

POR QUE O DIREITO NÃO DEVE TRATAR DE JUSTIÇA? UMA ANÁLISE A PARTIR DO POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS Kelsen

João Vitor Balbino¹²

RESUMO

O presente artigo tem, como objetivo, descrever o princípio e interesse geral da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e, nesse sentido, apresentar as características fundamentais do pensamento kelseniano a respeito da Justiça. Na mesma perspectiva, elaborar através de um de seus mais influentes alunos, Norberto Bobbio, a relação entre da Justiça e estrutura do estado, hierarquia constitucional e metodologia do direito segundo os princípios do Positivismo Jurídico e da Teoria Geral do Direito e do Estado de Kelsen. Expor a relatividade da justiça em seus diversos conceitos e, desta maneira desenvolver de forma lacônica o contraste entre o método científico, tendo seus fundamentos na epistemologia jurídica que se encontram na validade cognitiva e comprovação dos fatos e, por outro lado a metodologia valorativa, fundamentada em concepções morais, assunto que se relaciona diretamente com a controvérsia em torno do princípio, finalidade e objetivo do direito. Matéria esta, pertinente e necessária para compreender o pensamento kelseniano. Nessa perspectiva, a partir de uma análise do positivismo jurídico da doutrina de Kelsen o artigo dirige sua intenção principal em responder as seguintes perguntas: Por que o direito não deve tratar de justiça? E se não deve tratar de justiça, qual é sua finalidade?

PALAVRAS-CHAVE: direito e justiça; ciência do direito; hierarquia constitucional; direito puro; dinâmicas institucionais.

1 INTRODUÇÃO

A Justiça é um tema recorrente na história da humanidade, é um conceito definido de várias formas e sob discussão até os dias atuais. O problema da justiça é um problema que acompanha a raça humana desde os primórdios de seu desenvolvimento racional. É possível visualizá-la personificada como a deusa *Maat* para os egípcios, *Thémis* para os antigos gregos, e é manifestada desde a filosofia pré-socrática na busca por deus e sua justiça divina por Tales de Mileto (623 a.C. a 546 a.C.) e Anaximandro (610 a.C. a 546 a.C.).

Essa temática transpassou as mais variadas escolas e pensadores, desde a escola pitagórica à Sócrates, Platão e Aristóteles à escolástica católica, dos iluministas aos positivistas. Definida de diversas formas, a justiça é utilizada como fundamento para diversas ideologias, até antagônicas entre si. Mesmo após todo o decorrer da história a justiça permanece ainda uma incógnita, proporcionando uma discussão imperecível.

¹ Participante do Grupo de Pesquisa "Direito na aceleração da dinâmica social e as novas tecnologias" da Escola de Direito da Católica de SC em Joinville. E-mail: joaovitorbalbinosig@gmail.com.

² Trabalho orientado pelo Prof. Dr. Itamar Luís Gelain, Professor do Grupo de Pesquisa "Direito na aceleração da dinâmica social e as novas tecnologias" da Escola de Direito da Católica de SC em Joinville.

O tema é digno de notoriedade, pois, trata de uma teoria que pode se dizer mal compreendida até os dias atuais, e que por outro lado influenciou e influência nações, tendo um impacto incalculável no direito, e consequentemente na sociedade e vida dos seres-humanos

A pesquisa tem como problema norteador observar e responder as seguintes perguntas: Por que o direito não deve tratar de justiça? E se não deve tratar de justiça, qual é sua finalidade? Segundo a hipótese de que o positivismo jurídico se apoia em termos determinados pelo ser-humano e, nesse sentido, deve ser determinado em termos objetivos a fim de garantir sua aplicabilidade e eficácia. Por outro lado, deve haver uma finalidade que o justifique, contudo, da mesma forma delimitado de modo suficientemente objetivo garantido sua aplicação e eficácia.

O objetivo central da presente pesquisa é elaborar uma análise da relação entre o positivismo jurídico de Kelsen e a Justiça. Para tanto, percorrer uma breve investigação sob os principais aspectos de sua teoria jurídica, relacionando seu interesse principal de tornar o direito uma ciência pura.

O método de abordagem utilizado na presente pesquisa será o dedutivo, considerando que serão analisadas as obras de autores distintos, com base na hipótese, para se chegar à conclusão. Assim como o método procedimental adotado será o monográfico, pois se dará um estudo aprofundado sobre algumas categorias, que possibilitarão o entendimento do problema dentro de uma perspectiva teórica.

A técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica, pois será elaborada com base em materiais já publicados, livros, teses, dissertações, anais de eventos científicos, artigos científicos disponibilizados na internet, ou seja, materiais obtidos a partir de fontes bibliográficas (GIL, 2010).

2 A TEORIA PURA E OS FUNDAMENTOS DO POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

Os fundamentos da epistemologia jurídica encontram-se na validade cognitiva, na comprovação dos fatos e, portanto, na ciência jurídica. Seu expoente mais influente foi o austríaco Hans Kelsen (1881-1973), foi quem possibilitou o direito como uma ciência ao propor a Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), obra que o fez, na opinião de muitos, o maior e mais influente jurista do século XX. A respeito de seus interesses com a teoria, afirma o próprio Kelsen no prefácio da primeira edição da Teoria Pura do Direito de 1934:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 2003, p. XI)

A teoria jurídica pura é uma teoria do direito positivo limitada a conhecer única e exclusivamente seu próprio objeto de estudo, a norma positivada. Nas palavras do autor: “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.” (KELSEN, 2003, p. 01)

Norberto Bobbio expõe que o positivismo jurídico foi gerado pelo compromisso de tornar o direito uma verdadeira ciência e, nesse sentido, consistindo fundamentalmente de fatos, em suas palavras:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira ciência e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre juízos de fato, e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. (BOBBIO, 1995, p. 135)

Seu princípio fundamental é tornar o direito uma ciência pura, isenta de concepções ideológicas e morais, de juízos de valores relativos e fundamentalistas. Como esclarece Kelsen:

Quanto a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desde conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é seu princípio fundamental. (KELSEN, 2003, p. 01)

A teoria kelseniana fez nascer o positivismo jurídico prometendo abordar o direito como instrumento estruturado, isenta da discussão acerca de questões de princípios, valores ou finalidades, ela trata a respeito da norma pura, e sua metodologia de organização fundamental normativa como princípio que produz sua própria legitimidade.

3.1A JUSTIÇA, O DIREITO E A POLÍTICA NO ESPELHO DA CIÊNCIA

A discussão em torno da justiça não só pode levar séculos, como já o fez. Enquanto isso as civilizações em suas dinâmicas sociais demandam de organização e regulamentação jurídica que seja padrão, possível e eficaz. Essa organização jurídica é a promessa social de uma aproximação da ordem e do distanciamento do caos. Como afirma Sigmund Freud acerca da civilização:

Mais uma vez, portanto, nos contentaremos em dizer que a palavra “civilização” descreve a soma integral das realizações e regulamentos que distinguem nossas vidas das de nossos antepassados animais, e que servem a dois intuitos, a saber: o de proteger os homens contra a natureza e o de ajustar os seus relacionamentos mútuos. (FREUD, 1974, p.109)

A existência do Estado é um fator determinante para a interdição da autotutela e eficácia da “domesticação” do ser humano, proporcionando-lhe capacidade para o convívio social. De modo que se torna função do Estado a tutela jurisdicional, cabendo a ele promover a justiça e estabelecer o justo entre os conflitos que antes eram supostamente resolvidos de forma individual. Nas palavras de Freud:

A substituição do poder do indivíduo pelo poder de uma comunidade constitui o passo decisivo da civilização. Sua essência reside no fato de seus membros da comunidade se restringirem em suas possibilidades de satisfação, ao passo que o indivíduo desconhece tais restrições. A primeira exigência da civilização, portanto, é a da justiça, ou seja, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um indivíduo. (FREUD, 1974, p.116)

Contudo, neste ponto apresenta-se um problema para a civilização: O problema da justiça.

Kelsen demonstra que os julgamentos valorativos em torno da justiça estão diretamente ligados ao domínio da moral e, portanto, se tornam relativos as diversas concepções do campo moralista que um indivíduo possa conceber. Em suas palavras:

A justiça é uma qualidade ou atributo moral que pode ser afirmado de diferentes objetos. Em primeiro lugar, de um indivíduo. Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Neste sentido, a justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral. (KELSEN, 2011, p.03)

Afirmações morais estão relacionadas a valores culturais de determinados grupos, onde, cada grupo possui suas singularidades e características próprias, que variam de acordo com os grupos sociais. Como manifesta Michel Foucault:

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade, isto é, os tipos de discurso que aceita e faz funcionar como verdadeiros (...), os meios pelo qual cada um deles é sancionado, as técnicas e procedimentos valorizados na aquisição da verdade; o status daqueles que estão encarregados de dizer o conta como verdadeiro. (FOUCAULT, 1979, p.12)

Portanto entendimentos relacionados a felicidade e a tristeza, sobre o bom e o mau, o justo e o injusto podem compor uma infinidade de determinações distintas entre diferentes culturas. Como afirma Franz Boas:

Podemos observar que certas atitudes são universalmente humanas, mas que em cada sociedade singular assumem formas específicas; ou, ainda, que em certas sociedades a pressão social pode ser tão forte, que a atitude geral pareça ter sido suprimida. (BOAS, 2004, p 56).

Justiça é um termo extremamente abstrato e subjetivo, intrínseco a concepções morais de cada indivíduo, relacionadas à suas verdades absolutas. Contudo, segundo o heideggerianismo a verdade para um indivíduo é elaborada

a partir de um conhecimento prévio, um ponto de vista prévio e uma concepção prévia, isto constitui a forma do compreender de cada indivíduo (HEIDEGGER, 2005).

Para Heidegger (2005) não é possível um conhecimento inteiramente puro, de um sujeito inteiramente puro, pois a interpretação sofre influência da compreensão prévia de si mesmo, dos entes e do mundo circundante. Estes três fatores estabelecidos por Martin Heidegger apresentam a abstratividade do conhecimento humano, ao ponto de proporcionar fazer dele um fenômeno de possibilidades infinitas de conceitos diferentes para um termo específico, como o da própria justiça.

Kelsen apresenta essa variedade de concepções de justiça distintas com o objetivo de demonstrar suas insuficiências e incapacidades para compor uma concepção suficientemente concreta de justiça. Kelsen dedicou grande parte de sua vida com o propósito de responder a questão: “O que é justiça?”, nesse caminhar teceu críticas desde a compreensão de justiça nas sagradas escrituras, justiça no pensamento platônico, justiça em Aristóteles, na doutrina do Direito natural, na concepção de valores e na interpretação de Direito como técnica. Toda essa análise crítica tem seu desfecho com a definição do Direito como uma ordem coercitiva. Nessa lógica esclarece que:

Ao definir Direito como ordem coercitiva, isto é, como uma ordem que prescreve atos coercitivos como sanções, a Teoria Pura do Direito simplesmente aceita o significado que o termo “Direito” assumiu na história da humanidade. Ao definir o Direito como uma ordem coercitiva, a Teoria Pura do Direito concebe o Direito como uma técnica social específica. Essa técnica é caracterizada pelo fato de que a ordem social designada como “Direito” tenta ocasionar certa conduta dos homens, considerada pelo legislador como desejável, provendo atos coercitivos como sanções no caso de conduta oposta. (KELSEN, 2001 p.286)

Diante de uma análise do pensamento humano no transcorrer da história, dos meios que a humanidade usufruiu para explicar acontecimentos não compreendidos por sua própria cognição, ou dar sentido a práticas já existentes, é visível até os dias de hoje a explicação destes acontecimentos com base em histórias e mitos desenvolvidos para tais finalidades. No tocante a esse assunto, Kelsen discorre o seguinte:

É um elemento característico da interpretação primitiva da natureza que chamamos animismo imaginar uma alma, um espírito ou uma divindade dentro ou por trás dos fenômenos para explicar sua existência ou função e, assim, substituir uma explicação real por uma duplicação do mundo. (KELSEN, 2001, p. 285)

Como por exemplo:

Por que uma árvore cresce e um rio corre? Porque há uma dríade invisível na árvore visível, uma ninfa no rio, respondiam os gregos primitivos, que criaram o deus Hélio por trás do sol e a deusa Selene por trás da lua, assim personificando essas coisas. (KELSEN, 2001, p. 285)

Segundo Hans Kelsen (2001) o fato do progresso da ciência natural consiste na sua emancipação do animismo e, se o desenvolvimento das ciências sociais ainda se encontra atrás da ciência natural, isto pode ser explicado, entre outras coisas, em razão do pensamento animista ainda sobreviver. Sendo, portanto, uma das funções da Teoria Pura do Direito exterminá-lo por completo. Como afirma Kelsen: “A Teoria Pura do Direito considera uma de suas principais tarefas libertar a ciência do direito das relíquias do animismo, (...)”. (KELSEN, 2001, p.285)

Como já apresentado anteriormente, a ciência trata de fatos comprováveis, não pode afirmar como correto ou incorreto, bom ou mal se tal afirmação não for comprovada cientificamente. A ciência não tem interesse em fazer juízos de valores acerca dos acontecimentos, somente visa descrevê-los e buscar compreendê-los de uma forma completa. Como declara Bobbio “O papel da ciência é descrever, e não prescrever” (BOBBIO, 2007, p.191).

Acerca da função científica Kelsen esclarece:

Do ponto de vista de uma ciência objetiva da natureza, isto é, do ponto de vista de uma ciência que descreve e explica o que é (sem pressupor uma norma que prescreva o que deve ser), não há motivo para avaliar uma realização como boa e outra má. Se as flores de uma macieira não se desenvolverem como espera o jardineiro, mas tornarem-se produtos não comestíveis, estes, para o botânico serão o efeito necessário de certas causas, exatamente como a mais doce maçã, e portanto, a realização de uma tendência é tão “natural” ou “existencial” quanto a que tem como realização a fruta comestível. (KELSEN, 2001, p.180)

Por vias científicas não é possível declarar justo ou injusto, nem estabelecer pareceres acerca das ideologias ou estipular valores e qualidades morais, como afirma Alf Ross:

Afirmar que uma norma é injusta, como vimos, não passa da expressão emocional de uma reação desfavorável frente a ela. A declaração de que uma norma é injusta não contém característica real alguma, nenhuma referência a algum critério, nenhuma argumentação. A ideologia da justiça não cabe, pois, num exame racional do valor das normas. (ROSS, 2000, p. 326)

Naturalmente, a ciência se afasta dos juízos valorativos “(...) porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e consequentemente contrários a exigência da objetividade.” (BOBBIO, 1995, p.135)

3.2 DIREITO: PRINCÍPIO, INSTRUMENTO OU FINALIDADE?

Hans Kelsen, na teoria pura, observa o direito como ferramenta, como um meio, um instrumento normativo. O direito, portanto, segundo a doutrina kelseniana é uma ferramenta com a finalidade de atingir certo objetivo, porém, o interesse inicial de Kelsen é observar a estrutura e não a sua finalidade ou funcionalidade. A respeito dos rumos que a pesquisa tomou posteriormente à guinada kelseniana Norberto Bobbio comenta o seguinte:

Se aplicarmos à teoria do direito a distinção entre abordagem estruturalista e abordagem funcionalista, da qual os cientistas sociais fazem grande uso para classificar as suas teorias, não resta dúvida de que, no estudo do direito em geral (de que se ocupa a teoria geral do direito), nesses últimos cinquenta anos, a primeira abordagem prevaleceu sobre a segunda. Sem fazer concessões a rótulos, sempre perigosos por mais úteis que sejam, acredito ser possível afirmar com certa tranquilidade que, no seu desenvolvimento posterior à guinada kelseniana, a teoria do direito tenha obedecido muito mais as sugestões estruturalistas do que funcionalistas. Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram a teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber “como o direito é feito” do que “para que o direito serve. (BOBBIO, 2007, p.54)

A preocupação fundamental de Kelsen era estabelecer uma teoria pura do direito e bem estruturada, desta forma, para julgar acerca da sua funcionalidade Kelsen deveria afirmar qual era a finalidade a ser atingida e assim demonstrar sua eficácia e propósito, e isso não compunha seu objetivo. Na verdade, elaborar uma finalidade poderia corromper a pureza da teoria do direito, comprometendo toda a sua estrutura e integridade. Bobbio explica que: “Na obra de Kelsen, não só a análise funcional e estrutural estão declaradamente separadas, como esta separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda.” (BOBBIO, 2007, p.54).

Nesse mesmo contexto esclarece que:

Foi corretamente observado que “não basta simplesmente fazer uso do termo ‘estrutura’ para nos tornarmos estruturalistas”, contudo, é inegável que a tendência de Kelsen a considerar o direito como um universo estruturado responde à mesma exigência da qual partiram as pesquisas estruturais em linguística e antropologia. (BOBBIO, 2007, p.200)

Kelsen explica que:

Uma ordem é um conjunto de regras que prescreve certa conduta humana, isto é, um sistema de normas. Dizer que o propósito do Direito é estabelecer a ordem cria a ilusão de que existem duas coisas, o Direito, por um lado, e a ordem, por outro. Mas o direito é a própria ordem que tem em mente os que falam em “Direito e ordem”. (KELSEN, 2001, p.286)

Bobbio afirma que o direito na teoria kelseniana é um meio específico para uma finalidade específica, um meio que seja capaz de garantir a consecução de fins que não podem ser alcançados por outros meios de controle social. Nas palavras do autor:

Kelsen não se cansa de repetir que o direito não é um fim, mas um meio. Precisamente como um meio ele tem a sua função: permitir a consecução daqueles fins que não podem ser alcançados por meios de outras formas de controle sociais. (BOBBIO, 2007, p.54)

A respeito da finalidade Norberto Bobbio explica que: “Quais são, afinal esses fins é algo que varia de uma sociedade para outra: trata-se de um problema histórico que, como tal, não interessa a teoria do direito” (BOBBIO, 2007, p.54)

Ou seja, o direito trabalha como ferramenta para o alcance da finalidade, mas não é papel dele trata-la diretamente. Sendo assim, “Uma vez estabelecido o objetivo ou os objetivos últimos que um grupo social propõe para si, o direito exerce e exaure a sua função na organização de um meio específico (a coação) para obter a sua realização” (BOBBIO, 2007, p.54)

3.3 DIREITO COMO ESTRUTURA FUNDAMENTAL EM FUNÇÃO DA PAZ

Contudo, apenas elaborar uma estrutura complexa como a ciência do direito, sem uma finalidade declarada, ou ao menos sem apontar uma direção a ser seguida, é uma atividade de difícil abstração do entendimento. A finalidade exerce uma função essencial para a teoria, pois, esclarece a necessidade da estrutura e a justifica. Isto prova, que ainda hoje os fins costumam justificar os meios. Bobbio comenta que:

Que posteriormente Kelsen tenha permanecido sempre fiel a essa concepção instrumental do direito é uma outra discussão. Parece difícil subtrair o direito, entendido como grande máquina para o exercício da coação, a toda e qualquer interpretação teleológica, se não por outros motivos, porque entre todos os possíveis fins de um grupo social há um que é mínimo, ou comum, para cuja consecução a técnica social específica que o direito apresenta-se não apenas como preferível, mas sobretudo, como necessária: a ordem ou a paz social. (BOBBIO, 2007, p.54)

Norberto Bobbio esclarece que Kelsen em um certo momento aponta uma direção a qual o meio, a estrutura jurídica deve se voltar: A promoção da paz. Em suas palavras, afirma o seguinte:

Não obstante todos os preconceitos antiteleológicos, não obstante as repetidas afirmações do postulado de que o direito é um meio, e não um fim Kelsen deixa escapar, em uma passagem da General theory of law and state, a afirmação de que “o direito é indubitavelmente um ordenamento para a promoção da paz”. (BOBBIO, 2007, p.58)

Como tudo na teoria kelseniana, esta conclusão não surgiu do acaso, mas decorre de uma grande pesquisa, Bobbio explica que:

Ele chega a essa interpretação teleológica do direito por um raciocínio deste tipo: para agir como ordenamento coativo, o direito precisa organizar o monopólio da força; este monopólio serve para evitar o uso indiscriminado dela, isto é, para discriminar quem está autorizado e quem não está autorizado a utilizá-la; se definimos a paz como a situação em que a força não é utilizada ou é utilizada o mínimo indispensável, devemos concluir que “o direito assegura a paz da comunidade”. Apesar de ter apressado em especificar a paz assegurada pelo direito é uma paz relativa, e não absoluta, uma vez que priva singularmente os indivíduos, e não uma comunidade inteira ou aqueles que a representam, do poder de usar a força, não pôde evitar a conclusão de que “o estado de direito (...) é essencialmente um estado de paz. (BOBBIO, 2007, p.58)

Hans Kelsen dedicou uma obra intitulada de “A paz pelo direito”, elaborada em meados de 1930 e 1940 a obra tinha como objetivo descrever a

sua concepção de paz. No contexto da Segunda Guerra Mundial, a obra fazia todo sentido para o momento presenciado no cenário mundial, mas ainda o faz como uma direção para a teoria pura do direito. Desta forma, Kelsen elabora um objetivo norteador para o direito. Este princípio pode ser evidenciado nas constituições dos Estados que compartilham de sua doutrina, um exemplo é a constituição da República Federativa do Brasil de 1998 que em seu preâmbulo estabelece sua fundação na harmonia social e seu comprometimento com a ordem interna e internacional visando a solução pacífica das controvérsias, ou seja, a paz social.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1998, p.1)

3.4 A CONSTITUIÇÃO, A NORMA FUNDAMENTAL E A JUSTIÇA.

A teoria jurídica de Kelsen apresenta um sistema hierárquico normativo no qual a constituição opera a principal função de poder sob todas as outras. Onde uma norma não pode receber sua validade de mais nada, a não ser de outra norma. Como afirma Kelsen: “Um “dever ser” deve ser sempre deduzido de outro “dever ser”; nunca é consequência de um mero “ser” (KELSEN, 2001, p.215)

A ordem hierárquica é delimitada das normas inferiores às superiores, onde para existência de validade deve haver concordância com a norma superior. Kelsen afirma que:

A ordem jurídica de um Estado é, assim, um sistema hierárquico de normas legais. Em forma bastante simplificada, apresenta o seguinte retrato: o nível mais baixo é composto por normas individuais criadas pelos órgãos aplicadores do direito, especialmente os tribunais. Essas normas individuais são dependentes dos estatutos, que são as normas gerais criadas pelo legislador, e das regras do Direito consuetudinário, que formam o nível superior seguinte da ordem jurídica. Esses estatutos e regras de Direito consuetudinário, por sua vez, dependem da constituição, que forma o nível mais elevado da ordem jurídica considerada como sistema de normas positivas. Normas “positivas” são criadas por atos de seres humanos. (KELSEN, 2001, p.216)

Com o advento do positivismo jurídico as normas que antes eram justificadas através de diversas formas como o animismo, por exemplo, agora são justificadas pela própria constituição, pois a norma é legítima enquanto estiver de acordo com a norma superior. Consequentemente, equivale a dizer que a segurança jurídica cresceu de forma significativa, isto fez com que fosse possível prever as sanções, pois estão devidamente prescritas e positivadas. Como aponta Kelsen:

Para a questão de por que certo ato de coerção – por exemplo, o fato de um indivíduo privar o outro de liberdade colocando-o na cadeia – é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de porque essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição, já que foi estabelecido pelo órgão competente de maneira que a constituição prescreve. (KELSEN, 2000, p.168)

No tocante ao Controle de Constitucionalidade Miguel Reale apresenta brevemente o seguinte:

Como as normas constitucionais são as normas supremas, às quais todas as outras têm de se adequar, a Constituição, além de delimitar as esferas de ação do Estado e dos particulares, prevê as formas preservadoras dos direitos fundamentais *in abstracto* e *in concreto*. É graças, sobretudo, à competência atribuída ao Poder Judiciário, que pode ser decretada a inconstitucionalidade de um ato normativo do próprio Estado, de maneira originária ou de qualquer ato concreto ofensivo as normas constitucionais, no decorrer de uma demanda. (REALE, 2002, p. 343).

Segundo Kelsen a afirmação de que uma lei é inconstitucional é uma afirmação contraditória em si, pois, “A afirmação de que uma lei valida é “contraria a constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjectio*; pois uma lei só pode ser válida com fundamento na Constituição.” (KELSEN, 1998, p. 300)

Através da Teoria Pura do Direito, a constituição tomou o lugar da vontade divina, da ordem do cosmos, de um poder absoluto e das várias referências que foram utilizadas ao decorrer da história para determinar e legitimar o justo ou injusto. Não obstante, a Teoria de Kelsen não trata mais o que é, mas sim o que deve ser. Vale lembrar da colaboração de Kelsen na constituição austríaca de 1920, é devido a essa contribuição a inovação da instituição de uma corte suprema com a finalidade de controlar a legitimidade das leis ordinárias. (BOBBIO, 2007)

Contudo, o que está acima da constituição? “Será que as normas constitucionais são as últimas normas, além das quais não se pode ir?” (BOBBIO, 2010, p. 219)

Bobbio responde o seguinte:

O poder constituinte é o poder último, ou se preferirmos, supremo, originário, num ordenamento jurídico. Mas, se vimos que uma norma jurídica pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe, por sua vez, uma norma que autorize a produzir normas jurídicas. Dado o poder constituinte, como poder último, devemos pressupor então uma norma que atribua o poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa é a *norma fundamental*. (BOBBIO, 2010, p.220)

Bobbio explica que muito embora a norma fundamental não seja expressa, ela representa a totalidade das normas unidas, sendo o princípio de onde elas derivam: a fonte do poder originário.

Note bem: a norma fundamental não é expressa. Mas nós pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar um sistema normativo é preciso de uma norma última além da qual seria inútil ir. Todas as polêmicas sobre a norma fundamental resultam da falta de compreensão da sua função. Posto um ordenamento de normas de diferentes proveniências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam reduzidas a unidade. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no topo do sistema não se estabelece uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem. Essa norma única só pode ser aquela que impõe a obediência ao poder originário do qual provêm a constituição, as leis originárias, os regulamentos, as decisões judiciais etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não encontraríamos o *ubi consistat* do sistema. E essa norma última só pode ser aquela da qual deriva o poder primeiro.” (BOBBIO, 2010 p.220, 221)

Kelsen esclarece que a norma fundamental não é alheia ao direito, mas pode ser demonstrada através das normas particulares dentro de sua eficácia na dinâmica social. Em suas palavras descreve:

A norma fundamental de uma ordem jurídica nacional não é o produto arbitrário da imaginação jurídica. Seu conteúdo é determinado por fatos. A função da norma fundamental é tornar possível a interpretação normativa de certos fatos, e isso significa a interpretação de fatos como criação e aplicação de normas validas. Como já assinalamos, as normas jurídicas são consideradas validas apenas se pertencerem a uma ordem jurídica que é, de modo geral, eficaz. Portanto, o conteúdo de uma norma fundamental é determinado pelos fatos através dos quais se cria e aplica uma ordem, aos quais se conforma, de uma maneira geral, a conduta dos indivíduos regulada por essa ordem. (KELSEN, 2000, p.175)

Kelsen afirma que a norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é uma norma de justiça. Segundo ele:

A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é de forma alguma uma norma de justiça. Por isso, o direito positivo isto é, uma ordem coativa criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz, nunca pode estar em contradição com a sua norma fundamental, ao passo que esta mesma ordem pode muito bem estar em contradição com o direito natural, que se apresenta com a pretensão de ser o direito justo. (KELSEN, 2011, p.117)

Contudo pode-se afirmar, que a justiça em perspectiva moral consuetudinária, pode ser encontrada de certa forma na eficácia das normas positivas, pois:

A conduta social de um indivíduo é justa quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, isto é, que a põe como devida e, assim, constitui o valor da justiça. A conduta social de um indivíduo é injusta quando contraria uma norma que prescreve uma determinada conduta. A justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, neste sentido, ser justa. (KELSEN, 2011 p.3)

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que uma conduta seja justa ou injusta de acordo com a legislação positivada, no entanto, sendo o direito uma ferramenta, um meio elaborado conforme o interesse dos seres, nesse sentido, o direito relaciona-se ao imperativo categórico kantiano. “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo querer que se torne lei universal”. (KANT, 2009, p. XIV)

Além disso, o direito e as normas podem controlar e direcionar as características culturais de uma sociedade. Como pondera Bobbio: “A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar os indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos.” (BOBBIO, 2007, p.79)

Nesse sentido pode-se afirmar que o direito foi conduzido em favor da segurança jurídica. Nas palavras de Marcelo Novelino: “Como os poderes públicos retiram suas competências da constituição, presume-se agirem de acordo com ela.” (NOVELINO, 2017, p.165). A partir disso é possível reformular uma afirmativa citada por Jean-Jacques Rousseau que diz: “Se temos um príncipe”, dizia Plínio a Trajano, “é para que ele nos preserve de ter um amo”. (ROUSSEAU, 2017, p. 91) para: “Se temos uma Constituição, é para que ela nos preserve da insegurança jurídica”.

4 CONCLUSÃO: POR QUE O DIREITO NÃO DEVE TRATAR DE JUSTIÇA?

Todo o desenvolvimento do positivismo jurídico de Kelsen pode ser compreendido através do seu interesse principal: tornar o direito uma ciência, e para tanto, torná-lo puro. Tratar assuntos relacionados a justiça, moral e valor seria equivalente a corromper toda sua doutrina, pois são concepções relativas e abstratas e, o direito por outro lado, uma ciência.

Muito embora Kelsen tenha deixado as concepções de justiça de lado para tratar o direito como ciência, ele indica como deve ser a justiça em sua concepção própria:

De fato, não sei dizer 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 possa prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância. (KELSEN, 2001). (p. 25).

De qualquer forma, Kelsen deixa claro que é a sua concepção de justiça. Como já afirmado anteriormente é possível uma infinidade de afirmações para esse conceito, não sendo papel da ciência do direito julgar tais afirmativas, mas sim da filosofia. Como esclarece genialmente René Descartes acerca da diversidade de pensamentos e opiniões:

Assim não é verossímil que todos se enganem; mas, pelo contrário, isso demonstra que o poder de bem julgar e de distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se denomina bom senso ou razão, é por natureza igual em todos os homens; e, portanto, que a diversidade de nossas opiniões não decorre de uns serem mais razoáveis que os outros, mas somente de que conduzimos nossos

pensamentos por diversas vias, e não consideramos as mesmas coisas. (DESCARTES, 2009, p.5)

Por outro lado, a ciência está diretamente ligada a inteligência humana e não a emoções, essa é a principal característica que difere os seres humanos dos animais, e principal causa responsável pela evolução humana. A respeito disso o astrofísico Carl Sagan expõe o seguinte:

Nosso sucesso como espécie humana se deve a nossa inteligência, e não a nossas emoções, porque muitas e muitas espécies de animais certamente têm emoções. Muitas e muitas espécies também têm vários graus de inteligência. Mas é a nossa inteligência – nosso interesse em descobrir as coisas, nossa capacidade de manipulação, nosso talento de engenhosidade – a responsável pelo nosso sucesso. (SAGAN, 2008, p.229,230)

Se é pretendido uma análise, um estudo aprofundado do direito, esse caminho é o caminho da pesquisa científica, da epistemologia jurídica, e não de suposições valorativas. Pois a ciência pode sustentar afirmações a respeito dos elementos do eletromagnetismo, características próprias da termodinâmica, com base em comprovações, e pode afirmar por exemplo que: “Um dielétrico em um campo elétrico pode ser visto como um arranjo de dipolos elétricos microscópicos no espaço livre, que são compostos por cargas positivas e negativas cujos centros não coincidem exatamente.”(HAYT; BUCK, 2013, p.127). Contudo a ciência do direito não pode afirmar o conteúdo de uma norma justa, pois terá de comprová-la. Kelsen explica que:

Como uma filosofia moral racionalista não é capaz de determinar o conteúdo de uma ordem justa, de responder as questões quanto ao que é o bem e ao que é o mal, quais diferenças entre os indivíduos são relevantes e quais são irrelevantes, quem é igual e o que é igual, ela deve pressupor essas determinações. Isso significa deixá-las ao Estado (isto é, ao legislador positivo), que estabelece uma ordem jurídica, um sistema de ordem gerais a serem aplicadas pelo juiz. (KELSEN, 2001, p.132)

Em síntese, o Direito não deve tratar de justiça porque, no decorrer da história, até os dias atuais ninguém foi suficientemente capaz de responder o que de fato é a justiça. E se, portanto, a finalidade do direito é proporcionar a paz, seria fazer com que os seres-humanos pudessem conviver entre si de forma tolerável, de acordo com as normas que os mesmos legitimaram.

REFERÊNCIAS

BOAS, Franz. **Antropologia Cultural**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura a função**: Novos estudos de teoria do direito. Edição brasileira. São Paulo: Manole Ltda, 2007.

_____. **Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Edição brasileira. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

_____. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. 4. ed. Martins Fontes, São Paulo, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar da civilização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Imago LTDA, 1990.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HAYT, Willian; BUCK, John. **Eletromagnetismo**. 8. ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**: Parte I. 15. ed. São Paulo: Editora Vozes, 2005.

_____. **Ser e Tempo**: Parte II. 13. ed. São Paulo: Editora Vozes, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 3. ed. Editora Edições 70, Lisboa 2009.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O que é Justiça?**: A justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. 1. ed. São Paulo: Editora Penguin, 2017.

SAGAN, Carl. **Variedades da experiência científica**: Uma visão pessoal da busca por deus. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.