

## A SAÍDA NEUTRA DE HANS Kelsen: O INSTRUMENTO KANTIANO PARA A DESPERSONALIZAÇÃO DA SOBERANIA

Alessandro Severino Valler Zenni<sup>1</sup>

Fernando Rodrigues de Almeida<sup>2</sup>

### Resumo

A partir do prisma de Immanuel Kant, em sua obra "*kritik der reinen vernunft*" observa-se a relação sobre a validade normativa em Hans Kelsen. Neste, a neutralidade encontrada para definir o Estado e o Sujeito de Direito se encontram naturalmente ligados a estrutura da crítica kantiana. Para que seja fundamental a experiência de um direito despersonalizado, se faz indispensável a observação dos juízos hipotéticos e de valor presentes na estrutura do direito para que, assim, se chegue na definição moderna de Soberania.

**Palavras-chave:** Filosofia do Direito; Razão Pura; Soberania

### INTRODUÇÃO

Hans Kelsen vale-se da estrutura kantiana para conceber uma estrutura logicamente definida a partir da razão. Ciente de que o conteúdo presente na obra de Kant "*kritik der reinen vernunft*" (crítica da razão pura) como o método que coloca o racionalismo a frente das ações de boa conduta e cerca a metafísica a frente de um tribunal crítico, a alternativa kantiana se mostra necessária para uma legitimação de um quadro normativo que não se reduza a um argumento circular e que possa categorizar o direito como uma ciência.

A separação da experiência possível e a imputação de juízos de valor, ou seja, a relação ser/dever-ser é utilizada por Hans Kelsen para a condição da legitimidade do quadro normativo possível, ou seja, a condição axiológica, resolvida pelo postulado normativo, aplicável à sociedade, condicionada a sanção, é um fator que deve sua lógica a estrutura racional kantiana.

<sup>1</sup> Pós-Doutor na Universidade de Lisboa. Professor titular em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Estadual de Maringá. Professor da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel Univel. Professor titular - Faculdades Maringá. Professor da União de Faculdades Metropolitana de Maringá. Professor t-40 do Centro Universitário de Maringá. E-mail: asvzenni@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Teoria Geral do Direito pelo Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM) como bolsista CAPES/PROSUP. Bolsista CAPES/PROSUP. Membro do Grupo de Pesquisa BIOÉTICA/UNIVEM e secretário do Grupo de Pesquisa Rede Internacional de Estudos Schmittianos (RIES/UNIVEM). Professor de Filosofia do Direito na Faculdade Maringá e de Antropologia Jurídica na Faculdade Cidade Verde. E-mail: fernandordealmeida@gmail.com

A pureza buscada pela teoria a ser aqui analisada trata o âmbito do Direito como uma categoria de dever ser (*Sollen*), que diferente de um “dever-ser”<sup>3</sup>, kantiano, que utiliza uma universalidade metafísica do dever entre os homens, em Kelsen é formada por uma unidade fundamental *erga omnes* que segue uma lógica da relação entre poder e coerção.

De tal forma, Hans Kelsen guia-se por um instrumento de “despersonalização” da ideia de Soberania, ou seja, a relativização do elemento subjetivo em um sistema circular normativo, guiando-se por elementos de validade, em outras palavras, utilizando-se de um método kantiano para justificar a possibilidade de um direito puro. A busca de uma saída neutra, ganha força na utilização de um juízo hipotético adaptado ao direito, como fórmula de delimitação da validade da norma que, inclui, desde a sanção até o conceito de pessoa.

Para entender essa relação, primeiramente, necessita-se entender a fonte kantiana presente em tal teoria.

## DO JUÍZO HIPÓTÉTICO À VALIDADE DAS NORMAS

Podemos perceber Kant abre sua crítica à razão pura diferenciando o conhecimento puro do conhecimento empírico de forma a definir o escopo da análise que deverá ser reconhecida sob a forma da razão teórica.

Não resta dúvida de que todo o nosso conhecimento começa pela experiência; efetivamente, que outra coisa poderia despertar e pôr em ação a nossa capacidade de conhecer senão os objetos que afetam os sentidos e que, por um lado, originam por si mesmos as representações e, por outro lado, põem em movimento a nossa faculdade intelectual e levam-na a compará-las, ligá-las ou separá-las, transformando assim a matéria bruta das impressões sensíveis num conhecimento que se denomina experiência? Assim, na ordem do tempo, nenhum conhecimento precede em nós a experiência e é com esta que todo o conhecimento tem o seu início. (KANT, 2001, p.65)

O desenvolver do conhecimento depende, portanto, de uma reflexão crítica que condicione a razão a um saber verdadeiro, isto é, para Kant, é necessário observar um movimento racional que se justifique em si mesmo como um elemento real racionalmente justificado.

Para isso, tal racionalidade deve corresponder a um juízo de valor do sujeito de conhecimento e de sua relação com uma apreensão racional que o permite sujeitar-se ao saber.

A delimitação do ponto de partida do conhecimento, como sendo a experiência, traz, necessariamente, a ideia de que o possível de apreensão é limitado, ou seja, conhece-se a forma de saber apenas a partir de elementos aplicáveis no plano real.

As faculdades intelectuais que permitem o alcance da experiência, de forma que todo o conhecimento,

<sup>3</sup> O uso do termo *dever-ser* é utilizado com hífen por se tratar de uma escolha de tradução para o termo em alemão *sollen*, utilizado por Kant, uma vez que não se trata de uma obrigação de existência e sim um conceito deontológico, que não toca o entendimento especulativo pela experiência, porém do conhecimento da coisa em si, estudado na Crítica da Razão Pura, derivado do conceito grego de *deûir*, ou *tornar-se*, em Heráclito, como a mudança que se dá de modo constante nas coisas, ou ainda a distinção entre ato

necessariamente, somente é percebido por uma delimitação de uma epistemologia sensível, ou seja, presa no sentido de tempo e de espaço e na capacidade de entendimento na razão do sujeito de conhecimento, ou seja, unidade de um objeto, determinação ou a causalidade.

Assim, a totalidade não é mais do que a pluralidade considerada como unidade, a limitação é apenas a realidade ligada à negação, a comunidade é a causalidade de uma substância em determinação recíproca com outra substância e, por fim, a necessidade não é mais do que a existência dada pela própria possibilidade. (KANT, 2001, 140)

Isso significa dizer que todo nosso conhecimento necessita de uma justificação lógica baseada na experiência para que se adeque a possibilidade da razão. Como em uma unidade lógica de justificação, a proposta aborda a tentativa de enquadrar o acesso sensível ao entendimento para que todo o conhecimento seja estruturado de forma a definir o que é real e verdadeiro, daquilo que não se pode definir como racional.

Cumprir insistir que não há independência dessas categorias racionalmente justificadas, como todo o entendimento sensível depende de determinados fatos de apreensão do sujeito de conhecimento, faz-se necessário entender que a existência desses fatos são anteriores a própria apreensão do objeto definido pela razão. De fato, há um quadro normativo, anterior a própria cognição, que limita o espaço do conhecimento, como dito anteriormente, tanto nas noções de tempo e espaço como nas causalidades reconhecidas entre o processo de racionalização entre o sujeito e o objeto.

Como se pode perceber trata-se de uma fenomenologia racionalmente justificada. O processo cognitivo necessita apreender os fenômenos que transcendem a experiência e destaca-los de forma que o sujeito possa definir racionalmente aquilo que observa, ou seja, há uma limitação dimensional do sujeito cognoscente. Todo fenômeno, em si, não necessariamente está apenas limitado ao movimento espaço-temporal, sua essência prescinde a sensibilidade da razão, ou seja, a transcendência do mundo sensível não permite o alcance do conhecimento racional, que se limita ao entendimento do observador.

O conhecimento, por sua vez, limitado a tal quadro, define o conceito genérico daquilo que é observado, a coisa não é percebida em si, porém é em seu espaço racional, por conseguinte, não há um objeto de conhecimento, apenas um objeto categorizado pelo empirismo.

[...] nos fenômenos entre o que é essencialmente inerente à sua intuição e tem um valor para todo o sentido humano em geral e o que lhes acontece de uma maneira acidental, porque não é válido em relação à sensibilidade em geral, mas tão-só para determinada disposição particular ou organização deste ou daquele sentido. Assim se diz do primeiro conhecimento, que representa o objeto em si mesmo e do segundo, que apenas representa o seu fenômeno. Todavia esta distinção é somente empírica. Se não sairmos dela (como vulgarmente acontece) e não se considerar, por sua vez (como se devia fazer), essa intuição empírica como simples fenômeno em que nada se encontra referente a uma coisa em si, desvanece-se a nossa distinção transcendental e acredita-se no conhecimento de coisas em si, embora por toda a parte (no mundo sensível), por muito que aprofundemos I a pesquisa dos seus objetos, apenas se nos deparem fenômenos. (KANT, 2001, p.106-107)

De tal forma, a apreensão do conceito pelo sujeito não se trata de conhecimento, porém trata-se de fenômeno, como o próprio fenômeno observado por este sujeito. Há, portanto, um sujeito transcendental, que aplica a razão na coisa em si, em sua essência, não limitada pelo entendimento da sensibilidade, que necessariamente trata-se da razão como verdade.

Ora, Kant trata da verdade de forma lógica e não de forma estruturalmente argumentativa, a verdade, portanto, é um sujeito que transcende o fenômeno e que, conseqüentemente, percebe-se em sua essência.

Percebe-se, portanto, que a empiria trata-se de mais um fenômeno do movimento racional, o que torna a teoria do conhecimento de Kant um estudo gnosológico, afinal, há importância no empirismo, uma vez que o sujeito de conhecimento tem o entendimento organizado pela sensibilidade, em unidade de apreensão, porém a origem e a estrutura do conhecimento verdadeiro está intimamente ligada a substância da coisa, inclusive do próprio sujeito, o objeto observado e o fenômeno de observação.

Nesse ponto podemos adiantar a importância da lógica racional para um trabalho kelseniano, no sentido de ciência jurídica. Ou seja, o objeto apreendido como conceito, como expressão limitada do procedimento cognitivo do fenômeno derivado do entendimento da sensibilidade está na experiência e não pode ser conhecido em si, podendo ser categorizado como fenômeno que tem a verdade por traz de seu caráter do mundo do *ser*; o que significa dizer que no plano do *dever ser* a verdade pode ser estatuída de forma lógica.

Ao formular sua questão transcendental, Kelsen não está perguntando se conhecemos o material jurídico, ou se conhecemos que certas proposições jurídicas sejam verdadeiras. Certamente, ele supõe que temos tal conhecimento e se pergunta como o adquirimos. Isto capta algo de peculiar no desenvolvimento transcendental da questão de Kelsen: sendo que conhecemos algo que é verdade, que presunção nos afeta? Especificamente, que presunção nos afeta e sem a qual proposição que sabemos ser verdade poderia não ser? (PAULSON, 2009, p. 176 – tradução livre do autor)

Logo, a definição exata entre a distinção entre o mundo sensível do *ser* e o sujeito transcendental presente na análise do *dever ser* faz-se como uma lógica para que possa ser tratado a questão da verdade *erga omnes* para uma fórmula jurídica logicamente justificada.

Isso significa dizer que a possibilidade de diferenciar o plano de estrutura de entendimento e a possibilidade de conhecimento é a intermediação necessária para aquilo que, de fato, pode ser universal.

Os elementos apriorísticos permitem uma categoria de definição universal pela essência, ou seja, o objeto em si, utilizado pelo transcendental do conhecimento, tem sua universalidade de contexto, enquanto aquilo que é permitido conhecer pelos fenômenos é apenas representação conceitual de uma dinâmica da experiência possível, ou seja, naturalmente não podem se enquadrar como conceito de verdade absoluta.

Como é possível perceber, a alternativa kantiana em Kelsen tem como fundamento o distanciamento entre a natureza e o normativismo presente nas ciências sociais, o que significa dizer que o mundo da natureza só pode ser alcançado pela referência a essência das coisas, como explicado anteriormente, que só podem ser

percebidas pelo sujeito de conhecimento a partir do entendimento de sua sensibilidade, por conseguinte, as ciências sociais carecem de um quadro normativo que reduza a complexidade da apreensão de conceitos e possam, com um caráter lógico, categorizar o mundo do ser como elementos representados por conceitos.

Se se parte da distinção entre ciências da natureza e ciências sociais e, por conseguinte, se distingue entre natureza e sociedade como objetos diferentes destes dois tipos de ciência, põe-se logo a questão de saber se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, se o Direito é um fenômeno natural ou social. Mas esta contraposição de natureza e sociedade não é possível sem mais, pois a sociedade, quando entendida como a real ou efetiva convivência entre homens, pode ser pensada como parte da vida em geral e, portanto, como parte da natureza. (KELSEN, 1998, p. 2).

Se percebe a influencia kantiana no discurso kelseniano a partir do momento em que se assume a incorporação das ciências humanas no mundo natural, porém sem ignorar a necessidade de separação entre sociedade e natureza, a partir do distanciamento entre o conhecimento e a experiência, ou seja, é possível prever que todo o conhecimento humano deriva de sua condição vinculada ao mundo natural, porém só se pode apreender o mundo natural a partir da capacidade de conhecimento humano, assumindo que transcender o conhecimento significa ignorar as contingências do racionalismo.

Para Kant, esse movimento de constituição não só escapa do impasse da metafísica tradicional ou da ciência pré-copernicana que lhe corresponde, mas responde ao problema da fundação remetendo ao eu penso (desde que não se veja nele um *res cogitans* mas que seja expresso em termos de método através de suas regras, seus esquemas, suas categorias, seus cânones). A legalidade do espírito, no uso especulativo e no uso prático da razão, permite a construção de juízos sintéticos. Assim, proceder à elucidação da estrutura constituinte da razão equivale a pensar do ponto de vista transcendental. (GOYARD-FABRE, 2002, p. 323)

Para Kant não há alcance do conhecimento fora da contingência da sensibilidade, porém é possível sustentar um objeto em si a partir do momento que se assume um sujeito transcendental que se apresenta em si mesmo como um elemento, isso se torna um fator lógico a partir da assunção do fenômeno que organiza o elemento, constrói o conceito como representação cognoscente logicamente definido, partindo da experiência, mas assumindo a existência, em si, do conceito entendido no mundo sensível.

Na teologia natural, em que se pensa um objeto que não só não pode ser para nós objeto de intuição, nem para si próprio poderia ser, de modo algum, objeto de qualquer intuição sensível, tem-se o cuidado de retirar a toda a intuição que lhe seja própria as condições de espaço e tempo (pois todo o seu conhecimento deve ser intuição e não pensamento, que supõe limites). Mas com que direito se pode proceder assim, quando anteriormente o tempo e o espaço foram considerados formas das coisas em si, e formas tais que, inclusivamente, subsistem como condições *a priori* da existência das coisas, mesmo que se suprimissem as próprias coisas? Sendo condições de toda a existência em geral, também deveriam sê-lo da existência de Deus (KANT, 2001, p. 112)

Pode-se extrair que há relação direta entre a observância do mundo do ser e do dever-ser, ou seja, uma distinção lógica de dependência e separação entre a natureza e a sociedade. A partir disso, pode-se deduzir a legitimidade da coisa em si a partir do entendimento da experiência.

Cumprе consignar que a lógica presente na assunção do plano do dever ser como algo inalcançável pela

experiência, devido as contingências sensíveis ao sujeito de conhecimento não exclui a possibilidade de entendê-la a partir da compreensão da essência das coisas.

## APREENSÃO DO MÉTODO SENSÍVEL PARA O ALCANCE DA VALIDADE HIPOTÉTICA

Apensar de não ser possível, pelo método sensível, transcender o espaço-tempo pela experiência, podemos deduzir a existência dos sujeitos a partir de sua existência em si, isso se deve a elementos apriorísticos que organizam o conhecimento de algo previamente existente, isso podemos classificar como o *ser*, de forma que o conhecimento subordina o entendimento do fatos a partir de fenômenos logicamente organizados como sistema.

Portanto, Kelsen busca nesse sistema de diferenciação assumir e separar a natureza da sociedade, de modo que tudo aquilo que seja estruturalmente abstrato possa ser considerado como uma verdade. Ou seja, transcender o fato gera a norma que, por si, torna-se verdade justificada, que pode ser entendida sensivelmente a partir de um fenômeno de transgressão. A norma, abstrata, é compreendida a partir do fenômeno fático de inverso conceitual, ou violação daquilo que é verdade por si mas não se acessa pelo mundo sensível.

A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade - que não pode ser captada pelos sentidos - somente surge através desta operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal. (KELSEN, 1998, p. 14)

A norma, em si, não pode ser compreendida sensivelmente, apenas como uma representação conceitual cognoscente, porém, o fenômeno logicamente derivado da transgressão do elemento *a priori* torna o conceito passível de um ato no mundo do ser. A relação entre a verdade e o ato é trabalhada por Kelsen de forma que toda a ideia representada pode ser acessada a partir de um fenômeno logicamente antagônico àquilo que se tem como verdade normativa.

A sociedade e a natureza, concebidas como dois diferentes sistemas de elementos, são resultados de dois diferentes métodos de pensar e somente como tais objetos diferentes. Os mesmos elementos, colocados em conexão conforme o princípio da causalidade, constituem a natureza; conforme o outro, a saber, um princípio normativo, constituem a sociedade. (KELSEN, 1945, p. 2 - tradução livre do autor)

Kelsen, no entanto, não considera a causalidade como um elemento do conhecimento do sujeito – o que difere, por exemplo, do conhecimento inato em Kant – mas sim como o desenvolvimento lógico do conhecimento, por isso a dualidade entre sociedade e natureza devem ser relacionados de modo que a causalidade seja um instrumento para o conhecimento logicamente definido.

Logo tem-se a importância de um dever-ser apriorístico que tem a capacidade de organizar um quadro

normativo de estrutura gnosiológica, para que haja possibilidade de sentido para atuação da razão como fenômeno.

A grande diferença entre a utilização do dever-ser no plano kelseniano seria o fato de que a universalidade apenas atinge os indivíduos que participam de um processo cognitivo sobre o quadro normativo descritivo, o que significa dizer que os enunciados descritivos da sociedade, no plano jurídico, são verdadeiros apenas aos integrantes do procedimento de descrição.

A verdade que repousa no dever-ser normativo atinge aqueles que estão sujeitos ao modelo descritivo, podendo ser acessadas pelo mesmo método kantiano previamente analisado, ou seja, por uma intervenção fenomenológica entre o aquilo que se tem como abstração inacessível e o fato descrito que representa a abstração como redução de complexidade de conceitos.

Por isso pode-se entender que um quadro normativo é verdadeiro uma vez que sua utilização depende de elementos fáticos que sejam capazes de acessar a cognição de forma lógica, sensivelmente acessíveis para que seja visualizado o caso como organização de conceito.

E lícito verificar se os fenômenos sociais que com esta palavra são designados apresentam características comuns através das quais possam ser distinguidos de outros fenômenos semelhantes, e se estas características são suficientemente significativas para servirem de elementos de um conceito do conhecimento científico sobre a sociedade (KELSEN, 1998, p.21)

Mostra-se clara a ideia kelseniana da utilização da lógica de Kant para justificar um método descritivo da natureza por fenômenos que podem ser deduzidos como verdades a partir de elementos apriorísticos de análise racional.

A norma se mostra como uma representação da coisa em si, como um elemento existente na natureza, porém aparentemente inacessível devido a causalidade do elemento espaço-temporal da racionalidade. Porém, a partir do momento que é possível organizar conceitualmente um elemento a partir do mundo sensível, mostra-se a razão, no caso da norma, sua capacidade de atingir aqueles envolvidos, de forma universal.

O fato isolado não é universal, porém ele se adequa a uma universalidade, ou seja o caráter *erga omnes* da lei, que é uma verdade estruturalmente normativa, mas que se aplica pela sua oposição, que, no caso, se trata da possibilidade de conceituação estrutural do elemento fático, que, por sua vez, funciona como um acesso aos elementos *a priori* que se vinculam ao fato isolado.

Em outras palavras, a universalidade e o caso concreto são derivados de uma lógica kantiana com uma metodologia relativista.

Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta humana. Então, neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo). Isto, porém, quer dizer: a questão das relações entre o

Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma. Não se poderá então dizer, como por vezes se diz, que o Direito não é apenas norma (ou comando), mas também constitui ou corporiza um valor. Uma tal afirmação só tem sentido pressupondo-se um valor divino absoluto. Com efeito, o Direito constitui um valor precisamente pelo fato de ser norma: constitui o valor jurídico que, ao mesmo tempo, é um valor moral (relativo). Ora, com isto mais se não diz senão que o Direito é norma. (KELSEN, 1998, p. 46)

A relação da norma com aqueles sob a égide do direito tem um caráter de diferenciação entre aquilo que se pode universalizar e aquilo que se pode categorizar como fenômeno representado.

A igualdade proposta pela lógica normativa como dever-ser, tem a proposta de permitir que os sujeitos de direito tenham a mesma acessibilidade epistemológica do conceito lógico extraído pelo fenômeno. Isso permite que haja uma possibilidade de individualidade do sujeito de direito a partir de elementos *a priori* da norma e, ao mesmo tempo, a união dos sujeitos de direito diversos em uma única proposta de verdade normativa.

O conceito de dever jurídico também implica um “dever ser”. Que alguém seja juridicamente obrigado a certa conduta significa que um “órgão” deve lhe aplicar uma sanção no caso da conduta contrária. Mas o conceito de dever jurídico difere do dever moral pelo fato de o dever jurídico não ser a conduta que a norma “exige”, que “deve” ser observada. O dever jurídico, pelo contrário, é a conduta por meio de cuja observância o delito é evitado, e assim, o oposto da conduta que forma a condição para a sanção. Apenas a sanção “deve” ser executada. (KELSEN, 1998b, p. 85-86)

Aplica-se, portanto uma categorização exata do que significa um dever-ser jurídico, uma vez que, o raciocínio kantiano se aplica justamente na possibilidade do dever moral sobre a natureza e, da mesma forma, a relação entre causalidade e verdade. Já em Kelsen é possível notar que se assume deveres não alcançáveis pelo mundo sensível, porém podem ser logicamente organizados na forma jurídica, ou seja, novamente se apresenta o relativismo metodológico, que vincula apenas os sujeitos envolvidos no plano jurídico a universalidade de conceitos em si, ou seja, a norma.

Dadas suas tendências legalistas, o direito em geral pareceu ser, depois da Revolução, um conjunto de regras passíveis de serem ordenadas de acordo com exigências de condicionamento lógico. Ao contrário da máxima romana regula *ex jure sumitur*, poder-se-ia dizer então que, segundo a ordem dos códigos, jus *ex regula sumitur*. (GOYARD-FABRE, 2002, p. 86)

Portanto, há o fenômeno no ato oposto aquele representado como verdade, porém tal oposição se relaciona estritamente a um elemento analisado por meio da experiência. O delito é a representação do ser racionalmente justificado por elementos *a priori*, universalmente vinculativos, sob a atuação de um limite de poder, válidos em si mesmo, legitimados por uma forma, que garantem a interação entre sujeitos por meio de fenômenos que, ao mesmo tempo, são objetos de vinculação normativa, que podem ser apresentados de forma transcendental a ponto de estarem presentes no plano do “dever-ser” e no plano do “ser”, ao mesmo tempo, se um ato oposto a norma é existente.

Temos, portanto, uma vinculação da verdade com sua oposição, a verdade representada pela norma e a ação fática representada por sua oposição, neste ponto a norma pode ser absorvida e apreendida pelo sujeito de



conhecimento, que a entende a partir de seu ato imediatamente oposto aquilo que representam os signos que envolvem o modelo normativo.

A norma, em si, não pode ser compreendida como razão, uma vez que não existe no plano espaço-temporal, porém é verdadeira por sua legitimidade e a possibilidade de acessá-la logicamente a partir da experiência de um ato isolado que a contrapõe.

A comparação entre o “dever ser” de uma norma e o comando é justificada apenas num sentido bem limitado. Segundo Austin, é a força de obrigatoriedade de uma lei que faz dela um “comando”. Ou seja, quando chamamos uma lei de comando, apenas expressamos o fato de ser ela uma “norma”. (KELSEN, 1998b, p.50)

Mais uma vez, a norma só se manifesta se é retirada de seu plano de substancia e pode ser justificada a partir de elementos de conhecimento e sensibilidade. O entendimento da lei é possível porque é alcançado a partir de uma estrutura que liga o dever-ser ao fato logicamente compreensível pela experiência.

De forma que o conhecimento se inicia na experiência, mas não se limita a isso, e a norma apresenta-se em um plano não cognoscível pela experiência, a necessidade posterior de Kelsen é justificar como o jurista, como um sujeito de conhecimento, pode, por meio de um fenômeno racional, fazer com que a ciência do direito seja possível, ainda que a norma seja um elemento *a priori* de definição do ato como conceito apreensível.

Mais uma vez, a referencia kantiniana é clara ao observar a necessidade de pressuposto das ações definidas pela lei, metodologicamente pura de Kelsen, uma vez que, toda norma representaria uma verdade do plano do *dever-ser* que serve de pressuposto de alcance para aquilo que se deseja representar como um ato possível.

Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética- ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade (KANT, 2007, p. 50)

Para isso, Kelsen utiliza a possibilidade da norma de direito interno ser fundamentada logicamente por uma que permite sua validade, qual seja, a norma fundamental, que nos concentraremos mais a frente, porém vale aqui adiantar tal pensamento vincula a legitimação do dever-ser jurídico a conceitos anteriormente definidos que garantam sua condição de universalidade.

Por conseguinte, a norma fundamental legitima a possibilidade de existencia das normas, e sem ela não seria possível a relação entre o fato e a norma, o que significaria inferir que a norma fundamental é o elemento *a priori* que permite a lógica entre o fenômeno e a norma,

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas 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. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A

sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito. (KELSEN, 1998, p. 136)

Ora, de fato, a norma do plano interno pertence ao mundo do dever-ser, porém sua relação com o fato antagônico a sua predicação é logicamente inferido como um fenômeno racionalmente apreendido pelos sujeitos de conhecimento, porém isto se deve a um imperativo pressuposto que legitima sua produção como um fato universalmente válido para aqueles que estão sujeitos a esse movimento lógico, porém sua apreensão cognoscível é derivada de uma norma superior que permite que seja atribuído sentido espaço-temporal em uma análise de legitimidade.

A norma, portanto, é válida a partir de uma possibilidade de acessibilidade no plano do ser, ou seja, a norma fundamental sustenta-se como um argumento *a priori* que permite sua estruturação lógica para os sujeitos envolvidos a partir de um relativismo metodológico de identificação.

Não pode seriamente negar-se que o sentido subjetivo dos atos de produção jurídica seja um *dever-ser* quando esses atos sejam considerados, de conformidade com o seu sentido, como atos de comando, como imperativos. Questionar-se pode apenas se é ou não possível interpretar também este seu sentido como objetivo, se o *dever-ser*, que é o sentido subjetivo dos atos de produção jurídica, pode ou não ser considerado como norma objetivamente válida que obriga os indivíduos e lhes confere direitos. E esta a questão de como distinguir os atos de produção jurídica de outros atos de comando – por exemplo, do comando de um salteador de estradas. Já acima se indicou a condição sob a qual é possível a interpretação em questão: a pressuposição da norma fundamental. (KELSEN, 1998, p. 73)

Logo, a norma interna, aplica-se ao plano do dever-ser no caso da possibilidade de ser logicamente dedutível a partir de uma norma superior, que apresenta-se como imperativo a existência da norma interna.

Por conseguinte, a inexistência da norma fundamental talha a aceção do direito como possibilidade de discursiva pela razão, de forma que impede a apreensão do *dever-ser* como fenômeno normativo, uma vez que o plano do *dever-ser* não é atingido pela experiência. Sem a norma fundamental, o plano interno do *dever-ser* terá que ser considerada transcendendo a experiência e contemplando que tal norma interna pode ser produzida, por sujeitos de conhecimento, que também são incapazes de atingir a atribuição de sentido da coisa em si.

A norma fundamental dá a legitimidade a norma interna a partir de que possibilita elementos pressupostos de validade lógica para a relação da natureza com a sociedade.

Que esta razão possua uma causalidade ou que, pelo menos, representemos nela uma causalidade, é o que claramente ressalta dos imperativos que impomos como regras, em toda a ordem prática, às faculdades ativas. O *dever* exprime uma espécie de necessidade e de ligação com fundamentos que não ocorre em outra parte em toda a natureza. O entendimento só pode conhecer desta o que é, foi ou será. É impossível que aí alguma coisa deva ser diferente do que é, de fato, em todas estas relações de tempo; o que é mais, o *dever* não tem qualquer significação se tivermos apenas diante dos olhos o curso da natureza. (KANT, 2001, p. 483-484)

Finalmente, a lógica kantiana no discurso de Kelsen se faz mais claro. O imperativo imposto pela norma fundamental dá elementos suficientes para que haja uma relação entre fato e lei. Isso apenas ocorre porque existe

uma imposição superior que legitima a possibilidade de conceituação de determinado elemento de dever-ser com um elemento fático.

## A NORMA FUNDAMENTAL COMO HIPÓTESE DE VALIDADE PELO RECONHECIMENTO

Trata-se, portanto, de uma primeira estrutura necessária para a produção normativa, de forma que o ato volitivo se justifica para a produção do dever-ser a partir do momento que o sujeito produtor se despersonaliza e integra-se ao ordenamento, enfatizando que o próprio ordenamento se reproduz e, simultaneamente, se vincula a uma estrutura lógica pressuposta por uma norma superior.

Para isso, é necessária uma condição de validade normativa no plano interno, novamente o sujeito passa a ser centralizado, porém ainda como um conjunto de normas necessárias para a validade ordenamental.

Isso significa dizer que os fatos naturais, alcançados pela experiência, no espaço do poder e em determinada formação temporal tem relevância quando tocam aos fenômenos observados pelos sujeitos de direito.

Ao mesmo tempo, significa dizer que a norma, expressão do dever-ser, deve ser reconhecida pelos sujeitos de direito como uma fórmula de entendimento possível as análises dos fenômenos sensíveis, de forma que a atuação dos sujeitos possa ser limitada pela norma.

Mais uma vez o sujeito deve ser considerado como parte do ordenamento, uma vez que é a própria ordem jurídica que deve reconhecer a norma como válida. O sujeito de conhecimento, aqui observado, tem seus costumes, contingências e causalidade passíveis de reconhecimento pela prescrição normativa, logo, esses mesmos sujeitos, enquanto parte do complexo normativo do Estado podem responder pela atuação da norma no plano do *ser*. Em uma formação lógica normativa, o próprio ordenamento está subordinado a norma.

Em poucas palavras, o ordenamento interno produz, sujeita-se e valida a norma. Ainda mais além, as normas se sustentam enquanto método de validade, a ponto de somente um quadro normativo ser capaz de observar-se enquanto plano de dever-ser, logicamente estruturado e imediatamente subordinado, sempre, a um quadro normativo superior, até encontrarem validade plena em uma norma fundamental.

A norma estatui um dever-ser. Diz-se isso de toda norma, no entanto, o termo dever-ser é empregado num sentido mais amplo que no uso habitual da linguagem. Segundo este, diz-se apenas daquele ao qual uma norma válida prescreve (impõe) uma determinada conduta, que ele "deve" conduzir-se de certo modo. Enquanto se diz de outro, a quem uma norma autoriza uma certa conduta, que ele "pode conduzir-se de certa maneira; e de outro, a quem é permitida uma certa conduta pela ordem normativa, que ele "tem permissão" para conduzir-se de determinada forma. (KELSEN, 1986, p. 4)

A forma, elemento necessário da norma, representa-se na própria validade, da mesma forma que a produção normativa e sua validade devem ser de competência de normas específicas, quais sejam, os sujeitos de

direito designados a esse fardo, o próprio sujeito deve ser organizado em sua formalidade jurídica.

O sujeito de direito é reconhecido a partir de sua estrutura de legitimidade dentro de um espaço de poder e seu reconhecimento por este. Há um ciclo de legitimidade que liga o ordenamento a produção interna de normas, sempre ligados a validade e subordinação.

Logo, a obrigatoriedade da norma está diretamente vinculada a sua possibilidade formal de entendimento no ordenamento. O sujeito que traduz a possibilidade de conceitualização do fenômeno tem, por questão normativa, a possibilidade de agir em nome do Estado, não porque este é representante de uma personificação estatal, mas porque é parte do ordenamento.

Seu caráter de sujeito legitimado ao ato de vontade normativo não representa o Estado, mas faz parte dele, uma vez que o sujeito de conhecimento é parte do quadro normativo do Estado.

A obrigatoriedade ou não de um comando é algo que depende do fato de ser o indivíduo que comanda “autorizado” ou não a emitir esse comando. Uma vez que seja, a expressão de sua vontade tem o caráter de obrigatoriedade, mesmo que, na verdade, ele não tenha qualquer poder superior e a expressão careça de forma imperativa. (KELSEN, 1998b, p. 44)

Por vezes, pode ser confundida a função purista da norma como um método de legitimação de hierarquia interna de poder, porém, não se trata aqui de um modelo autopoietico de reprodução do Estado, porque, para isso, seria necessária a personificação dos sujeitos envolvidos e legítimos ao ato de vontade.

No purismo metodológico temos uma expressa despersonalização dos sujeitos envolvidos na produção legislativa e também daqueles que definem a validade e sofrem a sanção, uma vez que todos estes fazem parte do mesmo quadro normativo que define o ordenamento jurídico.

Finalmente, um ultimo estágio de legitimação das normas do ordenamento interno em uma pureza metodológica tem-se a necessidade de observação da possibilidade de resolução da inefabilidade do dever-ser, que encontra sua possibilidade científica na norma pressuposta. Ou seja, a norma fundamental.

Tal estudo torna-se a parte mais importante para o presente trabalho, uma vez que a norma fundamental, radicalizada, é o que dará a estrutura genealógica da Soberania a partir do século XX. Isto porque é com a norma fundamental que encontrar-se-á o nascimento legítimo do Estado como conjunto de normas.

A norma fundamental é o elemento pressuposto que permite a proposição normativa em um ordenamento interno, a partir dessa lógica qualquer ato de vontade legitimado no plano interno pode ser norma.

Isto ocorre porque tem-se pressupostos determinados elementos jurídicos que conduzem a produção normativa. A lógica da norma fundamental segue o escopo de um apriorístico kantiano de definição de fenômenos “cuja matéria não é extraída da experiência e cuja realidade objetiva não repousa no acabamento da série empírica, mas em conceitos puros *a priori*” (KANT, 2001, p. 495).

A grande diferença é que a norma fundamental deve ser baseada em uma estrutura jurídica, o que significa dizer que o sentido vinculativo da norma fundamental deve ser baseado no *pacta sunt servanda*.

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. (KELSEN, 1998, p. 139)

A estrutura lógica da norma fundamental se na possibilidade de acesso possível da formação do plano do dever-ser, o ato de vontade do sujeito de direito reprodutor do ordenamento se torna um intermediário entre a norma a ser produzida e sua validade no plano geral.

De certa forma, a norma interna tem um caráter de controle de vontades, nesse sentido a norma fundamental tem um caráter de controle externo da produção normativa do plano do dever-ser.

As normas devem existir a partir de um fim último de validade, ou seja, é possível afirmar que o *telos* definitivo da norma, em uma metodologia purista, é a validade. Tal validade é definida de forma lógica e reproduzida a partir das próprias normas.

Para isso temos a norma fundamental como elemento de estrutura de validade final, em outras palavras, os contratos devem ser cumpridos, logo, a norma fundamental exige da norma hierarquicamente inferior que ele atue em um plano de validade.

Como toda a ciência positivista de Kelsen, não podemos interpretá-lo, no que pese toda sua influência kantiana, como uma busca metafísica de legitimidade da moral, uma vez que a ideia central é justamente permitir a cientificidade de um conjunto normativo e, a partir de um conceito kantiano de verdade, validar a norma como um estatuto natural de controle.

Nesse ponto, podemos lembrar da necessidade específica da existência do direito válido como fim último da proposição lógica da norma fundamental, ou seja, sob um Estado de Exceção, onde há uma suspensão de direitos, ou seja, não se pode definir a existência de um Estado pela ordem normativa, não se pode legitimar sua existência a partir de uma norma fundamental, uma vez que não há direito para ser válido, por outro lado a norma constitucional que legitima a possibilidade de decretação do Estado de Exceção pode ser deduzida no plano do dever-ser a partir de uma estrutura lógica da norma fundamental.

Em outras palavras, há necessidade de poder, territorial em determinado espaço de tempo e ordenamento para que se possa pressupor a norma fundamental. Elemento essencial para um positivismo de direito autorreferente aos moldes de Kelsen:

Um teoria jurídica rigorosamente positivista não pode excluir o conceito de produção jurídica, e o conceito de produção jurídica não pode excluir o conceito de poder. Para que se possa falar de um ordenamento jurídico, é preciso concebê-lo como um conjunto de normas *produzidas* pela vontade humana; e para que as normas possam ser produzidas é preciso que alguém tenha o *poder* de fazê-lo. Neste sentido, para uma teoria positivista do direito, a

noção da norma não pode ser dissociada da noção de poder. Norma e poder são duas faces da mesma moeda. (BOBBIO, 2008, p.157)

Há, portanto, a possibilidade de observação da natureza da norma fundamental, que tem como definição sua imediata relação com a constituição interna do ordenamento isolado, porém que se aplica aos ordenamentos universalmente. Da mesma forma que a o ordenamento interno se universaliza dentro dos limites espaço de poder, a norma fundamental se aplica no limite de seu alcance de pressuposição, ou seja, na possibilidade de ordenamento normativo.

Por conseguinte, a validade da constituição, que define o espaço de poder do ordenamento, se baseia na observação dos limites pressupostos da norma fundamental, por isso, a norma fundamental tem sua existência dependente das constituições vinculadas a ela.

Nesse sentido, observa-se que a norma fundamental não pressupõe uma transcendência do Direito, apenas baseia-se na validade da Constituição. E a partir da norma fundamental que é possível interpretar o sentido subjetivo do plano do dever-ser no ordenamento interno do Estado.

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 (KELSEN, 1998, p.141-142)

Portanto, a natureza da norma fundamental é que seja alcançada o argumento de validade pressuposta a partir de um plano possível de análise dos fenômenos propostos para o controle do ordenamento, a partir da Constituição.

Por conseguinte, a norma que dirige a fundamentação da norma original do plano interno será a norma fundamental, a partir de uma lógica normativa, como o pressuposto de validade a partir do conhecimento jurídico, ou seja, a possibilidade de definição de um fenômeno a ser observado a partir do plano do dever-ser.

Premissa maior e premissa menor, ambas são pressupostos da conclusão. Porém apenas 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. (KELSEN, 1998, p. 136)

Para tanto, a condição como chave da possibilidade de legitimidade do sujeito de direito como ordem normativa capaz de produzir ato de vontade como método de produção do próprio ordenamento, é a capacidade dedutiva do ordenamento de dirigir-se a norma fundamental.

É importante frisar que o ato de vontade do sujeito de direito é legítimo como ato de dever-ser, uma vez que pressupõe-se como juízo de valor expressado no ato volitivo, porém sempre vinculado a uma norma anterior que o outorgue esse ato de vontade que, por sua vez é válida a partir de uma lógica racional da norma fundamental.

Da mesma forma é importante frisar que a norma fundamental se aplica no plano internacional que reconhece a existência dos Estados de Direito, porém tal discussão será oportunamente observada.

## CONCLUSÃO

O que importa discorrer no presente escrito é a possibilidade de validade de normas a partir tanto de seu caráter originário, ou seja, na expressão de fenômenos da experiência que pertencem ao plano do *ser* e imediatamente sua tradução como juízos de valor, que o colocam no plano do *dever-ser*.

Por conseguinte, a norma encontra sua validade a partir do momento que traduzimos todos os fenômenos possíveis em um espaço de poder para atos normativos logicamente válidos.

Os sujeitos envolvidos na elaboração normativa tem, essencialmente seu caráter normativo definidos pelo ordenamento, o que significa dizer que o próprio ordenamento se reproduz a partir de juízos de valor definidos a partir da experiência, porém expressos de forma que o sistema normativo válido seja capaz de produzir normas válidas.

Tais juízos de valor, por conseguinte, derivam logicamente de um plano externo de validade, qual seja a norma fundamental, que se aplica de forma externa a constituição do Estado, mostrando como um pressuposto de validade do plano abstrato da norma.

O juízo de valor encontra sua validade no plano interno a partir do momento que os sujeitos envolvidos no espaço de poder podem ser atingidos a partir de fenômenos por eles observados e, ao mesmo tempo, pressupostos, externamente, a partir de modelos de cumprimento normativo que o plano interno se baseia para encontrar seu fundamento de validade sobre a ótica internacional.

Tal ponto é a chave para entendermos uma genealogia do conceito de Soberania do ponto de vista da pureza metodológica. A norma fundamental como pressuposto de validade da constituição não se encontra, como já tratado, em um plano metafísico, porém em um plano jurídico, dessa forma podemos entender a norma fundamental como um pressuposto internacional de validade da existência de Estados de Direito.

Tal avaliação implica a relação direta entre o Sujeito de Direito e o Estado de Direito, como norma, consecutivamente, inferior e superior, e o Estado de Direito e o Direito Internacional – como norma fundamental - como norma, consecutivamente, inferior e superior.

Ora, se o direito internacional como norma fundamental é o pressuposto de validade dos Estados de Direito, resta-nos, a seguir, analisar, além do nascimento da soberania sobre tal perspectiva teórica, os limites do conceito de Soberania a partir do plano internacional.

## HANS Kelsen'S NEUTRAL OUTPUT: THE KANTIAN INSTRUMENT FOR THE DEPERSONALIZATION OF SOVEREIGNTY

### Abstract

From the Immanuel Kant's thought of, in his work "kritik der reinen vernunft" starts the relation on the normative validity in Hans Kelsen. The neutrality founded to define the State and the Subject of Right are naturally linked to the structure of kantian criticism. To make the experience of a depersonalized rights essential, it is indispensable to observe the hypothetical and valuable judgments present in the structure of the law so that it may arrive at the modern definition of Sovereignty.

**Keywords:** Philosophy of Law; Pure Reason; Sovereignty

### REFERENCIAS

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

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Claudio Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

\_\_\_\_\_. **O conflito das faculdades**. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Eduções 70, 1993

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. tradução João Baptista Machado. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b

\_\_\_\_\_. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998c

\_\_\_\_\_. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale**: contributo per um dottrina pura del diritto. Ed. Agostino Carrino. Milano: Giuffrè, 1989

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Sociedad y natyraleza**: una investigacion sociologica. Buenos Aires: Depalma, 1945.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986

\_\_\_\_\_. **La garantía jurisdiccional de la Constitución**: la justicia constitucional. traductor Ronaldo Tamayo Salmorán. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001

LEBRUN, Gérauld. **Sobre Kant**; organização Rubens Rodrigues Torres Filho; tradução José Oscar Almeida Marques, Maria Regina Avelar Coelho da Rocha, Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Iluminuras, 2010.

PAULSON, Stanley L. **La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica**. Trad. José García Añón. Doxa, nº. 9, Alicante: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

*Trabalho enviado em 31 de maio de 2017.*

*Aceito em 09 de setembro de 2017.*