apenas um dos pressupostos aos quais – numa norma autônoma se liga o ato de coação.

Nesta espécie estão incluídas as normas que dispõe sobre a produção de normas jurídicas gerais e sobre a produção de normas jurídicas individuais, isto é, aquelas que regulamentam o procedimento legislativo ou determinam o costume como fato produtor de normas objetivamente válidas, e aquelas que regulam o processo jurisdicional e o processo administrativo – a observância de todas essas normas são *pressupostos dos atos de coerção* (KELSEN, 2009, p. 63). Por fim, e em quinto lugar, são normas não autônomas aquelas que interpretam autenticamente outras normas ou, ainda, que definem um conceito utilizado por outra norma, ou seja, aquelas normas que determinam com maior exatidão o sentido de outras normas (KELSEN, 2009, p. 64).

Norma autônoma, como dissemos, tendo em vista a definição de Direito como ordem de coação organizada pressuposta na norma fundamental, é apenas “a norma geral que estatui o ato de coerção sob todos esses pressupostos” (KELSEN, 2009, p. 64), mesmo quando o ato de coação não seja, ele mesmo, prescrito, por não se ligar, a sua não execução, como antecedente, um outro ato de coação, como consequente sanção. Com efeito, afirma Kelsen (2009, p. 27): “Visto que não podemos admitir o *regressum ad infinitum*, a última sanção nesta série apenas pode ser autorizada, e não prescrita.”

4.4 O Direito como ordem (coativa) da conduta humana

Deve-se ter em conta que, o Direito como ordem coativa, é ordem da conduta humana, quer dizer, que o objeto da ciência jurídica, tal como pressuposto pela Teoria Pura, é uma ordem coativa *da conduta humana*. Ora, observa Kelsen (2009, p. 16):

O que as normas de um ordenamento regulam é sempre a conduta humana, pois apenas a conduta humana é regulável através de normas. Os outros fatos que não são conduta humana somente podem constituir conteúdo de normas quando estejam em conexão com uma conduta humana – ou, como já notamos, apenas enquanto condição ou efeito de uma conduta humana.

Contudo, o significado preciso da afirmação de que o Direito é uma ordem (normativa-social-coativa) da conduta humana, deve ser ainda mais esclarecido. Nas palavras de Kelsen (2009, p. 111):

A imputação, que se realiza com fundamento no princípio retributivo (*Vergeltungsprinzip*) e representa a responsabilidade moral e jurídica, é tão somente um caso particular – se bem que o mais importante – de imputação no sentido mais lato da palavra, isto é, a ligação da conduta humana com o pressuposto sob o qual essa conduta é prescrita numa norma. Toda retribuição (*Vergeltung*) é imputação; mas nem toda imputação é retribuição. Além disso, importa ter em atenção que as normas podem se referir a indivíduos sem, por isso, se referirem à sua conduta.

(...) Por vezes, no juízo segundo o qual, em determinadas condições, deve ter lugar uma determinada conduta humana, o pressuposto não representa, ou não representa exclusivamente, uma conduta humana. (...) Na verdade, a consequência não é imputada apenas a uma conduta humana (...), mas também a fatos ou circunstâncias exteriores. Mas é sempre e apenas a conduta humana que é imputada.

Esta assertiva evidencia-se no fato de o Direito, como ordem de coação organizada, através de suas normas, estatuir atos de coerção, isto é, o que deve ser é a coação, ou nas palavras de Kelsen (2009, p. 27): “A conduta prescrita não é a conduta devida; devida é a sanção”. Ora, atos de coação são, sempre, conduta humana, mesmo que o pressuposto a ele conectado por imputação não o sejam, de modo que o Direito como ordem coativa é ordem da conduta humana. Assim, afirma Kelsen (2009, p. 36):

(...) enquanto o ato de coação normado pela ordem jurídica é sempre a conduta de um determinado indivíduo, a condição de que ele depende não tem de ser necessariamente determinada conduta de um indivíduo, mas pode também sê-lo uma outra situação de fato considerada, por qualquer motivo, como socialmente perniciosa.

4.5 O Direito como ordem coativa, sua descrição pelas proposições normativa da ciência jurídica e a pressuposição da norma fundamental

Segundo Kelsen (2009, pp. 64 e 65):

Do que fica dito resulta que uma ordem jurídica, se bem que nem todas as suas normas estatuem atos de coação, pode, no entanto, ser caracterizada como ordem de coação, na medida em que todas as suas normas que não estatuem elas próprias um ato coercitivo e, por isso, não contenham uma prescrição mas antes confirmam competência para a produção de normas ou contenham uma permissão positiva, são normas não-autônomas, pois apenas têm validade em ligação como uma norma estatuidora de um ato de coerção. E também nem todas as normas estatuidora de um ato de coerção prescrevem uma conduta determinada (a conduta oposta à visada por esse ato), mas somente aquelas que estatuem o ato de coação como reação contra uma determinada conduta humana, isto é, como sanção. Por isso o Direito, ainda por esta razão, não tem caráter exclusivamente prescritivo ou imperativista. Visto que uma ordem jurídica é uma ordem de coação no sentido que acaba de ser definido, pode ela ser descrita em proposições enunciando que, sob pressupostos determinados (determinados pela ordem jurídica), devem ser aplicados certos atos de coerção (determinados igualmente pela ordem jurídica). Todo o material dado nas normas de uma ordem jurídica se enquadra neste esquema de proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, proposição esta que se deverá distinguir da norma jurídica posta pela autoridade estadual.

Ora, tendo em vista tudo quanto se afirmou acima⁷⁷ acerca da descrição das normas jurídicas pela ciência (normativa) do Direito através de proposições (normativo-) jurídicas, principalmente que sua forma é a de que “se A é, B deve-ser”, traduzindo uma imputação, e considerando, ademais, que, em virtude da definição de Direito pressuposta da norma fundamental, apenas podemos, como dissemos⁷⁸, aceitar como norma objetivamente válida, isto é, como objeto de conhecimento a descrever-se pela ciência jurídica, o sentido do ato de vontade que seja uma estatuição de um ato de coerção ou esteja ligado à um ato de coerção como seu antecedente (isto é, como seu pressuposto)⁷⁹, cumpre indagar-se: como a Teoria Pura concebe a proposição jurídica enquanto descrição da estatuição de atos de coação e seus pressuposto?

⁷⁷ Ver seção secundária 3.4 acima.

⁷⁸ Conforme as seções secundárias 4.2 e 4.3 acima.

⁷⁹ No sentido de que, segundo Kelsen (2009, p. 63 e 64): “A produção, conforme à Constituição, das normas gerais a aplicar pelos órgãos aplicadores do Direito e a produção, conforme à lei, das normas individuais nas quais estes órgãos têm de concretizar as normas gerais, são tanto pressupostos da execução do ato coercitivo como a verificação do tipo legal de delito ou de outras circunstâncias que as normas jurídicas considerem condição de atos de coação e que não tenham o caráter de sanção.”

Segundo Kelsen (2009, p. 257), a proposição normativa que descreve a produção de normas individuais válidas como aplicação das normas gerais, possui a seguinte formulação geral⁸⁰:

(...) se um órgão, cuja constituição e função, se encontram regradas por uma norma geral, verificou, por um processo determinado também através de uma norma geral, que existe um fato a que uma outra norma geral liga uma determinada sanção, esse órgão deve aplicar, pelo processo prescrito por uma norma geral, a sanção determinada pela norma jurídica geral já mencionada.⁸¹

Esta formulação da proposição que descreve a norma individual, e que, em essência, não se distingue daquela usada para descrever a norma geral, é implicada pela formulação da proposição que descreve a norma fundamental. Com efeito, afirma Kelsen (2009, p. 224) que:

Como essa norma é a norma fundamental de uma ordem jurídica, isto é, de uma ordem que estatui atos coercitivos, a proposição que descreve tal norma, a proposição fundamental da ordem jurídica estadual em questão, diz: 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 ela.

⁸⁰ Uma formulação exemplificativa seria a seguinte, nas palavras de Kelsen (2009, p. 63): “A proposição jurídica que descreve esta situação diz: Se os indivíduos competentes para legislar estabeleceram uma norma geral por força da qual quem comete furto deve ser punido de certa maneira e se o tribunal competente segundo o ordenamento processual penal verificou, de conformidade pelo procedimento fixado pelo mesmo ordenamento processual, que determinado indivíduo cometeu um furto, e se este mesmo tribunal aplicou a pena legalmente fixada, então deve um certo órgão executar esta pena.”

⁸¹ Devemos ter em mente, aqui, o quanto se afirmou acima (à seção quaternária 3.1.4.1 e à seção secundária 3.4) a respeito de Direito material e Direito formal estarem inseparavelmente ligados, sendo função essencial da proposição normativa descrever essa conexão sistemática o que, ademais, não é senão a evidenciação de que o Direito regula sua própria criação, e que a norma superior que determina parcialmente a criação da norma inferior, pode fazê-lo tanto no que toca ao processo como também, muitas vezes no que se refere ao conteúdo, relação de determinação esta que, caracterizando a natureza dinâmica do Direito, especifica a própria definição de validade que, de resto, nos reconduz à pressuposição da norma fundamental.

5 A NATUREZA DA NORMA FUNDAMENTAL NA SEGUNDA EDIÇÃO DA TEORIA PURA DO DIREITO DE 1960 – A NATUREZA DA NORMA FUNDAMENTAL É ANÁLOGA À DOS CONCEITOS PUROS DO ENTENDIMENTO

5.1 Advertência preliminar

Na presente seção, como nas anteriores, os adjetivos “pura” e “puro”, bem como as expressões correlatas, e.g., “pureza”, “puramente”, possuem, quando referidos à ciência jurídica ou ao objeto jurídico, o sentido analiticamente exposto na seção primária n. 2.

Contudo, quando tais expressões são utilizadas no contexto da exposição e análise dos conceitos de Kant, são sinônimos de *a priori*, quer dizer, independente da experiência.

5.2 A natureza dinâmica da norma fundamental e da ordem jurídica

A exposição da natureza da norma fundamental de uma ordem jurídico-positiva passa por uma sua característica marcante que é a de fundar a validade objetiva de uma ordem normativa mediante o princípio dinâmico, pelo que se lhe atribui natureza dinâmica. Vejamos.

“Segundo a natureza do fundamento de validade” (KELSEN, 2009, p. 217), um sistema de normas será sistema estático ou sistema dinâmico.

A respeito do *sistema estático*, refere Kelsen (2009, p. 217 e 218):

As normas de um ordenamento do primeiro tipo, que dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida, (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida à uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como particular ao geral. (...) Como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela, pela via de uma operação lógica, através de uma conclusão do geral para o particular. Esta norma pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica.

Na hipótese descrita, tem-se um *sistema estático* e o princípio pelo qual se opera a fundamentação é um *princípio estático*.

Por outro lado, fala-se em *sistema dinâmico* quando o sistema de normas fundamenta-se através de um *princípio dinâmico*, quer dizer, segundo Kelsen (2009, p. 219 e 220):

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder à uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. (...) Uma norma pertence à um ordenamento que se apoia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental – e não porque tem um determinado conteúdo. A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam esse sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos pelos quais a autoridade a quem a norma fundamental confere competência e as outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecem as normas positivas deste sistema.

Ora, a ordem jurídica enquanto sistema de normas possui caráter essencialmente dinâmico, isto é, apresenta-se como um sistema dinâmico, na medida em que uma norma jurídica não vale porque possui esse ou aquele conteúdo, mas porque, como já afirmamos acima⁸², porque é criada de uma determinada maneira, quer dizer, pela forma fixada na norma fundamental pressuposta. Neste sentido, segundo Kelsen (2009, p. 221):

A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como o particular do geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva.

Deve-se ter em claro: mesmo num sistema dinâmico, como é o caso da ordem jurídica, a relação de determinação parcial que implica a relação de pertinencialidade da norma ao sistema pode ser, e efetivamente o é no mais das vezes, de dois sentidos, na medida que a norma superior, ao se aplicada, determina a criação da norma inferior, não apenas quanto ao processo (determinação formal), mas também quanto ao conteúdo (determinação material). A diferença entre o ser estático ou dinâmico o princípio que preside a fundamentação reside apenas em que, no sistema dinâmico, não há dedução lógica pois que, como se disse, as “normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação”, ao que são

⁸² Conforme a seção quaternária 3.1.4.1 acima.

“normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva” (KELSEN, 2009, p. 221), ao passo que, pelo princípio estático, não se exige nenhum ato de positividade deste tipo, e a derivação da validade da norma inferior pelo conteúdo é, como se disse, uma dedução, “uma operação lógica, através de uma conclusão do geral para o particular” (KELSEN, 2009, p. 218).

5.2.1 A natureza dinâmica da norma fundamental e sua analogia com a lógica transcendental kantiana

Adiante veremos⁸³ porque, como, e em que medida, estabelece-se uma analogia entre a natureza da norma fundamental e a natureza dos conceitos puros do entendimento da teoria do conhecimento de Kant. Mas aqui é o lugar para realçarmos, desde logo, um dos aspectos desta analogia que, contudo, como dissemos, apenas será plenamente compreendida tendo-se em conta que o que se afirma à frente.

Ora, a natureza dinâmica da norma fundamental e do sistema jurídico, ficou claro, significa “a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas” (KELSEN, 2009, p. 219) e, portanto, que a “norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material” (KELSEN, 2009, p. 221). Já houve, contudo, quem objetasse (PATTERSON, 1953 apud KELSEN, 2009, p. 420) que à norma fundamental apresentada pela Teoria Pura faltava uma axiologia jurídica. Mas a resposta à essa assertiva cujo equívoco é manifesto serve-nos de pretexto para expor uma das faces da analogia que se estabelece entre a natureza da norma fundamental e os conceitos puros do entendimento da teoria do conhecimento de Kant que, como veremos⁸⁴, assim como as intuições puras, apenas dizem respeito à forma dos objetos da experiência possível. Com efeito, segundo Kelsen (2009, pp. 420-421):

(...) também sob esse aspecto existe analogia com a lógica transcendental de Kant. 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

⁸³ Conforme as seções secundárias 5.4 e 5.6 abaixo.

⁸⁴ Conforme as seções quaternárias 5.4.2.3 e 5.4.2.4.

como os pressupostos lógico-transcendentais da experiência não prescrevem um conteúdo a essa experiência.

Assim como os conceitos puros do entendimento (categorias transcendentais) condicionam a *forma* dos objetos da experiência possível, sem determinar-lhes no que toca à matéria, também a norma fundamental, portanto, condiciona a forma do objeto Direito como objeto puramente jurídico, quer dizer, condiciona o objeto da ciência do Direito de modo a que sua forma seja a forma normativa⁸⁵, por um lado, e a forma coercitiva⁸⁶, por outro, sem, contudo, apontar-lhe um conteúdo específico.

5.2.2 Impossibilidade de um sistema inteiramente estático e a inexistência de normas imediatamente evidentes quanto ao seu conteúdo

Deve ser dito, a título de observação, que inexiste a possibilidade, segundo Kelsen, de um sistema puramente estático. Isso porque um sistema de normas, para que se constitua como sistema estático em sentido total há de pressupor, como norma fundamental uma norma cujo conteúdo seja imediatamente evidente. Isto é, uma norma apenas pode ser considerada como norma fundamental de um sistema de derivação normativa pelo conteúdo, diga-se, de um sistema estático, se, e na medida em que, seu conteúdo mesmo seja imediatamente evidente e, nessa medida, não necessite (e não seja, efetivamente), derivada de nenhuma outra norma, do contrário esta última norma, e não aquela primeira seria a norma fundamental.

Contudo, é insustentável a afirmação de que uma norma possua um conteúdo imediatamente evidente. Isto porque uma norma é imediatamente evidente quanto ao seu conteúdo quando, e somente quando, este nos é dado à razão, de modo que o conceito mesmo de uma norma imediatamente evidente pressupõe a existência de uma razão prática (uma razão legisladora) à qual seja dado o conteúdo normativo de forma evidente. Ora, se “a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade”, não há que se falar em razão legisladora e, portanto, em norma de conteúdo imediatamente evidente que

⁸⁵ Conforme seção primária 3.

⁸⁶ Conforme seção primária 4.

possa funcionar como norma fundamental de um sistema inteiramente estático de normas. Segundo Kelsen (2011, p. 218):

Quando uma norma da qual se deriva o fundamento de validade e o conteúdo de validade de normas morais é afirmada como imediatamente evidente, é porque se crê que ela é posta pela vontade de Deus ou de uma outra vontade supra-humana, ou porque foi produzida através do costume e, por essa razão – como acontece com tudo o que é consuetudinário –, é considerada como de per si evidente (natural). Trata-se, portanto, de uma norma estabelecida por um ato de vontade. A sua validade só pode, em última análise, ser fundamentada através de uma norma pressuposta por força da qual nos devemos conduzir em harmonia com os comandos da autoridade que a estabelece ou em conformidade com as normas criadas através do costume.

Neste caso, todavia, a norma fundamental do sistema somente pode ser a norma pressuposta de natureza dinâmica e, portanto, o sistema normativo não será inteiramente estático, senão que temos o princípio estático e o princípio dinâmico reunidos.

5.3 A norma fundamental como conteúdo de um ato de pensamento

Se como expusemos acima⁸⁷, a fundamentação da validade expressa-se mediante um silogismo cuja premissa maior é uma norma objetivamente válida (norma superior) que empresta sentido objetivo à um ato de vontade, a premissa menor a afirmação do fato do ato de vontade cujo sentido subjetivo é um dever-ser, e a conclusão a afirmação da validade de uma norma (inferior) como sentido objetivo do ato de vontade afirmado na premissa menor, vê-se bem que a função da norma fundamental é a fundamentação da validade objetiva de uma ordem jurídica, na medida em que “a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável” (KELSEN, 2009, p. 217). Assim, segundo Kelsen (2009, p. 226):

A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. E não pode ser por essa forma fundamentada se a afirmação do fato de que esta norma foi posta pelo ato de vontade de uma pessoa não é possível como premissa menor de um silogismo. É este o caso se a pessoa a cujas ordens devemos obedecer por força da norma agora em questão é considerada como autoridade mais alta, v. g., se esta pessoa é Deus.

⁸⁷ Conforme a seção terciária 3.1.2.

Fica suficientemente explicitado que a norma fundamental, justamente por ser o fundamento de um sistema normativo dinâmico⁸⁸, como é a ordem jurídica, não pode, ela mesma, caracterizar-se como o sentido objetivo de dever-ser de um ato de vontade intencionalmente tendente à conduta humana. Ora, se a norma fundamental funda a validade objetiva de um sistema normativo jurídico, na medida em que institui o fato fundamental da criação jurídica⁸⁹, ao permitir, por sua pressuposição, que se confira sentido objetivo de dever-ser ao ato de vontade constituinte que, de outra maneira, à vista da intransponibilidade entre ser e dever-ser⁹⁰, teria tão somente o sentido subjetivo de dever-ser, pergunta-se: qual sua natureza, portanto, isto é, que ato a suporta enquanto sentido? A resposta que nos fornece Kelsen (2009, p. 227) é a que se segue:

Se, porém, a norma fundamental não pode ser o sentido subjetivo de um ato de vontade, então apenas pode ser o conteúdo de um ato de pensamento. Por outras palavras: se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada.

Com efeito, afirma a Teoria Pura (KELSEN, 2009, p. 10):

(...) deve notar-se que uma norma pode ser não só o sentido de um ato de vontade mas também – como conteúdo de sentido – o conteúdo de um ato de pensamento. Uma norma pode não só ser querida, como também pode ser simplesmente pensada sem ser querida. Neste caso, ela não é uma norma posta, uma norma positiva. Quer isto dizer que uma norma não tem de ser efetivamente posta – pode estar simplesmente pressuposta no pensamento.

Mas aqui deve-se ter em conta, como, aliás, não poderia deixar de ser após afirmarmos a natureza dinâmica da norma fundamental⁹¹, que uma norma pensada não é, de modo algum, por isso, uma norma imediatamente evidente (KELSEN, 2009, p. 419), até porque, nos quadros da Teoria Pura, inexistente a possibilidade mesma de uma norma cujo conteúdo seja imediatamente evidente⁹².

⁸⁸ Ver seção secundária 5.2 acima.

⁸⁹ Ver, e.g., seção terciária 3.1.3 acima.

⁹⁰ Ver seção terciária 3.1.2 acima.

⁹¹ Ver acima seção secundária 5.2 acima.

⁹² Conforme a seção terciária 5.2.1 acima.

5.4 A natureza de pressuposição lógico-transcendental da norma fundamental

Ora, mas com a simples afirmação de que a norma fundamental é norma pressuposta enquanto sentido de um ato de pensamento, não se põe suficientemente a claro, de modo algum, sua natureza (*status*) no interior da Teoria Pura.

Qual, portanto, a natureza da norma fundamental enquanto conteúdo de um ato de pensamento, cuja pressuposição se afirma imprescindível à fundação da validade objetiva (existência mesma) de um sistema dinâmico de normas? Ou, mais simplesmente, qual a natureza que a Teoria Pura atribui à norma fundamental se, como vimos, sua pressuposição é imprescindível, de um lado, à caracterização do objeto de uma ciência jurídica como um objeto normativo e, de outro, à separação deste mesmo objeto daqueles estudados por outras ciências normativas (Moral)? Ou, ainda, qual o *status* epistemológico que a Teoria Pura arroga à norma fundamental enquanto pressuposição imprescindível para a constituição e cognição de um objeto jurídico puro? A resposta à essas questões, que são, em verdade, uma única, já vai implícita na própria pergunta. Vejamos, segundo Kelsen (2009, p. 225):

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 o 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 de toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação não reconduzível à autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos 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.

Diremos, portanto, que a norma fundamental é a condição lógico-transcendental da interpretação do objeto Direito como um objeto puramente jurídico, caracterizando-se, assim, como uma resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) dada pela Teoria Pura à questão mesma de como é possível conceber um objeto que seja ele puramente jurídico, nos termos em que expusemos em todas as seções precedentes. Agora, porém, a questão da natureza (*status*) epistemológica da norma fundamental pode ser reformulada nestes termos: que significa afirma que a norma fundamental é uma *condição lógico transcendental* da

interpretação, diga-se, concepção, do objeto da ciência do Direito como objeto puramente jurídica?

Ora, condição lógica da interpretação de um ato de vontade, cujo sentido subjetivo seja um dever-ser, como norma objetivamente válida, e, portanto como tendo também o sentido objetivo de dever-ser, é toda a norma superior que, como parâmetro de interpretação, atribui ao ato esse sentido. Como vimos acima (especialmente seções 3.1.2 e 5.3), a descrição da fundamentação da validade objetiva de uma norma, através de uma outra (e superior) norma válida, caracteriza-se estruturalmente como um silogismo e, deste modo, afirma-se que a norma superior, que figura como premissa maior, é condição lógica da interpretação de um ato de vontade (cujo sentido subjetivo seja um dever-ser), que figura como premissa menor, como norma objetivamente válida.

Mas então, que pode significar afirmar que uma norma é, não apenas, como as demais, condição lógica de uma interpretação normativa, mas também que ela é condição (lógico-)transcendental desta interpretação, como faz a Teoria Pura em relação à norma fundamental que, como sabemos, é conteúdo de um ato de pensamento? A isto vamos agora.

5.4.1 Testemunhos de Kelsen acerca de sua concepção epistemológica

Algumas passagens da segunda edição da *Teoria Pura do Direito* caracterizam-se como testemunhos autênticos a nos socorrer nesta breve elucidação a que ora nos dedicamos. Vejamos.

Segundo Kelsen (2009, p. 81):

(...) é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica.

Ora, esta concepção adotada por Kelsen explicitamente nesta passagem nos indica a aceitação de certos posicionamentos da teoria do conhecimento de Kant, ao menos no que diz respeito à constituição do objeto de conhecimento pela ciência que o conhece, como, aliás, vem sendo sublinhado e, efetivamente, demonstrado em espécie ao longo desta breve dissertação, todas as (copiosas) vezes em que se afirmou que a assertiva segundo a qual a norma fundamental é condição de cognoscibilidade de um objeto Direito puro, é idêntica, nos quadros desta epistemologia, àquela que diz que a norma fundamental é condição da constituição mesma de um tal objeto (Direito puro) como objeto de uma ciência jurídica. Esse precisamente, e não outro, deve ser o sentido atribuído à afirmação de Kelsen (2009, p. 225) de que “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”.

Ora, afirmar a norma fundamental como condição transcendental de cognoscibilidade (e constituição) do Direito como objeto de conhecimento, portanto, com referência *analógica* à teoria do conhecimento de Kant (KELSEN, 2009, p. 225)⁹³, é o mesmo que afirmá-la como categoria transcendental, isto é, como conceito puro do entendimento.

Neste ponto, reformulamos, ainda mais uma vez, a questão que nos anima a investigação, de modo a que ela ganhe a seguinte feição: que significa afirmar que a norma fundamental é *análoga* (assim se expressa Kelsen) à uma categoria transcendental, isto é, à um conceito puro do entendimento?

Esta resposta não nos pode ser fornecida, senão com um breve estudo sobre a teoria do conhecimento de Kant, quer dizer, a filosofia transcendental, que levamos á efeito adiante, mas apenas na medida em toca este processo elucidativo da natureza da norma fundamental, conforme concebida na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen.

⁹³ Walter (2013, p. 43) que se “posições fundamentais, adotadas pela Teoria Pura do Direito, podem ser atribuídas a determinadas doutrinas da filosofia de Kant”, “Kelsen qualificou isso, cautelosamente, como aplicação analógica da teoria do conhecimento de kantiano.” Contudo, se essa posição de Walter tem indiscutível validade no que se refere à determinação da natureza da norma fundamental, pois que Kelsen, como assinalamos, se vale da locução *per analogiam* de forma expressa (2009, p. 225), não é de todo certo no tocante à concepção de que um objeto jurídico puro é, propriamente, *constituído*, pela ciência do Direito (KELSEN, 2009, p. 81), havendo ali, ao menos explicitamente, uma adesão irrestrita.

5.4.2 A noção de conceito puro do entendimento

Trataremos da teoria do conhecimento de Kant, no que que possui de relevante à compreensão deste nosso estudo, ao que deixaremos de lado, importantes questões daquela filosofia transcendental, mas que, contudo, escapam aos limites breves desta elucidação da natureza da norma fundamental. Quer dizer: aqui trataremos da faculdade da razão que é a faculdade de conhecer (como objeto de uma *crítica da razão teórica pura*), ao que deixamos de lado, em larga medida, a faculdade de apetição (como objeto de uma *crítica da razão prática*) e a faculdade do juízo (como objeto de uma *crítica da faculdade de julgar*).⁹⁴ Ainda: a razão na função de conhecimento será aqui tomada apenas em parte (como se isso fosse de todo possível!)⁹⁵, na medida em que iremos nos ater à sensibilidade, como faculdade de perceber através de puras formas (intuição pura), bem assim ao entendimento como faculdade de pensar (ou, o que é o mesmo, de julgar) através de conceitos puros do entendimento (categorias), ao que deixaremos de lado, o quanto possível, sua relação com a razão, como faculdade de raciocinar, faculdade total fonte de ideias.

5.4.2.1 A dúvida de Hume

Contextualizemo-nos brevemente. Afirma Kant (2014, p. 28): “a recordação de David Hume foi exatamente aquilo que, há muitos anos, primeiro interrompeu meu sono dogmático e deu uma direção completamente diversa às minhas investigações no campo da filosofia especulativa.” Essa recordação, referida na passagem antológica citada, não é senão o problema da indução que, na filosofia de Hume, é o problema do conhecimento mesmo,

⁹⁴ Conforme divisão realizada por Kant (2012, p. XVI) no *prólogo* de sua *Crítica da Faculdade do Juízo*.

⁹⁵ Ora, afirma Kant (2014, p. 31): “(...) a razão pura é uma esfera tão isolada e tão completamente coesa em seu interior que não se pode tocar em nenhuma de suas partes sem perturbar todo o resto, nem ajustá-las sem que se tenha determinado para cada uma seu lugar e sua influência nas outras; pois, dado que não há nada fora dela que pudesse corrigir nosso juízo em seu interior, a validade e o uso de cada parte dependem da relação que ela mantém com as outras dentro da própria razão, e, como no caso da estrutura de um corpo organizado, o propósito de cada membro só pode ser derivado do conceito completo do todo.” Neste sentido, aclara Deleuze (2012, p. 18) que nos termos da filosofia crítica de Kant “o entendimento, a razão, e a imaginação entrarão em relações diversas, sob a presidência de uma das faculdades. Há pois uma variação sistemática na relação entre as faculdades, consoante consideramos um ou outro interesse da razão. (...) É por tal motivo que a doutrina das faculdades forma um verdadeiro entrelaçamento, constitutivo do método transcendental.”

porquanto empirista sua epistemologia. Trata-se da dúvida de Hume, com a qual “ancorou seu barco, para mantê-lo seguro, na praia (no ceticismo) para lá jazer e decompor-se” (KANT, 2014, p. 30), e que é assim exposta por Kant em seus *Prolegômenos* (2014, p. 49):

(...) como é possível, disse aquele homem arguto, que ao ser-me dado um conceito, eu consiga ir além dele e conectar-lhe outro que não está de modo algum contido naquele, como se o último na verdade, pertencesse *necessariamente* ao primeiro? Só a experiência pode nos fornecer essa conexões (assim concluiu a partir dessa dificuldade, que tomou por uma impossibilidade), e toda essa suposta necessidade, ou, o que é o mesmo, essa cognição *a priori* tomada por necessária, nada mais é que o velho hábito de achar que algo é verdadeiro e, conseqüentemente, tomar necessidade subjetiva por objetiva.

À essa dúvida de Hume – que pode ser expressa pela questão geral “*são efetivamente possíveis juízos sintéticos a priori?*”, isto é, *se é*, efetivamente, possível um juízo que expresse uma cognição que, sendo anterior à toda experiência (e independente dela, se bem que apenas aplicável constitutivamente à experiência mesma), seja também ampliativa, isto é sintética e não meramente analítica –, Kant responde mediante uma crítica da razão como conteúdo de uma filosofia transcendental que, partindo da matemática pura e da ciência pura da natureza, tomadas como *fato da razão pura*, já não se questiona “*se é* efetivamente possível uma tal cognição sintética *a priori*” (incontestável nos quadros daquelas ciências), mas sim, ao que transforma a dúvida de Hume, “*como é possível uma cognição sintética a priori?*”.⁹⁶

A teoria do conhecimento de Kant, no que que possui de relevante à compreensão deste nosso estudo, pode ser brevemente caracterizada mediante duas assertivas suas, que configuram o núcleo da resposta à questão acima formulada. Delas, portanto, partimos. Vejamos.

⁹⁶ Aqui deve-se ter em conta que a filosofia transcendental não é, ela mesma, senão uma solução completa à questão “*como são possíveis proposições sintéticas a priori?*” (KANT, 2014, p. 50), e, na medida em que a *matemática pura* e a *ciência pura da natureza* comportam indiscutivelmente uma cognição sintética pura, pelo que são tomadas como *fato da razão pura*, à diferença do que ocorre com a metafísica, cuja afirmação de sua possibilidade como ciência é justamente o objeto dos *Prolegômenos* como da *Crítica da Razão Pura*, a questão principal apresentada subdivide-se em quatro outras: (1) Como é possível a matemática pura?; (2) Como é possível a ciência pura da natureza?; (3) Como é possível a metafísica em geral?; (3) Como é possível a metafísica como ciência? Neste sentido, conclui Kant (2014, 107), após a resposta às duas primeiras questões, que: “A matemática pura e a ciência pura da natureza não teriam necessitado, *para a sua própria solidez* e certeza, de nenhuma dedução como a que realizamos até agora para ambas; pois a primeira apoia-se em sua própria evidência, e a segunda, embora surgindo de fontes puras do entendimento, apoia-se na experiência e em sua contínua confirmação (...). Assim, ambas as ciências necessitaram da investigação precedente não para si próprias, mas com vistas a outra ciência, a saber, a metafísica.”

Ora, afirmamos que não cabe expor a crítica em sua inteireza mas apenas na medida em permita-nos resolver sobre a natureza da norma fundamental, o que nos será proporcionado pela resposta dada pela filosofia transcendental à primeira e à segunda sub-questões dos *Prolegômenos*, respresentadas, na *Crítica*, respectivamente pela estética transcendental e pela analítica transcendental.

De um lado, afirma Kant (2010, pp. 78-79):

É-nos completamente desconhecida a natureza dos objetos em si mesmos e independentes de toda esta receptividade da nossa sensibilidade. Concebemos somente o nosso modo de os perceber, modo que nos é peculiar, mas pode muito bem não ser necessariamente o de todos os seres, embora seja o de todos os homens. O espaço e o tempo são as formas puras deste modo de perceber; a sensação em geral a sua matéria.

De outro lado, “Não podemos *pensar* nenhum objeto que não seja por meio de categorias; não podemos *conhecer* nenhum objeto pensado a não ser por intuições correspondentes a esses conceitos” (KANT, 2010, p. 169).

Que significam estas duas afirmações? Significam que, nos quadros da epistemologia transcendental de Kant, não podemos ter percepções de objetos senão pelas formas puras da sensibilidade (intuições puras), nem pensar um objeto senão através das (mediante as) categorias, assim concebidas, portanto, como conceitos puros do entendimento.⁹⁷

5.4.2.2 As intuições puras como formas *a priori* da sensibilidade

Que são, pois, intuições puras como formas *a priori* da sensibilidade? Ora, afirma Kant (2014, p. 56):

se retirarmos das intuições empíricas dos corpos e suas alterações (movimentos) tudo o que é empírico, a saber, o que pertence à sensação, restam ainda espaço e tempo, que são, portanto, intuições puras nas quais as intuições empíricas se fundam *a priori* e por isso não podem ser retiradas (...) e em conformidade com as quais os objetos podem ser conhecidos *a priori*, embora, é certo, apenas como aparecem para nós.

Deve-se ter em mente, que essas intuições puras ⁹⁸, em que se fundam as intuições empíricas, dizem respeito à *forma da sensibilidade* que precede o aparecimento real de objetos, na medida em que torna possível o aparecimento mesmo, e não diz respeito à

⁹⁷ Primeiramente, deve-se ter em conta que *intuição* (pura ou empírica) é uma representação tal que depende da presença imediata do objeto, ao passo que *conceitos* (puros ou empíricos) “contêm apenas o pensamento de um objeto em geral, sem estarmos em relação direta com o objeto” (KANT, 2014, p. 54).

⁹⁸ Diz-se que as formas da sensibilidade são intuições puras. São intuições porque o espaço integral é um único espaço, e o tempo um único tempo, isto é, pressupõe-se “uma representação do espaço e do tempo que, na medida em que, em si mesma, não faz fronteira com nada, só pode apoiar-se na intuição, pois jamais poderia ser inferida de conceitos” (KANT, 2014, p. 58). Por outro lado, estas intuições são puras, porquanto *a priori*, independentemente de qualquer experiência, e como condição da percepção mesma.

matéria do aparecimento, que é o empírico na sensação (KANT, 2014, p. 57). Se assim é, e se temos por certo que espaço e tempo são formas (puras) da sensibilidade (e não, de modo algum, qualidades das coisas em si mesmas), os objetos dos sentidos não são coisas em si, mas *aparecimentos*, isto é, segundo Kant (2014, p. 59 e 61):

(...) objetos não são representações das coisas tais como são em si mesmas e tais como o puro entendimento as conheceria, mas intuições sensoriais, isto é, aparecimentos, cuja possibilidade repousa na relação entre certas coisas, em si mesmas desconhecidas, e algo mais, a saber, nossa sensibilidade.

Nossa representação sensorial, portanto, enquanto nos dá a conhecer objetos dos sentidos, não é, desta forma, uma representação das coisas, como são em si mesmas, mas apenas do modo pelo qual aparecem (KANT, 2014, p. 60).⁹⁹

Está-se, pois, diante de um *idealismo transcendental ou crítico*, sendo devido ter em conta que a palavra “transcendental” para Kant (2014, p. 67) “nunca significa uma relação de nossa cognição com a coisa, mas apenas com nossa *faculdade de cognição*” e, por isso, ainda nas palavras de Kant (2014, p. 161), ela, “não significa algo que ultrapassa toda a experiência, mas algo que, na verdade, a precede (*a priori*), embora não se destine a nada mais que apenas tornar possível a cognição pela experiência”.¹⁰⁰ Para retermos, citemos Kant (2014, p. 62):

⁹⁹ Fica clara, portanto, a *fundamentação da matemática pura*, como resposta à segunda sub-questão dos *Prolegômenos* e como objeto da estética transcendental da *Crítica*, quer dizer, a geometria fundamenta-se na intuição (pura) do espaço e a aritmética na intuição (pura) do tempo (KANT, 2014, p. 56) e ambas apenas podem pretender à uma realidade objetiva se, e na medida em que, se refiram, embora com cognições *a priori*, aos objetos dos sentidos (KANT, 2014, p. 60). Assim, vejamos, segundo Kant (2014, p. 61), como “todos os objetos no espaço são simples aparecimentos, isto é, não são coisas em si mesmas, mas representações de nossa intuição sensorial, e, visto que o espaço, tal como o geômetra o pensa, é exatamente a forma de intuição sensorial que encontramos em nós *a priori* e que contém o fundamento da possibilidade de todos os aparecimentos externos (segundo a sua forma), estes devem concordar necessariamente e com a máxima precisão com as proposições do geômetra, que ele não extrai de conceitos fictícios, mas do fundamento subjetivo de todos os aparecimentos externos, a saber, da própria sensibilidade. É assim, e de nenhuma outra maneira, que o geômetra pode assegurar-se da realidade objetiva de suas proposições (...)”. Ora, afirma, ainda, Kant (2014, p. 57): “Se houvesse a menor dúvida de que ambas [quer dizer: as formas puras da sensibilidade: espaço e tempo] são determinações que pertencem não às coisas em si mesmas, mas somente à relação destas com a sensibilidade, então eu gostaria de saber como se pode achar que é possível conhecer *a priori*, e, portanto, antes de qualquer contato com as coisas, antes que nos sejam dadas, como devem estar constituídas suas intuições, o que, no entanto, ocorre aqui com espaço e tempo. Mas isso se compreende bem quando se tomem ambos como nada mais que condições formais de nossa sensibilidade, e os objetos apenas como aparecimentos, pois então a forma do aparecimento, isto é, a intuição pura, pode sem dúvida ser representada a partir de nós mesmos, isto é, *a priori*.”

¹⁰⁰ Segundo Deleuze (2012, p. 23): “Em Kant, o problema da relação do sujeito e do objeto tende, pois, a interiorizar-se: converte-se no problema de uma relação entre faculdades subjetivas que diferem em natureza (sensibilidade receptiva e entendimento activo).” Deste modo, continua Deleuze (2012, p. 22): “<<Transcendental>> qualifica o princípio de uma submissão necessária dos dados da experiência às representações *a priori* e, correlativamente, de uma aplicação necessária das representações *a priori* à experiência.” Esta última afirmação de Deleuze, contudo, exige que se tenha em conta o que diremos na seção quaternária 5.4.2.3, a seguir, quanto aos conceitos puros do entendimento.

(...) são-nos dadas coisas como objetos de nossos sentidos situados fora de nós, mas nada sabemos o que podem ser em si mesmos; apenas conhecemos seus aparecimentos, isto é, as representações que eles produzem em nós quando afetam nossos sentidos. Em consequência, admito efetivamente que há corpos fora de nós, isto é, coisas que, embora de todo desconhecidas por nós quanto ao que podem ser em si mesmas, conhecemos pelas representações que sua influência sobre nossa sensibilidade nos provê, e às quais damos o nome de corpos, uma palavra que, portanto, significa não mais que o aparecimento desse objeto que nos é desconhecido, mas não por isso menos real.

Isso quer dizer que a afirmação de que, no espaço e no tempo, a intuição dos objetos representa cada qual seu objeto apenas como ele afeta nossa sensibilidade – isto é, tal como ele aparece (e não em si mesmo) –, não significa que tais objetos (assim considerados como *aparecimentos*, vale dizer, com fenômenos) sejam meras *aparências*. Segundo Kant (2010, p. 85):

Efectivamente, no fenómeno, os objectos, e mesmo as propriedades que lhes atribuímos, são sempre considerados como algo realmente dado; na medida, porém, em que esta propriedade apenas depende do modo de intuição do sujeito na sua relação ao objecto dado, distingue-se esse objeto, enquanto *fenómeno*, do que é enquanto objecto *em si*. Assim, não digo que os corpos simplesmente *parecem* existir fora de mim, ou que minha alma apenas *parece* ser dada na consciência que possuo de mim próprio, quando afirmo que a qualidade do espaço e do tempo, que ponho como condição da sua existência e de acordo com a qual os represento, reside apenas no meu modo de intuição e não nesses objetos em si.¹⁰¹

Ora, se a sensibilidade é a faculdade de intuir, isto é, se a o objeto é o que nos é dado pelos sentidos e estes nos dão, pela intuição, não o que possa ser em si, mas o aparecimento, vale dizer, o fenômeno, que é aquilo que aparece no tempo e no espaço que são, por isso mesmo, as formas puras de toda intuição, cabe perguntar: uma vez que o fenômeno é dado, como pode ele ser pensado? À isso vamos agora.

¹⁰¹ Não nos cabe aprofundar esta questão, basta assinalar aqui que, neste ponto, reside a principal crítica do idealismo transcendental ou crítico de Kant, ao idealismo *visionário* de Berkeley (KANT, 2010, p. 86 e KANT, 2014, p. 67).

5.4.2.3 Os conceitos puros do entendimento

Se analisamos a experiência em geral¹⁰², vemos que em sua base estão as intuições, que dizem respeito aos sentidos, isto é, a percepção (*perceptio*) e, em segundo lugar, o juízo, que diz respeito ao entendimento (KANT, 2014, p. 76).

Ora, os conceitos puros do entendimento são, antes, conceitos¹⁰³. Conceitos não derivam das sensações, isto é, não são função da sensibilidade, mas exigem síntese do que se apresenta. A síntese que constitui o conceito é efeito da imaginação (espontaneidade dos conceitos). O ato de reportar essa síntese a conceitos (que é o ato mesmo de julgar, quer dizer, pensar), todavia, é função própria do entendimento, e isso é o que nos provê, em sentido próprio, o conhecimento (KANT, 2010, pp. 109 e 110). Se o dado diverso sintetizado é empírico, quer dizer, se é a matéria da intuição, teremos um conceito empírico; por outro lado, a síntese é pura quando o dado sintetizado é *a priori*, quer dizer, a forma pura da intuição (espaço e tempo). “Ora o espaço e o tempo contêm, sem dúvida, um diverso de elementos da intuição pura *a priori*”, e “a espontaneidade do nosso pensamento exige que este diverso seja percorrido, recebido e ligado” e, desta forma, “a lógica transcendental defronta-se com um diverso da sensibilidade *a priori*, que a estética transcendental lhe fornece, para dar uma matéria aos conceitos puros do entendimento” (KANT, 2010, p. 108).

Vejamos. A função da sensibilidade é intuir, a função do entendimento, *pensar*. Pensar é o mesmo que julgar, quer dizer, unir representações em uma consciência, de modo que as funções lógicas dos juízos são, elas mesmas, os modos possíveis de unir representações e, na medida em que estas formas possíveis de união de representações funcionam como conceitos, “são conceitos de união *necessária* de representações em uma consciência” (KANT, 2014, p. 81). Assim diz-se que a “*síntese pura, dada de uma maneira universal*, dá o conceito puro do entendimento.” (KANT, 2010, p. 109).

Essa síntese pura dada de uma maneira universal, consoante os diversos modos possíveis de unir representações reportadas a conceitos que, na medida em que o diverso sintetizado é *a priori*, são conceitos puros, aplica-se à síntese das representações diversas na intuição (isto é, ao empírico da intuição), subsumindo, assim, necessariamente o aparecimento

¹⁰² Aqui deve-se ter em conta a distinção que leva à efeito Kant (2014, p.) entre juízos de percepção e juízos de experiência e ter por certo que a experiência em geral possui aquela objetividade que não caracteriza a percepção.

¹⁰³ Ver acima nota de rodapé 97, da seção quaternária 5.4.2.2 imediatamente anterior.

e constituindo-se como condição *a priori* de toda experiência possível enquanto forma do pensamento. Quer dizer, e tal nos dá uma definição do conceito puro do entendimento, que segundo a *Crítica* (KANT, 2010, p. 110):

A mesma função, que confere unidade às diversas representações *num juízo*, dá também unidade à mera síntese de representações diversas *numa intuição*; tal unidade, expressa de modo geral, designa-se por conceito puro do entendimento.

E, ainda, nos *Prolegômenos* (KANT, 2014, p. 82):

Juízos, na medida em que são considerados simplesmente como a condição da união de representações dadas em uma consciência, são regras. Essas regras, na medida em que representam a união como necessária, são regras *a priori*, e, na medida em que não há outras regras acima delas das quais pudessem se derivar, são princípios. Mas, visto que, no que respeita à possibilidade de toda a experiência, se se considera nela somente a forma do pensamento, não há condições dos juízos de experiência acima daquelas que subsumem os aparecimentos, segundo a forma distinta de sua intuição, a conceitos puros do entendimento que tornam os juízos empíricos objetivamente válidos, estas são, portanto, os princípios *a priori* da experiência possível.

Segundo Kant (2014, pp. 102 e 103), a tábua de conceitos puros do entendimento (categorias) é, portanto, diretamente derivada da tábua das funções lógicas do juízo. Isto porque o ato de julgar (pensar) é o ato do entendimento que contém todos os demais, distinguindo-se os juízos por suas modificações lógicas. O juízo, em geral, como ato do entendimento reúne a multiplicidade de representações sob a unidade do pensamento em geral. Assim, a tábua dos momentos do juízo são também a tábua das funções puras do entendimento, indeterminadas em relação ao objeto. Deste modo tem-se a tábua dos conceitos puros do entendimento (categorias), relacionados sob um princípio unitário. Esse sistema de categorias sistematiza o tratamento de qualquer objeto da razão pura, “pois ele exaure todos os momentos do entendimento aos quais se subsumem todos os outros conceitos” (KANT, 2014, p. 104). Em outras palavras, afirma Kant (2010, p. 110):

(...) originam-se tantos conceitos puros do entendimento, referidos *a priori* a objetos da intuição em geral, quantas as funções lógicas em todos os juízos possíveis (...); pois o entendimento esgota-se totalmente nessas funções e sua capacidade mede-se totalmente por elas.

E, assim, “os princípios da experiência possível são, ao mesmo tempos, leis universais da natureza, que podem ser conhecidas *a priori*” (KANT, 2014, p. 82), isto é, “a possibilidade da experiência em geral é, ao mesmo tempo, a lei universal da natureza e os princípios da primeira são, eles próprios, as leis da última” (KANT, 2014, p. 97), e, portanto,

“o entendimento não extrai suas leis (a priori) da natureza, mas as prescreve a ela” (KANT, 2014, p. 98 e 99).

(...) assim o entendimento é a origem da ordem universal da natureza, na medida em que abarca todos os aparecimentos sob suas próprias leis e desse modo produz, em primeiro lugar, experiência *a priori* (com respeito a sua forma), em virtude da qual tudo o que deve ser conhecido apenas por meio da experiência é necessariamente subordinado às suas leis. Pois não estamos lidando com a natureza das *coisas em si mesmas*, que é independente das condições tanto de nosso sentido quanto de nosso entendimento, mas com a natureza enquanto um objeto de experiência possível, e, assim, o entendimento, ao tornar a experiência possível, faz, ao mesmo tempo, com que o mundo sensível ou não seja nenhum objeto da experiência, ou seja uma natureza.¹⁰⁴

Deve-se ter em conta, contudo, que os conceitos puros do entendimento, enquanto, constitutivos que são de qualquer experiência possível, não se aplicam senão aos objetos da experiência, quer dizer, “Todos os princípios sintéticos *a priori* nada mais são que princípios de experiência possível’, e jamais podem se referir a coisas em si mesmas, mas apenas a aparecimentos enquanto objetos da experiência” (KANT, 2014, p. 91).

Essa completa solução do problema de Hume, embora contrária às expectativas de seu autor, resgata, assim, para os conceitos puros do entendimento, sua origem *a priori*, e, para as leis universais da natureza, sua validade enquanto leis do entendimento, mas de tal maneira que limita seu uso apenas à experiência, porque sua possibilidade funda-se apenas na relação do entendimento com a experiência, não, porém, fazendo com que esses conceitos se derivem da experiência, mas que a experiência se derive deles (...).¹⁰⁵

¹⁰⁴ Deste modo fica resolvida a segunda questão dos *Prolegômenos*, que diz respeito, na *Crítica*, à analítica transcendental, a saber: “como é possível a ciência pura da natureza?” Isto porque, segundo Kant (2014, pp. 82 e 83), “aqui se contempla perfeitamente a sistematização requerida para a forma de uma ciência, visto que, acima das mencionadas condições formais de todos os juízos em geral e, conseqüentemente, de todas as regras em geral que lógica oferece, nenhuma outra é possível, e estas constituem um sistema lógico; por essa mesma razão, os conceitos nele fundados, que contém as condições *a priori* para todos os juízos sintéticos e necessários, constituem um sistema transcendental, e, finalmente, os princípios por meio dos quais todos os aparecimentos são subsumidos a esses conceitos constituem um sistema fisiológico, isto é, um sistema da natureza que precede toda a cognição empírica da natureza e é o que em primeiro lugar a torna possível, e, por isso, pode propriamente ser chamado de ciência universal e pura da natureza.”

¹⁰⁵ Adverte Kant (2014, p. 92): “De fato, se considerarmos, como é razoável, os objetos dos sentidos como meros aparecimentos, admitimos, com isso, ao mesmo tempo, que eles têm uma coisa em si mesma como seu fundamento, embora não saibamos como ela está em si constituída, mas conhecemos seu aparecimento, isto é, o modo pelo qual nossos sentidos são afetados por esse algo desconhecido.” Assim, conclui Kant (2014, p. 93): “Nossa dedução crítica não exclui absolutamente essas coisas (os *noumena*), mas apenas limita os princípios da estética de modo que não se estendam a todas as coisas, com o que tudo se transformaria em mero aparecimento, mas sejam válidos apenas para objetos de uma experiência possível. Portanto, admitem-se com isso seres do entendimento, embora insistindo nessa regra que não admite exceção: que não conhecemos nem podemos conhecer nada de determinado sobre esses puros seres do entendimento, dado que nossos conceitos puros do entendimento quanto nossas intuições puras não dizem respeito a nada além de objetos da experiência possível, ou seja, a meros seres dos sentidos, e, tão logo nos afastamos destes, não resta mais àqueles conceitos o menor significado.”

Neste passo pode-se perguntar qual o motivo para que os conceitos puros do entendimento se apliquem apenas e tão somente sobre os dados da sensibilidade. A resposta não enseja dificuldade. Como se viu acima, os conceitos puros do entendimento são a síntese pura dada de maneira universal. Ora a síntese é pura quando o diverso sintetizado é *a priori*. O único diverso *a priori* são as formas puras da sensibilidade, quer dizer as próprias intuições puras. Mas as intuições puras enquanto formas da sensibilidade tem lugar apenas quando se trata da experiência possível, isto é, apenas conformam a matéria da experiência, entendida aqui sempre como experiência sensível, enquanto função da sensibilidade. Assim, se o conceito puro do entendimento deriva da síntese pura (cuja atividade remonta à imaginação e unidade ao entendimento), e a síntese é pura quando o diverso é *apriori* e este, por sua vez, são as intuições puras enquanto formas puras da sensibilidade, seria um disparate querer extrapolar a aplicação dos conceitos puros do entendimento para além de todo objeto sensível, num ilegítimo uso transcendente. Assim, a despeito dos conceitos puros do entendimento (categorias) serem independentes da experiência, apenas aplicam-se constitutivamente aos objetos de uma experiência possível. Segundo Kant (2014, p. 94):

(...) não obstante nossos conceitos e princípios puros do entendimento serem independentes da experiência (...), nada que ultrapasse o campo da experiência pode ser pensado por meio deles, porque tudo o que podem fazer é somente determinar a forma lógica do juízo acerca das intuições dadas; e como não há nenhuma intuição fora do campo da sensibilidade, esses conceitos puros do estão desprovidos de todo significado, na medida em que não há nenhum meio de exibi-los *in concreto* (...).

Ora, trata-se de afirmar a *epigênese* da razão pura, quer dizer, afirmar que “as categorias contêm, do lado do entendimento, os princípios da possibilidade de toda experiência em geral” (KANT, 2010, p. 170) e, nesta medida que “*nenhum conhecimento a priori nos é possível, a não ser o de objetos de uma experiência possível.*” (KANT, 2010, p. 169).

5.4.2.4 A natureza e a razão pura

A soma de todos os objetos da experiência é o que se chama de *natureza* em sentido material. O elemento formal da natureza, contudo, é a conformidade de todo e qualquer objeto da experiência a leis (KANT, 2014, p. 71). À pergunta de como é possível a natureza em

face da *epigênese da razão pura*, fica assim completamente esclarecida nos termos em que expusemos acima. Nos *Prolegômenos*, Kant (2014, p. 96) se expressa nos seguintes termos:

Primeiramente: como é possível a natureza no significado *material*, a saber, segundo a intuição, enquanto o conjunto dos aparecimentos; como são possíveis o espaço, o tempo e aquilo que preenche ambos, o objeto da sensação? A resposta é: mediante a constituição de nossa sensibilidade, segundo a qual esta é tocada, da maneira que lhe é peculiar, por objetos que lhe são em si mesmos desconhecidos e inteiramente distintos desses aparecimentos.

(...)

Em segundo lugar: como é possível a natureza no significado *formal*, enquanto conjunto das regras às quais todos os aparecimentos devem estar subordinados para que possam ser pensados como conectados em uma experiência? A resposta não pode ser senão que ela é possível apenas mediante a constituição de nosso entendimento, segundo a qual todas essas representações da sensibilidade são referidas necessariamente à uma consciência, e por meio da qual se torna possível, em primeiro lugar, a maneira de operar característica de nosso entendimento, a saber, por meio de regras, e, em seguida, mediante essas regras, a experiência, que deve ser inteiramente distinguida dos objetos em si mesmos.¹⁰⁶

5.4.2.5 A constatação da constituição da sensibilidade e da constituição do entendimento

Essas constatações, feitas acima, acerca da constituição do entendimento e da sensibilidade, é o mais longe que se pode ir nos termos da filosofia transcendental (idealismo crítico), quer dizer, feitas as constatações nestes termos, nada se pode dizer a respeito de porque

¹⁰⁶ Na *Crítica*, afirma Kant (2010, pp. 166 a 168): “As categorias são conceitos que prescrevem leis *a priori* aos fenômenos e, portanto, à natureza como conjunto de todos os fenômenos (*natura materialiter spectata*); pergunta-se agora, já que as categorias não são derivadas da natureza e não se pautam por ela, como se fora seu modelo (caso contrário seriam simplesmente empíricas), como se pode compreender que a natureza tenha de se regular por elas, isto é, como podem determinar *a priori* a ligação do diverso da natureza, não a extraindo desta. Eis a solução do enigma. (...) Que as leis dos fenômenos da natureza devam necessariamente concordar com o entendimento e a sua forma *a priori*, isto é, com sua capacidade de *ligar* o diverso em geral, não é mais nem menos estranho do que os próprios fenômenos terem de concordar com a forma da intuição sensível *a priori*. Porque leis não existem nos fenômenos, só em relação ao sujeito a que os fenômenos são inerentes, na medida em que este possui um entendimento, nem tão pouco os fenômenos existem em si, mas relativamente ao mesmo sujeito, na medida em que é dotado de sentidos. Às coisas em si deveria competir, necessariamente, uma legalidade própria, independente de um entendimento que a conheça. Mas os fenômenos são apenas representações de coisas, que são desconhecidas quanto ao que possam ser em si. Como simples representações não se encontram, porém, submetidas a qualquer lei de ligação, que não seja a que prescreve a faculdade de ligar. Ora o que liga o diverso da intuição sensível é a imaginação, que depende do entendimento quanto à unidade de sua síntese intelectual, e da sensibilidade quanto à diversidade da sua apreensão. Como, pois, toda a percepção possível depende da síntese da apreensão e esta mesma, a síntese empírica, depende da síntese transcendental e, conseqüentemente, das categorias, todas as percepções possíveis e, portanto, também tudo o que porventura possa atingir a consciência empírica, isto é, todos os fenômenos da natureza, quanto à sua ligação, estão sob a alçada das categorias, as quais dependem da natureza (considerada simplesmente como natureza em geral) porque constituem o fundamento originário da sua necessária conformidade à lei (como *natura formaliter spectata*).”

esta constituição e não outra cabe à sensibilidade e ao entendimento, e nem se pode dar razão à apercepção mesma que origina a constatação. Em outras palavras, segundo Kant (2014, p. 97):

A questão, porém, de como essa peculiar propriedade de nossa sensibilidade é ela própria possível, ou a de nosso entendimento e da necessária apercepção que subjaz a ele e a todo pensamento, não pode ser adicionalmente analisada e respondida, porque sempre precisamos fazer uso dela para toda resposta e para todo pensamento sobre objetos.

Quer dizer, a própria crítica, isto é, a filosofia transcendental, “não retém senão o que o entendimento prescreve *a priori* como lei para a própria natureza, enquanto complexo de fenômenos” (KANT, 2012, p. XV).

Deste modo o próprio Kant (2014, p. 101) afirma ter realizado um trabalho semelhante ao daquele que compila as regras de uma gramática, sem, contudo, ser capaz de dar uma razão pela qual uma certa linguagem deva possuir precisamente uma constituição estrutural e não outra, e porque tantas e quais determinações formais, nem mais e nem menos, podem ser, alguma vez, nela encontradas.

5.4.3 Norma fundamental como conceito puro do entendimento ao estilo (ou à imagem) da teoria do conhecimento de Kant

Diante do quanto se disse, a questão de saber qual a natureza ou *status* da norma fundamental nos quadros de uma Teoria Pura fica, assim, completamente respondida. Ao afirmarmos, portanto, que a norma fundamental, enquanto pressuposição do pensamento (conteúdo de um ato de pensamento)¹⁰⁷, é condição lógico-transcendental da interpretação do Direito como um objeto puramente jurídico, quer dizer, como sistema normativo coercitivo da conduta humana, não dizemos senão que a constituição de um tal objeto depende essencialmente da norma fundamental cuja natureza é *análoga* à de um conceito puro do entendimento (categoria transcendental). Afirmá-la, portanto, como categoria transcendental significa transferir à subjetividade do sujeito cognoscente a condição de possibilidade da constituição do objeto, no caso, de um objeto puramente jurídico. Se, portanto, como dissemos,

¹⁰⁷ Ver seção secundária 5.3 acima.

toda norma válida é condição lógica da validade (existência) objetiva de outra (e inferior) norma, apenas a norma fundamental é condição transcendental da validade objetiva de um sistema de normas, como objeto normativo, de um lado, e de sua caracterização como sistema de coerção da conduta humana, de outro, ao que o objeto Direito como objeto puramente jurídico fica apartado da natureza e dos demais objetos normativos, se, e somente se, pressupormos uma norma fundamental: trata-se de uma pressuposição transcendental.

Adiante veremos¹⁰⁸, contudo, que a afirmação da analogia entre a natureza da norma fundamental e a de um conceito puro do entendimento é enfraquecida quando, diante da mera possibilidade da opção epistemológica por um objeto puramente jurídico, constatamos que à diferença do que ocorre com a categoria kantiana, a transcendentalidade da norma fundamental é, nas palavras de Alexy (2011, p. 131), uma *transcendentalidade fraca*.

5.4.3.1 A norma fundamental refere-se apenas à uma ordem coercitiva (ordem jurídica) completamente determinada e globalmente eficaz

Acima¹⁰⁹, ficou claro que, nos termos de uma Teoria Pura, uma norma fundamental apenas pode ser pressuposta em relação à uma Constituição efetivamente estabelecida, globalmente eficaz e plenamente determinada (KELSEN, 2009, p. 224). O tema não será aqui aprofundado, basta dizer que tal exigência pode ser considerada como um desdobramento da base filosófica (é dizer, da natureza epistemológica) da norma fundamental. Isto porque, como ficou demonstrado acima¹¹⁰, a teoria do conhecimento de Kant afirma que os conceitos puros do entendimento (categorias), embora *a priori*, quer dizer, independentes de qualquer experiência, apenas aplicam-se constitutivamente aos objetos da experiência possível. Da mesma maneira, a norma fundamental, embora *a priori*, apenas possui aplicabilidade, isto é, apenas pode ser pressuposta à uma Constituição completamente determinada, isto é, dada ao conhecimento, o que quer dizer, globalmente eficaz e efetivamente estabelecida.

¹⁰⁸ Ver seção secundária 5.6 abaixo.

¹⁰⁹ Ver seção quaternária 3.2.2.2.

¹¹⁰ Conforme seção quaternária 5.4.2.3.

5.5 A (mera) constatação da norma fundamental pela Teoria Pura e a resposta à questão: “quem pressupõe a norma fundamental?”

Ora, diante, ainda da natureza da norma fundamental como condição transcendental¹¹¹, fica clara a posição da Teoria Pura no sentido de não ser ela uma construção artificiosa, isto é, uma *invenção* teórica, de modo que ela será *constatada* (e o termo é sugestivo) pela ciência do Direito, quando esta se pretenda uma ciência puramente jurídica e, portanto, uma ciência positivista do Direito. Vejamos, segundo Kelsen (2009, p. 228):

Como uma ciência jurídica positivista considera o autor da Constituição que foi historicamente a primeira como autoridade jurídica mais alta e, por isso, não pode afirmar que a norma: “devemos obedecer às ordens do autor da Constituição” é o sentido subjetivo do ato de vontade de uma instância supra-ordenada ao autor da Constituição – v. g., Deus ou a natureza –, ela não pode fundamentar a natureza desta norma num processo silogístico. Uma ciência jurídica positivista apenas pode constatar que esta norma é pressuposta como norma fundamental (...). Como esta norma fundamental não é uma norma querida e, por isso, também não pode ser uma norma querida pela ciência jurídica (quer dizer: pelo sujeito que faz ciência jurídica), e tal norma (melhor: a sua afirmação) é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas jurídicas positivas, ela apenas pode ser uma norma pensada, e uma norma que é pensada como pressuposto quando uma ordem coercitiva globalmente eficaz é interpretada como um sistema de normas jurídicas válidas. Como a norma fundamental não é uma norma querida, nem mesmo pela ciência jurídica, mas é apenas uma norma pensada, a ciência jurídica não se arroga qualquer autoridade legislativa com a verificação da norma fundamental. Ela não prescreve que devemos obedecer às ordens do autor da Constituição. Permanece conhecimento, mesmo na sua verificação teórico-gnosiológica de 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, até mesmo quando ela própria o pensa desta maneira.¹¹²

Portanto, se se pretende tomar o objeto da ciência jurídica como Direito positivo¹¹³, o que é necessário ao atendimento da pureza¹¹⁴, a norma fundamental vai já pressuposta como condição transcendental desta interpretação e, deste modo, vê-se, que ela, norma fundamental, não é uma proposta da Teoria Pura, que tão somente a constata. Nesta medida, afirma Kelsen (2009, p. 228):

Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem – quase sempre inconscientemente – quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas

¹¹¹ Ver seção secundária 5.4 imediatamente acima.

¹¹² Este “manter-se conhecimento” é algo cuja importância sublinhamos acima às seções secundárias 2.1 e 3.4.

¹¹³ Ver seção terciária 3.3.3, acima.

¹¹⁴ Ver seção primária 2 acima.

pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica – quer dizer: a uma norma posta por uma autoridade supra-ordenada à autoridade jurídica –; quando concebem o Direito exclusivamente como Direito positivo. A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado.

A analogia se estabelece mais uma vez aqui na medida em que assim como a filosofia transcendental é uma filosofia crítica que submete o processo de conhecimento à uma análise quanto às suas condições, isto é, assim como a filosofia transcendental leva à efeito uma crítica da razão teórica, também Kelsen, ele explicitamente o afirma, faz uma análise do processo do conhecimento jurídico positivista, ao que constata (*excogita*, não cunha) a norma fundamental como condição da constituição de um objeto puramente jurídico.

Diante do quanto se disse, pode-se perguntar, ainda, quem pressupõe a norma fundamental assim constatada. Acima, afirmou-se que todos juristas o fazem quando interpretam o fato constituinte como um fato produtor de Direito, isto é, como tendo o sentido objetivo de norma válida, sem reconduzir, contudo, esta validade à uma instância superior e, portanto, mantendo-se dentro de uma interpretação normativo-positiva do Direito. Mas apenas os juristas, ou, o que é o mesmo, apenas a ciência do Direito, pressupõe a norma fundamental desta maneira? Assim se manifesta Kelsen (2009, p. 421) a respeito:

À questão: quem pressupõe a norma fundamental? responde a Teoria Pura do Direito: todo aquele que pensa (interpreta) o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer como normas objetivamente válidas. Esta interpretação (este pensar assim o referido sentido objetivo) é função do conhecimento, não da vontade. Como a ciência jurídica, enquanto conhecimento, apenas pode descrever normas, e não ditá-las ou prescrever-las e, portanto, não pode estabelecer normas, eu cheguei incidentalmente a manifestar (...) reservas quanto à ideia de que a norma fundamental fosse também pressuposta pela ciência jurídica. Estas reservas são afastadas pela análise da distinção (...) que existe entre o pôr (estabelecer) e o pressupor de uma norma.¹¹⁵

Esta afirmação de que a norma fundamental é pressuposta por *todo aquele* que leve a cabo uma interpretação normativo-positiva do material jurídico proposto, reforça a analogia entre sua natureza e a natureza de uma categoria transcendental na medida em que esta última tem uma aplicação subjetivamente universal, porque *a priori*.

¹¹⁵ Deve-se, portanto, ter em conta a distinção entre a função de pôr (prescrever) a norma e a função de descrevê-la (ver acima seção secundária 3.4 e, especialmente, seção terciária 3.4.1), de um lado, e, de outro, a distinção entre querer uma norma como sentido objetivo de um ato de vontade e pressupor uma norma como conteúdo de um ato de pensamento (ver seção secundária 5.2 acima).

Por fim, talvez caiba aqui, ainda por analogia, no tocante à constatação da norma fundamental pela Teoria Pura como uma espécie de epistemologia jurídica crítica, a observação feita por Kant¹¹⁶ no sentido de que a constatação da estrutura formal do conhecimento, isto é, a crítica da razão pura, é o mais longe que se pode ir, na medida em que qualquer conhecimento implica já na utilização desta estrutura mesma. Por outro lado, poder-se-ia objetar que a Teoria Pura como filosofia crítica do conhecimento jurídico é uma instância derivada, porque não se refere ao conhecimento em geral, mas apenas ao conhecimento de um objeto puramente jurídico. A objeção é mais forte, e a analogia se enfraquece, quando se tenha em conta que a norma fundamental como condição lógico-transcendental de uma dada interpretação do material jurídico proposto, a saber como objeto puramente jurídico, é considerada pela Teoria Pura como uma interpretação meramente possível. A isto vamos agora.

5.6 A interpretação de uma ordem globalmente eficaz como ordem jurídica válida é uma interpretação meramente possível

Como afirmamos acima¹¹⁷, Kelsen (2009, p. 224) entende que:

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente à uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais (...).

Isso significa, segundo Kelsen (2009, p. 225), que:

A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. Somente quando pressuponhamos essa norma fundamental referida à uma Constituição inteiramente determinada, quer dizer, somente quando pressuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo (...).

¹¹⁶ Ver seção quaternária 5.4.2.5, acima.

¹¹⁷ Ver seções quaternárias 3.2.2.2 e 5.4.3.1.

Segundo Kelsen (2009, p. 242), a teoria da norma fundamental permite que toda ordem coercitiva globalmente eficaz possa ser pensada como ordem normativa objetivamente válida, isto é, “nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida” (KELSEN, 2009, p. 242), uma vez que da norma fundamental deriva-se apenas a validade e não o conteúdo de uma ordem normativa.¹¹⁸

Ora, se, por um lado, a norma fundamental, como resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura, é entendida como *condição lógico-transcendental* desta interpretação, isto é, da interpretação de uma ordem globalmente eficaz como uma ordem jurídica válida e, nesta medida, se aplica por analogia um conceito da teoria do conhecimento de Kant (KELSEN, 2009, p. 225), conforme expusemos acima¹¹⁹, de modo que, assumida uma tal interpretação a pressuposição da norma fundamental não é arbitrária (justamente porque é condição transcendental de uma tal interpretação), por outro lado, deve ser dito, que, nos termos da Teoria Pura, e neste passo, como afirmou-se¹²⁰, a analogia se enfraquece, a assunção mesma desta interpretação normativo-positivista não é necessária, senão que meramente possível. Ora, afirma Kelsen (2009, pp. 242 e 243):

Precisamente na sua teoria da norma fundamental se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista. Ela descreve o Direito positivo, quer dizer, toda ordem de coerção globalmente eficaz, como uma ordem normativa objetivamente válida e constata que esta interpretação somente é possível sob a condição de se pressupor uma norma fundamental por força da qual o sentido objetivo dos atos criadores de Direito é também o seu sentido objetivo. 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, sociologicamente 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.

¹¹⁸ já se afirmou, à seção secundária 5.2, acima, não apenas a natureza dinâmica da ordem jurídica, como também, para qualquer ordem normativa, a impossibilidade de um sistema estático puro

¹¹⁹ Ver, acima, seção secundária 5.4.

¹²⁰ Ver seção terciária 5.4.3 e seção secundária 5.5, acima.

Ora, fica claro, portanto, que a consideração de que a interpretação do material jurídico proposto como objeto Direito puro é uma interpretação meramente possível e, assim, a afirmação implicada de que a pressuposição da norma fundamental é condição *exclusivamente* desta interpretação restando, desta forma, na contingência da opção ou não por uma teoria jurídica positivista, enfraquece a analogia afirmada por Kelsen (2009, p. 225). E a analogia se enfraquece, justamente porque, nos termos da teoria do conhecimento de Kant, a aplicação das categorias transcendentais (conceitos puros do entendimento), à distinção da norma fundamental, não permanece na contingência de nenhum ato optativo, de nenhuma consideração epistemológica meramente possível, mas, dada sua natureza *a priori*, caracteriza-se pelos critérios do universal e necessário. Não é por outra razão que Kant pôs fim à dúvida de Hume e fundou a filosofia transcendental sobre a necessária submissão dos dados da experiência às condições (transcendentais) de cognoscibilidade, isto é, à subsunção aos conceitos puros do entendimento.

E, por isso, observa Alexy (2012, pp. 130 e 131), “pode-se dizer que a norma fundamental é um pressuposto necessário meramente possível ou meramente hipotético” e, assim, “o argumento de Kelsen pode ser chamado de ‘argumento transcendental fraco’”, na medida em que demonstra apenas e tão somente uma “necessidade condicional” da norma fundamental, enquanto pressuposição transcendental.

5.7 A unidade lógica da ordem jurídica e a pressuposição da norma fundamental

Cabe ainda uma questão adicional. Para finalizarmos este estudo sobre as funções e a natureza da norma fundamental conforme concebida na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, devemos ressaltar que ela cumpre uma função tipicamente transcendental que é apontada por Kelsen, quando permite à ciência descrever seu objeto sem contradição alguma. Já foi assinalado¹²¹ que a norma fundamental é condição da unitariedade de um sistema de normas na medida em que todas as normas do sistema reconduzem-se, quanto à sua validade, à ela. Nesta seção 5.7 pretendemos somente, à guisa de complemento, exaltar uma faceta desta função unificadora da norma fundamental que não pôde ser explicitada antes, porque

¹²¹ Ver, acima, seção terciária 3.1.4.

necessitava de considerações que apenas posteriormente foram feitas. Assim, quando se trata da unitariedade lógica do sistema jurídico fornecida pela norma fundamental, não se está tratando de uma unidade distinta da unitariedade de validade: nos quadros de uma Teoria Pura, à diferença do que ocorre com outras concepções do Direito, a unidade do objeto Direito é uma unidade que diz com a validade, pois que a validade diz com a existência mesma das normas.¹²²

5.7.1 *Direito e lógica*

Se, como se mostrou¹²³, as proposições normativas da ciência não se confundem com as normas que por elas são descritas, principalmente porque cumprem funções distintas, isto é, o sentido da proposição normativa é a descrição de um dever-ser objetivamente válido, ao passo que o sentido de uma norma jurídica é a prescrição, isto é, a constituição (produção) de um dever-ser objetivamente válido, o que leva a que possuam caráter logicamente diverso, na medida em que uma proposição normativa, como função do conhecimento, pode ser verdadeira ou falsa, enquanto uma norma jurídica, como produto da atuação de uma autoridade jurídica, pode ser válida ou inválida, “põe-se a questão de saber como é que os princípios lógicos, principalmente o princípio da não-contradição e as regras da concludência do raciocínio, podem ser aplicados à relação entre as normas” (KELSEN, 2009, p. 84), na medida em que a lógica com seus princípios é aplicável apenas, segundo tradicionalmente se diz, à proposições (enunciados) que, como função do conhecimento, podem ser verdadeiros ou falsos.

A resposta da Teoria Pura, nas palavras de Kelsen (2009, p. 84), é a seguinte:

(...) os princípios lógicos podem ser, se não direta, indiretamente aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas. Duas normas jurídicas contradizem-se e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem; e uma norma jurídica pode ser deduzida de uma outra quando as proposições jurídicas que as descrevem podem entrar num silogismo lógico.¹²⁴

¹²² Assim é que esta seção serve de complemento ao que afirmamos anteriormente à seção terciária 3.1.4.

¹²³ Ver seção secundária 3.4., acima.

¹²⁴ Deve-se notar a respeito, conforme afirmamos na seção secundária 3.4, que, segundo Kelsen (2009, p. 84), à esta solução “não se opõe o fato de estas proposições serem e terem de ser proposições normativas (*Sollsätze*) por descreverem normas de dever-ser.” Com efeito, “o dever-ser da proposição jurídica não tem, como o dever-ser da norma jurídica, um sentido prescritivo, mas um sentido descritivo.”

5.7.2 A concepção de conflitos de normas da Teoria Pura

Ora, se a lógica se aplica apenas indiretamente às normas, isto é, mediante a sua aplicação direta às proposições normativas que as descrevem, quando estamos diante de um conflito de normativo, o que ocorre sempre que uma norma determina certa conduta como devida e uma segunda norma determina como devida uma outra conduta inconciliável com a determinada pela primeira, este conflito não é uma contradição no sentido estrito da palavra (KELSEN, 2009, p. 229).

Neste ponto deve-se ter em conta o que, exatamente, caracteriza um conflito normativo para a Teoria Pura, na medida em que se considera, isto é, se assume, o Direito como ordem social, ou, o que é o mesmo, como ordem sancionatória¹²⁵, quer dizer, na medida em que as normas do Direito prescrevem uma determina conduta se, e somente se, ligam à conduta oposta uma desvantagem como sanção (KELSEN, 2009, p. 26), ou, o que é o mesmo, na medida em que “O dever jurídico (...) não é, ou pelo menos não é imediatamente, a conduta devida. Devido é apenas o ato coercitivo que funciona como sanção” (KELSEN, 2009, p. 133)¹²⁶. Vejamos, nas palavras de Kelsen (2009, p. 27):

O ser-devida da sanção inclui em si o ser-proibida da conduta que é seu pressuposto específico e o ser-prescrita da conduta oposta. Devemos a propósito notar que, com o ser-“prescrita” ou o ser-“proibida” de uma determinada conduta se significa não o ser-devida desta conduta ou da conduta oposta, mas o ser-devida da consequência desta conduta, isto é, da sanção. A conduta prescrita não é a conduta devida; devida é a sanção. O ser-prescrita uma conduta significa que o contrário desta conduta é pressuposto do ser-devida da sanção.

(...)

Daí resulta que, dentro de uma tal ordem normativa, uma mesma conduta pode, neste sentido, ser “prescrita” e simultaneamente “proibida”, e que tal situação pode ser descrita sem contradição lógica. As proposições: A deve ser e A não deve ser, excluem-se mutuamente; de ambas as normas assim descritas apenas uma pode ser válida. Não podem se ambas simultaneamente observadas ou aplicadas. Mas as duas proposições: se A é, X deve ser e, se não-A é, X deve ser, não se excluem mutuamente e ambas as normas por elas descritas podem ser simultaneamente válidas.

¹²⁵ Ver sobre isso a seção secundária 4.2, acima.

¹²⁶ Observe-se que, como já dissemos (*ver seção ainda não formulada*) que “a palavra ‘deve’ nada diz sobre a questão de saber se a aplicação do ato coercitivo constitui conteúdo de um dever jurídico, de uma permissão positiva ou de uma atribuição de competência (autorização), antes, as três hipóteses são igualmente abrangidas” (KELSEN, 2009, p. 133).

5.7.3 A pressuposição da norma fundamental como condição da unidade lógica da ordem jurídica

Ora, por um lado, essa concepção de conflito de normas da Teoria Pura, como já afirmamos¹²⁷, é consequência da pressuposição da norma fundamental uma vez que, conforme afirma Kelsen (2009, p. 56):

Com a norma fundamental, portanto, pressupõe-se a definição de Direito nela contida como norma coercitiva. A definição do Direito pressuposta na norma fundamental tem como consequência que apenas se deve considerar como juridicamente prescrita (...) uma certa conduta, quando a conduta oposta seja normada como pressuposto de um ato coercitivo que é dirigido contra os indivíduos que por tal forma se conduzam (ou contra seus familiares).

Por outro lado, todavia, a unidade lógica do sistema também tem como condição a norma fundamental. Com efeito, já afirmamos que a norma fundamental unifica a validade de uma ordem jurídica, conferindo-lhe unidade¹²⁸, isto é, constituindo a “unidade na pluralidade destas normas” (KELSEN, 2009, p. 228), na medida em que se caracteriza como a “instauração do fato fundamental da criação jurídica” (KELSEN, 2009, p. 222). “Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que se não contradizem” (KELSEN, 2009, p. 228), tendo-se em vista, contudo, que não se pode negar a possibilidade de as autoridades jurídicas efetivamente *porem* atos cujos sentidos subjetivos sejam inconciliáveis. Segundo Kelsen (2009, p. 29):

Como, porém, o conhecimento do Direito – como todo o conhecimento – procura apreender seu objeto como um todo de sentido e descrevê-lo em proposições isentas de contradição, ele parte do pressuposto de que os conflitos de normas no material normativo que lhe é dado – ou melhor, proposto – podem e devem necessariamente ser resolvidos pela via da interpretação.

Neste passo, desde logo não há que se falar em conflito entre normas de escalões distintos, pois que a norma inferior não será norma válida quando não esteja numa relação de determinação parcial para com a norma superior. Quando o conflito ocorre entre normas de mesmo escalão, entra em cena o princípio da *lex posterior derogat priori* e, quando postas ao

¹²⁷ Ver seções secundárias 4.3 e 4.5 acima.

¹²⁸ Ver seção terciária 3.1.4 acima.

mesmo tempo, no princípio da especialidade, ou entende-se que há discricionariedade do órgão que aplicará as normas que conflitam. Todavia, segundo Kelsen (2009, p. 231):

Quando nem uma nem outra interpretação sejam possíveis, o legislador prescreve algo sem sentido, temos um ato legislativo sem sentido e, portanto, algo que não é sequer um ato cujo sentido subjetivo possa ser interpretado como seu sentido objetivo. Logo, não existe qualquer norma jurídica objetivamente válida. Isto, embora o ato tenha sido posto em harmonia com a norma fundamental. Com efeito a norma fundamental não empresta a todo e qualquer ato o sentido objetivo de uma norma válida, mas apenas ao ato que tem um sentido, a saber, o sentido subjetivo de que os indivíduos se devem conduzir de determinada maneira. O ato tem de – nesse sentido normativo – ser um ato com sentido. Quando ele tem um outro sentido, por exemplo o sentido de um enunciado (v. g. de uma teoria consagrada na lei) ou não tem qualquer sentido – quando a lei contém palavras sem sentido ou disposições inconciliáveis umas com as outras –, não há qualquer sentido subjetivo a ter em conta que possa ser pensado como sentido objetivo, não existe qualquer ato cujo sentido subjetivo seja capaz de uma legitimação pela norma fundamental.

Vê-se que, nesta medida, a pressuposição da norma fundamental permite a constituição de um objeto *puramente* jurídico a ser descrito sem contradições pela ciência do Direito. Quer dizer, a norma fundamental é condição (epistemológico-transcendental) da constituição de um objeto Direito não autocontraditório como objeto de conhecimento. “Assim, norma fundamental torna possível interpretar (pensar) o material que se apresenta ao conhecimento jurídico como um todo com sentido, o que quer dizer, descrevê-lo em proposições que não são logicamente contraditórias”, afirma Kelsen (2009, p. 232).

6 CONCLUSÃO

Expusemos a função desempenhada pela norma fundamental na constituição do objeto de uma ciência jurídica pura (tal qual proposta pela Teoria Pura), função que, o dissemos, indica a sua natureza análoga à de um conceito puro do entendimento da teoria do conhecimento de Kant, analogia esta indicada de forma expressa pelo próprio Kelsen (2009, p. 225), e explicitada por nós, nos seus diversos matizes, no decorrer do presente trabalho.

Nas palavras de Kelsen, a norma fundamental caracteriza-se como “pressuposto lógico-transcendental” (KELSEN, 2009, p. 225) de uma interpretação (concepção)¹²⁹ puramente jurídica do objeto Direito. Esta interpretação, o dissemos, não é interpretação necessária (KELSEN, 2009, p. 243), mas é, contudo, a única forma de conceber o objeto jurídico que atende à *pureza* (KELSEN, 2009, pp. XI, 1 e 2).

Como anunciamos desde o início, duas questões animaram o percurso da dissertação. A primeira: “no contexto da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, que função cumpre a norma fundamental, como condição lógico-transcendental para a constituição de um objeto Direito *puro* que, de um lado, como dever-ser objetivamente válido (objeto normativo de uma ciência normativa), distingue-se de um objeto natural, e, de outro, como ordem de coação (ordem social-normativa que estatui sanções socialmente imanentes e organizadas como objeto de uma ciência normativo-jurídica), distingue-se de outras ordens (normativas) sociais?” A segunda: “que significa, propriamente, afirmar que a norma fundamental tem – como pressuposto de uma interpretação normativo-positiva do material proposto ao conhecimento da ciência do Direito –, natureza de condição lógico-transcendental (se é lícito aplicar, por analogia, um conceito da teoria do conhecimento de Kant) desta interpretação (interpretação que, diga-se, não é senão a própria constituição do objeto Direito puro como objeto do conhecimento jurídico)?” À resposta da primeira questão dedicamos as quatro primeiras seções primárias, e à resposta da segunda, a quinta, e mais importante, seção.

Em linhas gerais, poder-se-ia apresentar, como conclusão analítica à tudo quanto se disse, as seguintes assertivas:

(a) a Teoria Pura concebe uma ciência jurídica, que pretende-se *pura*, na medida em que conhece um objeto *puramente* jurídico;

¹²⁹ Sobre o específico sentido do termo *interpretação* aqui utilizado, ver nota 5, da Introdução.

(b) é *puramente jurídico* o objeto Direito quando se constitui, de um lado, como objeto normativo (dever-ser objetivamente válido a expressar uma conexão funcional mediante imputação), distinto de um objeto natural (explicável com referência à causalidade), e, de outro, como ordem de coação (ordem normativa que estatui sanções socialmente imanentes, organizadas e imponíveis aos seus destinatários contra sua vontade, com recurso à força física, se necessário), a distinguir-se dos demais objetos normativo-sociais (Moral);

(c) a norma fundamental como condição transcendental de cognoscibilidade aplica-se constitutivamente ao objeto Direito – significa que o material proposto ao conhecimento pela ciência do Direito é interpretado como objeto *puramente* jurídico se, e somente se, a norma fundamental é pressuposta como instauração do fato fundamental da criação jurídica (KELSEN, 2009, p. 222), a fundar a validade objetiva de uma ordem normativa (KELSEN, 2009, p. 9);

(d) resulta que a norma fundamental, como condição de tal interpretação (epistemológica) tem natureza análoga à de categoria transcendental à imagem (ou à lembrança) do idealismo transcendental kantiano, quer dizer: é análoga à um conceito puro do entendimento, na medida em que é transcendental, mas esta analogia se enfraquece na medida em que a transcendentalidade é condicionada, em virtude da interpretação normativo-positiva ser uma interpretação meramente possível (isto é, não necessária).

BLIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. 3 vls. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2005a.

ARISTÓTELES. *Órganon*. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2005b.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estudos por uma teoria geral do direito**. Barueri, SP: Manole, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 5ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DELEUZE, Gilles. **A filosofia crítica de Kant**. Lisboa: Edições 70, 2012.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 10ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JR., **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkia, 2011.

HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. 2ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do Juízo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 7ª ed. Lisboa: Função Calouste Gulbenkian, 2010.

KANT, Immanuel. **Da utilidade de uma nova crítica da razão pura (resposta a Eberhard)**. São Paulo: Hemus, 2004.

KANT, Immanuel. **Prolegômenos a qualquer metafísica futura que possa apresentar-se como ciência**. São Paulo: Estação Liberdade, 2014.

KANT, Immanuel. **Textos seletos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Martins Fontes, 2005

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1939 (1ª ed. original, 1934).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009 (2ª ed. original, 1960).

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LOSANO, Mário G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de filosofia: lições preliminares**. 8ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

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

REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Migalhas, 2014.

STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea: introdução crítica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos, volume 1**. Brasília: AXIS MVNDI IBET, 2003a.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos, volume 2**. Brasília: AXIS MVNDI IBET, 2003b.

WALTER, Robert. A Teoria Pura do Direito. In: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 35-63.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.