



KELSEN EM MOVIMENTO: A NORMA FUNDAMENTAL ENTRE A FICÇÃO JURÍDICA E A HIPÓTESE LÓGICO-TRANSCENDENTAL

Marco Volpini Micheli¹

RESUMO

O presente artigo objetiva apresentar os aspectos gerais da teoria de Hans Kelsen e a relevância da norma fundamental, concebida ora enquanto ficção jurídica, ora como hipótese lógico-transcendental. Empreendida a partir do método dedutivo, a pesquisa apoia-se na revisão da literatura sobre o tema, a qual permite que se faça um cotejo entre as teses do autor e as diversas interpretações dos seus estudiosos. Conclui-se que Kelsen revisitou sua teoria em diversos momentos de sua trajetória intelectual, divergindo quanto à natureza da sua norma fundamental.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Positivismo Jurídico. Hans Kelsen. Norma Fundamental.

1 INTRODUÇÃO

O pensamento de Hans Kelsen e a sua contribuição ao Direito são temas ainda intensamente discutidos nos trabalhos acadêmicos. Sua simbologia e importância no âmbito do Positivismo Jurídico, que já se consagrava como movimento relevante desde a segunda

¹ Doutorando e mestre em História Econômica pela Universidade de São Paulo. Graduado em História (FFLCH/USP) e em Direito (FD/UPM). Advogado, atuando no campo do Direito Econômico. Dedicou-se à pesquisa nas áreas de História Econômica do Brasil e História do Direito.

metade do século XIX, bem como a complexidade da teoria pura do direito são alguns dos fatores que exemplificam os desafios que a análise de sua obra enseja aos juristas.

Este trabalho se propõe, em primeiro lugar, a apresentar aspectos gerais de sua doutrina, enfocando a relevância da norma fundamental no contexto de sua filosofia do Direito. Além disso, objetiva discutir como o pensamento kelseniano se modificou ao longo dos anos, notadamente quanto ao aspecto da natureza da norma fundamental, seja concebida enquanto ficção jurídica – sob a influência das ideias de Vaihinger –, ou como hipótese lógico-transcendental, conceito de base neokantiana.

A metodologia utilizada se baseia na pesquisa bibliográfica, investigando-se os diversos autores que já trataram do assunto, e na própria leitura dos textos de Kelsen. Assim sendo, trata-se de procedimento teórico que reúne entendimentos sobre os temas aqui debatidos, sem prejuízo de se apresentarem as perspectivas do próprio autor.

Na primeira parte, são explanadas algumas das teses de Kelsen quanto à sua base teórica-metodológica, em especial ao que concerne ao objeto da ciência do direito; ao relativismo moral em sua doutrina; à diferenciação entre “ser e dever-ser”; e à pureza de sua teoria. Outrossim, expõe-se a teoria da hierarquia das normas, desenvolvida por seu aluno Adolf Merkel, a qual seria imprescindível para a formulação do seu próprio conceito de norma fundamental.

Já na segunda seção, foram tecidos alguns comentários a respeito das teorias de Hans Vaihinger, Immanuel Kant e Hermann Cohen, com o intuito de elucidar quais pensadores tiveram influência direta na doutrina de Kelsen, nomeadamente no desenvolvimento e nas mudanças quanto à natureza da teoria da norma fundamental.

No último tópico, são elucidados os princípios de validade da norma fundamental de Kelsen em momentos diversos, seja enquanto hipótese lógico-transcendental ou como ficção jurídica. Nessa esteira, apresentam-se trechos da carta enviada a Roberto Treves, em que fica evidente que a segunda hipótese foi anterior à primeira, o que vai de encontro ao que usualmente se indica na literatura sobre o tema.

2 HANS KELSEN E O DIREITO

Em linhas gerais, a base jurídico-metodológica de Hans Kelsen compõe-se de quatro teses. Em primeiro lugar, o direito positivo, e somente ele, é objeto da ciência do direito. Para Kelsen, “o objeto da ciência jurídica é o Direito”. Conforme elucidada Adrian Sgarbi, por sua

vez, em Clássicos de Teoria do Direito, na teoria pura do direito de Kelsen, a pureza se refere à teoria; não ao direito, porquanto este último é entendido como conjunto de normas e resultado da disputa política e da afirmação de valores.

Nesse âmbito, a ciência para Kelsen aparece como a atividade de apresentar um conhecimento que explique, de modo controlado, certo objeto. Portanto, para construir uma ciência do direito, analisa o “dever jurídico” (a norma é uma determinação de dever, que também está presente na moral.) (SGARBI, 2020, pp. 54 e ss). O direito é, então, sempre produzido pelo ser humano, pressupondo-se uma decisão humana – ou uma vontade – como necessária para o surgimento da norma jurídica.

Trata-se, então, de direta recusa a qualquer teoria jusnaturalista, em que haveria derivação do direito de um sistema moral: “ao contrário da teoria do direito metafísica e dualista, que reconhece um direito divino ou natural ao lado e acima do direito positivo, ela tem um caráter monista” (DIAS, 2010, p. 145). Kelsen diferencia, então, o conceito de norma jurídica e de proposição jurídica. Veja-se:

As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos (KELSEN, 2020, p. 80-81).

Para Kelsen, portanto, o objeto do direito são as normas jurídicas, consistindo estas últimas na determinação de conduta apoiada por uma medida coercitiva historicamente determinada e monopolizada pelo Estado. Já na lição de Adrian Sgarbi, o papel da ciência jurídica kelseniana é descrever as normas jurídicas seguindo o princípio da imputação, ou seja, apontado ao resultado do que o legislador relaciona por sua vontade e seus valores (SGARBI, 2020, p. 60-61).

O segundo elemento do projeto de Kelsen é o seu relativismo moral, vale dizer, a rejeição de se reconhecerem valores absolutos, o que necessariamente implica no

entendimento de que há diversos sistemas morais, cuja pluralidade está relacionada ao fato de serem “reflexo das concepções de mundo subjetivas divergentes”, sujeitas, por óbvio, a especificidades de ordem temporal, espacial e histórica (DIAS, 2010, p. 147).

Nesse sentido, o direito é objetivo, não havendo, em absoluto, correspondência entre o direito e a moral, de maneira que, na sua leitura, as proposições das normas jurídicas – objeto da ciência jurídica – consistem em uma descrição do seu objeto, sendo alheia a valores. Veja-se, ao reforçar a separação entre norma e conteúdo moral, Kelsen propõe que “esta descrição realiza-se sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional (...) As normas constitutivas do valor jurídico devem ser distinguidas das normas segundo as quais é valorada a constituição do Direito” (KELSEN, 2020, p. 89).

A terceira tese do positivismo jurídico kelseniano é a diferenciação entre o “ser e o dever-ser”. Segundo a qual, conforme esclarece Nogueira Dias, “é inútil esperar de Kelsen um esclarecimento detalhado da disjunção entre ser e dever-ser”. Ambas seriam determinações gerais do pensamento, cuja diferenciação de significado residiria na sua função. Cuida-se, logo, de categorias instrumentais:

O ser corresponde à abordagem epistemológica das ciências da natureza e se desenvolve no curso da aplicação da lei da causalidade. Trata-se de uma ciência explicativa (...) O dever-ser, por sua vez, refere-se ao ‘ponto de vista normativo’. Aqui a ciência assume a tarefa de identificar regras ou normas que prescrevem um comportamento (DIAS, 2010, p. 152-153).

É dizer: Kelsen, ao tratar do Direito como “ideologia”, afirma que a Teoria Pura do Direito concentra a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser; não a dirigindo para o querer ou para o representar das normas jurídicas, “mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos na medida em que são conteúdos de normas jurídicas” (KELSEN, 2020, p. 114). O quarto elemento do projeto de Kelsen é sua tese da pureza, cujo objeto é o conhecimento do direito ou o trabalho de conhecimento jurídico-científico em relação às normas produzidas num ordenamento jurídico. A ciência do direito “pura”, logo, assume caráter necessariamente descritivo e de alto grau de objetividade:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste

conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2020, p. 1).

Com respeito a essas matérias, cabem algumas considerações. No pensamento kelseniano, não há dever sem ser, o que implica no fato de que não cabe à ciência responder o que é justo ou conforme a justiça (SGARBI, 2020, pp. 73). A sua teoria pura do direito tem por encargo apresentar critérios objetivos visando à descrição das normas de determinada ordem jurídica, não se ocupando, assim, da avaliação moral ou da validade moral particular. Tarefa essa eminentemente de cunho político e que caberia a seus destinatários, não ao cientista do direito. A este último, cumpre oferecer o conhecimento seguro a respeito de seu objeto, quais sejam, as normas jurídicas, apontando quais são válidas e quais não (SGARBI, 2020, p. 72-77).

Conforme a análise de Sgarbi, para Kelsen, o jurista pode antecipar acontecimentos, prevendo o que é ou não aplicável ao caso concreto; descrições essas, conforme vimos, designadas como “proposições jurídicas”, sendo certo que o direito enquanto conjunto de normas difere de sua descrição. Assim sendo, “enquanto o direito estabelece uma relação de autoridade, a ciência jurídica firma uma relação de conhecimento”, sendo possível, portanto, a existência do primeiro sem a existência da segunda. (SGARBI, 2020, p. 72-77).

Expostas as quatro teses norteadoras do pensamento de Kelsen e os aspectos mais determinantes de seu pensamento, ocupa-se em retratar o problema da concepção estática e dinâmica do direito, a fim de que se possa compreender a sua teoria da hierarquia das normas, tema sobre o qual dedica-se especial atenção ao longo das páginas seguintes.

Assim, no início de sua obra Kelsen afasta o processo de elaboração das normas do objeto a ser considerado para fins de uma teoria geral do direito, “não enxergando o ordenamento jurídico a ser apreendido de modo jurídico-científico como um ordenamento normativo em produção contínua”. Portanto, nos primeiros trabalhos de Kelsen, o direito ainda não é considerado como algo dinâmico, sobressaindo-se seu aspecto estático (DIAS, 2010, p. 165). Dessa forma, o contato com a teoria da hierarquia das normas, desenvolvida por um aluno seu, Adolf Julius Merkl, veio a alterar substancialmente aquele aspecto e os rumos de sua teoria jurídica. Merkl, ao refutar a concepção meramente estática do direito, defendia que:

A norma jurídica sempre toma a direção que o operador do direito lhe dá, que em última instância não é o legislador que fixa o direito, mas o operador do direito (...) Isso a lei não precisa declarar explicitamente, isso reside na sua essência, essa suprema força jurídica peculiar que pertence ao conceito do direito e que, portanto, precisa ter seu lugar em alguma parte do sistema jurídico compete ao operador do direito como servidor da lei porque ela falta necessariamente ao seu senhor, à lei. Na natureza da lei como norma geral abstrata que, para não ser na prática um nada, requer uma complementação por meio da ação concretizadora e individualizadora do operador do direito e, além dessa função da aplicação do direito, também é imperfeita e só com aquela forma um todo (MERKL, Adolf Julius. Die Verordnungsgewalt im Kriege. In: AJM-GS, Bd.II/1, S. 3ff, 1915 apud DIAS, 2010, p. 207, nota de rodapé 34).

Em outros termos, o que Merkl frisava era o fato de que o operador do direito também é um colocador de normas, de forma que a “a afirmação veiculada pela visão estática do direito de que a lei seria a única fonte do direito no ordenamento jurídico pode ser julgada, em princípio, insuficiente para apreender a estrutura do ordenamento jurídico” (DIAS, 2010, p. 208).

Nessa esteira, cada etapa da aplicação do direito comportaria uma “face dupla”: um ato condicionado – na medida em que o ato de aplicação do direito dependeria da norma abstrata de nível imediatamente superior a ser aplicada a fim de produzir o direito em outro nível de concretização jurídica; sendo a Constituição não condicionada por outra norma e, por conseguinte, detentora da função estática que possibilitaria a dinâmica dos atos de criação de direito – e condicionante – na medida em que a norma promulgada condiciona a criação de outra, mais concreta e de nível inferior (DIAS, 2010, p. 209-210).

A partir dessas proposições, Kelsen empreendeu verdadeira jornada rumo à sofisticação de sua teoria jurídica, a partir da formação da sua própria concepção da norma fundamental. Em face disso, a fim de que possam ser discutidos os seus princípios de validade; bem como para que seja oportunizada a análise de como a sua teoria se transfigurou ao longo dos anos, faz-se necessário que seja delimitado, ainda que de forma breve, sobre os principais nomes – ou pelo menos, alguns deles – que exerceram direta influência sobre a formação desse jurista.

3 AS INFLUÊNCIAS NO PENSAMENTO KELSENIANO: ALGUNS ASPECTOS DAS TEORIAS DE VAHINGER, KANT E COHEN

A teoria jurídica de Hans Kelsen está longe de ter consistido em construção invariável e harmônica ao longo de sua vida intelectual. Com efeito, a flexibilização de algumas de suas proposições e a inconstância de alguns de seus conceitos foram comuns em sua trajetória intelectual, marcada por variadas influências teóricas e filosóficas. Tal característica motivou Stanley Paulson a sugerir que o desenvolvimento de sua teoria apresenta três fases (cf. PAULSON, 1998; CONSANI, 2016, p. 137-138).

A primeira (1911-1921), denominada “construtivismo crítico”, caracteriza-se pela afirmação da ciência jurídica como disciplina normativa e pela construção dos conceitos fundamentais do direito. Nessa fase, segundo a leitura de Cristina Consani sobre a periodização proposta por Paulson, a ascendência kantiana sobre Kelsen manifesta-se na purificação de conceitos centrais da ciência jurídica.

Já o segundo período, compreendido entre 1921 e 1960, consiste na “fase clássica”, em que Kelsen publica a primeira edição da Teoria Pura do Direito (1934). Nela os argumentos neokantianos são invocados como meio para resolver o problema da normatividade. Nesse momento, haveria um predomínio mais latente da influência empirista e da lógica formal aplicada ao direito.

Na terceira fase, entre 1960 e 1973, Kelsen abandona as doutrinas kantianas familiares à fase clássica, levando à publicação da segunda edição da Teoria Pura do Direito (1960) e dos textos postumamente publicados sob o título Teoria Geral das Normas (cf. PAULSON, 1998; CONSANI, 2016, p. 137-138).

No intuito de elucidar essa divisão, expõe-se alguns dos principais pensadores que ingeriram o pensamento kelseniano, nomeadamente quanto ao refinamento da concepção da norma fundamental, sem que haja qualquer pretensão de explanar suas ideias exaustivamente ou adentrar a uma análise mais minuciosa, objetivos esses que não cabem no presente trabalho.

2.1. HANS VAIHINGER

Em breve resumo, Vaihinger defende a presença das ficções como elementos fundamentais, a partir da ideia de que nosso conhecimento seria pautado pelo uso da ficção, à medida em que temos de fazer como se a realidade empírica correspondesse a nossos modelos de conhecimento, criando, desse modo, figuras idealizadas às quais não teríamos acesso imediato (SIEVERS, 2016).

A ficção, então, seria entendida como “criação consciente, artifício útil, prático e necessário, que opera a serviço de determinada finalidade”, consistindo o pensamento em meio para um fim específico, qual seja, o da vontade.

Conforme entendimento de Egle Pereira da Silva (2014, p. 1) em artigo sobre o conceito de ficção jurídica na filosofia de Vaihinger, não se trata da vontade de verdade, mas dá vontade de aparência; ilusão; engano; dever e mudança, vale dizer, na própria linguagem do filósofo, “vontade de vida”. A ficção, então, não mais deveria ser lamentada, negada e combatida; ao contrário, ela seria “valiosa, positiva e intencionalmente operada, e não se limita à literatura: as ciências, em especial, as exatas, trabalham com ela para descrever o real”.

Nesse diapasão, Francisco de Assis e Silva elucida que:

O Como Se vai ser utilizado de forma constante ou na forma de método da ficção em várias ciências, como o mesmo objetivo do pensamento, qual seja, o de criar uma solução final ao problema ou um ponto de partida para o movimento de solução. Ou desconhecemos algo e queremos a partir de algo iniciar a busca, e então partimos Como Se tal situação fosse assim. Ou, então, já conhecemos algo e não sabemos como lidar com isso e de forma consciente criamos uma realidade, para que a partir dela seja possível lidarmos com aquilo que de maneira cotidiana seria insolúvel (...) (grifos nossos)(SILVA, 2011, p. 164).

O sistema do direito positivo, ainda segundo Assis e Silva, depara-se com situações não previstas nesse sistema e lança mão de “métodos ficcionais para resolver problemas ou para um tipo de realidade de movimento chamada por alguns de realidade institucional, que somente é possível após o evento ficcional” (SILVA, 2011, p. 167).

Portanto, em Vaihinger, a ficção difere da hipótese na medida em que a primeira estaria acompanhada de uma advertência de que a realidade não se confirma, vale dizer, “há a consciência clara e inequívoca de que o conseqüente da partícula como se não é real e que por servir como uma operação do pensamento não tem a pretensão de alcançar a realidade, mas sim um fim” (SANTOS, p. 14).

Em suma, a ficção se trata de um descompromisso com o real (desvio arbitrário da realidade), possuindo aplicação provisória (os conceitos contraditórios existem para serem eliminados). Ainda, existe nela um compromisso ficcional (os interlocutores da mensagem sabem que aquele determinado ente não o é) e a expressão de uma relação à determinada finalidade.

2.2 IMMANUEL KANT

Em sua teoria do conhecimento, Kant indaga o que efetivamente pode ser conhecido de forma legítima e qual tipo de conhecimento não tem fundamento plausível, almejando superar o racionalismo e o empirismo, verdades explicativas que não lhe satisfaziam.

A primeira porque refuta que “tudo quanto pensamos vem de nós mesmos”; a segunda, pois não considerava correto que “tudo o que conhecemos vem dos sentidos”. Kant, assim, entendia que a “matéria” do conhecimento são as coisas, enquanto a “forma” são as pessoas, e que não há conhecimento possível sem o uso de certos conceitos básicos, as categorias, colocadas pelo próprio sujeito, não pela experiência (SGARBI, 2020, p. 69-70). Quanto à última, contudo, não seria permitido conhecê-la em si, haja vista que a sociedade participa da construção do conhecimento efetivamente.

Em seus dizeres:

Até hoje admitia-se que nosso conhecimento se devia regular pelos objetos; porém, todas as tentativas para descobrir, mediante conceitos, algo que ampliasse nosso conhecimento malogravam-se com esse pressuposto. Tentemos, pois, uma vez, experimentar se não se resolverão melhor as tarefas da metafísica, admitindo que os objetos se deveriam regular pelo nosso conhecimento (KANT, 1997).

Na teoria de conhecimento de Kant, conforme expõe Sgarbi, “o sujeito que conhece um objeto participa da construção desse conhecimento através das categorias que utiliza”. Assim, o que lhe seria anterior a toda a experiência, ou, ainda, “o ponto de vista que considera as condições de possibilidade de todo o conhecimento” relaciona-se, em sua concepção, ao transcendental.

Nesse sentido, a forma de pensar edificada a partir de estruturas que não dependem da experiência e que fiquem restritas ao que se é efetivamente possível conhecer consistirá na “lógica-transcendental” (SGARBI, 2020, p. 70).

Quando se desenvolve a relação com o Direito, esbarra-se a questão da possibilidade de determinação da liberdade em relação aos outros, discutida em sua Crítica, fundando-se o conceito de direito na lei moral, isto é, na estrutura transcendental das faculdades espirituais. Assim sendo, uma modalidade particular da conduta prática seria considerada válida se a

liberdade de um pudesse existir de forma concomitante à liberdade dos outros, todas baseadas na lei universal (imperativo categórico) (MILOVIC, 2006, p. 500).

Nessa esteira, a Doutrina do Direito Kantiana abarca tanto o direito natural quanto o direito positivo, sendo possível vislumbrar-se, inclusive, a vinculação e até mesmo a submissão do direito positivo ao direito natural. Conforme aclara Consani (2016, p. 135):

É este o sentido desta célebre passagem na qual Kant afirma que “[u]ma doutrina do Direito meramente empírica é (tal como a cabeça de madeira da fábula de Fedro) uma cabeça que pode ser bela, mas que, lamentavelmente, não tem cérebro” (KANT, 2005, p. 42). Em outras palavras, o direito positivo retira seu conteúdo do direito natural, isto é, o direito positivo ou empírico tem suas fontes nos “juízos da mera razão” (KANT, 2005, p. 42) ou no direito natural, o qual é definido por Kant como “o Direito cognoscível a priori pela razão de qualquer pessoa” (KANT, 2005, p. 153). Deste modo, o direito natural deve ser pensado como uma lei da razão, como algo que deriva do princípio supremo da doutrina moral e não como um mandamento divino ou da natureza.

Em síntese, a filosofia do direito de Kant parece afirmar “a favor do não-positivismo, ou, mais especificamente, de um não-positivismo superinclusivo”, como sugerem Stobbe e Trevisan. Porquanto se preserva a coerência do pensamento kantiano em relação ao direito, com a ponderação de seus elementos de idealidade e positividade: “o direito positivo real, faticamente existente, é, se injusto, juridicamente vicioso, sem, todavia, que perca sua validade por essa circunstância” (STOBBE, 2018, p. 374). Distante, dessa forma, da teoria de Kelsen, que viria a elaborar a inter-relação entre o papel da norma e a lógica transcendental *kantiana*, transmutando-a em favor de sua teoria jurídica.

2.3 HERMANN COHEN

A interpretação kantiana de Hermann Cohen (1842-1918), desenvolvida no âmbito da escola de Malburgo, também fornece importantes subsídios para a compreensão do pensamento de Kelsen, ao menos no que se refere à sua reflexão epistemológica, não cabendo, portanto, a explanação de sua filosofia prática, impregnada de metafísica (COSTA MATOS, 2011; EDEL, 2007, p. 200).

Com efeito, conforme analisa Céline Clément (2016, p. 13), em Leituras do Kantismo - Cohen e Heidegger, perspectivas antagônicas sobre a Estética e a Analítica, Cohen

propõe um retorno ao texto kantiano em detrimento da retomada do próprio Kant. Para tanto, seleciona os elementos do texto que, segundo ele, dariam lugar a interpretações errôneas, como, por exemplo, no método transcendental. Ocasão em que tenta esclarecer erros de leitura objetivando reconhecer ao kantismo importância a fim de “entender as ciências da sua época e manter um papel para a filosofia num contexto onde as ciências exatas eram dominantes”.

A sofisticação das proposições kantianas, aqui entendidas tão somente enquanto referências norteadoras da filosofia de Cohen, teriam levado o último a concluir que Kant teria negado a possibilidade de qualquer esclarecimento objetivo da realidade, já que, nos dizeres de Costa Matos (2011, p. 56):

Segundo Cohen, ao fazer todo conhecimento depender das intuições puras de espaço e tempo e com isso fundar a dicotomia que separa a coisa em si incognoscível (*noumenon*) e a coisa percebida pelo sujeito (fenômeno), *Kant teria negado a possibilidade de qualquer cognição objetiva da realidade. É contra tal conclusão que se ergue o pensamento de Cohen.* Para além das intuições de espaço e tempo e de todo o aparato cognitivo descrito por Kant – que seriam objetos da Psicologia e da Neurofisiologia, jamais da Filosofia –, *Cohen anseia demonstrar como é possível validar de forma objetiva juízos científicos* (EDEL, 2007: 205-206). Para tanto, ele lança mão do conceito platônico de hipótese, que nada tem a ver com a noção moderna segundo a qual uma hipótese seria um tipo de verdade prévia e provisória a ser testada e validada no campo empírico mediante a experimentação. Para Platão e Cohen, *as hipóteses científicas são imunes à testagem empírica, refletindo, tal e qual as definições e os axiomas matemáticos, certas pressuposições necessárias a todo e qualquer juízo ulterior.* (grifos nossos)

Nesse contexto, Cohen alega que as hipóteses não apresentariam natureza metafísica, estando sempre sujeitas à modificação. Vale dizer, não se trataria de pressupostos incondicionais, mas “de produtos do pensamento que servem como fundamento para a compreensão científica”.

Assim, conforme esclarece Costa Matos, ao questionar-se sobre o que torna possível ou estabelece o mais alto princípio científico, Cohen responderia: “nada a não ser ele mesmo”, não podendo haver, assim, autoridade superior ao mais alto princípio, argumento esse utilizado por Kelsen, como será exposto (COSTA MATOS, 2011, p. 56).

No que concerne ao argumento transcendental kantiano, que aqui interessa sobretudo, interessante esclarecer que o neokantismo – de Cohen – não orientou pelo mesmo

sentido de seu precursor. Malgrado o conceito filosófico seja, em linhas gerais, equivalente, o conceito-chave aos neokantianos de Marburgo, qual seja, o de método transcendental, nunca fora usado por Kant, se lhes atribuindo o mérito exclusivo pela inovação teórica (AMARAL, 2020, p. 111). Tal controvérsia é fundamental quando se explora a teoria de Kelsen, em especial a sua norma fundamental, como assinala Paulson (2013, p. 52):

Os problemas de atribuir a Kelsen um argumento transcendental kantiano ou neokantiano não param por aqui. Pois parece, no final, que Kelsen está oscilando entre o argumento transcendental de Kant e o argumento desenvolvido em nome de um “método transcendental” pelos neokantianos de Marburg, mais notavelmente Hermann Cohen. [tradução livre]

O debate a respeito do ferramental kelseniano ter sido em maior medida vinculado ao kantismo ou ao neokantismo. Discussão essa vastamente explorada na literatura, remonta essencialmente à necessidade de análise da própria elaboração de Kelsen quanto à sua ideia da norma fundamental, o que se fará a seguir.

4 OS PRINCÍPIOS DE VALIDADE DA NORMA FUNDAMENTAL: HIPÓTESE LÓGICO-TRANSCENDENTAL OU FICÇÃO JURÍDICA?

A proposta de divisão das etapas do pensamento de Kelsen apresentada por Paulson sugere que, em seus primeiros escritos e durante a “fase clássica”, os argumentos kantianos e neokantianos seriam invocados como tese central do problema normativo, predominando o uso da lógica formal aplicada ao direito, ao passo que, no momento final de sua produção, a partir de 1960, o jurista teria abandonado tais doutrinas em detrimento de um ceticismo caracterizado pela adoção de outros fundamentos teóricos.

Nesse âmbito, a teoria da produção escalonada de normas não surge desde cedo na obra de Kelsen, como ressaltado anteriormente. Em Problemas Fundamentais do Direito Público, havia tão somente uma “teoria plana” do direito, na qual Kelsen identifica a lei ao direito, concebendo a sua totalidade enquanto conjunto de normas legislativas (SGARBI, 2020, p. 64). A mudança paradigmática deu-se, em grande medida, graças à contribuição de seu aluno Merkl, o que se refletiu na Teoria Geral do Estado (1925) e na primeira versão da

Teoria Pura do Direito (1934), obras em que as normas aparecem já hierarquizadas, distinguidas entre superiores e inferiores.

Veja-se, a teoria da norma fundamental nasce, portanto, intrinsecamente ligada à ideia de escalonamento da ordem jurídica, consoante questionamentos apresentados pelo próprio Kelsen: “Se o Direito é concebido como uma ordem normativa (...) surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas? (...) Por que é que uma norma vale? O que é que constitui o seu fundamento de validade?” (KELSEN, 2020, p. 215).

A resposta por ele fornecida reside na concepção da norma fundamental. Nos ensinamentos de Sgarbi (2020, pp. 66-67), que interpreta Kelsen e sumariza o problema:

Se uma norma jurídica somente obtém o *status* de norma jurídica a partir de uma outra norma jurídica, é preciso admitir que deva haver uma outra norma que fundamenta a constituição. Neste passo, a constituição *considerada pode ter sido introduzida mediante uma lei com base em uma constituição anterior* (...). Desta forma, a validade pode ser rastreada até alcançar-se a constituição histórica primeira (...) normalmente marcada por um ato de independência de um Estado (...) No entanto, neste final do caminho, é possível, outra vez, *questionar qual o fundamento de validade desta constituição histórica primeira* (...) Essa busca sem fim constitui o que se pode designar de “problema da fundamentação normativa” (...) *É exatamente para fornecer resposta a esse regresso provocado pela necessidade de se indicar, sempre, a “norma validamente superior”, que Kelsen elabora a “teoria da norma fundamental”* (destaques nossos)

À vista disso, Kelsen, baseado no arcabouço teórico proposto por Merkl e Alfred Vedross, ressaltou o próprio conceito da norma hipotética fundamental, sofisticando as proposições anteriores. Nas edições de Teoria Pura do Direito de 1934 e 1953, reforçou o caráter formal e dinâmico da norma, atribuindo-lhe “o papel de uma hipótese básica. Partindo do suposto de que esta norma é válida, também resulta válido o ordenamento jurídico que lhe está subordinado”. Todavia, apenas na edição de 1960, Kelsen apresenta sua tese mais detalhadamente:

A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. 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 e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo (...) Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base

nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. *Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito Positivo.* (grifos nossos) (KELSEN, 2020, p. 224-225)

Em sequência, evidencia a natureza lógico-transcendental da norma fundamental:

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição *pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar per analogiam um conceito da teoria do conhecimento de Kant – ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação.* Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a 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 (teórico-gnosiológica) 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.* A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo. (grifos nossos) (KELSEN, 2020, p. 224-225)

Trata-se, portanto, da norma fundamental enquanto a suposição necessária para se organizar o “olhar do observador de um determinado conjunto normativo”, leitura essa se torna passível de efetivação por meio das lentes do neokantismo, que preconiza justamente a negação da metafísica e a redução da filosofia à teoria do conhecimento (CONSANI, 2016, p. 127).

Dito isso, o que se busca, segundo Consani, na segunda edição da Teoria Pura do Direito, é a apresentação da norma fundamental como um “pressuposto lógico-transcendental” que, por analogia à teoria do conhecimento (neo)kantiana, se utiliza do método transcendental como condição de possibilidade do direito. Nesse sentido, ela assume

o sentido de uma “constituição lógico-jurídica” em detrimento de um viés histórico ou positivo-jurídico. Não haveria, portanto, na teoria kelseniana, outro conteúdo na norma fundamental que não fosse a instituição de um fato produtor de normas (CONSANI, 2016, p. 145).

Nesse espaço, ao assumir o caráter da norma fundamental enquanto pressuposto para a representação da validade jurídica, embasando-se na sua condição lógico-transcendental, Kelsen propõe que ela seria desprovida de conteúdo e apenas imaginada, impedindo qualquer função ética ou política. Nos dizeres de Nogueira Dias ela corresponde ao “conteúdo de um ato de pensamento cuja tarefa é dar ao jurista condições de poder interpretar o sentido subjetivo da hipótese normativa de um sistema normativo como seu sentido objetivo, i.e. como norma válida de um ordenamento jurídico” (DIAS, 2010, p. 246-247).

Ademais, o jurista destaca, no que tange a essa problemática, que a norma fundamental de Kelsen pode ser compreendida, guardadas as devidas proporções, como espécie de “conceito puro da razão” ou mesmo de “categoria”, enquanto instituto do jargão kantiano, que, “na qualidade de pura forma do pensamento, tem somente a tarefa de transformar certas ideias em conhecimento (...) com a ajuda desta última [norma fundamental] o objeto da ciência do direito, i.e. as normas jurídicas ou (...) as normas jurídicas válidas, torna-se enfim possível ou conhecido” (DIAS, 2010, p. 248).

Em apertada síntese do argumento de Kelsen, pode-se reconstruir seu pensamento, com enfoque na leitura empreendida por Paulson, da seguinte forma: (i) as normas legais, juntas representam um sistema jurídico, sendo objetivamente válidas (dadas); (ii) a validade objetiva dessas normas jurídicas só é possível se a norma fundamental (básica) for pressuposta (premissa transcendental; (iii) portanto, a norma básica é pressuposta (conclusão transcendental) (PAULSON, 2013, pp. 60-61). A norma fundamental deve, sob esse prisma, ser concebida enquanto *fundamento*; nunca *conteúdo* da validade das normas de determinado ordenamento jurídico (DIAS, 2010, p. 252).

Sua natureza, contudo, é objeto de divergência entre seus estudiosos, haja vista o próprio autor ter apresentado diferentes definições ao longo do desenvolvimento de sua trajetória, sobretudo na sua terceira fase (“fase cética”), segundo a já exposta classificação de Paulson. Vejamos o porquê.

Em Teoria Geral das Normas, obra póstuma, reuniram-se diversos escritos de Kelsen, em que ele se apoiava na filosofia do “Como-Se” de Hans Vaihinger, preterindo o argumento transcendental. Nesses textos, Kelsen conceituava a natureza da norma fundamental como

uma ficção, “caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si” (KELSEN, 1986, p. 328).

A diferença fulcral entre hipótese e ficção reside no fato de que a hipótese deve ser comprovada e assumida como premissa verdadeira tão somente se descrever a realidade fidedignamente, evitando que o conhecimento científico seja contraditório ou auto excludente. A ficção, por sua vez, suporta a coexistência com as contradições, visto que não tem por finalidade descrever a realidade objetivamente, mas lidar com ela de maneira a fundar uma visão imaginada da própria realidade (CONSANI, 2016, p. 146).

Na obra póstuma publicada, pode-se identificar a concepção, segundo o próprio Kelsen, de que a norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas não seria positiva, mas “meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado”. Como tal, ela seria uma pura ou verdadeira ficção no sentido da vaihingeriana filosofia do “Como-Se”, ou seja, ela não somente contraria a realidade, como também seria contraditória em si mesma. Nessa esteira, deslinda Kelsen:

Pois a suposição de uma norma fundamental – como porventura a norma fundamental de uma ordem : «Deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, como determina historicamente a primeira Constituição » - não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade ; ela também é contraditória em si mesma ; porque descreve a conferição de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade – com certeza apenas fictícia – que está mais acima dessa autoridade. (...) Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei -, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde à realidade (KELSEN, 1986, pp. 328-329).

Mas de que forma a norma se torna uma ficção na evolução de seu pensamento, ou seja, em que medida a estrutura de validade fixada por Kelsen diverge daquela defendida na fase clássica? Segundo Nogueira Dias, há duas razões.

A uma, em 1963, Kelsen recorre à afirmação, já verificada desde 1941, ainda que sem desenvolvimento, segundo a qual seria possível pressupor a norma fundamental, mas não obrigatoriamente. Kelsen, nesse sentido, desistiria da possibilidade de fundamentação da

norma na teoria kantiana, admitindo que não haveria razão obrigatória para conceber o objeto do seu modo jurídico-científico (DIAS, 2010, p. 296-297).

A duas, ainda conforme explica Dias, porquanto tal concessão é “simplesmente impensável” no contexto da filosofia transcendental de Kant, na medida em que tal corrente não toleraria a tese segundo a qual existiriam diferentes opções para o conhecimento do mesmo objeto.

Kelsen, assim, ao ainda refutar a fundamentação do conhecimento e da validade do direito recorrendo à metafísica, adota a “solução” que a teoria de Vaihinger lhe apresenta, veja-se:

*A norma fundamental pode ser, mas não tem que ser pressuposta. O que a ética e a ciência do direito dizem sobre ela é que somente se ela for pressuposta o sentido subjetivo dos atos de vontade dirigidos ao comportamento de outrem pode ser interpretado também como seu sentido objetivo e o conteúdo dos mesmos pode ser interpretado como normas morais ou jurídicas vinculantes. Como essa interpretação é condicionada pelo pressuposto da norma fundamental, é necessário admitir que os preceitos de dever-ser só podem ser interpretados nesse sentido condicionado como normas morais ou jurídicas objetivamente válidas. Contra a hipótese de uma norma não promulgada por um ato de vontade real mas apenas pressuposta no pensamento jurídico pode-se afirmar que uma norma só pode ser o sentido de um ato de vontade, não de um ato de pensamento (...). Só se pode enfrentar tal objeção admitindo-se que, com a norma fundamental pensada, também se deve pensar numa autoridade imaginária cujo ato de vontade fictício tem por sentido a norma fundamental (KELSEN, *Die Funktion der Verfassung*, 1964, p. 1977 *apud* DIAS, 2010, pp. 299-300).*

Ademais, a partir da premissa de se admitir a norma pensada e, por decorrência, uma autoridade dotada de ato de vontade imaginário, Kelsen propõe que a esse ponto a norma fundamental se tornaria uma ficção autêntica no sentido da filosofia de Vaihinger: “Com essa ficção a hipótese da norma fundamental entra em contradição com a hipótese de que a Constituição, cuja validade se baseia na norma fundamental, é o sentido do ato de vontade de uma autoridade suprema acima da qual não existe autoridade” (KELSEN, *Die Funktion der Verfassung*, 1964, p. 1977 citado por DIAS, 2010, pp. 299-300). Na leitura de Dias (2010, p. 300):

*Com o estatuto de uma “ficção autêntica” a norma fundamental deve ser encarada, doravante, como um recurso mental do qual nos servimos quando não é possível alcançar o objetivo do pensamento com o material real existente. Ela não exige para si mesma um caráter de realidade, muito pelo contrário (...) porque efetivamente não foi *posta* e por isso não existe empiricamente e (...) representa a autorização de uma autoridade jurídica suprema e por isso parte de uma autoridade posicionada ainda acima desta última e que só pode ser fictícia. (grifos nossos)*

A esse ponto, pode-se indagar: o que justificou o abandono das próprias teses de natureza transcendental como fundamento de validade da norma em detrimento do conceito fictício? Tal assunto, como mencionado, foi amplamente abordado pela literatura, pelo próprio fato de seu projeto teórico ter apresentado múltiplas facetas ao longo dos anos. Cientes da impossibilidade de se dirimir tal impasse, acredita-se ser fundamental apresentar ao leitor a carta de Kelsen, enviada a Renato Treves, em 1933 (TREVES, 1987, p. 327-355).

Em seu texto de apresentação da carta que lhe fora escrita meio século antes, Treves reforça sua importância e simbologia:

Estou publicando aqui a tradução francesa de uma carta que Hans Kelsen me enviou em 3 de agosto de 1933. Mais precisamente, é sua resposta à carta que lhe enviei em 25 de julho, uma cópia da qual, infelizmente, não guardei. Nesta carta eu o informei sobre meus planos para dois projetos de pesquisa: por um lado, um estudo de sua doutrina e, por outro, um estudo geral do Neo-Kantianismo (...) A carta de Kelsen é interessante não só por seu conteúdo, mas também por seu significado “histórico”. É, talvez, a última ou uma das últimas cartas escritas por Kelsen antes de deixar a Alemanha, na qual ele observa que “se considerarmos a obra de Kant como representativa da verdadeira filosofia alemã, a Teoria Pura do Direito é a mais alemã de todas as filosofias do direito desenvolvidas na Alemanha desde a época de Kant” e, ao dizer isto, ele se dirige “a todos aqueles que, na atmosfera pestilenta destes dias, se contentam em combater a Teoria Pura do Direito, afirmando que ela é antialemã sem tentar entendê-la” (...) Para Kelsen, por outro lado, o direito nada mais é do que um conceito, ou melhor, um conjunto de conceitos intelectuais puros que são produzidos por uma atividade cognitiva que cria uma lei reduzida a um conjunto de proposições legais, que constituem a ciência do direito (TREVES, 1987, p. 328-329).

Sobre a influência kantiana e do neokantismo, Kelsen destaca, na carta, a relação entre a sua teoria pura e essas doutrinas, asseverando, de forma enfática, que é “absolutamente verdade que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito repousa na filosofia kantiana

ou, mais precisamente, na interpretação coheniana de sua filosofia”. Em sequência, descreve esse liame:

O fato de que, como Cohen, eu entendi a Teoria da Razão Pura como uma teoria da experiência, é certamente de importância capital em relação à minha tentativa de aplicar o método transcendental à teoria do direito positivo. Se, por lei positiva, queremos dizer lei empírica, ou lei na experiência, ou novamente, com Sander, experiência jurídica, *então a Teoria Pura do Direito é certamente empírica*. Esse empirismo tem o mesmo significado que encontramos na filosofia transcendental de Kant. *Assim como a filosofia transcendental de Kant se opõe à metafísica, a Teoria Pura do Direito se opõe à lei natural, sendo esta última o correspondente exato, no domínio da realidade social, em geral, e do direito positivo, em particular, a metafísica*. Na medida em que a Teoria Pura do Direito tentou, de uma forma completamente nova, apresentar a filosofia de Kant como uma teoria do direito positivo (ao contrário de Stammler, ainda intimamente ligada à teoria do direito natural), *ela foi, em certo sentido, além do pensamento de Kant que, em sua doutrina da lei, abandonou o método transcendental*. No entanto, deve-se notar que a Teoria Pura do Direito administra a herança espiritual de Kant tão fielmente quanto possível. A Teoria Pura do Direito tornou a filosofia de Kant muito mais fértil para o direito; contribuiu para seu aperfeiçoamento sem aderir totalmente à filosofia kantiana do direito. (TREVES, 1987, p. 334). (grifos nossos)

Kelsen, em seus escritos, evidencia como concebe a filosofia kantiana em oposição à metafísica, estabelecendo, portanto, a exata contraposição entre sua teoria pura e o direito natural. A subsunção da doutrina de Kant ao direito corresponderia, em seu entendimento, precisamente no arcabouço teórico oferecido pela sua teoria. Ao criticar a limitação do alcance kantiano no campo do Direito, estende sua análise à filosofia de Cohen e sugere que o primeiro teria seguido “um metafísico” na seara das teorias sociais.

A Teoria Pura do Direito difere da filosofia do Direito de Cohen porque, nesta área, ele não foi capaz de superar a doutrina do direito natural. Ele negligenciou o direito positivo, bem como sua importância para a ciência do direito. Cohen não teve a coragem de seguir a filosofia transcendental de Kant até o fim e aplicá-la à realidade social, a um sistema de normas sociais bem definidas, por exemplo, a um Estado, ao direito positivo ou ao direito moral dominante. O próprio Kant, para dizer a verdade, não foi consistente o suficiente quando estendeu seu pensamento transcendental ao estudo do Estado, da lei, da moral e das teorias sociais. Nessas áreas, ele permaneceu um metafísico. Por outro lado, seu domínio espiritual foi

muito marcante no campo do conhecimento natural (Natur Erkenntnislehre). O fundamento kantiano da Teoria Pura do Direito pode ser contestado por aqueles que reconhecem a ética kantiana apenas como a única filosofia genuína de Kant (TREVES, 1987, p. 335). (Grifos nossos)

É, todavia, no trecho abaixo transcrito que reside um dos mais curiosos aspectos desse documento. Kelsen alega que a teoria da norma se originou na filosofia de Vaihinger e que, àquele momento, desiluiu-se com a teoria da ficção em detrimento do método de Cohen, sugerindo, como argumento probatório, que o fato de a norma subsistir enquanto pressuposto de validade do ato jurídico indicaria necessariamente seu enquadramento na lógica transcendental:

Mesmo que em certo sentido seja correto afirmar que a teoria da norma fundamental tem sua origem no princípio da economia do pensamento de Mach e na teoria da ficção de Vaihinger, prefiro desistir, após muitos mal-entendidos, de ser inspirado por esses dois autores. O resultado final é que a teoria da norma fundamental deriva inteiramente do método de hipótese desenvolvido por Cohen. A norma fundamental responde à seguinte questão: qual o pressuposto que permite sustentar que qualquer ato jurídico pode ser qualificado como tal, ou seja, definido como um ato que serve de base ao estabelecimento da norma - bem como à sua execução. Esta questão se encaixa completamente no espírito da lógica transcendental. (TREVES, 1987, p. 335). (Grifo nosso)

Ora, como seria possível Kelsen, em 1933, afirmar ter abandonado a concepção da norma enquanto ficção, se a literatura especializada, a exemplo da periodização de Paulson, propõe que a evolução de sua teoria se deu em sentido contrário? Não há, seguramente, resposta objetiva a tal questão. Parece pertinente assumir que o fato de a evolução cronológico-conceitual da natureza da norma fundamental não ser clara contribui para que um dos pontos mais controversos do normativismo jurídico esteja precisamente na definição da sua natureza (COSTA MATOS, 2011, p. 50).

A despeito disso, o que aqui se propõe é que Kelsen aparenta ter revisitado sua própria teoria por diversas ocasiões no decurso de sua vida intelectual. Outrossim, é relevante salientar que a Teoria Geral das Normas foi publicada em 1979 – seis anos, portanto, após a morte do autor –, reunindo numerosos textos não plenamente datados e cuja ordem nem mesmo foi tida como certa pelos editores.

Enquanto ficção jurídica ou hipótese lógico-transcendental – sendo certo que parece corresponder ao pensamento final kelseniano a última concepção –, a norma fundamental permitiu a Kelsen levar a tese positivista jurídica da esfera da facticidade ao da normatividade sem recorrer a qualquer fundamento de natureza metafísica. Afastando-se, por conseguinte, do Direito Natural, o mecanismo da norma consagrava a separação entre o direito e a moral, já que desprovida de conteúdo e cujo fundamento de validade não era um fato.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme buscou-se demonstrar, a ascensão do Positivismo de Hans Kelsen deu-se em meio a um processo intelectual que remonta ao século XIX, quando se iniciaram os questionamentos e a relativização dos pressupostos do Direito Natural, nomeadamente quanto às suas leis máximas e universalmente comuns.

Não obstante a ampla difusão da filosofia e da teoria pura de Kelsen até os dias atuais, pôde-se constatar que o próprio autor revisitou sua teoria em diversos momentos de sua trajetória intelectual, de forma que para se compreender efetivamente sua doutrina, é necessário que se leve em conta a conjuntura de sua produção e o período em que se insere determinada categoria kelseniana.

Nesse contexto, a norma fundamental, um dos principais temas discutidos quando se trata de sua doutrina, desponta como exemplo claro da dinamicidade da teoria de Kelsen, que, ora concebeu aquela enquanto uma ficção jurídica, ora como hipótese lógico-transcendental. De mais a mais, inobstante apresentem-se debates intensos e ainda recorrentes, acerca da evolução de seu pensamento, parece mais relevante destacar que, seja qual for a natureza da norma fundamental, ela definitivamente permitiu a Kelsen levar a tese positivista da esfera da facticidade ao da normatividade sem empregar argumentos metafísicos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Lucas Alessandro Duarte. Método transcendental: do legado kantiano à filosofia juvenil de Ernst Cassirer no contexto da Escola (neokantiana) de Marburgo”. In: **Kant e-Prints**, [S. l.], v. 14, n. 3, p. 93–118, 2020.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo.

Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo, Rio de Janeiro: Ed. Unisinos e Renovar, 2006.

BEDIN, Gilmar Antonio. Direito Natural. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de**

Filosofia do Direito. São Leopoldo, Rio de Janeiro: Ed. Unisinos e Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1999.

CHAGAS, Wilson. O chamado direito natural: em que consiste. *In*: **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 61(1), 86-100, 1965.

CLÉMENT, Céline Marie Agnès. **Leituras do Kantismo – Cohen e Heidegger, perspectivas antagônicas sobre a Estética e a Analítica**. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2016 (dissertação de mestrado).

CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. *In*: **Princípios. Revista de Filosofia**. Natal: v. 23, n. 41, 2016, pp. 125-170.

CONTE, Amedeo G. Hans Kelsen's deontics. *In*: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 331-341, 2007.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. *In*: **Rev. Fac. Direito UFMG**. Belo Horizonte, n. 58, pp. 41-84, 2011.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

EDEL, Geert. The hypothesis of the basic norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen. *In*: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Trans. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 195-219, 2007.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Direito natural e jusnaturalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo - Teoria Geral e Filosofia do Direito**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord.). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. José Lamego. Porto: C. Gulbenkian, 2005.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

MELO, Marcos de Oliveira. **Direito natural, direito positivo e humanismo fraternal: a ideia de justiça**, São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

MERKL, Adolf Julius. **Die Verordnungsgewalt im Kriege**. *In*: AJM-GS, Bd.II/1, S. 3ff, 1915.

MERKL, Adolf. **Das Recht im Lichte seiner Anwendung**. Trad. Carmelo Gecari, Il diritto dal punto di vista applicativo. *In*: Il duplice volto del diritto (Il sistema kelseniano e altri saggi). Milano: Giuffrè Editore, 1987.

MILOVIC, Miroslav. Kant, Emmanuel. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, Rio de Janeiro: Ed. Unisinos e Renovar, 2006.

PAULSON, Stanley L. Introduction. *In*: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Org.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Clarendon; Oxford University Press, 1998, p. xxiii-liii.

PAULSON, Stanley. The Great Puzzle: Kelsen's basic norm. *In*: D'ALMEIDA, Luis Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (Org.). Kelsen Revisited. **New Essays on the Pure Theory of Law**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro; e FILGUEIRAS, Sofia Varejão. A importância da jurisprudência dos conceitos para a metodologia jurídica. *In*: **Revista Depoimentos**, 2006.

RAMOS, Felipe de Faria. A modernidade jurídica e o jusnaturalismo moderno: a superação da experiência medieval e a constituição de um novo paradigma. *In*: **Captura Crítica. Revista Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Florianópolis, n. 4, v.1, 2013.

RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. *In*: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian**

themes. Trad. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 47-67, 2007.

SANTOS, Jackson Passos. **Hans Vaihinger**: um convite ao sistema ficcional da filosofia do “Como Se”. S/l; s/d, p. 14. Disponível em:

<<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=dcacc2b04bdf831e>>. Acesso em 20.10.2021

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito** 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SIEVERS, Juliele Maria. **A não-existência no âmbito científico**: O uso da ficção pelas ciências e pela filosofia. *In*: XVII Encontro Nacional ANOF. Aracaju, 2016.

SILVA, Egle Pereira da. O conceito de ficção na filosofia de Hans Vaihinger. *In*: **Revista Philologus**, Ano 20, Nº 60 Supl. 1: Anais da IX JNLFLP. Rio de Janeiro: CiFEFiL, set. /dez.2014.

SILVA, Francisco de Assis e. **O Conceito de Ficção Jurídica na Teoria do “Como Se” de Hans Vaihinger**. São Paulo: Faculdade de São Bento, 2011 (dissertação de mestrado).

STOBBE, Emanuel Lanzini; TREVISAN, Leonardo Simchen. O conceito de direito em Immanuel Kant: positivismo radical ou não-positivismo super inclusivo?. *In*: **Griot: Revista de Filosofia**, Amargosa - BA, v.17, n.1, p.354-376, junho, 2018.

TREVES, Renato. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes. *In*: **Droit et société**, nº7, 1987. Science du droit, sociologie. pp. 327-335.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. *In*: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Org.). **Direito e Filosofia**. São Paulo, Atlas, 2007, pp. 129-150.

KELSEN IN DYNAMICS: THE BASIC NORM BETWEEN LEGAL FICTION AND TRANSCENDENTAL-LOGICAL HYPOTHESIS

ABSTRACT

This article aims to present the general aspects of Hans Kelsen's theory and the relevance of the basic norm (Grundnorm) in the context of his thought, conceived either as a legal fiction or as a logical-transcendental hypothesis. The research is based on a literature review of the subject, which allows a comparison between the author's theses and the various interpretations of his scholars. It is concluded that Kelsen revisited his theory at various points in his intellectual trajectory, diverging with respect to the nature of his basic norm, which by its turn allowed him to take the positivist thesis from the sphere of facticity to that of normativity without privileging metaphysical arguments.

Keywords: Philosophy of law. Legal Positivism. Hans Kelsen. Basic Norm