

# A IDÉIA DE JUSTIÇA NA PERSPECTIVA HISTÓRICO-CRÍTICA DE HANS KELSEN\*

Andityas Soares de Moura\*\*

## Sumário

1. Apresentação.
2. Exposição sumária da Teoria Pura do Direito: aproximações críticas.
3. A idéia de justiça em Hans Kelsen.
4. O jusnaturalismo, o positivismo e a autonomia moral kelseniana.
5. Referências bibliográficas.

## 1 APRESENTAÇÃO

Com este estudo, pretendemos analisar a idéia de justiça em Hans Kelsen, ainda que de forma esquemática, devido à natureza específica do texto. Entretanto, antes de adentrarmos a teorização kelseniana sobre a justiça, faz-se mister recordar alguns conceitos da Teoria Pura do Direito. Após uma rápida apresentação de tal teoria, procederemos a algumas críticas para que possamos situar seus acertos, suas falhas e sua real importância na construção de uma

\* Resumo inédito da monografia premiada na X Semana de Iniciação Científica da UFMG, apresentada no *PAD: Justiça – Teoria e realidade*, do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Coordenador: Prof. Doutor Joaquim Carlos Salgado. Orientadora: Profa. Doutora Elza Maria Miranda Afonso.

\*\* 10º período do curso de Graduação em Direito da UFMG.

Ciência do Direito. Assim, depois desse percurso, enfrentaremos com maior segurança a exposição kelseniana sobre a justiça.

## 2 EXPOSIÇÃO SUMÁRIA DA TEORIA PURA DO DIREITO: APROXIMAÇÕES CRÍTICAS

O positivismo jurídico kelseniano só reconhece duas espécies de Ciências: naturais e formais (hipotético-dedutivas). Desse modo, Kelsen localiza a Ciência do Direito na segunda espécie, pois é uma Ciência que se ocupa de normas, e não de fatos, como a sociologia e a psicologia jurídica: “O sistema da ‘Teoria Pura de Direito’, é um sistema hipotético-dedutivo no sentido de que a Norma Fundamental tem de ser pressuposta para poder sequer ser possível uma consideração científica (isto é, como veremos, lógico-objectivante) do Direito”.<sup>1</sup>

A Teoria Pura do Direito representa o momento em que se traça uma linha de fronteira entre a esfera lógico-objectivante e a teleológica:

*La théorie pure du droit, œuvre fondamentale fréquemment citée, marque l’ancrage des études juridiques du XX<sup>e</sup> siècle dans le positivisme légaliste. La tentative kelsenienne consiste à séparer l’étude du droit de celle d’autres disciplines du champ des sciences humaines, de la philosophie morale ou politique, de la sociologie, de l’histoire. Le droit se présente aux yeux de Kelsen comme un système hiérarchisé et dynamique de normes articulées les unes aux autres par une relation dite d’imputation, qui est au raisonnement juridique ce que la relation causale est au raisonnement scientifique, tenu pour modèle. Ainsi, chaque norme vaut par sa place dans la pyramide, et*

*par la validité du pouvoir de l’organe qui l’énonce: le droit devient un système de formes, propre à une étude formelle, le contenu des normes n’intervenant pas dans le raisonnement du juriste. Cette position extrême amena paradoxalement Kelsen, en butte à l’hostilité des étudiants nazis et exilé d’Allemagne, à reconnaître au système légal de la période hitlerienne une valeur juridique formelle. La pensée kelsenienne eut – et garde – beaucoup d’influence sur la pensée juridique française. La rédaction de la Constitution de 1958, réduite à un système articulé d’habilitations normatives (et souvent étudiée sous ce seul aspect!), marque aussi la trace de l’influence kelsenienne. (Sur cette question, v. J. Chevallier, l’État de droit.) Cette vision du droit est aujourd’hui contestée, en particulier en ce qu’elle fait de la personne une scorie du droit et non sa fin. On lira par exemple les critiques de N. Rouland.”<sup>2</sup>*

Dessa forma, a teoria jurídica kelseniana é eminentemente formal, conforme nota Mario Losano, no profundo ensaio que serve de prefácio à edição brasileira de “O problema da justiça”.<sup>3</sup>

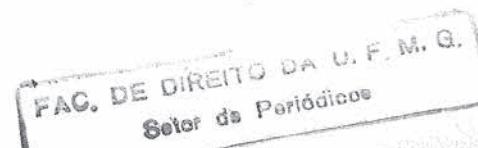
O próprio Hans Kelsen admite o formalismo acentuado de seu positivismo jurídico. A propósito, confira-se o seguinte trecho de sua obra máxima:

*“La validité [des normes juridiques] ne résulte pas de leur contenu. Le droit peut avoir n’importe quel contenu et aucun comportement humain n’est par lui même inapte à devenir l’objet d’une norme juridique. La validité d’une telle norme n’est pas affectée par le fait que son contenu se trouverait en opposition avec une valeur*

2 THÉORIE pure du droit. Fiche sur l'édition de la *Théorie pure du droit* adaptée de l'Allemand par Henri Thévenaz. 2. édition. Neuchâtel: Editions de la Baconnière, 1988, [www.gallica.bnf.fr](http://www.gallica.bnf.fr).

3 Cf. LOSANO, Mario G. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, *passim*.

1 BAPTISTA MACHADO, João. In: KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. de João Baptista Machado. 1. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963. p. VII.



quelconque, morale ou autre. Une norme juridique est valable si elle a été créée d'une manière particulière, à savoir selon des règles déterminées et une méthode spécifique. Le seul droit valable est le droit positif, celui qui a été 'posé'. Sa positivité réside dans le fait qu'il procède nécessairement d'un acte créateur et se trouve ainsi indépendant de la morale et de tout autre système normatif. Les normes du droit naturel et celles de la morale sont au contraire déduites d'une norme fondamentale qui, en raison de son contenu, est censée apparaître de façon immédiatement évidente comme une émanation de la volonté divine, de la nature ou de la raison pure. La norme fondamentale d'un ordre juridique est d'une autre nature. Elle se borne à indiquer comment les normes de cet ordre sont créées; elle pose le principe même de leur création. Elle est donc le point de départ d'une procédure et son caractère est essentiellement formel et dynamique. Seule la validité des normes d'un ordre juridique peut être déduite de sa norme fondamentale, car leur contenu est déterminé dans chaque cas par un acte particulier, qui n'est pas un acte de connaissance, mais un acte de volonté: coutume ou procédure législative s'il s'agit de normes générales, acte administratif ou acte de droit privé s'il s'agit de normes individuelles.”<sup>4</sup>

Kelsen operou no Direito o que Kant operara na filosofia, ou seja, a separação das esferas do ser e do dever-ser. Devemos notar que atualmente, pelo menos na filosofia, tal separação vem sendo questionada; busca-se a antiga unidade, perdida desde os tempos da antiga metafísica, no entanto, não se consegue satisfatoriamente fazer a junção dos mundos. Prova disso é a corrente nominalista, que mais se identifica com o ceticismo de Hume (que originalmente impressionou Kant, levando-o a identificar duas razões: uma que conhece, outra que age). Nada obstante Kelsen construiu seu sistema jurídico do seguinte modo:

4 *Théorie pure du droit*, cit., p. 122.

“De Kant aproveitou o positivismo a lógica transcendental da *Crítica da Razão Pura*, mas rejeitou a *Crítica da Razão Prática* e as suas doutrinas éticas. Para a concepção positivista, só têm sentido os juízos sintéticos *a posteriori* (juízo empíricos) e os juízos analíticos. Logo, todo conhecimento válido, toda e qualquer ciência só poderá ser constituída através de um sistema coerente de proposições empíricas ou analíticas – só há verdades empíricas e verdades de definição. Toda e qualquer proposição de outro tipo não tem sentido – é produto de uma mentalidade pré-lógica, de uma metafísica.”<sup>5</sup>

Funda-se, assim, a Ciência do Direito, que tem seu objeto formal próprio (normas jurídicas), método específico (a normologia, que fixa as conexões de validade entre as normas jurídicas) e um axioma fundamental (a *grundnorm*).

Esse sistema lógico-científico criado por Kelsen não nega a legitimidade do problema axiológico, mas apenas se limita a verificar a impossibilidade de seu tratamento científico.

Na visão de Kelsen, a tradicional dogmática jurídica, *i.e.*, aquela que faz incidir a sua visualização sobre um ordenamento jurídico concreto e que não pode abstrair-se dos fins das suas normas e dos seus conteúdos ético-políticos, não pode ser considerada Ciência, assim como a Teoria Pura do Direito e o sociologismo jurídico o são. Mas Baptista Machado recusa-se a aceitar esses dois tipos de Ciência como suficientes para a jurisprudência (o termo aqui equivale a Ciência jurídica), que está “atenta à sua missão” e tenta demonstrar que a Ciência do Direito não pode limitar-se apenas a um caráter lógico-objetivante. Por perspectiva lógico-objetivante entende-se uma leitura estrutural que adota um ponto de vista unicamente formal do fenômeno jurídico, compreendido este último como algo posto (dado). Pois bem, o positivismo jurídico apenas admite como viável essa perspectiva lógico-objetivante. Para Baptista Machado,

5 BAPTISTA MACHADO, João. In: KELSEN, *Op. cit.*, p. X.

“a jurisprudência tem por tarefa organizar (estrategicamente, isto é, com ‘prudência’) a passagem de uma intencionalidade espiritual para o efetivo processo histórico, pelo que pretende conhecer o Direito para o realizar –, ou conhecer e realizar o Direito – e não conhecer o ‘Direito realizado’, transformado em ‘fato’ ou ‘dado’ ‘inerte’. [...] a natureza do Direito, como produto do espírito, obriga-nos a ter sempre presente a intencionalidade operante, uma vez que ele pretende dirigir o curso dos aconteceres, moldar a história. [...] Por conseguinte, a jurisprudência não pode bastar-se com a ‘leitura’ estrutural do Direito, com a perspectiva lógico-objectivamente – pois que a esta escapa a dimensão vital do jurídico, o seu sentido modelador da vida”.<sup>6</sup>

Uma análise rigorosa da prática jurídica também revela, segundo o professor português, a insuficiência da perspectiva lógico-objectivamente, já que a aplicação de uma norma jurídica a um caso concreto resulta de uma combinação de subsunção lógica e interpretação axiológica. Segundo Miguel Reale,

“a norma jurídica não pode ser considerada pelo intérprete como um modelo definitivo; é um modelo sujeito à prudência determinada pelo conjunto das circunstâncias fático-axiológicas em que se encontra situado o administrador ou o juiz. [...] Decisiva não é a questão de saber se uma consequência jurídica é justa ou adequada para a hipótese abstrata a que a norma se refere, mas a de saber se a sua imputação a situações concretas da vida, certas e determinadas, pode valer como justa”.<sup>7</sup>

Finalmente, para corroborar sua tese de que a perspectiva lógico-objectivante é insuficiente, Baptista Machado cita algumas noções que o pensa-

mento jurídico correntemente utiliza e que não cabem em uma Teoria Pura do Direito, tais como: fraude à lei, lacuna, abuso de direito, ordem pública, etc. ....

Mas, a esta altura, chega-se a um dilema: ou atendemos a uma teoria (a dogmática jurídica) que subtrai ao Direito todo o seu caráter científico, não oferecendo qualquer segurança e objetividade, ou privilegiamos uma teoria (a Teoria Pura do Direito) que não comporta uma problematização da realidade a ser explorada e teorizada. O eminente professor português tenta resolver o problema reconhecendo um caráter científico no Direito diferente daquele preconizado por Kelsen:

“... se verá, antes de tudo, que não tem justificação as exigências transcendentalis e idealista-racionalistas postas por Kelsen ao método científico e que a redução ou formalização conceitual a que sempre recorre o pensamento científico não exclui, mas apenas neutraliza (como que provisória e dialecticamente) os aspectos concretos de seu objeto”.<sup>8</sup>

Conceitos do que seja Ciência existem tantos quanto existem cientistas (ou pretenso-cientistas) e o mais paradoxal é que essa variedade conceitual não nos permite obter uma definição de Ciência que seja absoluta, válida sem restrições. Mesmo o conceito de Ciência natural vem sendo duramente atacado, graças às recentes descobertas de Planck e de outros estudiosos na esfera da física quântica.<sup>9</sup>

Por conseguinte, todos os conceitos de Ciência são, pelo menos a princípio, válidos (ou inválidos). Mas isso não significa que estejamos imersos em um caudal relativista-ceticista. Devemos notar que o conceito em si mesmo nada vale; ele se refere a algo, ou seja, ao objeto de estudo. Daí a importância do recorte epistemológico. Quando estudamos o que é a justiça para Kelsen – sua

6 BAPTISTA MACHADO, João. In: KELSEN. *Op. cit.*, p. XVI-XVII.

7 REALE, Miguel. In: KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. XX-XXI.

8 BAPTISTA MACHADO, João. In: KELSEN, Hans. *Op. cit.*, XXV.

9 Cf. KELSEN, Hans. *O que é justiça?*, mais especificamente o artigo “Causalidade e imputação”.

idéia de justiça –, devemos pressupor como válido seu sistema jurídico-filosófico; somente assim realmente compreenderemos o que esse pensador quis dizer. Caso nossa meta seja notar em que grau a formulação kelseniana de justiça contribuiu para a evolução da idéia de justiça no mundo ocidental, devemos necessariamente pressupor como válida a estrutura do pensar kelseniano, mormente seu conceito de Ciência – elemento essencial na obra do mestre de Viena. Do contrário, não estaremos descrevendo a idéia de justiça de Hans Kelsen, mas sim criticando-a, o que não é nosso objetivo nesse momento introdutório.

Assim, Ciência em nosso estudo será entendida como Ciência para Kelsen, sem o que jamais lograriamos entender a idéia de justiça kelseniana, que é o real objeto de nossa pesquisa. Portanto, desconsideramos as páginas de Baptista Machado nas quais o jurista português traça as bases de um novo conceito de Ciência capaz de identificar científicidade na dogmática jurídica. É claro que essa tentativa tem seus méritos, mas é inútil para nós. Seria de extrema importância para alguém que quisesse compreender a idéia de justiça em Baptista Machado, o que, no momento, não é o nosso intento. Aceitar a idéia de Ciência kelseniana é condição *sine qua non*, é pressuposto lógico fundamental para chegarmos a conhecer (veja bem, conhecer, e não criticar) o seu conceito de justiça. A crítica é importante e deve existir, mas, se for séria e criteriosa, será vista sempre como segundo passo. O primeiro passo é representado pelo conhecimento do objeto de estudo. Eis a lição de Kant. Antes de mais nada, devemos conhecer, depois criticar, se for o caso. Assim, resta claro que a teorização kelseniana não é isenta de críticas, pois são evidentes as fragilidades da Teoria Pura do Direito, como bem nota a professora Elza Maria Miranda Afonso:

“Cremos que a independência da Ciência do Direito – tão cara a Kelsen – não será obtida por uma posição a-crítica, em que o conhecimento jurídico se liberta, não dos conteúdos valorativos do Direito, mas de qualquer responsabilidade perante esses conteúdos. Cremos que essa independência será alcançada quando a Ciência do Direito se comprometer com um valor maior, que desafia toda manifestação circunstancial do poder, que se sobrepõe a todas as colorações ideológicas – o da dignidade

do homem, parâmetro, não para a justificação, mas para a qualificação de qualquer ordem jurídica existente.”<sup>10</sup>

Mas é sempre bom lembrar, junto com a referida autora, que

“a grandeza de um sistema de idéias ou de uma doutrina está em sua possibilidade de abrir horizontes para que o pensamento continue a sua caminhada, ainda que seja apresentando-se como um sopro vital para reacender a crítica, essa seiva essencial de que necessita o espírito.”<sup>11</sup>

Feitas essas observações iniciais, de caráter introdutório, vejamos no que consiste a idéia de justiça do pensamento kelseniano:

### 3 A IDÉIA DE JUSTIÇA EM HANS KELSEN

Hans Kelsen renuncia expressamente a uma definição científica de justiça. Como jurista, ou seja, cientista do Direito, o preclaro professor vienense observa que o conceito de justiça é diferente daqueles conceitos que dizem, v. g., o que é uma árvore ou o que é um Estado. É um conceito (ou idéia) que não possui a objetividade necessária para que seja considerado científico, dado que a Ciência representa um “racional máximo” exatamente pelo fato de não operar com meros juízos de opinião ou juízos de valor no sentido estrito. Algo que se pretenda científico deve ser detentor de uma validade universal, ou seja, deve valer para todos, sempre e em qualquer parte – em que pese a atual crise e o consequente debate entre os teóricos da filosofia da Ciência. A formulação do que vem a ser científico deve se contentar, pelo menos no grau de evolução que

10 AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. 1. ed., Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984. p. 275.

11 AFONSO, Elza Maria Miranda. *Op. cit.*, p. 1-2.

alcançamos, com os elementos de definição supraditos. E tal não ocorre com o conceito de justiça. As maiores mentes, desde filósofos até escritores, dispensaram suas férteis existências em uma busca que, longe de ser vã, tem, no entanto, se revelado infrutífera: o que é justiça?

No mar, no enorme mar de tinta que já foi gasto na tentativa de definir nosso objeto de estudo, só existem duas certezas:

1<sup>a</sup>) A justiça é um valor superior que deve ser observado para a evolução e a felicidade da espécie humana;

2<sup>a</sup>) Tudo o mais, inclusive os métodos idôneos para que seja alcançada a solução justa em um conflito jurídico concreto, é controverso.

Lembremo-nos de que a justiça é, antes de tudo, um valor. Um valor que aspira ao objetivismo, a uma validade e a uma aplicabilidade universais. Todos que pensaram na essência da justiça não escondem que aquilo a que realmente visam, antes mesmo do momento teórico da formulação abstrata do conceito, é o momento prático da identificação concreta; o que se busca é uma justiça aplicável a todos os seres humanos (e quiçá, aos seres sobre-humanos) – portanto, um valor objetivo, tal e qual uma norma positiva.

É exatamente essa característica de objetividade que Kelsen nega à justiça. Para ele, a justiça é um problema de resolução de conflitos de interesses ou valores, *i.e.*, possui um valor altamente subjetivo. Desse modo, existirão tantos conceitos de justiça quanto existirem pensadores que se dedicuem ao estudo do tema, pois é fato bastante conhecido que mesmo pessoas que tiveram (e têm) experiências, valores e condições de vida similares e pertencentes a um mesmo grupo ou classe social não possuem necessariamente os mesmos interesses.

Dessa maneira, Kelsen identifica historicamente a justiça como virtude individual apenas em um segundo momento do pensamento social. Antes de enxergar em si mesmo a justiça, o homem deve percebê-la na realidade social, ou seja, em uma determinada ordem jurídica. Assim, para Kelsen, a sociedade justa vem antes do homem justo, exatamente porque o homem não é essencialmente justo ou injusto; é, antes, “coagido” pela razão a construir a sociedade

justa, para que possa alcançar seu fim último, que é, segundo Aristóteles e Platão, a felicidade.

Deslocar, porém, o problema da justiça da esfera do homem para a da sociedade não resolve o subjetivismo conceitual. Tampouco identificar justiça e felicidade diminui o problema da existência de vários conceitos de justiça, alguns deles mutuamente excludentes (a concepção de justiça em um país capitalista desenvolvido e em um país socialista essencialmente industrial, como a ex-URSS nas primeiras décadas do século XX, é diametralmente oposta). Realmente: “com a afirmação de que justiça é felicidade, a pergunta obviamente, ainda não está respondida, apenas protelada.”<sup>12</sup>

O que não pode ser esquecido é que a resposta do que venha a ser a justiça é dada por homens, seres de razão e sensibilidade, sendo subjetiva exatamente pela ausência de um referencial legítimo para que se julgue que conceito é verdadeiro e que conceito é falso, entre os inúmeros apresentados ao longo de toda a história da evolução do espírito humano. E é isso que interessa ao cientista de forma específica.

Kelsen chega à conclusão de que se a ordem justa é aquela que proporciona felicidade a todas as pessoas, a justiça é algo impossível, pois não se pode trazer felicidade, completa e irrestrita – como deve ser a real felicidade – a todos os membros de uma ordem hipotética, mesmo porque a felicidade de uns implica a infelicidade de outros, em alguns casos não muito raros. Reconhecido o problema, passemos a solucioná-lo. A felicidade garantida por uma ordem social deve ser objetivo-coletiva e não subjetivo-individual. Para cumprir essa meta, o conceito de justiça, assim como ocorreu com o conceito de liberdade na justificação racional do Direito operada por Kant, deve sofrer uma transformação: justo não é garantir tudo a todos, mas sim dar ao homem o que lhe é devido em sociedade, seu *ius suum*.

12 KELSEN, Hans. *O que é justiça?* A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 2.

Torna-se imperativo lógico pressupor alguns valores-guia que nortearão o que é devido ao homem. Tais valores encarnarão a justiça entendida especificamente em um tempo e espaço definidos (retornaremos a esse ponto no final.). No entanto, esses valores deverão sofrer uma hierarquização, sob pena de criação de situações injustas, nas quais um valor superior é preferido em favor de um valor inferior. A hierarquização só pode ser operada de modo subjetivo, pois novamente nos deparamos com o problema fundamental da inexistência de padrões objetivo-científicos aptos a determinar a posição dos valores adotados por uma sociedade particular. É o problema dos conflitos de valor: "... Esse problema não poderá ser solucionado com os meios do conhecimento racional [...]. Isso significa que o juízo [do que é justo ou injusto, segundo uma escala de valores] só é válido para o sujeito que julga, sendo, neste sentido, relativo".<sup>13</sup>

Não houve nem nunca haverá consenso entre os homens sobre qual é o valor superior para a humanidade. Liberdade *versus* igualdade, diz Bobbio, é a batalha que perpassa a história de nosso longo século XX. Vida ou honra para um padre católico do século XX e um samurai do Japão feudal não têm o mesmo peso e significado.

Kelsen, no entanto, reconhece que não podem haver seis bilhões de idéias de justiça no mundo. Ao contrário, existem sistemas morais formados por indivíduos diversos que têm sua idéia de justiça particular influenciada pelas próprias relações sociais que dão sustentação ao grupo: "Todo sistema de valores, especialmente de uma ordem moral com sua idéia central de justiça, é um fenômeno social e, consequentemente, distinto conforme a natureza da sociedade na qual teve origem".<sup>14</sup>

A criação de valores pelo homem, ou por uma comunidade de homens, é um processo psicológico que, desadmitindo o subjetivismo e a relatividade dos valores que constrói, pretende-os absolutos e objetivos. Tal se dá pela necessi-

dade racional do ser humano de justificar seus atos perante um padrão de moralidade que considera totalmente válido e verdadeiro (absoluto), portanto superior. Na vida social, a justiça é vista como mera justificação de meios para a consecução de fins pressupostos como últimos.

Portanto, a natureza do conceito está condicionada ao fato de que toda idéia de justiça é justificável, assim como os meios, graças à existência do próprio fim. É claro que a mente humana pode não se contentar com uma justificação assim condicionada, pois nessa concepção há um elemento relativista, qual seja, a própria necessidade de um fim *a priori* para justificá-la. Mas o homem aspira ao Absoluto, é como o Fausto de Goethe, que quis o domínio do orbe terrestre, sem perceber, no entanto, que era o momento que levava o sopro mais divino da criação: a vida. Precisamos de valores absolutos, e nessa necessidade localiza-se um dos maiores empecilhos à construção de uma Ciência realmente pura.

Kelsen nega de maneira veemente a idéia de uma justiça absoluta, pois isso seria transferir o problema para o campo da metafísica irracionalista, onde a fé é o único elemento capaz de dar um mínimo de organização a um mundo caótico. Para a Ciência, o saber vem antes da fé. O saber é o início e o fim do caminho, que pode ser temperado com um fazer, que no entanto é um "fazer sabendo", nunca um "fazer tendo fé", que representa a prática de uma metafísica não-racional.

Assim, as inúmeras teorias da justiça que constituem a grande herança intelectual do mundo ocidental são essencialmente de dois tipos: metafísico-religiosas ou pseudo-racionalistas. Representantes típicos da primeira corrente são Platão e Jesus. Segundo Kelsen, Platão funda sua teoria da justiça na doutrina das idéias: inteligíveis, perfeitas e inacessíveis aos homens. A maior dessas idéias, que são valores, é o Bem absoluto, dado ao homem apenas individualmente, como experiência mística. Assim, a justiça, como disse o poeta francês Arthur Rimbaud, é um privilégio reservado apenas a Deus. Platão não tergiversa e demonstra todo o autoritarismo de suas concepções: somente o justo conhece a justiça, assim ele deve governar os homens comuns, que, infelizes, só podem ter uma pálida idéia do que é a justiça.

13 KELSEN, Hans. *O que é justiça?* ... cit., p. 4-5.

14 KELSEN, Hans. *O que é justiça?* ... cit., p. 8.

O Nazareno também comprehende a justiça como um dom de Deus, que entretanto pode ser realizado na Terra. Faz-se necessário somente substituir a lei de Talião pelo princípio do amor: “amai a vossos inimigos”.

Claro está que no atual estágio de civilização esse amor é no mínimo transcendente, não podendo servir de base a nenhuma realidade social concreta, quanto mais a um ordenamento positivo: “O amor pregado por Jesus não é o amor dos homens. [...] É o amor de Deus. [...] É um mistério dentre os muitos mistérios da fé”.<sup>15</sup>

O tipo racionalista de conceituação da justiça perde-se em fórmulas vazias, segundo o autor da Teoria Pura do Direito. Desde tempos imemoriais a justiça foi vista como *ius suum*, o dar às pessoas exatamente o que merecem: pagar o mal com o mal (retaliação) e o bem com o bem. A aceitação geral dessas fórmulas fixas somente evidencia o seu formalismo. Encaixam-se em qualquer ordem social existente já que a questão decisiva – qual seja, em ambos os casos: qual é o bem ou o mal devidos a cada um – deverá (e efetivamente será) respondida por uma autoridade legal, positiva. O que se deve a um americano pelo governo dos EUA não é o mesmo que se devia a um cidadão Romano pelo Império. O princípio da retaliação, técnica social específica do Direito positivo, esconde em si o princípio da igualdade, base da maior parte das concepções de justiça. Tal princípio preconiza que os homens devem ser tratados igualmente não porque efetivamente sejam iguais. Isso seria um absurdo. Na verdade, os homens devem ser tratados como iguais por que suas diferenças são insignificantes, de sorte que os elementos igualitários, axiologicamente superiores, formam a base na qual o princípio da igualdade pode ser considerado como essencial à idéia de justiça. Mas quais são, no entanto, as diferenças a serem consideradas? Essa é a questão que a teoria não responde, somente a autoridade constituída pode fazê-lo. Mais uma vez a justiça será ditada segundo as inclinações de um poder mutável, graças ao princípio da igualdade que “é por demais vazio para determinar o conteúdo de uma ordem jurídica.”<sup>16</sup>

15 KELSEN, Hans. *O que é justiça...* cit., p. 15.

16 KELSEN, Hans. *O que é justiça?...* cit., p. 16.

Assim, o princípio da igualdade perante a lei nada significa além do singular fato de que os órgãos aplicadores do direito não estão autorizados a fazer distinções que a lei não fez. Não se toca no problema fundamental: como e por que a lei traçou certas distinções? Com base em quais critérios? Qual a fundamentação científica? Essas questões permanecem sem resposta.

O princípio marxiano-comunista de justiça também é vazio, pois quando se diz que a cada um deve ser dado conforme às suas capacidades e necessidades, pressupõe-se que uma autoridade central (posta) deverá definir com extremo rigor quais são as necessidades e as capacidades de cada um, dado que em um sistema como esse é muito perigoso deixar ao livre alvedrio de cada um o estabelecimento de suas necessidades e capacidades.

Tampouco a “regra de ouro” como axioma fornece uma formulação satisfatória ao problema da justiça. Diz a regra: “Não faças aos outros o que não queres que te façam” ou de modo positivo: “O que queres que te façam, fazei-o tu também aos outros”. A aplicação dessa regra traz dois resultados, ambos inaceitáveis para uma teoria da justiça que se pretenda científica. Se for interpretada subjetivamente, leva à total supressão do Direito e da moral, já que, por exemplo, ninguém quer ser castigado ou sofrer sanções, e assim não se castigaria ou se aplicaria sanções a ninguém. Ao contrário, se pensarmos uma regra de dever-ser objetiva, “comporte-se com os outros da forma que os outros devem comportar-se com você”, estaremos novamente pressupondo a regra de acordo com a ordem social, moral e jurídica vigente. Ora, tal atitude leva-nos a justificar o Direito positivo vigente, qualquer que seja, já que seria o único padrão objetivo de onde se poderia derivar o dever-ser da “regra de ouro”.

Por fim, a doutrina do direito natural afirma que há uma lei imanente à natureza, plenamente justa e aplicável. O fundamento da *lex naturalis* encontra-se em uma autoridade metafísica (Deus) ou na própria razão humana. Ao homem cabe apenas descobrir esse direito, justo por definição, e aplicá-lo positivamente, fazendo o direito positivo depender do direito natural do mesmo modo que o acessório depende do principal. A doutrina jusnaturalista se subdivide, também, em uma vertente metafísico-religiosa e em outra pseudo-

racionalista, e, como as outras teorias aqui apresentadas, não consegue sustentar cientificamente uma idéia de justiça.

Kelsen entende que a vertente religiosa não entra nem mesmo em cogitação, já que trabalha com dogmas, artigos de fé – elementos estranhos e contrários à estrutura do pensar científico. Já a vertente pseudo-racionalista é insustentável pelo fato de que os jusnaturalistas pretendem deduzir normas que emanam da razão ou da natureza. Ora, um dever-ser não deriva de um ser, a não ser que a realidade tenha um valor imanente, o que até hoje não pôde e provavelmente não será comprovado pela Ciência. Mesmo que se diga que as normas serão deduzidas diretamente da razão humana, a doutrina do direito natural nada mais faz do que sofismar, pois a razão (para Kelsen, diferentemente de Kant) nada prescreve, apenas conhece. Somente a vontade – momente um ato de vontade, na área do Direito – pode prescrever algo: “A razão humana pode compreender e descrever não prescrever”.<sup>17</sup>

Tais ponderações explicam o aparente paradoxo contido na constatação de que diversos teóricos jusnaturalistas deduziram da natureza, de Deus ou da razão humana normas completamente diversas, que deram origem a concepções de justiça as mais contraditórias entre si. Kelsen brilha em sua crítica aos jusnaturalistas: “Através dos métodos da doutrina do Direito Natural, que se baseiam em um sofisma, pode-se comprovar tudo e, portanto, nada.”<sup>18</sup>

Depois de percorrer os maiores momentos da história do espírito humano no que tange à polêmica da perquirição de uma norma absolutamente justa, o grande jurista acaba por afirmar que tal busca é irracional, já que a razão humana só consegue compreender valores relativos. A Ciência só pode conhecer interesses humanos. Assim se coloca a questão dos conflitos de interesse: “Para solucioná-los, existem apenas dois caminhos: ou satisfazer um dos interesses à custa do outro, ou promover um compromisso entre ambos. Não é possível comprovar que somente uma, e não a outra solução, seja justa”.<sup>19</sup>

17 KELSEN, Hans. *O que é justiça?*... cit., p. 122.

18 KELSEN, Hans. *O que é justiça?*... cit., p. 23.

19 KELSEN, Hans. *O que é justiça?*... cit., p. 23.

Kelsen deduz dessa moral relativista o princípio da tolerância e do pluralismo, a exigência de compreendermos com benevolência a visão dos outros, mesmo que não a compartilhemos. É claro que a tolerância não é absoluta; está adstrita a um ordenamento jurídico positivo que garanta a paz e a livre expressão de opinião (Democracia).

Após páginas de profunda erudição, o autor brinda-nos com um de seus escritos mais apaixonados: Kelsen defende que para ele, como ser posto no “aqui e no agora” – esse é o ponto no qual queríamos chegar –, a justiça só pode ser identificada com a liberdade. E a democracia é a atual forma na qual a liberdade consegue realizar-se concretamente. Sobre a natureza da liberdade e sua importância fundamental na construção de um Estado de Direito, escreveu o eminent professor Joaquim Carlos Salgado:

“A liberdade é a base de toda eticidade e constitui o lado ético do Estado de Direito puro (a república no sentido kantiano). Este dá a si mesmo como fundamento e, ao mesmo tempo, como o seu objetivo a liberdade como possibilidade igual na sociedade humana. O Estado justo é o Estado ético ou Estado de Direito, na medida em que nele haja a liberdade de todos segundo uma legislação universal, que deve cada vez mais alcançar esse objetivo supremo: uma legislação que se torne mais e mais expressão da racionalidade. *Fiat justitia pereat mundus*, por mais de uma vez citada por Kant, quer significar, como ele mesmo explica, essa suprema dignidade do Direito, que não deve ser sacrificado, e da ordem política, que torna possível uma sociedade livre: sem a liberdade o homem não é mais homem, o mundo humano perecerá como humano. ‘Toda lei jurídica tem de nascer da liberdade dos que devem obedecê-la’.”<sup>20</sup>

20 SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 339.

Mas é claro que uma ordem jurídica democrática deve impedir, até mesmo com a utilização da violência socialmente organizada (sanção), ações anti-jurídicas que tentem subvertê-la. Neste sentido, se torna extremamente difícil distinguir entre democracia e autocracia. Anotem-se, por oportunas, as sábias palavras da professora Elza Maria Miranda Afonso:

“Quanto mais o direito deva recorrer à força para garantir o cumprimento de suas normas, quanto maior for o recurso à força, como instrumento de aplicação do direito, mais artificial e mais arbitrário se torna ele em relação à realidade social à qual se destina.”<sup>21</sup>

Com efeito, o limite que separa a discricionariedade legal do arbítrio individual é demasiado tênue. No entanto,

“... a possibilidade de manter a democracia depende da possibilidade de encontrar tal limite. É possível, também, que tal delimitação contenha um certo perigo. É da natureza e da honra da democracia, contudo, arcar com tal perigo; e se ela não puder fazê-lo não será digna de ser definida”.<sup>22</sup>

Parece-nos evidente que as mãos que escreveram as palavras acima não são somente as do jurista rigoroso, do cientista frio ou do acadêmico exemplar que foi Kelsen. O texto parece, antes, ter nascido do espírito combativo e nobre de um homem impressionado e aterrorizado com a talvez mais negra e terrível experiência do espírito humano: a doutrina do ódio e da opressão deflagrada pelo nazi-fascismo na Europa, que, ceifando a vida de milhões de seres humanos por nada, buscou o Absoluto e só conseguiu nos trazer morte e horror,

21 AFONSO, Elza Miranda. *Op. cit.*, p. 269.

22 KELSEN, Hans. *O que é justiça...* cit., p. 25.

tendo como exemplo mais deprimente os campos de extermínio que pontilharam o território germânico naqueles anos de trevas.

Ao final, Kelsen reafirma-se como homem da Ciência; confirma que sua vida é devotada a essa mesma Ciência e conclui que para ele a justiça só pode ser a garantia da liberdade da Ciência. O jurista tcheco comprehende muito claramente que o momento abstrato-teórico da formulação de uma idéia de justiça nada vale se não considerarmos o momento da incidência da regra no suporte fático, ou seja, o momento de aplicação da justiça. É um ciclo que deve completar-se – da teoria à prática –, e para tanto faz-se mister que consideremos o *hic et nunc*, o nosso tempo presente, a nossa sociedade real. Sem isso, realmente uma idéia de justiça não poderá ser formulada. É melhor que assim seja, pois do contrário estaríamos abrindo as portas para a justificação de toda sorte de aberrações e excrescências, na presunção quase jusnatural de um valor total e totalizante. A Ciência é feita para os homens, para o mundo real, “senão” – como brada o bardo inglês – “de nada valerá!” Kelsen nos dá as linhas mestras de sua idéia de justiça, muito pessoal e íntima:

“De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância.”<sup>23</sup>

23 KELSEN, Hans. *O que é justiça?...* cit., p. 25.

#### 4 O JUSNATURALISMO, O POSITIVISMO E A AUTONOMIA MORAL KELSENIANA

Para finalizar, é interessante notar a idéia de autonomia moral proposta por Kelsen ao longo de seus estudos sobre a justiça. A Teoria Pura do Direito e todas as doutrinas jusnaturalistas têm em comum um único aspecto. Em ambas o fundamento da validade do direito positivo radica-se em um elemento exógeno ao sistema normativo. No primeiro caso é a *grundnorm*, pressuposta pelo pensamento jurídico, se se considera a primeira ordem social organizada sob um mínimo de coatividade como globalmente eficaz. No segundo caso, os fundamentos são variados: Deus, a natureza, a razão, etc.

Em outros pontos fundamentais as duas correntes divergem: o direito natural pergunta-se sobre o fundamento de validade de uma ordem coativa positiva, ou seja, se e por que razão essa ordem vale. E responde o questionamento de forma categórica, afirmando que tal ordem vale por que é justa (*i.e.*, está de acordo com os ditames do direito natural). Assim, para o *ius naturalis* uma ordem jurídica vale segundo seu conteúdo. Se tal conteúdo é compatível, diz-se que há direito. Senão, sustenta-se o império do arbítrio.

As falhas desse sistema de valoração são óbvias, pois na medida em que se avalia um objeto pelo seu conteúdo intrínseco, a avaliação não pode ser considerada científica. É realidade uma segunda valoração que anteriormente respondeu, de forma obrigatória, a questão de se saber o que é o justo, o que conforme Kelsen, não nos é dado conhecer por meio da Ciência.

Kelsen defende que a mesma questão acerca do fundamento de validade de uma ordem jurídica, posta em relação a um ponto de vista relativista (próprio da Teoria Pura do Direito), somente pode conceber uma resposta hipotética, jamais categórica. Se considerarmos o direito positivo válido, então poderemos pressupor a norma segundo a qual devemos nos conduzir como manda a primeira constituição histórica, que por sua vez se funda na autoridade da norma fundamental. A *grundnorm* tem importância para a verificação apenas do fundamento de validade do direito, jamais de seu conteúdo de validade, que só pode ser determinado pelo processo de criação do próprio direito positivo. Assim, a

norma fundamental não é uma norma de justiça, mas antes a condição lógica para a validade formal de qualquer sistema jurídico que se baseie em uma ordem coativa globalmente eficaz.

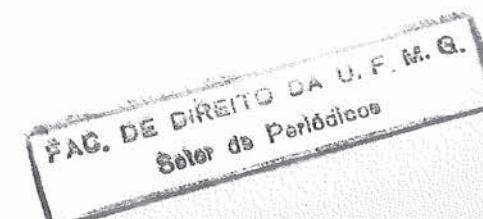
Dessa feita, a *grundnorm* não pode ser utilizada como critério de valoração de uma ordem jurídica e, *a fortiori*, não pode representar o papel nefasto reservado a muitas normas de justiça jusnaturalistas: justificação ideológica, ética, jurídica e moral de sistemas sociais excluidentes.

A Teoria Pura do Direito pode ter apenas uma função teorético-gnoseológica, pois, como monista que é, acredita em um único direito: o direito positivo. A seu turno, o direito natural enxerga a realidade de forma dualista, o que o coloca em uma situação de constante valoração e escolha daquilo que é o mais justo, o mais belo e o melhor – mas muito mais freqüentemente do que é o mais conveniente e o mais vantajoso.

Para um alemão nazista jusnaturalista, tudo aquilo que não estivesse abarcado pelo direito nazi-germânico da época seria um arremedo de direito. A norma de justiça pressuposta em seu sistema deturpado de valores – a superioridade racial e intelectual ariana – não estaria na base de qualquer outro sistema jurídico.

Já para um judeu positivista não havia sentido em falar, pelo menos na situação na qual se desenvolveu a segunda grande guerra mundial, em um “direito judeu”, dado que não existia uma ordem coativa globalmente eficaz convalidando a hipótese de uma norma fundamental que sustentasse essa mesma ordem. No entanto, teria forçosamente que reconhecer o direito nazista que o esmagava miserável e terrivelmente como direito verdadeiro, porque nele a norma fundamental poderia ser pressuposta de forma tranquila.

E foi isso que o sempre criticado e raras vezes celebrado Hans Kelsen fez. Ainda que lhe custasse suas crenças e desejos mais profundos de uma justiça absoluta, ele o fez em nome de sua única e verdadeira paixão: a Ciência, esta bela e indiferente dama que insiste em nos seduzir e jamais chega sequer a beijar-nos as bochechas.



## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### OBRAS CITADAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. 1. ed. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984.

KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Trad. Sérgio Tellaroli. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1. ed. 1963.

\_\_\_\_\_. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2. ed. 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LOSANO, Mario G. *Introdução à edição brasileira de O problema da justiça de Hans Kelsen*. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant – seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 2. ed. 1995.

SOARES DE MOURA, Andityas. *A idéia de justiça segundo Hans Kelsen*. em *O Sino do Samuel* – Jornal da Faculdade de Direito da UFMG, ano VIII, n. 58, Belo Horizonte/MG – jun. 2002.

THÉORIE Pure du Droit. *Fiche sur l'édition de la théorie pure du droit*. 2. édition. Adaptée de l'allemand par Henri Thévenaz, Neuchâtel: Editions de la Baconnière, 1988. Disponível em: [www.gallica.bnf.fr](http://www.gallica.bnf.fr)

### OBRAS AUXILIARES

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e GIANFRANCO, Pasquino (Org.) *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale et al. Coordenação da tradução de João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. 2. v.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 2000.

KELSEN, Hans. *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y la teoría pura*. Buenos Aires: Guillermo Hraft, 1952.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. *Normas jurídicas e análise lógica*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PRADO, Luiz Regis et al. (Coord.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.