

## ARTIGOS PUBLICAÇÃO CONTÍNUA

José Mauro Garboza Junior<sup>1</sup>

### Hans Kelsen, a ontologia do dever-se e o problema da divisão fática

Hans Kelsen, the ontology of ought-to-be and the problem of factual division

#### RESUMO:

O presente trabalho explora a separação entre questões de fato e questões de direito no campo jurídico, destacando que, tradicionalmente, elas são tratadas como domínios distintos: enquanto as primeiras são associadas à imutabilidade da natureza, as últimas são compreendidas como produtos da linguagem humana para resolução de conflitos sociais. A teoria kelseniana, como exemplo de formalização jurídica, reforça essa separação, evidenciando a constituição de uma ontologia do dever-ser na modernidade. A hipótese do estudo é de que o dever-ser está intimamente vinculado ao direito moderno, o que implica repensar a dicotomia entre fato e direito. Como objetivo, pretende-se demonstrar, por meio da leitura bibliográfica da obra de Hans Kelsen, como a ciência jurídica pretende distinguir os domínios da natureza e do direito, apesar de ambos compartilharem uma mesma estrutura metafísica. Para tanto, o texto está dividido o trabalho em três seções. O estudo conclui que a cisão entre o ser e o dever-ser é central para a edificação do sentido moderno de direito.

**Palavras-chave:** Filosofia do Direito; Teoria do Direito; Ontologia Política

**Palavras-chave:** Filosofia do Direito; Teoria do Direito; Ontologia Política

#### ABSTRACT:

This paper explores the separation between questions of fact and questions of Law in the legal field, highlighting that, traditionally, they are treated as distinct domains: while the former are associated with the immutability of nature, the latter are understood as products of human language for resolving social conflicts. The Kelsenian theory, as an example of legal formalization, reinforces this separation, emphasizing the constitution of an ontology of the ought-to-be in modernity. The study's hypothesis is that the ought-to-be is closely linked to modern Law, which implies rethinking the dichotomy between fact and Law. The aim is to demonstrate, through a bibliographic reading of Hans Kelsen's work, how legal science seeks to distinguish the domains of nature and law, despite both sharing the same metaphysical structure. To this end, the paper is divided into three sections. The study concludes that the rift between being and ought-to-be is central to the construction of the modern concept of Law.

**Keywords:** Philosophy of Law; Political Ontology; Theory of Law

<sup>1</sup> Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina; Professor, Universidade Estadual do Norte do Paraná ROR, Jacarezinho, PR, Brasil.  
garbozajm@gmail.com,  <https://orcid.org/0000-0002-8566-2294>

## INTRODUCTION

De maneira geral, é possível perceber entre os juristas uma concepção de que as questões de fato e as questões de direito pertencem a campos separados do conhecimento. Aquelas costumam dizer da natureza ou de processos involuntários, enquanto estas são entendidas como produtos de uma linguagem humana que visam compreender a natureza e resolver os conflitos coletivos. Pode-se constatar que, no domínio dos saberes jurídicos, essa perspectiva de clara separação fática é a perspectiva dominante.

O panorama das teorias modernas do direito do século XX também reforçam essa posição, em especial, como exemplo, aquela oriunda das especulações edificantes do arcabouço científico vinda de Hans Kelsen. A formalização jurídica generalizada dessas relações marcou a modernidade não apenas a partir da separação entre experiências e expectativas, mas também pela constituição de uma ontologia do dever-ser. Durante muito tempo permaneceu a essa lacuna a falta de um olhar crítico e detido sobre os arcanos dos comandos envolvendo o sentido do dever-ser, que acaba por justificar o ímpeto colonizador dos fatos pelo direito.

Sendo assim, o presente texto procura partir da formulação do seguinte problema: é possível entender as questões de fato e as questões de di-

reito como sendo dois complexos de comandos oriundos de uma e mesma perspectiva jurídica, inclusive? Ou seja, é possível perceber a dupla de questões por um ponto de vista que não promova uma simples separação dicotômica tal qual fora até então entendida pelo senso comum da teoria do direito?

Para responder a esse problema, parte-se da hipótese de que é possível comprovar a vinculação da importância do dever-ser para o direito moderno. Nesse sentido, procura-se demonstrar tal hipótese com a descrição, a partir do texto kelseniano, do que significa o dever-ser para sua teoria, e quais seriam suas implicações teóricas do ponto de vista fundamental. É possível deduzir, a partir de Kelsen, que sua ciência pura tem pretensões a realizar a argumentação da separação entre fato e direito. O ponto inicial se assenta na base de que há juízos diferentes em ciências separadas, em uma tentativa de estabelecer tal diferença ao distinguir as condições de organização da natureza e do direito. Como tal separação é o pressuposto do direito positivo moderno, apesar de as normas jurídicas terem lastro na ordem material e concreta, Kelsen pretende discriminar o âmbito jurídico do natural que o condiciona. Como conclusão, todas as normas são normas de dever-ser, de modo que prescrevem para a ciência jurídica uma função.

Como exposição da apresentação argumentativa, o trabalho foi dividido em três partes. Na

primeira parte, apresentou-se alguns aspectos do pensamento kelseniano, cujo esquema de interpretação toma o dever-ser como núcleo mínimo para uma teoria geral do direito. Na segunda parte, esboçou-se as linhas gerais do que pode ser entendido como “o problema jurídico moderno fundamental”, ou seja, da maneira como a inauguração da temporalidade e do direito modernos procura ordenar e controlar os fatos da realidade. Essa inauguração acarreta a cisão social fundamental dos domínios do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*). Na terceira parte, o eixo teórico elencado para a elaboração desse problema envolve as considerações de Kelsen a respeito da relação entre causalidade e imputação. Sua argumentação acerca dessas duas instâncias funciona como paradigma desta cisão, na medida em que tenta traçar uma espécie de genealogia comum da imputação jurídica e da causalidade natural.

Foram abordados primária preferencialmente os textos de Kelsen, cuja conceituação foi um indicativo paradigmático na forma de tratar o esquema da divisão fática. Como exercício de pensamento, propõe-se conjecturar o que se configura como o problema último do direito em seu desdobramento mais imediato, a saber, a cisão entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser. A lição escondida na pretensão epistemológica de Kelsen é que direito e natureza apresentam uma estrutura metafísica congênita.

A principal contribuição desta pesquisa reside em oferecer um novo prisma capaz de reexaminar criticamente a tradicional separação entre questões de fato e questões de direito, dicotomia que raramente é questionada em seus fundamentos ontológicos e epistemológicos. Ao investigar a centralidade de tal dicotomia, procura-se desestabilizar leituras que naturalizam essa separação. Essa perspectiva abre espaço para uma crítica mais profunda ao modo como o direito, ao pretender delimitar seu objeto científico, coloniza a esfera dos fatos e impõe uma ontologia normativa às formas de vida. Ao propor essa reinterpretação, o estudo avança no debate teórico da genealogia da cisão moderna entre causalidade e imputação.

## UMA CRÍTICA INTERNA À FUNDAÇÃO TEÓRICA DE HANS KELSEN

Um dos pontos mais altos da teoria do direito do século XX se deu pela sua pretensão de fazer do direito uma ciência autônoma. Muitas foram as disputas na literatura mundial travadas em torno do nome emblemático de Hans Kelsen, em um amplo arco desde sua defesa dogmática como último grande pensador da ciência do direito até a completa desconsideração que o identifica como promotor de um sonho irrealizável, justamente por seu erro residir na mais básica das premissas de uma possível afirmação existencial de uma ci-

ência do direito. Quanto à ciência jurídica, a criação de uma posição jurídico-científica pura e centrista (que desconsidera os aspectos políticos do direito) é um mérito indiscutível de Kelsen que “insiste na diferença existente entre as normas jurídicas, objetos formais da ciência do direito, e as proposições jurídicas (*Rechtssätze*) que as descrevem” (MATOS, 2012, p. 19)<sup>1</sup>.

Por mais que haja uma diferença na proposta inicial kelseniana em relação àquela dos seus leitores e comentadores, os efeitos provocados geralmente confundem a pretensão científica do autor com a transformação prática contrária àquelas suas perspectivas originais. Na medida em que optar pelo caráter “puro” e “não político” de uma ciência jurídica já é uma escolha política, a própria teoria pura do direito se assenta em bases políticas (ROCHA, 1984, p. 70-73). Essa proibição tácita da relação entre ciência (cientificidade) e realidade (transformação social) parece frágil e pouco questionada. Pelo fato de o direito ser uma forma de pensamento ou linguagem do social, em algum momento ele se chocará com o conjunto da facticidade social de aplicação, descrição ou interpretação das normas, por mais que se busque abordá-lo nos termos de uma ciência pura estritamente lógica e racional.

É possível deduzir, a partir de Kelsen, que a ciência pura tem pretensões e um programa político-científico claros e que a ciência deve realizar a

crítica direta contra o que ele denomina como metafísica, ou os ditos pseudoproblemas da filosofia, ou como aqueles parcialmente aceitos pelo neokantismo de Marburg, de Hermann Cohen (pureza do método e método da pureza), ou pelo neopositivismo lógico do Círculo de Viena (KELSEN, 2011b, p. xiv). Conforme António Manuel Hespanha, Kelsen não busca eliminar toda forma de valor do direito. Ele busca apenas ressaltar que a valoração ética do direito não cabe a uma ciência jurídica, já que tal ciência apenas descreve o direito como ele é (HESPANHA, 2005, p. 432-437).

Para tanto, o ponto inicial da discussão se assenta na base de que há juízos diferentes em ciências separadas. Pouco determinados e muito moralistas, os juízos morais psicológicos ou subjetivos devem ser evitados, na medida em que sua pretensão particular obstrui a universalidade dos conhecimentos científicos. Todos os juízos têm uma carga valorativa, sejam eles de fato, sejam eles de realidade. Assim, a teoria pretende ser avalorativa no que diz respeito aos juízos de valor inerentes a ela mesma (KELSEN, 2021, p. 26; MATOS, 2012, p. 13). No caso específico da ciência jurídica, a distinção das funções da ciência e da autoridade jurídica é fundamental, uma vez que, para Kelsen, cabe à ciência jurídica *descrever* o direito sem, contudo, utilizar-se da prerrogativa da autoridade jurídica que busca *prescrevê-lo* (KELSEN, 2009, p. 83).

Desse impasse, Kelsen extrai sua defesa de uma ciência que cumpra esses requisitos denominada *pura* (WARAT, 1983, p. 27-40). Sem buscar valorar (no sentido apontado anteriormente) ou legitimar qualquer ordem específica, seu realismo está na representação do direito tal como ele é (KELSEN, 2021, p. 24). Sendo uma teoria do direito positivo, do direito *enquanto* positivo, a preocupação da teoria pura reside na descrição dos elementos fundamentais para toda ordem jurídica, reforçando a ideia de que não procura *conhecer* o objeto, mas se preocupa em responder como eles devem ser construídos (representação do direito como ele é).

Além dessa diferença de perspectiva da autoridade jurídica, a teoria pura também não se apresenta como uma política jurídica (KELSEN, 2001, p. 349; 2021, p. 13). Não há qualquer contradição entre o caráter ideológico do direito e sua abordagem por uma teoria que despreze as ideologias jurídicas: “Que se aceite o direito – comparado com a realidade natural – como ideologia e, ainda assim, apoie-se uma teoria do direito pura, ou seja, livre de ideologia, não é de modo algum contraditório quanto parece” (KELSEN, 2021, p. 40).

Kelsen descreve a pretensão objetiva e universalista da teoria pura do direito, que busca formular uma concepção orgânica do direito sem se

basear em quaisquer éticos ou políticos, mas apenas lógico-científicos:

A postura da teoria pura do direito é, ao contrário, completamente objetivista-universalista. Ela parte do direito como um todo e procura apreender todos os fenômenos individuais somente em uma conexão sistemática com todos os outros. Ela procura apreender, em cada parte do direito, a função do todo jurídico. Nesse sentido, ela é uma concepção verdadeiramente orgânica do direito. Mas, ao apreender o direito como organismo, a teoria pura do direito não quer dizer ser ele uma entidade supraindividual, supraempírica ou metafísica do tipo biológico ou psicológico – uma representação sob a qual se escondem frequentemente postulados ético-políticos – mas antes exclusivamente que o direito é uma ordem e que, com isso, todos os problemas jurídicos devem ser postos e devem ser resolvidos como problemas referentes a uma ordem normativa. Assim, a teoria do direito se transforma na análise estrutural mais exata possível do direito positivo, livre de qualquer juízo de valor ético-político (KELSEN, 2021, p. 59).

Nesses termos, ideologia consiste apenas naquilo que escapa à teorização científica. Tal pureza quer significar uma conservação, livre daquilo que seria a formação do direito (tarefa da política jurídica), restringindo-se ao mero espaço de sua cognição.

Diferentemente da perspectiva política ou valorativa, a teoria pura se volta para uma realidade que também é diferente daquela das ciências naturais, porque, se assim fosse o caso, bastaria dizer que aquilo que o direito deve ser, por um suposto caráter de natureza, fosse realmente o que ele é (DAMASCENO; SILVA, 2016, p. 335; KELSEN, 2016, p. xxviii-xxix). Kelsen assume que conceções religiosas ou transcendentais são absolutas, e o jogo de deslocamento de uma perspectiva que toma o relativo como absoluto (transcendente) e o seu próprio relativismo como “científico” nada mais faz que hipostasiar a ciência. Apesar de se situar em um campo diferente daquele dos termos utilizados por Kelsen, a crítica de Michel Villey diz respeito à exclusão dos valores (dos fins) do direito na pretensão científica da ciência jurídica. Ao excluir as causas finais, a ciência jurídica kelseniana pretende apenas se reduzir a uma “ciência dos fatos”, o que causou, de certo modo, a indiferença generalizada que serviu de base para os regimes autoritários. Trata-se de uma crítica pouco precisa e exagerada (VILLEY, 2003, p. 178-183).

Entre o universo absoluto e necessário do direito interpretado como leis imutáveis e heterodoxas vindo da natureza, e o campo relativista valorativo da política jurídica, a teoria pura se situa como um terceiro caminho, permanentemente vigilante no que diz respeito às suas próprias considerações, como uma técnica específica regulado-

ra da conduta humana cujo sistema da ordem coercitiva possibilita sua diferença entre os variados fenômenos sociais. Por mais que essa ciência seja do social, seu escopo não é aquele da sociologia jurídica, tampouco o da sociologia geral (KELSEN, 2016, p. 37; 2021, p. 39).

A teoria pura de Kelsen também busca distanciar direito e moral (CONSANI, 2016, p. 165-166). Ambas descrevem duas ordens sociais de caráter prescritivo ou proibitivo, mas se diferenciam na maneira como elas prescrevem ou proíbem tais condutas. Em suma, há de se questionar a existência de um vínculo necessário entre direito e moral (que parece ser afastado pela perspectiva kelseniana) por um lado e, por outro, da concomitante existência de ambas as ordens sem um entrecruzamento obrigatório. A fim de resolver essa questão, Kelsen procura defender a norma jurídica como peça elementar de sua ciência, peça capaz de concentrar as diferenças mencionadas entre a ciência e a autoridade jurídicas, a política e a ideologia, a sociologia jurídica e sociologia geral, as ciências da natureza, a religião e a moral.

Determinando o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como

ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais. Somente por esta via se alcança um critério seguro que nos permitirá distinguir univocamente a sociedade da natureza e a ciência social da ciência natural (KELSEN, 2009, p. 84-85).

Como regra que prescreve (ou proíbe) uma conduta específica, a norma jurídica kelseniana expressa essencialmente um conteúdo fundamental de dever-ser (KELSEN, 2001, p. 205). É por meio dela que se pode hipoteticamente diferenciar um direito positivo de um outro natural, uma vez que se exclui do campo de elaborações normativas elementos metafísicos ou suprassensíveis, como origem e fundamento. Isso quer dizer que no mundo das normas só é possível deduzir ou reproduzir outras normas (KELSEN, 2001, p. 23, 84-85; 2016, p. 562-565). Como resultado dessa investigação, os juízos de valor podem ser revistos em ao menos quatro pontos fundamentais, a fim de que algumas aporias possam ser dissolvidas: (1) de um valor, deduz-se uma relação normativa; (2) o conceito de norma, apoiado no elemento do dever-ser, sem qualquer apoio outro que não seja da norma; (3) a descrição de uma relação de dever-ser como um enunciado sobre a realidade; (4) o que não tem valor extrínseco e objetivo como tal e vale apenas para partes interessadas em uma análise são apenas valores subjetivos que não importam para a

descrição da realidade (CHIASSONI, 2017, p. 419; KELSEN, 2001, p. 224; 2011b, p. xvi, 6).

Já desde seus primeiros escritos, como em *O Problema da Soberania e a Teoria do Direito dos Povos*, de 1920, Kelsen procura articular sua teoria como um jogo de oposições (KELSEN, 2018, p. 27)<sup>2</sup>. Essas oposições indicam certa transformação, inerente à prática jurídica, de constructos jurídico-científicos. Segundo Kelsen, tais constructos (ou ficções) criados pelas teorias do Estado adquirem conotações que excedem a si mesmos, passando a ter caráter constitutivo em relação ao direito enquanto totalidade normativa. Um exemplo disso é o que ocorre com o conceito de “Estado” que, de ficção jurídica, passa a ser tomado como princípio de criação jurídica (KELSEN, 2009, p. 110, 358-359).

Em resumo, os dualismos fundamentais representam a tensão entre o direito positivo e o direito natural, o direito e o estado, e o direito nacional e internacional. Sobre o primeiro caso, a importância parece estar na construção científica de uma forma de observação diferente daquelas usuais (apontadas como teorias tradicionais por Kelsen), da diferença entre a política e a ciência, direito e religião, direito e natureza. No segundo caso, está o dualismo direito e estado:

Uma investigação detalhada mostra que essa estrutura social de coação e que essa ordem de coação deve ser idêntica à ordem

jurídica, já que os mesmos atos de coação caracterizam ambas essas ordens e uma mesma comunidade social não pode ser constituída por duas ordens distintas. O estado é uma ordem jurídica. [...] Nos primitivos, a comunidade pré-estatal realizava a criação de normas jurídicas gerais através do costume, ou seja, através do exercício de práticas jurídicas individuais. [...] É o filho que, por causa do homicídio de seu pai, deve se vingar do assassino e de sua família; é o próprio credor que deve por as mãos no devedor que se encontra em mora, para satisfazer seu interesse através da penhora. Essas são as formas primitivas de pena e execução. [...] Por maior que possa ser esse passo, do ponto de vista técnico-jurídico, existe uma diferença quantitativa, mas não qualitativa, entre a ordem jurídica descentralizada e a ordem jurídica centralizada, entre comunidade jurídica primitiva e a comunidade jurídica estatal. [...] “Considerada a partir dos atos individuais do estado – através dos quais o estado, como um fenômeno dinâmico, manifesta-se –, o problema do estado é um problema de imputação. Esse problema se manifesta na questão sobre por que razão uma determinada ação humana – e todo ato do estado é, antes de tudo, nada mais que uma ação humana – é imputada não ao próprio ser humano que a pratica, mas antes a um sujeito pensado, por assim dizer, por trás desse ser humano. A norma jurídica se mostra como único critério possível dessa imputação (KELSEN, 2021, p. 104-106).

Absorvidos pela contribuição da teoria pura, a maioria dos juristas (kelsenianos ou não) considera essas elaborações como óbvias e banais, fatos indisputáveis e essenciais para a investigação do direito como uma ciência. Porém, essa perspectiva parece não levar em conta uma teoria dos fatos ou da realidade como operação do material fático com o qual a ciência jurídica trabalha. Ou seja, para um conjunto teórico que se restringe a descrever juízos de realidade parece necessário que a ciência jurídica adote outra teoria (ou metateoria) do que é propriamente a realidade.

Os fatos ou a realidade de que se fala, para que a teoria de Kelsen tenha um substrato consistente, não pode ser aquilo de que outras ciências se apoiam: “O direito é um fenômeno social, mas a sociedade é um objeto completamente diferente da natureza, uma cadeia completamente diferente de elementos” (KELSEN, 2021, p. 14). Mas se há uma cadeia de raciocínio diferente entre natureza e sociedade, faz sentido utilizar o correspondente fático sem uma metateoria pressuposta?

Por ser um acontecimento sensorialmente apreensível que ocorre no tempo e no espaço, esse fato externo é, então, em todos os casos, uma parte da natureza e, enquanto tal, é determinado pela lei de causalidade. [...] O que o transforma em um ato jurídico, ou em um ato jurídico lícito, não é sua facticidade, seu ser natural, ou seja, seu ser causalmente determinado contido no sistema da natureza, mas

antes o sentido objetivo conectado a esse ato, o significado que ele possui. [...] A norma funciona como um esquema de interpretação. [...] Isso significa que o conteúdo de um acontecimento fático corresponde ao conteúdo de uma norma, que é de algum modo pressuposta (KELSEN, 2021, p. 16).

Como “esquema de interpretação”, a norma parece já interpretar um fato que é parte da natureza e, com isso, há uma primeira cisão aberta pela teoria de Kelsen, qual seja, a do dualismo entre fato e fato normativo. Se o que interessa à ciência jurídica são os fatos normativos, não deveriam eles se apoiarem nos fatos que são parte da natureza? E se essa dependência é necessária, não haveria que considerá-los, mesmo que de modo negativo? No coração da teoria pura, de um ponto interno da crítica, levando em conta a ausência de uma possibilidade de teoria dos fatos, há duas lacunas normativas sem resolução, “[...] dois elementos controversos (norma fundamental e eficácia) encontram-se nos pontos inicial e final da construção kelseniana” (KELSEN, 2011b, p. xxi).

Uma tentativa de estabelecer essa diferença foi realizada por Kelsen ao distinguir as condições de organização da natureza e do direito. Para aquela, pode-se entender uma ordem cujos componentes se integram todos pela realidade de causa e efeito, segundo descrito por Kelsen no princípio de causalidade (VILANOVA,

2000, p. 64-65, 69-70). É desse modo de que se pode falar de leis naturais. Por outro lado, no direito, ao que parece ser o móbil das relações de seus componentes da dimensão da normatividade no campo científico jurídico, não é *necessário* que a causa se ligue com o efeito, mas o que aparece é que a causa *pode* gerar um efeito (KELSEN, 2009, p. 85-86; 2016, p. 64-66).

Kelsen estrutura, portanto, um paralelo entre a natureza e o direito respectivamente com os princípios da causalidade e da normatividade (ou imputação). Na medida em que o princípio da causalidade pressupõe uma implicação natural entre A e B (se A acontece, B também acontece), o princípio da imputação afirma uma implicação normativa entre A e B (se A acontece, B deve acontecer). Assim, esses princípios denunciam uma diferença entre as instâncias do ser e do dever-ser: sendo este último eminentemente normativo e princípio das relações jurídicas e modernas, o princípio da imputação funcionaria no registro de criação de constructos imaginários *a priori* (CHIASSONI, 2017, p. 521-522; KELSEN, 2009, p. 100, 215-217; 2021, p. 19-20).

# O PROBLEMA JURÍDICO MODERNO FUNDAMENTAL: ONTOLOGIA DO DEVER-SER

Em torno desse núcleo equívoco, pode-se localizar um impasse fundamental que tangencia a perspectiva jurídico-científica positivista moderna: aquele que separa a esfera jurídica da esfera não-jurídica. Como tal separação é o pressuposto do direito positivo moderno, tal problema será aqui denominado como *problema jurídico moderno fundamental*. E partindo dos textos de Hans Kelsen, destacam-se duas abordagens diferentes para este problema: (1) uma, que trata da própria fundamentação da ciência do direito como campo de observação que obedece aos pressupostos da suplementação e à dualidade natureza e direito; (2) e outra, que se refere a uma antropologia social que pensa a história das sociedades linear e cumulativamente.

Da primeira abordagem, Kelsen busca garantir uma fundamentação lógica para a ciência do direito. Segundo o jurista, “tal pressuposto, fundante da validade objetiva, será designado aqui por norma fundamental (*Grundnorm*)” (KELSEN, 2009, p. 9, 51; 2016, p. 163; 2021, p. 64). A norma fundamental revela o impasse teórico pela sua impropriedade: apesar de ser definida como *norma fundamental*, ela não é uma norma em sentido

positivo, pois não pressupõe uma norma anterior. Desse modo, ela não prescreve nenhuma conduta. Apesar disso, ela não é da ordem do ser, já que nada descreve. A norma fundamental é um constructo da ciência do direito de Kelsen que busca tão somente representar a pressuposição da esfera do dever-ser. Em outras palavras, ela é o *nome* que Kelsen dá ao pressuposto de que as normas de direito devem ser obedecidas.

A norma fundamental fecha o âmbito lógico do dever-ser, excluindo do direito todas as inconsistências que escapam à perspectiva normativa. Em outras palavras, ela possibilita a criação de uma perspectiva jurídica que separa a esfera lógica e normativa do dever-ser da esfera caótica do ser (CHAHRUR, 2016, p. 38-42; KELSEN, 2011b, p. 115-116; MATOS, 2012, p. 14, 29-31)<sup>3</sup>.

Se é verdade que o abismo entre a facticidade e a normatividade parece ser quase insuperável, também é verdade que a ponte capaz de permitir tal transposição radica-se na norma fundamental. [...] Todas as doutrinas que buscam o fundamento de validade do direito em sua efetividade são desprovidas de valor científico, dado que desconsideram o axioma básico segundo o qual uma norma somente pode se fundar em outra norma e um fato em outro fato. Tal significa, na linguagem, kantiana, que um dever-ser só pode ser posto por outro dever-ser, do mesmo modo que o ser se funda e outro ser. Caso contrário, teríamos que admitir como válida a “falácia natura-

lista”, consistente na crença de que o valor (norma/dever-ser) é imanente à realidade (fato/ser), algo absolutamente inaceitável para uma teoria materialista, antimetafísica e empírica como o normativismo kelseniano (MATOS, 2012, p. 38-39).

Ao estabelecer a maneira de conceber a *Grundnorm*, Kelsen usa do ponto cego de sua teoria para magicamente abrir um canal de retroalimentação entre os dois mundos do ser e do dever-ser (GIAROLO, 2013, p. 3). Se se está falando de normas jurídicas em suas relações formais com o dever-ser, no fundo elas se ligam à realidade, mesmo que por muito pouco, pois a normas jurídicas expressam relações sociais. Em vários momentos, a doutrina da teoria pura evita o assunto, tentando diferenciar categoricamente os mundos do ser e do dever-ser (KELSEN, 2009, p. 235), não por acaso as notas de rodapé mais extensas de Kelsen revelam sua tentativa de explicar esse impasse metodológico do problema jurídico moderno fundamental.

Apesar de as normas jurídicas terem lastro na ordem material e concreta, Kelsen pretende discriminar o âmbito jurídico do natural que o condiciona. Por aceitar o princípio da causalidade de forma restrita ao domínio das ciências da natureza, Kelsen procura por um princípio paralelo que analogamente estabeleça uma ordem para as relações jurídicas. A solução por ele encontrada foi o

estabelecimento do princípio jurídico-normativo de imputação como operador análogo ao princípio natural de causalidade. Diferentemente da ordem causal natural, a ordem jurídica busca efetivar a implementação de um ato de coerção para a inobservância de cada prescrição normativa. Por esta razão, ela não é regida pela relação de causa e efeito que dirige o princípio de causalidade, mas pela relação de fato e consequência: a concretização de um fato contrário a uma norma acarreta uma coação estatal (KELSEN, 2001, p. 83, 137-138, 177, 359; 2009, p. 24, 79, 86-87; 2021, p. 28-29).

Esse esquema oferece certo grau de comunicabilidade entre os registros do ser e do dever-ser, respectivamente pelos planos lógico e teleológico. Por evitar a contradição lógica entre ambos os registros, bloqueia-se a passagem do ser para o dever-ser e vice-versa, para que os aparentes conflitos não sejam excluídos. “Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é a de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*)” (KELSEN, 2009, p. 77; 2016, p. 582-583).

A tarefa da ciência jurídica pura se resume em desfazer a confusão política entre direito e justiça. Se a criação de normas de direito é sempre feita a partir de valores da esfera política, a descrição de tais normas pela esfera científica é livre de valores (KELSEN, 2016, p. 8-9). Se no plano político

a criação de uma norma significa a apreensão de algo como o direito, a atribuição de valor jurídico a algo, no plano jurídico-científico um determinado fato só tem relevância se for reconhecido como direito se houver uma pressuposição de dever-ser que o atravessa (KELSEN, 2009, p. 4; 2021, p. 17).

A principal diferença apontada por Kelsen entre o princípio da causalidade e o da imputação parece dizer respeito à perspectiva referente ao ponto de partida em que se posiciona cada um deles. Ao passo que o princípio da causalidade busca deduzir possíveis efeitos de uma causa, tomando como base os encadeamentos entre fatos naturais e suas repetições, o princípio da imputação busca deduzir as possíveis consequências de um ato, tomando como base uma certa normatividade pressuposta. Segundo o jurista austríaco, haveria um ponto final em toda imputação, enquanto a causalidade permaneceria aberta. Kelsen apenas deixou de notar que toda concepção de causalidade natural pressupõe em um certo conjunto de repetições certa unidade de normas referentes à natureza:

É justamente essa diferença entre imputação e causalidade: que existe um ponto final de imputação, mas não um ponto final de causalidade, é justamente essa diferença fundamental que constitui o antagonismo entre o que é chamado ‘necessidade’, dominante na natureza, e o que é chamado ‘liberdade’, essencial à sociedade, isto é, essencial ao homem

nas suas relações normativas com outros homens (KELSEN, 2001, p. 332).

Como conclusão, todas as normas são normas de dever-ser, de modo que prescrevem para a ciência jurídica uma função. No entanto, para a ciência jurídica kelseniana, o que se quer estudar é aquilo que o direito é, e não aquilo que o direito deve ser. Apesar de as normas serem de dever-ser, a ciência jurídica procura o ser do direito, que nada mais é que o aglomerado de normas de dever-ser (KELSEN, 2011b, p. xviii; MATOS, 2012, p. 19). Os atos fáticos que são objetos das normas apoiam-se na realidade tal qual criada pelo direito, o que fez com que Kelsen axiomatizasse a não-relação entre ser e dever-ser como a maior das limitações internas. Se o direito toma e normatiza o fático de determinada maneira, até que ponto essa divisão fática foi revogada nos termos de uma ciência puramente jurídica?

## AS CONSEQUÊNCIAS DA DIVISÃO “FÁTICA”

A dificuldade em encontrar qual seria o fundamento do *usus modernus* do direito se dá tanto porque talvez esse fundamento não exista, quanto porque talvez ele seja tão simplista que não seja possível reconhecê-lo à primeira vista. Como exercício de pensamento, propõe-se conjectura:

turar o que se configura como o problema último do direito em seu desdobramento mais imediato, a saber, a cisão entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser.

Como exposto, o *problema jurídico moderno fundamental* diz respeito à fratura, própria do campo jurídico, que torna intransponíveis os domínios do ser e do dever-ser. Para que um complexo imaginário e operativo bem-ordenado funcione, deve haver uma separação entre esses dois mundos: um propriamente jurídico das normas do dever-ser; e outro extrajurídico dos fatos do ser, cuja passagem não possa ser realizada plenamente, pois “Qualquer tentativa de fundar a procura dos valores jurídicos na *realidade* do direito constituiria um salto metodológico impossível entre o mundo do *dever ser* e o mundo do *ser*” (HESPANHA, 2005, p. 434).

Os cataclismos políticos e epistemológicos do século XX abriram um enorme caminho para se questionar as fundações da tradição da civilização Ocidental. Os esforços do século XX, das frações políticas mais reacionárias às mais revolucionárias, encaminharam-se na denúncia ou na defesa da existência desses dois mundos: o mundo das normas e o mundo dos fatos. A simples definição do direito como um ordenamento de normas perde de vista a preocupação que se tem com o “ser”. Por mais que suas formas positivadas tentem estipular dentro dos limites das normas jurídicas, a

insistência dos fatos em contradizer esse imperativo é tão cristalino que não resta outra alternativa senão buscar sua essência alhures.

O postulado da cisão entre norma e realidade, entre os mundos jurídico e factual, entrou em questão no momento mesmo em que se dividiu aquela situação primeira (a condição básica do puro *ser*) em dois mundos. A cisão entre ser e dever-ser, enquanto a cisão primordial da ordem social, é aquilo que põe retroativamente o imperativo da lei como significante da moral e do direito, cujo “*inconsciente político*, portanto, volta-se para a dinâmica do ato da interpretação e pressupõe, como sua ficção organizacional, que nunca realmente abordamos um texto de imediato, em todo o seu frescor como coisa-em-si mesma” (JAMESON, 1992, p. 9-14, 291-308). Ao investigar a função das narrativas para as construções literárias, Fredric Jameson aponta para um lugar-outro do qual a elaboração narrativa parte. Esse “*inconsciente político*” é estrutura como um conjunto de redes simbólicas materiais que alimentam o imaginário literário. Essa temática foi reconhecida por Kelsen em sua *Autobiografia*:

Um dos problemas mais difíceis da teoria do direito – mesmo que até agora nunca tenha sido formulado claramente por falta de fundamentação metodológica – consiste desde sempre em saber como o sentido indubitavelmente normativo por meio do qual o ordena-

mento jurídico se refere ao comportamento humano regulado por ele pode ser ligado ao fato igualmente indubitável de que um acontecimento factual que corresponde até certo grau a esse ordenamento jurídico constitui a única condição mediante a qual se pode falar de um ordenamento jurídico válido como dever-ser. É o problema da relação entre dever-ser e ser no conceito de direito (KELSEN, 2018, p. 29).

Apesar das considerações teóricas de Kelsen a respeito deste problema, muitos de seus desdobramentos permaneceram incertos. As constatações a respeito das ordens normativas podem tocar no fundo do problema da liberdade, pois o ato de agir livremente, quando reflexivamente considerado, faz aparecer o paradoxo da inevitável sujeição a algum protocolo normativo pré-constituído. A imputação possui uma estreita relação com a liberdade, uma vez que a manutenção desta depende do estabelecimento de uma ordem normativa capaz de conservar tal esfera. Se a causalidade natural bloqueia todo agir contrário à natureza, já que tudo é encadeado na relação de causa e efeito, não haveria liberdade natural. A liberdade só aparece em relação às normas: todos são livres na medida em que decidem ou cumprir ou desobedecer às normas impostas. Por esta razão, a liberdade é condicionada pela norma (KELSEN, 2009, p. 110).

Dessa constatação emerge a dúvida acerca da relação entre ser e dever-ser. Se de uma perspectiva jurídico-científica pura são instâncias separadas, e se o dever-ser é o ser para o direito, resta ao ser a função de ser o ser para o não-direito. Se esse é o caso de separação entre ser para o direito e ser para o não-direito, pode-se afirmar que não apenas o dever-ser é uma ficção, como também o ser se trata simplesmente de uma ficção de valor oposto? De maneira alguma.

A *differentia specifica*, aquilo que divide os mundos em ser e dever-ser, não performa uma divisão simétrica: ser e dever-ser são constitutivamente assimétricos. Com isso, por mais que ser e dever-ser cumpram papéis especulares dentro da trama imaginária jurídica, suas funções para a ordem simbólica são opostas. Enquanto o dever-ser mantém seu papel ontológico, o ser sustenta uma outra ontologia. O ser é o representante mesmo do não-lugar, da cisão constitutiva, ele é o expoente da falta da ordem simbólica (da falta de ordem), e a ontologia do ser é, portanto, a ontologia da falta. O dever-ser busca preencher o ser, o não-lugar, a falta; é a ontologia de uma ordem fechada e “sem buracos” que põe retroativamente a si mesma como conteúdo fundamental para sustentar-se como ontologia de um ordenamento fechado, sem falhas, sempre já presente.

Se se entender a realidade como a projeção de tudo o que se supõe existir, o ser nada mais é

que aquilo que se supõe existir. O dever-ser, por outro lado, é toda normatividade possível que a realidade é capaz de criar. Ocorre que, desde meados do século XIX, o dever-ser foi cada vez mais hipostasiado como ser, e a divisão jurídica *quaestio iuris* e *quaestio facti* foi gradativamente sendo tomada como divisão ontológica inerente ao ser. A consequência disso é que a realidade se predicou, nesse ínterim, como realidade jurídica. É o que nota Giorgio Agamben ao encontrar no intervalo entre Immanuel Kant e Kelsen a formação de uma *ontologia do dever-ser*:

Kant representa o momento que a ontologia do comando e do dever-ser atinge sua elaboração extrema e, penetrando na ontologia da substância e do ser, procura transformá-la do interior. [...] A substituição do “nome glorioso de ontologia” por aquele de “filosofia transcendental” significa, justamente, que uma ontologia do dever-ser já tomou o lugar da ontologia do ser. [...] Que a ontologia kantiana seja, na verdade, uma ontologia do comando alcança em Kelsen sua máxima evidência. Ele parte de uma absolutização sem reservas de *Sein* e *Sollen*, ser e dever-ser, assumida incondicionalmente como um postulado dualista [...] A teoria pura do direito pressupõe, assim, duas ontologias, irreduzíveis uma a outra e, como Kant, escolhe como âmbito próprio a do comando e do dever-ser. Ela é “pura”, porque pretende manter-se constantemente na esfera do *Sollen*, sem jamais transpassar para aquela do *Sein*. O dever jurídico não coin-

cide, de fato, com um ser ou com um estado de coisas, isto é, com um comportamento devido, mas exprime somente o fato de que um certo comportamento é estabelecido por uma norma, e que essa norma remete a outra norma (a sanção coercitiva) e esta ainda a outra [...] (AGAMBEN, 2013, p. 125-128)<sup>4</sup>.

Uma das consequências da emergência dessa ontologia do dever-ser é a já mencionada separação qualitativa entre causalidade e imputação. Quando o ser passa a ser o *ser para o direito*, a comensurabilidade do ser se perde, e este passa a ser medido pela mesma régua retributiva com a qual se constrói a ontologia do dever-ser. Disso decorre a sub-reptícia dissimulação da juridificação da natureza: a causalidade como imputação em que se ignora a existência de qualquer norma fundamental.

Dentro do espectro amplo das ciências, não é tão nítida a divisão entre ciências naturais e ciências humanas, na medida em que os objetos das ciências humanas estão contidos nas ciências da natureza. As ciências modernas se erguem sob os pilares das noções da causalidade e de imputação, principalmente com o debate iniciado pela filosofia moderna acerca da dualidade natureza e espírito (extensão e pensamento). As visões de mundo cristãs e suas versões secularizadas trazem consigo a ideia de causalidade como encadeamento das causas naturais em uma *prima causa*. Se tudo de-

corre de uma causa, ela deve ser a causa primeira superior. Assim, segundo essa lógica, pode-se afirmar que a imputação se submete à causalidade, de modo que esta predetermina em última instância toda imputação.

Repetida e sistematicamente, Kelsen busca separar o que denomina como princípio da causalidade (as relações causais observadas na natureza) do que denomina como princípio da imputação (as relações imputativas observadas nas normas de direito). A ciência pura de Kelsen se apoia sobre este gesto humano, na medida em que a noção de dever-ser resulta da separação objetiva entre aquilo que é e aquilo que não é norma. E a teorização de Kelsen propõe criar uma ciência que se assuma como universal abstrato do todo normativo (BERTOLUCCI; BOTELHO, 2021, p. 83-91; CHIASSONI, 2017, p. 426).

Na segunda edição de sua *Teoria pura do direito*, de 1960, Kelsen se preocupa em construir uma ciência do direito totalmente separada da metafísica da imputação de uma causa final (KELSEN, 2009, p. 4-24). Primeiramente, preocupa-se em afastar o ser do dever-ser (a natureza das normas sociais). Para tal compreensão, a perspectiva da teoria kelseniana deve separar radicalmente os momentos da criação de uma norma da sua existência, momentos pertencentes aos registros da dinâmica e da estática jurídicas.

Existe uma barreira de intransponibilidade entre a norma e a normatização, de modo que a totalidade jurídica nada mais é que uma totalidade de normas. No entanto, há alguma norma extrajurídica que impele os sujeitos a obedecerem a este direito positivo. Apesar de esta ser possivelmente uma norma de ordem moral, Kelsen propõe que ela seja ficticiamente deslocada para dentro da ciência do direito, não como uma norma posta, mas como uma norma pressuposta. Com o auxílio da ficção, Kelsen cria um ponto de referência último, que torna a imputação cientificamente apreensível, sem que coincida com qualquer ponto da realidade na qual sua ciência entre em alguma trama causal (KELSEN, 2009, p. 100-101).

De acordo com o jurista austríaco, algo como um direito natural seria derivado da mundivindade metafísico-religiosa, da perspectiva de um absoluto eterno que controla a trama mundana prescrevendo suas normas. Tais concepções confundem natureza e direito, ao inscrever uma causa final que é, ao mesmo tempo, norma jusnaturalista última. Com o abandono de Deus e sua substituição na modernidade pelo paradigma da ciência, um direito natural divino nesses termos já não seria mais possível. Surgiria então uma metafísica mecanicista em seu lugar, formada a partir de uma lógica imanente do universo: toda a natureza passaria a ser interpretada como um todo mecanicamente fechado, passível de ser descoberto.

A conexão necessária, esse poder imperceptível que rege as relações de causa e efeito não passa da *crença* em uma *ideia de necessidade*. A crença nada mais é que a expectativa de que ocorra determinado efeito. Ela leva em conta, a partir do hábito, a maior probabilidade de certas causas aparentes acarretarem determinados efeitos. Apenas a repetição da causalização produz uma impressão que é capaz de sugerir uma ideia de conexão necessária referente a esta relação de causalidade. Em suma, a necessidade é estruturada pelas ideias de conjunção habitual, e não é possível (ou não é praticável) especular sobre uma necessidade que seja pura causa, uma necessidade independente do hábito e da percepção. Sendo a causa pura signo do acaso, ela expressa a impossibilidade do estabelecimento de uma conexão necessária *a priori*. Esta ideia permite, como entende Kelsen, que o princípio da causalidade seja libertado das amarras necessitaristas e possa se concentrar em processos científicos de causa e consequência pontualmente localizados.

A lição escondida na pretensão epistemológica de Kelsen é que direito e natureza apresentam uma estrutura metafísica congênita. A crença causal remete a um ponto normativo primário da mesma forma que toda crença imputativamente normativa remete a um ponto causal primário. E tanto a imputação quanto a causalidade kelsenianas delineam as relações de dever-ser e de ser. Por maior que seja o esforço de Kelsen em possibilitar

a compreensão analítica dos âmbitos do ser e do dever-ser, as concepções de natureza e de direito derivam de *uma mesma visão de mundo*.

Isso pode ser inferido a partir da comparação entre o direito e a lenda do rei Midas: “Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico” (KELSEN, 2009, p. 308). Apesar de este excerto buscar denotar que tudo aquilo sobre o que o direito normatiza adquire significado jurídico, sua interpretação pode avançar para além desta denotação: a própria natureza, quando imaginada a partir de uma ontologia do dever-ser, será concebida a partir de pressupostos jurídicos. E se Kelsen afasta a causalidade da imputação de modo a evitar a imputação de uma causa final à normatividade jurídica, sua concepção de causalidade não deixa de pressupor uma norma fundamental:

O “dever ser” simplesmente expressa o sentido específico em que a conduta humana é determinada por uma norma. Tudo o que podemos fazer para descrever esse sentido é dizer que ele é diferente do sentido em que dizemos que um indivíduo efetivamente se conduz de certo modo, que algo de fato ocorre ou existe. [...] Apenas com o auxílio do conceito de norma e do conceito correlato de “dever ser” é que podemos entender o significado específico das regras de Direito (KELSEN, 2016, p. 51).

Pensando o encontro dos efeitos da norma fundamental em uma pretensa zona de indeterminação entre a natureza e o direito, seria o caso de se pensar se “norma de clausura”, como aquela da linguagem cuja norma exerce uma função simbólica, nada faz senão identificar o real dentro de sua própria linguagem. É exatamente isso que Kelsen não consegue diferenciar apesar de tentar “axiomatizar” o direito ao máximo (ROSA E SILVA, 2008, p. 186). Na verdade, essa indeterminação acaba sendo o próprio efeito “externo” da norma fundamental. Internamente, a norma fundamental, enquanto existência suposta, implica a existência de um dever-ser jurídico separado do ser. Externamente, a norma fundamental implica na captura da natureza separada do direito, separação à qual é indexado um coeficiente de progresso diretamente proporcional. É por isso que Kelsen é incapaz de separar direito e natureza, por mais que estabeleça uma separação jurídica radical entre ambos, separação que acompanha um progresso natural e inescapável.

O que se tem é uma ontologia do dever-ser completamente desligada das consequências físicas que ela pode acarretar, uma ontologia do dever-ser que acompanha não só a destruição do natural-social, mas a permanente não responsabilização jurídica das decisões que afetam negativamente a natureza ou a sociedade (KELSEN, 2021, p. 70). Sendo o sentido objetivo do ato de vontade, o de-

ver-ser como norma, continua-se ainda com a distinção dos sentidos objetivos e subjetivos. Mesmo na segunda edição da *Teoria Pura*, Kelsen parece não levar esse problema epistemológico em consideração tal como este trabalho sugere:

Se se designa como ‘imputação’ a ligação de pressuposto e consequência expressa na proposição jurídica com a palavra ‘dever-ser’, de modo algum se introduz, com isso, uma nova palavra numa disciplina que já de já muito opera com o conceito de ‘imputabilidade’. Imputável é aquele que pode ser punido pela sua conduta, isto é, aquele que pode ser responsabilizado por ela, ao passo que inimputável é aquele que – porventura por ser menor ou doente mental – não pode ser punido pela mesma conduta, ou seja, não pode por ela ser responsabilizado (KELSEN, 2009, p. 91).

Assim, torna-se possível manter a imputação circunscrita aos elementos normativos de uma teoria do direito, porém, sem ignorar essa mesma separação pressuposta pela imputação do progresso como princípio histórico, atribuindo um índice negativo de progresso às concepções de mundo que amalgamam direito e natureza e um índice positivo às que discernem ambos:

Estamos supondo aqui que a causalidade não é uma forma de pensamento da qual a consciência humana seja dotada por necessidade natural – o que Kant chama “noção inata”

– mas que houve períodos da história do pensamento humano em que os homens não pensavam causalmente. [...] De fato, a concepção de causalidade é inteiramente estranha ao pensamento de povos primitivos que interpretam a natureza antes por categorias sociais que pela causalidade. Para o homem primitivo não existe algo como “natureza”, no sentido de uma ligação de elementos determinada por leis causais e distinga da sociedade. O que o homem civilizado entende como natureza é, para o homem primitivo, com seu modo de pensar animista ou, mais exatamente, personalista, apenas uma parte da sociedade, sendo ambas, portanto, governadas pelas mesmas leis. [...] Portanto, ele interpreta a natureza por meio dos mesmos princípios que determinam sua relação com os outros membros de seu grupo. A regra fundamental da ordem social primitiva, contudo, é o princípio da retribuição, que domina por completo a consciência inteiramente social do homem primitivo. Trata-se do princípio segundo o qual um homem retribui o bem com o bem, o mal com o mal, e espera, portanto, ser punido por um mal cometido por ele ou por um membro de seu grupo e ser recompensado por um mérito seu ou de um companheiro seu (KELSEN, 2001, p. 302).

Essa separação entre direito e natureza, contudo, se dá no bojo de outra desconexão, aquela entre moral e materialidade. Afastando a natureza da ordem moral, dissimula-se as implicações que as decisões podem ocasionar no estado material das coisas. Toda interferência na natureza

é albergada pela noção de que esta possui determinada ordem necessária e ininterrupta. A crença na causalidade natural dissimula o fato de que as pesquisas, as produções tecnológicas e suas consequências sociais dependem de decisões políticas de larga escala (KELSEN, 2001, p. 344-346).

O estatuto a respeito do que se conhece por dever-ser ocupa um lugar primordial, uma criação que permite o funcionamento de uma ordem normativa. O dever-ser, em sua condição ontológica, não apenas ordena a vida e as relações em todos os âmbitos sociais, como também o que coordena a vida e suas relações. Nela está assentado o postulado de que há uma diferença abissal entre o real e a realidade, entre os campos da vida e do direito, entre os mundos do ser e do dever-ser. O direito exclui fundamentalmente o ser para ocupar seu lugar como dever-ser universal. Nisso consiste a moderna semântica jurídica do ser.

Desse campo aberto em que o direito está sob suspeita, na medida em que sua operabilidade enseja uma forma de pensamento condizente consigo, parte-se da convicção de que uma conceituação mais abrangente que as tradicionais possam abrir horizontes mais complexos. A cisão dos domínios do ser e do dever-ser impede a construção de uma concepção de direito que não subtraia deste suas responsabilidades sociais e morais. Sendo o dever-ser ôntico, a situação ontológica é eminentemente jurídica, e possibilita o estabelecimento

de uma permanente captura jurídica do fora. Na separação de cada domínio (do ser e o do dever-ser) em um mundo único cuja diferença parece não ter existido e sua não-relação mascarada impede a construção possível da ponte primeira feita pelo direito para uma passagem fictícia, afirmando que os mundos são intransponíveis. Em *A Paz pelo Direito*, Kelsen reconheceu que todo empenho pela paz mundial durante o século XX foi em vão. Sua conclusão é de que, apesar dos esforços, “a história social nesse aspecto demonstra regresso em vez de progresso” (KELSEN, 2011a, p. 7). Analogamente ao diagnóstico kelseniano, o empenho de tudo juridicizar, por enclausurar o social às decisões jurídicas, também revelaria um regresso soci-al latente ao progressismo jurídico.

A lei da causalidade serve de suporte para a abordagem científica da realidade, mas não para uma outra que seja a abordagem trágica da realidade: “A lei da causalidade é a resposta da ciência a questão da estrutura da realidade” (KELSEN, 2001, p. 335). A elaboração teórica dos antagonismos sociais requer um movimento cujo pensamento possa indicar o para-além das condições possivelmente determinadas, como estilhaços para algumas notas sobre a potência criativa de um movimento porvir.

A instituição de uma ontologia do dever-ser é, portanto, o preenchimento dessa falta, essa ausência de direito onde o ser se mantém em uma

não-relação (a instável e inconstante ontologia do dever-ser), aquilo que o preenche e o sustenta impede a horrenda visão de uma ontologia do não-jurídico. Para confirmar essa posição em torno da qual os discursos bordeiam essa instância impene-trável dos fatos que são realmente fatos, assume-se ao menos provisoriamente uma abordagem do direito capaz de projetar seu entusiasmo vital no real como realidade-outra, que só pode ser outra metafísica, por aceitar como impossível a inscrição ontológica do ser do direito como subtração da inconsistência.

## CONCLUSÃO

A análise desenvolvida permite compreender que o problema jurídico moderno fundamen-tal da confusão entre os âmbitos do ser e do dever-ser não constitui apenas uma falha conceitual ou uma impropriedade terminológica, mas a pró-pria operação lógica por meio da qual o direito moderno se institui. Ao investigar como os argumen-tos de Hans Kelsen procuraram resolver essa distinção, é possível constatar que sua tentativa de separar radicalmente o campo normativo do campo fático produz paradoxalmente uma onto-logização do direito, fazendo que aquilo que deveria ser apenas um dever-ser interpretativo pas-sa a funcionar como uma estrutura necessária da realidade jurídica.

A crítica interna aos textos kelsenianos leva a concluir que sua solução ao problema fundamental não se completou, ou foi resolvido de maneira parcial. Embora Kelsen se afaste da naturalização do direito típica das ciências naturais ou do jusnaturalismo de base clássica, sua forma de estabelecer o domínio normativo acaba gerando um efeito semelhante que desemboca em uma espécie de naturalização da própria normatividade. O dever-ser, em vez de aparecer como construção teórica operativa, converte-se em princípio organizador do mundo social. Assim, a fronteira entre natureza e normatividade permanece ambígua, resultando no efeito de o direito reaparecer como algo que se confunde com a própria realidade que pretende apenas regular. A reconstrução dos universais teóricos que fundamentam a visão kelseniana permite compreender por que essa ambiguidade emerge. A partir das falhas e inconsistências desses universais, observa-se que determinadas formas de organização do social são incorporadas como se estivessem sob o império inevitável do dever-ser. Essa incorporação assume como dadas estruturas que são historicamente produzidas. A própria separação entre natureza e normatividade depende de uma decisão teórica que, ao ser ocultada, parece ser necessária.

O delineamento lógico e histórico das conceções jurídicas modernas fortalece a percepção do direito como uma realidade que não é resultado de evidências objetivas, mas de uma forma de

conceituação que consolidara um universalismo progressista que, sob a base da ciência jurídica, é verdadeiro. Essa perspectiva transformou o direito moderno em expressão dominante de interpretação do mundo social, constituindo uma ontologia do dever-ser a partir do século XIX. A consequência dessa ontologia é a imanentização recíproca dos campos da natureza e do direito. Em outras palavras, para que a teoria opere, é preciso supor uma separação entre ambos os campos que só existe porque a própria ontologia do dever-ser a exige.

Diante disso, pode-se afirmar que a teoria kelseniana contém um ponto cego que não decorre de omissão acidental, mas de impossibilidade estrutural. A ontologia do dever-ser, ao inverter a relação entre realidade e interpretação, transforma o real em simples negativa de si mesmo, subordinando-o à estrutura normativa que se propõe a explicá-lo. A partir dessa inversão, torna-se evidente que o dever-ser opera mediante uma não-relação.

Portanto, os resultados alcançados permitem afirmar que a hipótese orientadora de comprovar a vinculação da importância do dever-ser para o direito moderno foi confirmada. Diante disso, a teoria do direito formulada por Kelsen repousa em operações lógicas que, ao tentar resolver a distinção entre ser e dever-ser, instaura um modelo de compreensão no qual o direito se afirma on-

tologicamente à custa da própria realidade que busca normatizar. Esse ponto cego mencionado não constitui apenas um limite interno, mas define o próprio funcionamento da teoria. Assim, para qualquer nova teoria que busque superar tal oposição, é decisivo reconhecer que os institutos jurídicos analisados são efeitos dessa ontologia do dever-ser, afastando a noção de que são estruturas necessárias da vida social.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- AGAMBEN, G. **Opus Dei**: arqueologia do ofício. São Paulo: Boitempo, 2013.
- BERTOLUCCI, L; BOTELHO, M. C. A simbiose entre direito e natureza a partir do enunciado performativo. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, v. 21, n. 40, p. 83-91, mai. 2021.
- CHAHRUR, A. I. A importância teórica e prática da norma fundamental. **Revista de informação legislativa**: RIL, Brasília, v. 53, n. 211, p. 35-53, jul./set. 2016.
- CHIASSONI, P. **O enfoque analítico na Filosofia do Direito**: de Bentham a Kelsen. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.
- CONSANI, C. F. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. **Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)**, v. 23, n. 41, p. 125-170, set. 2016.
- DAMASCENO, E. V.; SILVA, E. F. A classificação das ciências segundo Hans Kelsen. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 209, p. 329-342, jan./mar. 2016.
- Giarolo, K. A. É possível derivar dever ser de ser?. **Controvérsia**, v. 9, n. 1, p. 01-12, jan./abr. 2013.
- HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- JAMESON, F. **O inconsciente político**: a narrativa como ato socialmente simbólico. São Paulo: Editora Ática, 1992.
- KELSEN, H. **A paz pelo direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011a.
- KELSEN, H. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

- KELSEN, H. **O problema da justiça.** 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- KELSEN, H. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, H. **Teoria geral do direito e do estado.** 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito:** introdução à problemática jurídico-científica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.
- LE GAUFREY, G. **A incompletude do simbólico:** de René Descartes a Jacques Lacan. Campinas: Editora da Unicamp, 2018.
- MATOS, A. S. M. C. Norma fundamental: ficção, hipótese ou postulado? In: KELSEN, Hans. **Sobre a teoria das ficções jurídicas:** com especial consideração da filosofia do “como se” de Vaihinger. Rio de Janeiro: Via verita, 2012.
- ROCHA, L. S. O sentido político da teoria pura do direito. **Sequências, Publicação do curso de pós-graduação em direito da UFSC**, v. 5, n. 9, p. 70-73, 1984.
- ROSA E SILVA, K. S. Por uma ética do sentido em Kelsen. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 32, p. 181-201, jan./jun. 2008.
- VILANOVA, L. **Causalidade e relação no direito.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- VILLEY, M. **Filosofia do direito:** definições e fins do direito: os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WARAT, L. A. **A pureza do poder:** uma análise crítica da teoria. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983.

## NOTAS

<sup>1</sup>Por mais que o positivismo jurídico seja visto negativamente pelos não simpatizantes, é preciso considerar que há, no interior desse amplo campo, uma empreitada audaciosamente crítica: “O que o positivismo jurídico descreve é insuportável para muitos, especialmente para os delicados e para aqueles que estão comprometidos não com a ciência, mas com o poder. O juspositivismo representa uma ciência capaz de olhar para si mesmo no espelho e ver o que realmente é. E ela não é Deus, a natureza, a boa-vontade de Kant, a justiça de Radbruch ou os princípios mágicos e delirantes do neoconstitucionalismo. Refletida no espelho juspositivista está a nudez primacial do direito, a face opressiva da górgona do poder – a imagem é de Kelsen – que, paradoxalmente, deve se autocontrolar. Eis a ideologia kelseniana que perseguimos: enxergar o direito enquanto mera técnica de controle social, desvestido, portanto de qualquer caráter necessariamente ético [...]” (MATOS, 2012, p. 50-51).

<sup>2</sup>Conforme Andityas Matos, desde muito cedo Kelsen já alude para a fratura fundamental entre os planos do ser e do dever-ser: “Já em 1919, [...], Kelsen apontava diversos problemas na qualificação fictícia de construtos normativos, eis que eles nunca poderiam ser contraditórios em relação à realidade efetiva, como exigia Vaihinger. Com efeito, esses dois planos – o ser da realidade e o dever-ser das normas – não se confundem e existem concomitantemente enquanto esferas ônticas diversas” (MATOS, 2012, p. 24).

<sup>3</sup>A norma fundamental pode ser um exemplo metodológico daquilo que ficou conhecido no campo da matemática como “o paradoxo de Russell”.

Tendo Gottlieb Frege definido a noção de conjunto a partir de seu logicismo, Bertrand Russell apontou, nessa definição, uma inconsistência fundamental levantando seguinte questão: seria possível considerar conjunto um conjunto cujos elementos são formados pelo predicado de não pertencerem, enquanto elementos, aos conjuntos de si mesmos? Ou, haveria um conjunto formado por todos os conjuntos que não possuem a si mesmos como elementos? Se a resposta fosse positiva, tal conjunto pertenceria a si mesmo (contrariando a fórmula); negativamente, um conjunto que se situaria fora de si contemplaria sua predicação e necessariamente (mas, paradoxalmente) deveria estar incluído nesse conjunto. Ou seja, se o conjunto de todos os conjuntos que não pertencem a si mesmos existe, ele, necessariamente, pertence ao conjunto de todos os conjuntos que não pertencem a si mesmos; mas, ao fazê-lo, deixa de ser um conjunto que não pertence a si mesmo. Inversamente, se este conjunto não faz parte do conjunto de todos os conjuntos que pertencem a si mesmos, ele automaticamente é inscrito neste conjunto por obedecer à sua condição. O paradoxo é, pois, que, ao existir, este conjunto deixa de existir (e vice-versa) (LE GAUFREY, 2018, p. 89-97). Com essa conjectura, chegou-se à conclusão de que não é possível imaginar um conjunto “muito grande”. Ciente desta aporia, Kelsen busca desenvolver o problema do limite fundamental deste conjunto.

<sup>4</sup>Há duas incidências notáveis do nome de Kelsen no projeto *Homo Sacer* de Giorgio Agamben. Uma delas é, conforme a citação anterior, no último capítulo de *Opus Dei*, o último livro da segunda parte da tetralogia. A outra pode ser encontrada no primeiro capítulo do livro *Homo Sacer*, primeiro livro da saga (AGAMBEN, 2010, p. 35).