

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD**

**ANA CLARA DE MELO SOUSA**

**O PROBLEMA DA JUSTIÇA PARA A TEORIA PURA DO DIREITO**

**SOUSA**

**2022**

Ana Clara de Melo Sousa

**O PROBLEMA DA JUSTIÇA PARA A TEORIA PURA DO DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof.: Dr. Paulo Abrantes de Oliveira

**SOUSA**

**2022**

S725a

Sousa, Ana Clara de Melo.

O problema da justiça para a teoria pura do direito / Ana Clara de Melo Sousa. – Sousa, 2022.

51 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2022.

"Orientação: Prof. Dr. Paulo Abrantes de Oliveira".

Referências.

1. Filosofia do Direito. 2. Teoria Pura do Direito. 3. Positivismo Jurídico. 4. Direito e Moral. 5. O Problema da Justiça. 6. Kelsen, Hans, 1881-1973. I. Oliveira, Paulo Abrantes de. II. Título.

CDU 340.12(043)

Ana Clara de Melo Sousa

## **O PROBLEMA DA JUSTIÇA PARA A TEORIA PURA DO DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof.: Dr. Paulo Abrantes de Oliveira

Aprovado em 23 de agosto de 2022.

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Paulo Abrantes de Oliveira

Orientador – CCJS/UFCG

---

Prof. Esp. Anderson Diego Marinho da Silva

Membro da Banca Examinadora - CCJS

---

Prof. Me. Janeson Vidal de Oliveira

Membro da Banca Examinadora - CCJS

*Dedico esta obra a Adam. Meu filho, espero que ao longo da sua vida você escolha experimentar o fruto do conhecimento e trilhar os caminhos da sabedoria.*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de manifestar toda a minha gratidão a meu filho Adam Emmanuel Weber, ele que carrega o nome do primeiro homem a habitar a Terra, mas que me deu a força e coragem que só pode vir de um Ser Supremo como Deus. Iniciei meus estudos sobre Hans Kelsen enquanto ainda me encontrava grávida, comecei a escrever ainda durante o meu puerpério e, agora, ao fim, sinto-me como se estivesse trazendo à luz um novo filho.

Adam, você me acompanhou em cada passo dessa jornada, enquanto para muitos a busca pelo conhecimento é um caminho solitário, para mim foi repleta pela sua companhia. Muitas vezes pensei em desistir e deixar para outrora, mas a potência e capacidade que povoaram minha mente vieram da maternidade. Por isso dediquei a você todo o meu esforço e dedicarei também os frutos, filho meu, pois a inspiração vem da sua existência.

Não posso deixar de mencionar a ilustríssima figura do Sr. Francisco Ferreira Sobrinho (Patico), o ser que mais me deu incentivos e desejo de persistir, também por ele eu me mantive convicta nesta caminhada, que não acaba por aqui. Nunca houve obstáculos grandes suficientes para ele que superassem as expectativas que foram depositadas em mim e no meu desempenho enquanto estudante. Posso dizer, com toda certeza, de que o senhor, meu avôzinho, nunca mediu esforços pela minha realização pessoal e concretização dos meus sonhos, que também são seus.

Além do senhor, agradeço a minha avó, Sra. Albertina Avany (Rita), que forma o outro pilar da minha família e mãe do meu coração, nela pude ver o exemplo da mulher forte e resistente que quero ser. Minha avó é um ser de luz que dedicou parte da sua vida a me educar e a assegurar que eu fosse uma mulher íntegra e de fibra assim como ela. Vejo agora que estou um pouco mais perto.

Dedico esses agradecimentos também aos meus familiares que fizeram parte dessa minha caminhada, seja por meio da convivência, seja pelo afeto. Assim, cabe aqui ressaltar a figura da minha mãe (Alessandra) que nunca deixou de enxergar a minha pureza e, por vezes, ingenuidade diante das questões controversas da vida, também menciono Calidiana (tia), Arthur (irmão), Ivan (padrasto), Lourena (prima), Luiz Felipe (primo). Não tenho dúvidas sobre o sentimento que guardo por vocês e aqui manifesto.

Além dos laços sanguíneos, semeei ao longo da vida amizades verdadeiras, de maneira que, mesmo que algumas não sejam mais parte do meu cotidiano, guardarei eternamente em minhas recordações. Aqui trago à lembrança a pessoa de Mariana, que sempre confiou no meu potencial, não esquecendo de Emellyne, Thaiany, Thayane, Sóstenes, Ana Aparecida.

Essas pessoas deram-me a chance de conhece-las e a possibilidade de acreditar que ainda é possível conservar bons amigos nesses tempos de liquidez.

Não poderia deixar de lembrar do meu amado companheiro e esposo Emerson, por despertar tanta curiosidade em mim sobre assuntos que antes não ousei sequer pensar. Agradeço por me oferecer a companhia, mesmo diante da certeza de constante solidão. Agradeço também por me ensinar todos os dias a amar o diferente, seja na idade, seja na ideologia e, mesmo assim, conseguir encontrar afinidades e cultivar sentimentos mútuos. Espero que tenhamos sempre sabedoria e respeito para cultivar esse amor.

Destino a minha gratidão à pessoa de Samuel, que colaborou com suas observações filosóficas sobre a temática da minha pesquisa. Não posso deixar de mencionar também a professora Marcela que fez parte dos meus primeiros passos na procura pelo referencial teórico e meio de abordagem, infelizmente não pudemos continuar. Mas, consegui também encontrar na pessoa do professor Paulo Abrantes, meu orientador, uma pessoa disposta a ensinar e acalmar um coração tomado por ansiedade e medo.

"Um dia, quando olhares para trás, verás que os dias mais belos foram aqueles em que lutaste."

Sigmund Freud.



## RESUMO

Partindo da observância ao modelo constitucional analítico e abrangente da Carta Magna de 1988 e na latência dos conflitos entre os poderes regentes nesse Estado Democrático de Direito, urge a necessidade de distinguir Direito e Política. Essa não é uma discussão atual, há muito tempo a validade do direito, originalmente nas doutrinas jusnaturalistas, foi associado à justiça, sendo essa, comumente, correspondente ao senso moral vigente, bem como a uma série de fatores políticos atuantes. Todavia, o filósofo juspositivista Hans Kelsen formulou sua Teoria Pura do Direito com base em uma doutrina avaliativa do Direito, na qual não adentraria quaisquer formas de sincretismo metodológico. Assim, partindo do método dedutivo, ou seja, explicando as premissas em uma cadeia de raciocínio descendente, bem como utilizando-se da revisão bibliográfica enquanto técnica de pesquisa e baseando-se, sobretudo, nas obras de autoria de Kelsen, bem como de teóricos que o estudaram, a presente pesquisa teve como objetivo geral investigar qual o problema da justiça para a teoria pura do direito. Para tanto, objetivou-se especificadamente analisar os fundamentos da vertente juspositivista e, dessa maneira, da Teoria Pura do Direito, bem como apresentar a distinção entre o direito e a natureza e o direito e a moral e, por fim, observar a visão de Kelsen a respeito das noções de justiça mais difundidas ao longo da história, onde foi possível chegar à conclusão de que elas eram vazias de conteúdo. Dessa maneira, o estudo alcançou os objetivos almejados ao comprovar que a interferência de valores como a justiça no direito interfere no seu caráter técnico-científico e bloqueiam a autonomia por uma questão metodológica, como foi possível analisar. Mas, sobretudo, devido ao fato de que alinhar a validade do direito à correspondência a uma certa norma de justiça faz com que o direito, na realidade, não tenha validade alguma.

**PALAVRAS-CHAVE:** positivismo jurídico; Hans Kelsen; teoria pura do direito; o problema da justiça; direito e moral.

## ABSTRACT

Starting from the observance of the analytical and comprehensive constitutional model of the Magna Carta of 1215 and the latency of conflicts between the governing powers in this Democratic State of Law, there is an urgent need to distinguish Law and Politics. This is not a new discussion, for a long time the validity of law, originally in natural law doctrines, was associated with justice, which is commonly corresponding to the prevailing moral sense, as well as a series of active political factors. However, the juspositivist philosopher Hans Kelsen formulated his Pure Theory of Law based on an evaluative doctrine of Law, in which any forms of methodological syncretism would not enter. Thus, starting from the deductive method, that is, explaining the premises in a descending chain of reasoning, as well as using the bibliographic review as a research technique and based, above all, on Kelsen's works, as well as on theorists who studied it, the present research had as general objective to investigate the problem of justice for the pure theory of law. In order to do so, the specific objectives was to analyze the foundations of the juspositivist strand and, in this way, of the Pure Theory of Law, as well as to present the distinction between law and nature and law and morality and, finally, the Kelsen's view of the most widespread notions of justice throughout history, where it was possible to reach the conclusion that they were empty of content. In this way, the study achieved the desired objectives by proving that the interference of values such as justice in law interferes with its technical-scientific character and blocks autonomy by a methodological issue, as it was possible to analyze. But, above all, due to the fact that aligning the validity of the right to correspondence to a certain norm of justice makes the right, in reality, have no validity at all.

**Keywords:** legal positivism; Hans Kelsen; pure theory of law; the problem of justice, Law and Morals.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>O POSITIVISMO JURÍDICO: ALGUMAS NOÇÕES BÁSICAS.....</b>	<b>14</b>
2.1	ORIGEM DO JUSPOSITIVISMO KELSENIANO .....	15
2.2	RESPOSTA AO JUSNATUNARISMO E À DOCTRINA SOCIOLÓGICA DO DIREITO .....	18
<b>3</b>	<b>DISTINÇÃO ENTRE DIREITO, NATUREZA E MORAL .....</b>	<b>21</b>
3.1	DIREITO E NATUREZA: O ATO E SUA SIGNIFICAÇÃO JURÍDICA .....	21
3.1.1	<i>Um Abismo E Uma Ponte Entre O Ser E O Dever-Ser .....</i>	<i>23</i>
3.2	DIREITO E MORAL .....	26
3.2.1	<i>A Relatividade Do Valor Moral.....</i>	<i>29</i>
3.2.2	<i>O Valor Da Justiça Para O Direito Positivo.....</i>	<i>31</i>
<b>4</b>	<b>NOÇÕES DE JUSTIÇA.....</b>	<b>34</b>
4.1	NORMAS DO TIPO RACIONAL.....	34
4.1.1	<i>A Fórmula Do Suum Cuique.....</i>	<i>35</i>
4.1.2	<i>A Regra De Ouro .....</i>	<i>35</i>
4.1.3	<i>O Imperativo Categórico De Kant.....</i>	<i>36</i>
4.1.4	<i>Outra Fórmula Vazia De Conteúdo.....</i>	<i>37</i>
4.1.5	<i>O Costume Como Constitutivo Do Valor De Justiça.....</i>	<i>37</i>
4.1.6	<i>O Meio-Termo Aristotélico .....</i>	<i>38</i>
4.1.7	<i>O Princípio Retributivo Como Princípio De Justiça.....</i>	<i>39</i>
4.2	NORMAS DO TIPO METAFÍSICO.....	40
4.2.1	<i>A Justiça Platônica .....</i>	<i>41</i>
4.2.2	<i>Justiça E Amor A Deus: A Justiça Divina .....</i>	<i>42</i>
4.2.3	<i>Justiça E Felicidade.....</i>	<i>42</i>
4.3	A JUSTIÇA DO DIREITO NATURAL.....	43
4.4	JUSTIÇA, PAZ E LEGALIDADE.....	45
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>48</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se observado, no Brasil, um aumento crescente da judicialização da vida política, esse fenômeno significa que assuntos de grande interesse político estão sendo tratados em órgãos do Poder Judiciário. Ou seja, casos que eram solucionados apenas pela esfera legislativa e executiva estão sendo objeto de atuação dos juízes e tribunais, alterando tanto o tratamento, quanto a participação popular na decisão (BARROSO, 2009).

O atual ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso (2009), observa que esse processo decorre de um Constitucionalismo abrangente e que condensa duas forças que precisam se equilibrar - Direito e Política - na definição de um Estado Democrático de Direito. Nesse mesmo sentido Michael Sandel (2015), observa que quando a reflexão moral se torna política, é preciso que as leis vigentes tenham alguma relação com as carências da população e com os assuntos que perturbam a mente do povo. Diante desse cenário de inquietação, o autor observa que está na companhia de diversos filósofos que se debruçaram sobre o tema da justiça.

Afinal, uma das primeiras discussões filosóficas suscitadas pelo homem foi sobre a justiça. Saber o que é justo sempre foi uma das maiores motivações para o homem fazer aquilo que julga como certo, o bem, seja com o intuito de resolver impasses de uma simples negociação, seja envolvendo temas mais densos, como resolver a respeito da continuação ou imposição do fim da vida de alguém como meio de punição, como ocorreu na morte de Sócrates, consoante os escritos de Platão (2018).

Os antigos gregos, séculos antes de Cristo, já suscitavam debates acerca da justiça. No Livro I da República de Platão, iniciou-se a discussão em busca do sentido da justiça, de modo que eles não demoraram a chegar ao entendimento de que a justiça é uma virtude da alma, juntamente à superintendência e à governança. Assim, para Platão (2018), o homem justo viverá bem e aquele que vive bem terá direito à felicidade e à bem-aventurança. A partir desse diálogo, foi possível concluir que só seria possível alcançar a felicidade por meio da justiça.

Entretanto, Kelsen, máxima expressão do juspositivismo, trouxe-nos uma ideia distinta sobre a justiça perante a teoria jurídica, na realidade, o mesmo trouxe a não-ideia de justiça como componente basilar de uma teoria pura do direito. O supramencionado autor buscou legitimar a ciência jurídica através do seu purismo metodológico, de modo que,

diferentemente de uma doutrina jusnaturalista ou sociológica do direito, a validade de uma norma é auferida a partir da correspondência a uma lei hierarquicamente superior.

Isto devido ao fato da confusão entre direito e moral ter ocasionado sérios riscos ao rigor científico que se buscava dar ao direito, o que ainda representa, mesmo atualmente, um cenário perturbador da ordem. Assim, no decorrer dessa pesquisa será demonstrado que fazer Direito é diferente de fazer Justiça.

Nesse diapasão, o objetivo geral deste trabalho será a análise acerca da visão do jusfilósofo Hans Kelsen a respeito da noção de justiça consoante sua Teoria Pura do Direito. Portanto, a principal questão que norteia esta pesquisa é: Qual o problema da justiça para o direito, conforme a doutrina juspositivista kelseniana? Para isso, partiremos da hipótese de que, devido ao caráter lógico-formal da dogmática jurídica de Kelsen, o valor da justiça não poderá incidir sobre as questões do direito.

Como meio de buscar a confirmação da hipótese aqui formulada, a pesquisa terá os seguintes objetivos específicos: estudar sobre o contexto de surgimento e fundamentos da Teoria Pura do Direito; apresentar a distinção e relação entre o direito e a natureza, bem como entre o direito e a moral; e, por último, mas não menos importante, abordar algumas das noções de justiça trazidas por Kelsen na obra *O Problema da Justiça*, sejam elas do tipo metafísico ou racional.

Além disso, é importante salientar, logo de início, que não faz parte do objetivo deste trabalho combater a bússola moral de cada um, um âmbito de subjetividades, penetrado por valores e, muitas vezes, sacro. Porém, aqui será explicitada uma proposta metodológica de tratamento jurídico, sendo demonstrado o melhor ângulo de estudo para que o direito permaneça com sua autonomia e que não se confunda com a justiça.

Destarte, o presente trabalho foi dividido em 3 capítulos. De início abordar-se-á o contexto de origem que influenciou a pureza metodológica kelseniana, bem como os fundamentos da Teoria Pura do Direito, que servem como meio de possibilitar o entendimento acerca da teoria da justiça para Hans Kelsen. No segundo capítulo trouxemos a tão importante distinção entre direito e natureza, onde coube analisar a dicotomia ser/dever-ser, bem como a relação entre direito e moral e, assim, a importância de uma doutrina avaliativa do direito. Já a terceira parte do desenvolvimento destinou-se a expor de modo sucinto o entendimento do jusfilósofo a respeito das normas de justiça mais conhecidas ao longo da história, dentre elas a fórmula de *suum cuique* e a regra de ouro.

Para tanto, o método de pesquisa utilizado será o método dedutivo, pois apresenta o objetivo de explicar o conteúdo das premissas através de uma cadeia de raciocínio em ordem

descendente. Partindo de uma análise do geral para o particular e, por meio de um raciocínio lógico, alcançar um entendimento conclusivo. Quanto à técnica utilizada será a revisão bibliográfica, utilizando-se de obras já publicadas e, desse modo, viabilizando o conhecimento e análise das contribuições já realizadas sobre o tema, para que, assim, surja um novo olhar sobre a temática. Nesse estudo, em específico, focaremos em obras do próprio Hans Kelsen, por apresentarem uma relação íntima entre si (MARCONI, LAKATOS, 2021).

Nesse intento, a abordagem será qualitativa, haja vista ser fundamental a interpretação dos fenômenos e atribuições de seus significados para a compreensão da temática aqui abordada (PRODANOV, FREITAS, 2013).

Assim, o trabalho viabilizará o alcance aos resultados esperados a partir da comprovação de que a ciência jurídica precisa ter seu próprio método garantido, bem como seu objeto (normatividade) independente da interferência dos conceitos e juízos de valores morais, mesmo quando diga respeito à justiça. Afinal, no decorrer desta análise, será possível perceber que a moral possui muitas variáveis, não podendo incidir sobre normas, bem como que o Direito apenas poderia pautar-se em uma moral absoluta, portadora da justiça absoluta, todavia não pertence ao âmbito da razão esse entendimento.

## 2 O POSITIVISMO JURÍDICO: ALGUMAS NOÇÕES BÁSICAS

Conforme os ensinamentos de Bittar (2013), para que se viabilize a compreensão acerca do valor da justiça kelseniana, urge a necessidade de atravessar “a longa planície de suas investigações propriamente jurídicas”. Isto é, para conhecer o Kelsen da Justiça, é mister que sejam ressaltados os pontos essenciais acerca da sua Teoria Pura do Direito, pois, de modo contrário, não seria possível avançar essa reflexão. Destarte, aqui a análise sobre a doutrina da teoria pura do direito faz-se de modo instrumental, ou seja, como meio de alcançar a ciência acerca da sua teoria sobre a justiça.

Antes de adentrar no assunto do juspositivismo kelseniano em si, é importante mencionar o movimento do positivismo jurídico. A respeito do mesmo, Bittar (2013, p. 542-543) assevera o que segue:

Reflexo do positivismo científico do séc. XIX, o positivismo jurídico, como o movimento de pensamento antagônico a qualquer teoria naturalista, metafísica, sociológica, histórica, antropológica... adentrou de tal forma nos meandros jurídicos que suas concepções se tornaram estudo indispensável e obrigatório para a melhor compreensão lógico-sistemática do Direito. Sua contribuição é notória no sentido de que fornece uma a dimensão integrada e científica do Direito, porém, a metodologia do positivismo jurídico identifica que o que não pode ser provado racionalmente não pode ser conhecido; sem dúvida nenhuma, retira os fundamentos e as finalidades, contentando-se com o que *ictu oculi* satisfaz às exigências da observação e da experimentação, daí sua restrição ao posto (*positum ius positivum*).

Todavia, consoante Villey (2005 apud Martins, 2016), o positivismo jurídico vem de uma tradição bem mais antiga. Para ele, a expressão “Direito Positivo” é derivada dos termos *jus positum e justitia positiva*, que nasceram na época da Cristandade, presente também entre os glosadores e, logo após, na filosofia de São Tomás de Aquino. Observou-se, ainda, que a expressão “direito positivo” tem origem grega, com a expressão *dikaion nomikón*. O termo *nómoi* significa leis, que são essencialmente postas, positivadas. Nesse período o direito positivo era tido como um acessório ao direito natural, de modo que o juspositivismo só depois se libertou dessa dependência.

Em sua obra intitulada *O Positivismo Jurídico*, Norberto Bobbio (2006) observa que o positivismo jurídico pode ser tido como uma doutrina que possui como único direito o positivado, posto pelo Estado soberano através de normas gerais e abstratas, ou seja, a lei. Assim, esse movimento surge a partir da tendência à predominância da legislação pelo direito e se confirma quando a legislação se torna fonte única do direito. Sendo, portanto, uma teoria monista, apresentando uma concepção diferente do direito positivo vislumbrado séculos antes, que coexistia ao lado do direito natural.

A respeito dessa soberania da lei como fonte do direito, o referido autor tem o entendimento de que esse sentimento nasce do intento do homem em modificar a sociedade, sendo esse um movimento universal intrinsecamente ligado à formação do Estado moderno. O que não se efetivou com o direito consuetudinário, pois é tido como uma atuação inconsciente, que reflete apenas os moldes momentâneos dos costumes sociais. Isto posto, Bobbio (2009, p. 120) afirma o seguinte:

Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento de suas leis que a regem; mas para que isto seja possível, para que o direito possa modificar as estruturas sociais, é mister que seja posto conscientemente, segundo uma finalidade racional; é mister, portanto, que seja posto através da lei.

Bobbio (2009) traz que o positivismo jurídico surge do intuito em transformar a ciência do direito em uma ciência com a mesma adequação e precisão que possuem as ciências da natureza, não sendo, dessa maneira, um movimento natural, conforme ocorria no direito consuetudinário. Assim, faz-se necessário que o direito paute seu objeto sem levar em consideração os juízos de valor, pois esses são uma tomada de posição a respeito da realidade, já a ciência constrói-se com base em juízos de fato, uma tomada de conhecimento da realidade. Portanto, não cabe ao direito julgar se determinado objeto jurídico possui determinado valor ou desvalor, mas sim averiguar sua correspondência metodológica.

## 2.1 ORIGEM DO JUSPOSITIVISMO KELSENIANO

Martins (2016, p. 151), rememorando a trajetória acadêmica de Hans Kelsen, observa que para a construção de sua Teoria Jurídica seria preciso o combate a toda uma construção filosófica acerca do direito, como se expressa a seguir:

No início do século XX, caso o jovem jurista Hans Kelsen (1881-1973) realmente quisesse contribuir para o debate no campo Teoria do Direito, ele teria antes, inexoravelmente, de enfrentar o legado da produção intelectual jus-filosófica oitocentista em que se formou. E foi o que o honrosamente chamado de Mestre de Viena acabou por fazer.

Kelsen construiu sua teoria a partir do problema que existia quanto à confusão entre o que o direito é de fato e o que ele deveria ser, conforme demonstra Martins (2016), além da falta de distinção entre ética e direito. Sendo preciso distinguir, para tanto, o senso moral da perspectiva jurídica acerca da conduta humana. Estas questões desafiaram Kelsen a elaborar uma Teoria Jurídica que demarcasse definitivamente os limites entre o Direito Positivo, a Sociologia Jurídica e a Ética.



A partir desse entendimento, Kelsen consolidou sua Teoria Pura do Direito com a inspiração neokantiana ou neocriticista, permitindo a construção das suas bases metodológicas de não intervencionismo de outras ciências no objeto de estudo da ciência jurídica, ou seja, a autonomia epistemológica das ciências humanas e, neste caso, do direito. Nesse contexto, assevera Martins (2016, p. 154):

Kelsen acreditava que seria necessário depurar o método da Ciência estritamente jurídica como maneira de deslocar a Teoria do Direito do âmbito dos problemas que o referido sincretismo causava na abordagem jurídico-científica. A “saída” de Kelsen, então, foi fundamentar sua Teoria pela oposição insuperável entre ser (Sein) e dever-ser (Sollen), conforme as diretrizes da Filosofia transcendental neokantiana.

Apesar de ter levado essa distinção ser/dever-ser até as últimas consequências, esse foi o único método que Kelsen encontrou para conceder liberdade à ciência jurídica das demais ciências humanas que estavam viesadas àquela. Essa necessidade foi depurada a partir do movimento crescente de teorias que compreendiam o direito sob uma perspectiva psicológica e sociológica, a exemplo da Teoria de Georg Jellinek, que se pautava no rompimento da dicotomia entre o ser e o dever-ser atrelando concepções sociológicas ao direito, dado o fato de ser um fenômeno social. (MARTINS, 2016)

Como comprovação dos efeitos práticos de sua Teoria Pura como uma teoria que não aceita nenhum meio de sincretismo metodológico e é considerada como apolítica, Kelsen já traz no prefácio à sua primeira edição algumas das críticas que recebeu, bastante elucidativas sobre a polêmica que gerou e o poder de sua teoria avaliativa do direito:

Como se mantém completamente alheia a toda política, a Teoria Pura do Direito afasta-se da vida real e, por isso, fica sem qualquer valor científico. É esta uma das objeções mais frequentes levantadas contra ela. Porém, ouve-se também com não menos frequência: A teoria Pura do Direito não tem de forma alguma possibilidade de dar satisfação ao seu postulado metodológico fundamental e é mesmo só a expressão de uma determinada atitude política. Mas qual das afirmações é verdadeira? Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é – asseguram muitos – aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros creem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateuista. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria poderia fazer, a sua pureza. (KELSEN, 2009, p. XIII-XIV).

Para Losano (1998), o problema do sincretismo metodológico teve seu momento mais marcante durante a discussão sobre a ausência de juízos de valor nas ciências sociais, muito proeminente na Alemanha no início do século XX. Ressaltando o evento da entrada de Max

Weber, Werner Sombart e Edgar Jaffé, em 1904, para a redação da revista *Archiv fur Gesetzgebung und Statistik* (Arquivo para legislação e estatística), que depois foi chamada de *Archiv fur Sozialwissenschaft und Socialpolitik* (Arquivo para a ciência e a política social).

Nessa revista foi publicado um artigo de Max Weber, que retrata claramente o intento programado dos novos redatores na seguinte afirmação. “Realizar a distinção entre o conhecer e o valorar, ou seja, entre o cumprimento do dever científico de ver a verdade dos fatos e o cumprimento do dever prático de defender os próprios ideais: este é o programa ao qual pretendemos manter-nos firmemente fiéis” (WEBER apud LOSANO, 1998, p. X).

A discussão entre uma ciência social preocupada com o conhecer e o valorar chegou ao seu ponto crucial quando Max Weber, em 1909, decidiu sair do grupo *Verein fur Sozialpolitik* (União para a política social) de Schmoller, onde encontrou neste um grande rival, que insistia veemente na necessidade de que os juízos de valor deveriam estar atrelados à ciência como meio de buscar o progresso, pois, além de meras subjetividades, existiam os juízos pautados na objetividade, que eram partilhados por todo um universo cultural, durante épocas (LOSANO, 1998).

Ademais, Schmoller acreditava que os adeptos de Weber os seguiam apenas por se pautarem em juízos de pequenos grupos classistas, partidos e interesses, considerando-se, desse modo, dono de uma teoria que superava esses ideais e que seus juízos de valor poderiam ser, em determinados casos, absolutos (LOSANO, 1998).

Todavia, de acordo com o que afirma Silveira (2006) Weber não se deixou levar pelas críticas e persistiu no seu intento, fundando, assim, a *Deutsche Gesellschaft fur Soziologie* (Sociedade alemã para sociologia política). O referido autor dividia o estudo do direito em sociologia do direito e dogmática jurídica, essa tendo uma metodologia lógico-normativa e aquela seguia o método empírico-causal. Nesse sentido, depreende-se o seguinte entendimento:

[...] a ordem jurídica ideal da teoria do direito [leia-se aqui Dogmática Jurídica] não tem diretamente nada a ver com o cosmos das ações [...] efetivas [objeto da Sociologia Jurídica], uma vez que ambos se encontram em planos diferentes: a primeira, no plano ideal de vigência pretendida; o segundo, no dos acontecimentos reais. (WEBER, 1999, p. 209 apud SILVEIRA, 2006, p. 174).

Para Silveira (2006), a criação desses limites elencados por Weber para a ciência jurídica, visa o fim da confusão entre os aspectos inerentes à própria norma e aqueles que se relacionam ao direito, mas que se situam no meio social, ou seja, que possuem sentido empírico. O mesmo afirma que essa diferenciação se baseia também nas regras kantianas do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*).

Esse é o ponto de maior convergência entre as teorias de Hans Kelsen e Max Weber, pois, conforme Kelsen (2009), a teoria pura visa tratar acerca de uma ciência pautada na realidade, respondendo o que é o direito, não como ele deve ser feito, o que corresponde à dogmática jurídica trazida por Weber. Em consonância a esse entendimento, aduz Silveira (2006):

[...] no que toca à Dogmática Jurídica e à Sociologia do Direito. Enquanto uma preocupa-se com o exame das normas e suas relações lógico-sistemáticas, a outra atém-se ao campo de perquirição do comportamento do indivíduo perante essas normas. Esse é o ponto mais coincidente entre os autores, no que concerne às suas conceituações. Ao passo que a Sociologia Jurídica se ocupa das tarefas do “ser” (*Sein*), a Dogmática Jurídica está ligada ao teor prescritivo, do dever-ser (*Sollen*).

Entretanto, como pode-se observar, o mestre de Viena Hans Kelsen e Weber não concordavam em todos os pontos, apesar de compartilharem o entendimento da dogmática jurídica pertencer ao estudo do direito enquanto norma. Silveira (2006) traz a visão de que Kelsen discorda de Weber quanto à autonomia da Sociologia Jurídica enquanto ciência, pois, haja vista ser um ferrenho defensor da pureza metodológica, não poderia, de modo algum, considerar a sociologia como uma ciência autônoma, haja vista essa valer-se do objeto pertencente à dogmática jurídica (norma).

O próprio Kelsen (2009) afirma que a ciência jurídica tradicional, conforme se desenvolveu nos séculos XIX e XX, demonstra o quanto estava distante de corresponder ao seu principado metodológico que assegurou cientificidade ao direito.

## 2.2 RESPOSTA AO JUSNATUNARISMO E À DOCTRINA SOCIOLÓGICA DO DIREITO

Losano (1998) propõe que, para analisar a doutrina juspositivista de Kelsen, existe a necessidade de distingui-la, inicialmente, das duas doutrinas que ela aparece em oposição: a doutrina do jusnaturalismo e a vertente sociológica do direito.

Para distinguir o jusnaturalismo do juspositivismo, Norberto Bobbio (2006) afirma que as normas de um sistema jusnaturalista podem ser deduzidas a partir das outras até chegar à norma mais generalista possível, a qual ele chamou de postulado moral auto evidente, encontrando nesta última a sua validade de modo geral.

Assim, utilizando o exemplo da norma proibitiva do furto, ele diferencia o juspositivismo do jusnaturalismo, pois, para este, a resposta para a razão da norma que aconselha não furtar remete ao *neminem laedere* e, caso essa norma seja ainda questionada,

será encontrada uma justificativa ainda mais genérica, chegando, por fim, a esse preceito moral auto evidente. (BOBBIO, 2006)

De modo diverso, essa vertente juspositivista busca o sentido da norma apenas no fato da mesma ter sido posta através de um ato de vontade do legislador e encontra sua validade não em uma regra moral, como ocorre com o jusnaturalismo, mas sim em uma norma hierarquicamente superior e, por último, em uma norma fundamental, chamada de *grundnorm* por Kelsen. Essa última trata-se de uma norma presumida, não posta, que dá validade ao modelo de ordenamento jurídico escalonado, no qual Kelsen trata como o método de validação do direito. (KELSEN, 2009)

Portanto, a corrente doutrinária aqui descrita não se importa com o conteúdo da norma, porém com a forma na qual ela é instituída, sendo, assim, uma teoria formalista. De modo que, consoante com Losano (1998), o que importa analisar é a validade da norma, não o seu valor.

Assim, é possível que um juiz entenda que determinada norma é de um valor moral negativo, todavia isso não restringe a sua validade, como ocorreria para uma vertente do direito natural. Na realidade, caso esse magistrado tentasse impor sua visão, sua atuação seria política e não jurídica. (LOSANO, 1998)

Além da oposição da corrente jusnaturalista supracitada, temos também a vertente sociológica. Como demonstramos no tópico anterior, a Teoria Pura do Direito nasce como uma resposta ao viés jurídico-sociológico, todavia, nos restou explicitar que essa empenhou críticas veementemente a esse formalismo abstrato da teoria kelseniana, a crítica principal inferia-se no argumento de que o direito é um fenômeno social e deveria ser analisado sob essa perspectiva, ainda sobre o que afirma Losano (1998)

Todavia, conforme demonstra Kelsen (2009), a sua doutrina é sobre a teoria pura do direito positivo, não sobre o direito puro. Assim, fica claro que a pureza é um elemento teórico, não um dado da realidade fática, de modo que o direito continua se relacionando a outras ciências na vida cotidiana, porém essa distinção faz parte de uma proposta metodológica eficiente.

Além disso, Kelsen (2009, p. 113) aduz que:

A sociologia do Direito não põe os fatos da ordem do ser cujo conhecimento lhe compete em relação com normas válidas, mas põe-nos em relação com outros fatos da ordem do ser, como causas e efeitos (...) assim, não é, a bem dizer, o próprio Direito que forma o objeto deste conhecimento: são-no antes certos fenômenos paralelos da natureza.

Observa Kelsen (2009) que, de igual modo ocorre com a fisiologia que investiga os processos químicos que são realizados a partir do surgimento de determinados sentimentos, não o aspecto psicológico dos sentimentos, pois, dessa maneira, deixaria de apreender a fisiologia em si. Essa comparação é bastante válida, porque relaciona a ciência jurídica à ciência da natureza, que já possuía a devida autonomia, dada a sua exatidão, que era obstada ao direito pelas correntes sociológicas e jusnaturalistas.

Nesse diapasão, mencionados os pontos principais para descrever a doutrina juspositivista de Hans Kelsen, é mister que pautemos o próximo tópico em uma análise acerca da relação entre direito e natureza, possibilitando a compreensão sobre a necessidade em afastar a ciência jurídica dos juízos de valor. Observação essa que será a base para a compreensão do problema da justiça para o direito.

### 3 DISTINÇÃO ENTRE DIREITO, NATUREZA E MORAL

Losano (1998) trouxe a visão de que existem dois meios para analisar o valor da justiça no juspositivismo kelseniano, o primeiro é confrontando a teoria da justiça de Kelsen com as demais teorias de outros autores (mas essa abordagem demandaria um estudo em conjunto, ainda inexistente, sobre a relação entre a teoria da justiça e a teoria do direito de Kelsen) e um segundo meio, sendo esse o escolhido, que se trata de uma avaliação acerca do estudo da justiça sob a influência da teoria pura do direito.

Para analisar nesse viés, urge ressaltar de antemão que A Teoria Pura do Direito aborda sobre teoria da ordenação e do ordenamento jurídico, já a obra O Problema da Justiça aduz sobre questões inerentes ao valor. Sendo essa uma distinção essencial para fazer como eixo de iluminação da visão sobre essa temática, afinal, a sociologia e a justiça apenas interessam a Kelsen no que tange ao direito. (LOSANO, 1998)

Portanto, destinaremos esse capítulo para analisar os principais objetos que Kelsen usa como uma contrapartida ao direito: moral e natureza, conforme aduzidos pela teoria pura do direito. Iniciando-se pela análise da relação entre direito e natureza, para que se compreenda o caminho percorrido pelo autor para chegar a sua abordagem metodológica, dessa maneira, clarificar-se-ão as ideias acerca da segunda distinção a ser tratada (moral e direito).

#### 3.1 DIREITO E NATUREZA: O ATO E SUA SIGNIFICAÇÃO JURÍDICA

Na intenção de descobrir a qual ramo da ciência - natural ou social - pertence o direito, deve-se partir do reconhecimento de que sociedade, enquanto âmbito de real convivência entre os homens, pode ser vista como um fato da natureza. Todavia, o direito, mesmo sendo fruto dessa sociedade, tem uma esfera própria de atuação. Logo, os atos realizados na vida em sociedade, possuem um significado distinto na esfera jurídica. Kelsen (2009, p. 2) entende que:

Se analisarmos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que têm qualquer conexão com o Direito – por exemplo, uma resolução parlamentar, um ato administrativo, uma sentença judicial, um negócio jurídico, um delito, etc. -, poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito.

O autor parte de diversos exemplos de atos jurídicos para demonstrar o universo virtual onde reside a ciência jurídica, mesmo que partindo de atos constantes na realidade.

Kelsen (2009, p. 3) aduz o seguinte: “Um ato de conduta humana, porém, pode muito bem levar consigo uma auto explicação jurídica, isto é, uma declaração sobre aquilo que juridicamente significa”.

Todavia, acrescenta que, diferentemente do campo jurídico, uma planta - enquanto pertencente ao universo do ser - como parte da natureza, nada pode informar a seu respeito, nem tenta de modo algum justificar-se, em contrapartida aos indivíduos que podem muito bem declarar em assembleia que estão a votar em uma lei, revelando o significado jurídico dos atos ali manifestos. Assim, o que, aparentemente, poderia ser uma simples discussão, pode ter - a partir da realização de um conjunto atos, de acordo com suas formalidades - a significação de uma votação de lei, caso esses indivíduos sejam parlamentares e estejam reunidos em assembleia (KELSEN, 2009).

Outro exemplo claro sobre a distinção entre a significação do ato comum e do ato jurídico está no caso de um comerciante enviando uma carta para outro, com determinado conteúdo e, posteriormente, recebendo outra de volta. Em um primeiro sentido da realidade, tal gesto poderia representar uma simples troca de correspondência, contudo, o ato ora tratado pode possuir o significado jurídico de contrato, regido pelo acordo entre as partes, a depender das formalidades obedecidas (KELSEN, 2009).

Desse modo o material da ciência jurídica já possui, de antemão, uma explicação sobre ele mesmo, isto é, que compete ao seu próprio conhecimento. A partir desse entendimento, é notável que se necessita de uma correspondência entre o sentido objetivo (pautado no direito) e seu sentido subjetivo (que condiz com o ato exterior) para que seja caracterizada a juridicidade. Esse é o entendimento que demonstra Kelsen (2001, p. 51) ao afirmar que a fundamentação normativa da validade é pressuposta sempre que o dever-ser que consiste no sentido subjetivo de determinado ato é legitimado pelo sentido objetivo de tal ato.

Nessa perspectiva afirma Kelsen (2009, p. 4):

O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como um esquema de interpretação.

Diante dessa atribuição de significado objetivo que a norma oferece à realidade fática da natureza, surge o ponto chave para que se identifique o diferencial entre ser e dever-ser.

Pois, determinados atos só possuem seus significados jurídicos por obedecerem às prescrições normativas que dão significado aos atos da vida cotidiana.

### 3.1.1 Um Abismo E Uma Ponte Entre O Ser E O Dever-Ser

A base para a compreensão sobre o valor da justiça para a Teoria Pura parte do abismo entre o ser e o dever-ser. Todavia, como viu-se anteriormente, o ato e sua significação jurídica estão relacionados, ou seja, o campo do ser (realidade fática) e do dever-ser (realidade jurídica) mantém profunda relação. No caso, como se viu, o dever-ser é um meio de dar sentido ao ser. (KELSEN, 2009)

Portanto, a norma, para a Teoria Pura do Direito, é vista também como um esquema de interpretação. Pode-se dizer, então, que um ato é jurídico sempre que um acontecer fático corresponder ao conteúdo de uma norma válida, conforme nos indica Kelsen (2009). A partir disso fica evidente que, na realidade, dever-ser possui um caráter representativo do ser, mas que tem grande importância para a forma na qual o direito é visto atualmente.

Sob um prisma de sentido semelhante, no prefácio da obra *A Justiça e o Direito Natural* apresenta-se a visão que se segue sobre a ligação entre o ser e dever-ser, de modo que nem a Teoria das Normas de Kelsen foi capaz de separar por completo, em sua constituição formalista, devido ao conceito de norma fundamental. Assim Machado (2001, p. 32-33) afirma o seguinte disposto:

Mas se é verdade, como o próprio Kelsen afirma, que na base de todo o ordenamento jurídico positivo está uma certa mundividência – uma certa «imagem do mundo e da vida» que se quer ver realizada – não teremos de admitir que o significado mesmo, a razão de ser de todo e qualquer preceito jurídico há de ser referida a essa mundividência?

Devido à ligação do direito ao campo da realidade dos fatos, sérios desafios obstaram a concretização do direito enquanto ciência, conforme analisado em capítulo anterior, pois, por uma questão metodológica não era possível que a ciência jurídica tivesse seu próprio objeto de estudo, haja vista sempre adentrarem outros objetos que pertenciam ao conhecimento de outras ciências. De qualquer forma, o valor do direito era dependente do valor constituído por uma norma moral. (KELSEN, 1998A).

Então, como será possível analisar adiante, para Machado (2001, p. 24), o formalismo abstrato de Kelsen, enquanto uma estrutura técnica da ciência jurídica, possui uma importância operacional, não se tratando de um ideal, mas de um meio que viabiliza o manejo



do ordenamento jurídico e a sua independência, afastando-o da realidade em si mesma, como uma “oposição provisória”, “instrumento dialético”.

Daqui parece resultar, como já dissemos, que a estrutura científica, em último termo, não é tanto um esquema do objecto como antes um meio de acção. O pensamento formal, a formalização, desempenha o papel, não de um ideal do conhecimento, mas - como diz Gr a n g e r - de um instrumento dialéctico de oposição provisória ao «dado». Em último termo, pois, as estruturas-conceitos da ciência têm um carácter operatório (ou transitivo). (MACHADO, 2001, p. 24).

Assim, Machado (2001) ainda enfatiza que Kelsen utilizou-se do método normológico, que se qualifica no fato de abstrair o substrato sociológico, limitando, destarte, aos conteúdos de validade e relações entre conceitos fundamentais de natureza formal. Para isso, foi necessário distinguir o ser do dever-ser, como reinos alheios. E, assim, os fenômenos jurídicos passaram a ter sua própria significação. Assim constituiu-se o campo do dever-ser.

Isso não significa que o direito não possa ser valorado através do espectro da justiça, mas, sim, afirma Losano (2014), que o confronto entre uma norma de direito e uma norma de justiça não pode trazer consequências à validade da norma de direito. Importante mencionar este dado, para demonstrar que a distinção Ser/Dever-ser se dá com o escopo de fazer valer o postulado metodológico de pureza, todavia não impede que no campo fatídico essas normas se envolvam.

Para ilustrar o ponto fundamental de distinção entre esses dois campos, observa-se que a proposição jurídica funciona da seguinte maneira: (A é, logo B deve ser). Diferentemente do que ocorre no caso da lei natural, onde se (A é, B é) demonstrando sua inequívoca previsibilidade e consequencialismo.

O ser, enquanto campo da realidade fática e regido pelo princípio da causalidade, difere-se do dever-ser, este regido pelo princípio ordenador da lei da imputabilidade. Conforme afirma o estudioso Hans Kelsen, a principal distinção entre esses dois entes ser e dever-ser explica-se melhor da seguinte maneira:

O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto -, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie. (KELSEN, 2009, p. 87).

Nesse trecho fica claro que o que de fato distingue o ser do dever-ser (enquanto norma jurídica) é o fato de que os elementos da proposição jurídica são ordenados através de um ato de vontade emitido por uma autoridade jurídica, o que Kelsen (2009) já observou ser o

princípio da imputabilidade, diferentemente do que ocorre na relação entre causa e efeito, de modo que nessa é apenas a lei natural se manifestando sem nenhuma forma de intervenção.

Para Kelsen (2009), esse ser (fato externo) pode possuir seu significado jurídico, sendo lícito ou ilícito, mas, até onde se trata de um fato que se realiza no espaço e no tempo, e sendo sensorialmente perceptível, não restam dúvidas acerca quanto a pertencimento à natureza.

Assim, o ato torna-se jurídico quando não se encerra no sistema da natureza em si e dota-se de significado próprio e objetivo do direito, sentido esse emprestado de uma norma, tornando-se um dever-ser, quando o menciona em seu conteúdo. Essa norma que dá sentido ao ato jurídico, adquire seu significado também de outra norma. Assim, o referido autor traz a seguinte visão a respeito do sentido normativo:

Que a supramencionada troca de cartas juridicamente signifique a conclusão de um contrato, deve-se única e exclusivamente à circunstância de esta situação fática cair sob a alçada de certos preceitos do código civil. O ser um documento, um testamento válido, não só o seu sentido subjetivo, mas também de acordo com o seu sentido objetivo, resulta de ele satisfazer às condições impostas por este código para que possa valer como testamento. (KELSEN, 2009. p. 4-5).

Conforme esse entendimento, a percepção é imediata, pois, dizer que tal coisa é (ser fático), é diferente do enunciado que afirma que determinada coisa deve ser (conforme descreve uma norma). Todavia, o fato de algo ser não implica que deva ser, nem o enunciado que contém um dever-ser, implica que algo seja de fato. Afinal, conforme demonstra Kelsen (2009, p. 87): “Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja”.

A partir desse ponto, está demonstrada a principal distinção entre causalidade e imputabilidade, pois aquela impera independentemente de qualquer tipo de intervenção humana, já essa última, em sua proposição traz a seguinte fórmula geral: sob determinados pressupostos, em conformidade com a ordem jurídica, deve-se realizar determinado ato coercitivo, ligando, por exemplo, na lei penal, o crime à pena – pressuposto e consequência, conforme traz Kelsen (2009).

Todavia, como já se pode evidenciar, a linha que divide esses dois campos é tênue e, como dualismo, ambos acabam por manter uma relação íntima, mesmo que, em um primeiro olhar, muitas vezes, oculta. A respeito disso, Kelsen (2009, p. 6-7) preleciona que: “Diz-se: um ser pode corresponder a um dever-ser, o que significa que algo pode ser da maneira como deve ser. Afirma-se, por outro lado, que o dever-ser é “dirigido” a um “ser”.” Assim, fica explícita a possibilidade em confundir esses dois termos, afinal, a distinção se dá apenas para que o método se efetue.

Ainda assim, demonstra Kelsen (2009, p. 7) ser uma dicotomia fundamental para a cientificidade do direito, como um âmbito normativo:

Nestas duas proposições: a porta será fechada e a porta deve ser fechada, o “fechar a porta” é, no primeiro caso, enunciado como algo que é e, no segundo caso, como algo que deve ser. A conduta que é e a conduta que deve ser não são idênticas. A conduta que deve ser, porém, equivale à conduta que é em toda medida, exceto no que respeita à circunstância (modus) de que uma é e a outra deve ser.

Além da relação estabelecida pelo fato do dever-ser conceder o sentido de determinada conduta do ser, Kelsen (2009) traz à tona também o fato do ser que leva ao surgimento do dever-ser, a partir do momento em que determinada conduta é costumeira em determinada sociedade, ou seja, quando diversos indivíduos se conduzem de determinado modo constantemente, em iguais condições, por um longo período de tempo, o sentido subjetivo desses atos pode levar à intenção de que todos os membros dessa comunidade se comportem de modo igual. Sendo este mais um ponto de encontro entre esses dois entes, através da constituição de um direito pelo costume.

Isto posto, caso determinado membro se comporte de modo diverso ao esperado, sua conduta é reprovada e essa vontade coletiva passa a possuir o sentido subjetivo de um dever-ser. Todavia, esse sentido apenas possui validade normativa a partir do momento que esse costume é visto como um fato produtor de normas por uma norma hierarquicamente superior, conforme traz Hans Kelsen. Em outras palavras, quando seu sentido subjetivo corresponde ao sentido objetivo da lei, conforme já podemos analisar anteriormente (2009).

Desse modo, fica evidenciada a razão que motiva muitas críticas da vertente sociológica do Direito, conforme traz Losano (1998) na Introdução ao Problema da Justiça, pois, apesar de serem opostos, existe uma linha tênue entre o ser e o dever-ser que ultrapassa sua distinção, no fato de que o direito pertence à realidade e a realidade pode tornar-se âmbito jurídico. Todavia, exatamente por essa razão Kelsen se mantém um ferrenho defensor da pureza metodológica. Assim, analisaremos no próximo tópico a relação entre o direito e a moral, que servirá como ponte para a compreensão do problema da justiça.

### 3.2 DIREITO E MORAL

Os conceitos de Direito e Moral possuem uma estreita relação, pois a validade do direito comumente foi deduzida a partir da sua correspondência a um ideal de justiça. Analisando esse pensamento tradicional acerca da ligação entre esses dois tipos de ordem normativa, Kelsen (2009, p. 71) afirma o que se segue:

À primeira questão responde-se por vezes que o Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a Moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é Direito porque não justa.

Todavia, também pode-se depreender o entendimento que uma norma de direito pode ser tida como justa, mas não tem que necessariamente sê-la. Ou seja, apesar de se admitir o apelo por um direito justo, conforme o que a moral compreende, um direito tido como não justo não perde a sua validade no sistema jurídico. Esse pensamento é a base da Teoria Pura do Direito, essencialmente, por tratar-se da pureza como seu princípio metodológico fundamental. Preleciona o mesmo:

Quando a si própria designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico universal. (KELSEN, 2009, p. 1).

Nesse mesmo sentido, ao identificar formas de organizações sociais distintas, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, Kelsen (1998B) afirma que a ciência do direito deve estar liberta de quaisquer formas de conotações morais e políticas. Assim, a afirmação de que determinada ordem social tem o caráter de direito, ou seja, constitui uma ordem jurídica, não significa que essa ordem seja justa ou injusta, certa ou errada.

Afinal, para Kelsen (2009), além da relação entre ciência jurídica e ciência da natureza, a pureza do método da ciência jurídica é ainda mais posta em risco pela falta de distinção entre o objeto de estudo dessa e o objeto de estudo da ética. Sob esta ótica, é mister, sobretudo, que se distinga o direito da justiça, sendo essa parte da moral, que é objeto de estudo da ética.

Essa confusão pode decorrer também pelo fato de ambas ciências dispuserem do conhecimento acerca de normas sociais, postas pela ordem positivada e que tratam sobre a conduta humana. Afinal, para uma ciência da ética séria, não importa uma moral que também não seja posta através de uma elaboração consciente ou costume, assim como para a ciência jurídica não importam as normas não positivadas e, portanto, válidas para o sistema normativo. (KELSEN, 2009)

Um ponto elementar de distinção entre a norma jurídica e as demais normas sociais, enquanto normas de conduta humana, diz respeito ao elemento coercitivo presente nas normas de direito. Assim, evidencia-se, a seguir, que a distinção não está no conteúdo que as duas

ordens sociais prescrevem, pois ambas tratam acerca da conduta social, mas sim no modo como prescrevem ou proíbem uma conduta. Nesse sentido, assevera Kelsen (2009, p. 71):

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.

Sob esse espectro, subentende-se que uma das diferenças fundamentais entre o direito e a moral é o elemento coercitivo presente nas normas jurídicas, de maneira que, sempre que se observa o descumprimento de uma norma, é imposta uma sanção, como consequência da proposição jurídica. O que não ocorre com a norma moral, que faz apenas que o indivíduo sofra uma reprovação social, caso a desobedeça. (KELSEN, 2009)

Tratado o principal ponto de distinção entre essas duas ordens normativas – a coerção - e estando já evidente que o direito é objeto de estudo da ciência jurídica, que a moral é objeto da ética e que a justiça pertence à moral, o filósofo juspositivista analisado manifesta o seguinte entendimento a respeito da não relação do direito à justiça:

Existem ordens jurídicas que, a partir de certo ponto de vista, são injustas. Direito e justiça são dois conceitos diferentes. O Direito, considerado como distinto da justiça é o Direito positivo. É o conceito de Direito positivo que está em questão aqui; e uma ciência do Direito positivo deve ser claramente distinguida de uma filosofia da justiça. (KELSEN, 1998, p. 8).

Resta notável que Kelsen não estava preocupado com nenhuma das diversas noções de justiça espalhadas pelo mundo, pois, juízos de valor não devem tratar a respeito de normas. Como vimos anteriormente, ser e dever-ser não devem ser entes relacionais, assim, a norma de direito - pertencente ao campo do dever-ser - e a norma de justiça - pertencente ao campo do ser - devem manter-se no espaço onde pertencem as teorias de seus conhecimentos.

Conforme Bittar (2013), a Ética é justamente o campo que se destina ao estudo desses valores, sendo, dessa forma, onde é lícito o debate acerca do que é justo. Kelsen, todavia, não exclui de sua apreciação esses conceitos, apenas os desvia da relação com a análise do direito positivo puro, cabendo apenas às obras em que se dedicou a investigar acerca da justiça.

Já para o direito, enquanto ciência, não foi possível atrelar esses conceitos morais ao seu objeto, pois, conforme analisaremos no próximo subtópico, essa possível relação, além de corromper o princípio metodológico de pureza (por enfraquecer a autonomia da própria

ciência), acabaria por arriscar o vigor do direito também no fato de basear-se em conceitos relativos que serão mais adiante analisados.

### 3.2.1 A Relatividade Do Valor Moral

Haja vista os pontos acima delimitados a respeito do direito e da moral, é perceptível que a equivalência entre os conceitos de uma norma válida e norma justa significaria o fim da metodologia da Teoria Pura do Direito, pois, dessa forma, não seria garantido o purismo metodológico, unindo tanto a ciência do direito à ética, como também à política, à sociologia e ciências afins ao tratar acerca dos juízos de valor.

Para tanto, consoante aduz Losano (1998), ao levar em conta o tema da justiça, Kelsen insere a mesma metodologia utilizada na Teoria Pura do Direito, relacionando ciência à ausência de valoração. Isto ocorre dado os fatos que a seguir serão demonstrados:

Se, do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular – pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade – e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade da validade de qualquer outra; se se nega que o que é bom e justo de conformidade com uma ordem moral é bom e justo em todas as circunstâncias; se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos – então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de justiça. (KELSEN, 2009, p. 73).

Assim, compreende-se que o direito apenas poderia pautar-se em uma moral absoluta ou algum elemento em comum a todos os sistemas morais, entretanto revisitando os diversos contextos históricos, é notável a diversidade de juízos de valor que foram construídos pelos indivíduos, em diferentes épocas e lugares, portanto, não se pode afirmar que haja essa Moral Absoluta.

Entretanto, caso haja norma moral absoluta, Kelsen (2009) afirma que não haveria motivo para desconsiderar como direito uma ordem de coação que possuísse um valor contrário a esse considerado vigente e universal ou não contivesse aquele elemento que é tido como essencial ao sistema, pois a moral não serve para qualificar determinado ordenamento como jurídico, mas o que orienta é o ato de vontade imposto por uma autoridade legítima e a

correspondência a norma fundamental como pressuposto primeiro, conforme pôde-se observar no estudo à Teoria Pura do Direito. Sob esse prisma, ensina Kelsen (2009, p. 73):

Com efeito, quando se não pressupõe qualquer a priori como dado, isto é, quando se não pressupõe qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto. E, nesse caso, não se poderá negar que também aquilo que a ordem coercitiva em questão prescreve pode ser tido por bom ou justo, e aquilo que ela proíbe por mau ou injusto; e que, portanto, também ela é – relativamente – moral ou justa.

Assim, o teórico de Praga percebe que, diante dessa relatividade inerente ao valor moral, conforme tem-se observado a partir dos diferentes contextos, o único elemento comum ao direito é o fato de serem normas sociais que estatuem condutas humanas como devidas (dever-ser), portanto, trata-se a respeito da forma pela qual é colocada a norma e não do conteúdo que ela possui.

Dessa vista, norma e valor estão interligados no sentido de que é a ordem vigente que estatui uma determinada conduta humana como correta, portanto considera determinado valor como justo para prescrever uma norma como devida, todavia o que garante a validade dessa norma é o devido processo legal, ou seja, a forma na qual ela é estatuída (KELSEN, 2009).

Para Kelsen (2009), a exigência de que determinada norma jurídica seja vista como moral apenas possui sentido quando existe a possibilidade de considerar determinada ordem jurídica como imoral. O que não é possível para o entendimento da Teoria Pura do Direito, pois, apenas se reconhece o imoral com base no que é moral e vice-versa.

Destarte, admitindo a relatividade inerente ao valor moral para o âmbito do direito enquanto ciência, depreende-se o entendimento de que podem haver distintos valores morais. Assim, não é viável que uma ciência paute seu conhecimento em um objeto que não é permanente, nem único. Sobre isso acrescenta Hans Kelsen (2009, p. 75):

A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis.

Assim, é possível que determinado direito possa ser visto como injusto, conforme determinada norma moral, e haja o desejo de que determinadas intervenções desses valores tidos como certos imperem sobre o direito, pois o que é certo, ou o bem, não é nada além do que “deve ser”, em consonância ao que traz Kelsen (2009). Assim, valorar determinada ordem

jurídica como moral ou imoral apenas representa a relação entre o direito e uma dentre as diversas ordens morais já existentes.

Nesse espectro, não há mais o que se discutir sobre a possibilidade uma determinada norma moral analisar o direito e observá-lo como justo ou injusto. Todavia, metodologicamente falando, não cabe ao direito estudar os diversos entendimentos da moral sobre seu objeto, o que, caso ocorresse, arriscaria a autonomia da ciência jurídica.

### 3.2.2 O Valor Da Justiça Para O Direito Positivo

Na busca pelo sentido do justo, Kelsen (1998A) traz o entendimento de que a noção de justiça nasce a partir do confronto entre uma norma de justiça e um fato realizado em determinado espaço-tempo, pertencente à ordem do ser. Assim, quando o resultado é de que esse fato corresponde a determinada norma de justiça, o mesmo constitui um valor positivo. Em um sentido oposto, ou seja, quando o fato não corresponde à norma de justiça, é atribuída a esse uma valoração negativa, pois é contrária ao que deveria ser. Desse ponto, sustenta-se o seguinte entendimento trazido por Kelsen acerca do âmbito de atuação das normas de justiça (1998A, p. 5):

Somente um fato da ordem do ser pode, quando confrontado com uma norma, ser julgado como valioso ou desvalioso, pode ter um valor positivo ou negativo. Por outras palavras: o que é avaliado, o que pode ser valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo é a realidade.

Todavia, essa definição não se basta, para se qualificar como norma de justiça, essas normas que constituem o valor de justiça precisam também ser distinguidas das demais normas morais, pois essas também atuam no campo da realidade. Para tanto, o que distingue as normas de justiça das demais normas morais, é que aquelas necessitam da relação de um indivíduo para com o outro.

Para melhor facilitar a compreensão sobre a distinção entre normas morais e normas de justiça, Kelsen (1998A) traz o exemplo da norma proibitiva do suicídio, assim como trata na sua Teoria Pura. Apesar do suicídio ser um acontecimento reprovável socialmente e tido como moralmente mau, esse não pode qualificar-se como justo ou injusto, devido ser um fato que um indivíduo realiza em face de si mesmo.

É nesse ponto que identificamos a principal distinção, pois as normas de justiça são aplicadas em um contexto relacional, assim, não são aplicáveis no caso do suicídio, já que se necessita de dois ou mais indivíduos para essa compreensão do justo.



As normas de justiça também são comumente confundidas com as normas de direito, é nesse ponto que há maior confusão, como vemos observando ao longo desse trabalho, dada a relação entre ciência jurídica e ética. Isso ocorre, pois, muitas vezes o valor das normas de direito esteve associado aos juízos de valor inerentes às normas de justiça, o que acabou gerando uma confusão acerca do teor de cada norma, como objetos de análise de entes distintos (dever-ser/ser).

Assim, o positivismo jurídico kelseniano compreende que juízos de valor não devem incidir sobre normas, pois, consoante será demonstrado, a associação da validade de uma norma de direito à uma norma de justiça invalida a norma de direito. Sob esse prisma Kelsen (1998A, p. 42) preleciona o que se segue:

Isto parece estar em contradição com o facto de a justiça - e bem assim a injustiça - ser também afirmada como qualidade de normas, com o facto de também as normas serem apreciadas como boas ou más, justas ou injustas, quando falamos de um direito positivo bom ou mau, justo ou injusto. Parece, com efeito, que ao proceder assim comparamos as normas do direito positivo com uma norma de justiça, que, portanto, avaliamos uma norma através de outra norma e, por essa via, elaboramos um juízo segundo o qual a norma do direito positivo é justa quando corresponde à norma justiça - na medida em que estatui o que a norma de justiça prescreve - ou segundo o qual ela é injusta quando não corresponde à norma de justiça - na medida em que estatui o contrário do que a norma de justiça prescreve.

Isso provoca o que temos como problema da justiça para o direito enquanto ciência, pois, como aduz Kelsen (2001), caso as normas de justiça sejam utilizadas como meio de justificar as normas de direito, o direito positivo perderia por completo a sua validade. Afinal, ao criar a dependência entre ambas normas sociais, apenas as normas de justiça mantem sua validade, de modo que, caso determinada norma de direito seja contraditória a uma norma de justiça, aquela acabaria perdendo sua validade no ordenamento jurídico. Por isso, Kelsen (2009) reiterou em sua doutrina a importância de uma teoria monista do direito positivo.

Reitera-se, então, que a conduta humana interessa à ciência jurídica apenas no que tange às proposições de suas normas jurídicas, enquanto normas sociais. Assim, para essa problemática, Hans Kelsen (1998A, p. 11) propõe a seguinte resolução:

Se o direito positivo não pode ser injusto, também não pode ser justo. Ele apenas pode ser justo ou injusto, ou nem justo nem injusto. Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva como daquela que está em harmonia com uma norma jurídica positiva, ou seja, admitir que a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça — o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas — é justamente o princípio do positivismo jurídico.

Essa é a resposta que o positivismo jurídico dá diante da possibilidade de cogitar a validade do direito natural para o direito enquanto ciência. Assim, não obsta o entendimento de que não é adequado admitir a invalidade de uma norma de direito por meio de uma norma moral, como já analisamos através de exposição sobre a distinção entre direito e moral.

Bittar (2013) preleciona, então, que o direito pode ser moral, bem como não ser moral, sendo preferível que esse seja moral, todavia, o fato de não ser moral não retira a validade do direito. Portanto, a natureza do direito depende apenas do valor jurídico, podendo corresponder ou não a determinado mandamento de justiça. Desse modo, a respeito da questão da justiça, Kelsen (1998A, p. 16) traz a seguinte resposta em *O Problema da Justiça*:

Como ciência, não tem de decidir o que é justo, isto é, prescrever como devemos tratar os seres humanos, mas descrever aquilo que de fato é valorado como justo, sem se identificar a si própria com um destes juízos de valor. Pode tentar determinar nas diferentes normas de justiça um elemento comum para assim chegar a um conceito geral de justiça. Este, porém, será — como veremos — o conceito de uma norma essencialmente geral que, sob determinados pressupostos, prescreve um determinado tratamento dos homens sem afirmar algo sobre a natureza e o modo deste tratamento — pelo que, neste aspecto, se revela completamente vazia de conteúdo.

Partindo desse entendimento, percebe-se que o modo pelo qual se viabiliza um possível alcance a uma norma de justiça válida é encontrando um elemento comum a todas as noções de justiça. Todavia, nessa procura, Kelsen deparou-se com formas vazias de conteúdo, que não eram tão claras a respeito de como aplica-las na prática, bem como em razão da ausência de explicação sobre o significado de seus elementos constantes, o que sempre era necessário tomar como base a visão da moral preestabelecida.

Desse modo, para a ciência jurídica, o que impera é descrição da realidade, tomar como base uma específica norma de justiça significa tomar partido frente a essa realidade, identificando-se com uma moral específica em um ambiente que apenas cabe a neutralidade dos juízos de valor. Portanto, que se pode, aqui, é analisar as fórmulas de justiça que mais tiveram força ao longo da história.

Para Kelsen (1998A), existem diversas normas de justiça que são contraditórias entre si e pressupostas como válidas. Para abordar cientificamente o problema da justiça, necessita-se da observação objetiva dessas normas, conforme creditadas por homens no passado e no presente, para que pudessem ser tidas como justas, sendo esse o objetivo do próximo capítulo.

## 4 NOÇÕES DE JUSTIÇA

Em *A Justiça e o Direito Natural e O Problema da Justiça*, Kelsen debruça-se na análise às concepções de justiça mais importantes formuladas longo da história, dividindo-as em dois tipos: normas do tipo racional e normas do tipo metafísico.

Dentre as fórmulas de justiça do tipo racional, analisadas pelo referido autor e demonstradas nesta pesquisa monográfica, temos: a fórmula de *suum cuique*, a regra de ouro, o meio-termo aristotélico, o princípio retributivo, o imperativo categórico de Kant, bem como a visão de outros filósofos, como São Tomás de Aquino.

Além dessas, há também as normas do tipo metafísico, conforme mencionado, nestas são tratadas a filosofia platônica, sendo Platão o fundador da metafísica, bem como será exposta a visão de Kelsen sobre o ideal de justiça do amor à Deus, além da justiça atrelada ao desejo de felicidade.

Em todas as normas de justiça analisadas em suas obras, Kelsen (2001) pode observar um vazio, de modo que, por isso, chamou de fórmulas, haja vista necessitarem do preenchimento de um conteúdo que só poderia vir da moral vigente, do senso comum e do direito positivo, como se pode observar nas obras mencionadas e aqui será exposto.

Assim, ao final deste capítulo, abordaremos a visão do autor acerca de uma justiça acessível a nossa realidade dos sentidos, uma justiça possível, sendo, portanto, pautada em princípios que possuem certezas quanto a seus resultados de aplicação, conforme se observou empiricamente.

### 4.1 NORMAS DO TIPO RACIONAL

Para conceituar as normas do tipo racional, Kelsen (1998A, p. 17) declara o seguinte:

As normas de justiça do tipo aqui designado como “racional” — por contraposição ao “metafísico” — são caracterizadas pelo fato de não pressuporem como essencial nenhuma crença na existência de uma instância transcendente, pelo fato de poderem ser pensadas como estatuídas por atos humanos postos no mundo da experiência e poderem ser entendidas pela razão humana, isto é, ser concebidas racionalmente.

Assim, o autor aceita a possibilidade de elas advir de uma instância transcendental, entretanto, seu conhecimento pode ser acessado apenas com base na razão, por isso trata como esse o único elemento essencial para qualificá-las. Portanto, a seguir, trataremos acerca de algumas dessas normas, as principais para a compreensão de seu tipo.

#### 4.1.1 A Fórmula Do *Suum Cuique*

Kelsen (2001) inicia sua análise por esta fórmula: “dar a cada um o que é seu”, isto é, “aquilo que lhe é devido”, essa é a norma de justiça mais frequentemente usada, mas isso não obsta que seja, na realidade, uma tautologia. Ao afirmar que deve ser dado o que é devido, esse devido corresponde a um dever-ser e, portanto, a uma norma de direito posto. Desse modo, essa norma pressupõe determinado direito positivo, para que se possa definir o “seu” que deve ser dado, ou seja, a parte que determinada norma de direito define como justa.

#### 4.1.2 A Regra De Ouro

Essa fórmula significa: “não faça aos outros o que não queres que façam a ti”, ou melhor dizendo, devemos tratar os outros da maneira como gostaríamos de ser tratados. A respeito dessa, Kelsen (2001) demonstra que, se observarmos mais atentamente, essa fórmula leva a resultados inesperados, como, por exemplo a ausência de punição àqueles que realizam algum delito, afinal ninguém quer ser punido e até a própria verdade acabaria sendo censurada por muitas vezes trazer reações indesejadas, já que alguns homens gostam apenas de ouvir o que é agradável aos seus ouvidos.

Outrossim, se a regra de ouro fosse observada, isso só seria possível diante de uma sociedade que possuísse cidadãos que tivessem sempre os mesmos interesses, mas isso não é possível, já que o modo como cada um deseja ser tratado é um dado extremamente subjetivo.

Na realidade, observa Kelsen (1998A), o modo como alguém considera um tratamento adequado e gostaria de conforme ele ser tratado é diferente do modo como outra pessoa considera bom. Por exemplo, para alguns a mentira e a lisonja são desejáveis, pois pode afagar o ego, já para outros é intolerável. Assim, essa regra revela-se demasiadamente imprecisa para funcionar de modo universal.

Para isso, Kelsen (1998A) entende que seria preciso uma alteração no conceito e, dessa maneira, significar o modo como alguém deveria querer ser tratado, não como realmente gostaria de ser tratado. Ou seja, mais uma pergunta sem resposta, assim como a fórmula de *suum cuique*.

### 4.1.3 O Imperativo Categórico De Kant

Assevera Kelsen (1998A) que o imperativo categórico não é em si uma regra de justiça, mas um princípio geral e supremo da moral que engloba em si o princípio da justiça. Em uma das suas formulações mais comuns, o filósofo Immanuel Kant diz o seguinte acerca do conceito do imperativo categórico: “Age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal”. Dessa maneira, fica clara a semelhança que possui com a regra de ouro, pois, em ambas há o intuito em tornar como uma máxima universal uma determinada conduta pessoal. O imperativo categórico responde como devemos agir para que esse ato seja moralmente bom. Nesse sentido, preleciona Kelsen (1998A, p. 57)):

Esta resposta diz: ages moralmente bem quando actuas segundo uma máxima da qual possas querer que ela se transforme numa lei universal. Aqui «máxima» é a regra segundo a qual o homem quer efectivamente agir, segundo a qual se propõe ou se predispõe a agir, é a «lei universal», a norma geral segundo a qual ele deve agir.

Nesse diapasão, Kelsen (1998A) observa que o Imperativo Categórico apenas funciona diante de uma moral pré-existente, assim como ocorre com as demais fórmulas. Para melhor desenvolver esse pensamento, o criador da Teoria Pura do Direito utiliza o exemplo kantiano sobre o suicídio, sobre o qual Kant afirma não ser possível que o homem o queira como uma máxima universal, pois seria contraditória por sua própria natureza a auto aniquilação.

Kelsen refuta o entendimento kantiano afirmando que essa concepção apenas pode ser concebida tendo em vista uma determinada ordem moral que considera o suicídio um ato imoral. Mas que, avistando uma vida de infortúnios e insuportável, por exemplo, o desejo pelo suicídio é compreensível como um imperativo categórico. Nesse mesmo sentido, diante da norma que trata da obrigação de restituir o dinheiro que pegamos emprestado, Kelsen (1998A) afirma o que se segue:

Esta norma é pressuposta por Kant como de per si evidente. E apenas com base nesta pressuposição, e não por força do imperativo categórico, é que ele é conduzido à ideia de que não podemos querer a máxima em questão, ou seja, afinal, de que não a devemos querer.

Portanto, Kelsen (1998A) entende que, na realidade, o “poder querer” do Imperativo Categórico significa um “dever querer”, ou seja, o real conceito a ser formulado seria que devemos agir segundo uma máxima da qual devemos querer que ela se transforme numa lei universal.

Diante disso, Kelsen (2001) entende que o único exercício que devemos fazer é a verificação se determinada lei moral válida é compatível com o imperativo, logo percebe-se que toda norma é compatível com o imperativo, pois a única exigência feita pelo conceito é de que a máxima do ato se torne uma lei universal, o que corresponde à generalidade das normas morais. O autor compara essa fórmula, então, norma da regra de ouro e à *suum cuique*, de modo que todas elas buscam responder como devemos agir para que seja boa a ação e esse bem é subentendido de acordo com um ordenamento já existente.

#### 4.1.4 Outra Fórmula Vazia De Conteúdo

Além do imperativo categórico de Kant, Kelsen (1998A) assegura que existem outras normas vazias de conteúdo, em especial aquelas elaboradas por teóricos da filosofia moral, dentre eles São Tomás de Aquino, na qual se afirma o seguinte: “Faz o bem e evita o mal”, enquanto regra de conduta moral, já como norma de justiça, prescreve-se o seguinte: Os homens devem ser bem tratados e não maltratados”.

Nesse caso, a necessidade de valer-se de uma compreensão pressuposta do que seria bom ou mau para a formulação do conceito de justiça é, nesse caso, ainda mais latente. Portanto, Kelsen (1998A), aduz que essas fórmulas apenas são aplicáveis sob a pressuposição de uma determinada ordem normativa preexistente ou a ser concebida, sendo admitida qualquer forma, desde que não se pressuponha a ideia de bem absoluto advindo de uma ordem de Deus.

#### 4.1.5 O Costume Como Constitutivo Do Valor De Justiça

Nesse tópico, Kelsen (1998A) trata acerca do valor de justiça como fruto do costume que se consolidou ao longo dos anos, inclusive através da lei. Esse é um traço bastante constante em sociedades relativamente primitivas, as quais acreditam que se os indivíduos se comportam de determinada forma perante determinado contexto, esse modo que deve ser positivado.

Assim, não é qualquer costume que possui a medida do justo, mas sim aquele que se consolidou e se perpetuou na sociedade, de modo que nem toda ordem normativa pode constar o conceito de justiça, apenas aquela que se formou consuetudinariamente. Este é o famoso direito consuetudinário.

#### 4.1.6 O Meio-Termo Aristotélico

Essa é a clássica teoria dos mesotes formulada por Aristóteles, explicando de um modo claro Kelsen (1998A, p. 30) afirma o que se segue:

O filósofo moralista — afirma Aristóteles — poderia encontrar qualquer virtude cuja essência se proponha determinar por um processo igual, ou pelo menos muito semelhante, àquele pelo qual o geômetra pode encontrar o ponto equidistante dos dois extremos de uma linha, que a divide em duas partes iguais. Com efeito, a virtude é o meio entre dois extremos, isto é, entre dois vícios, um por excesso e outro por falta. Assim, por exemplo, a virtude da coragem é o meio-termo entre o defeito da covardia (falta de ânimo) e o defeito da temeridade (excesso de ânimo).

Destarte, percebe-se que para encontrar a virtude, o filósofo grego parte, de antemão, de dois vícios que possuem a mesma distância, um sendo o excesso e o outro a falta e a virtude se localizaria no centro. Apesar da concepção trazer uma teoria inovadora, seus elementos extremos partem do conhecimento de uma moral vigente e uma ordem social presumida. O que não é um problema, todavia serve para demonstrar o prevalectimento do direito positivo.

Assim, a fórmula do meio-termo revela mais uma tautologia dentre os conceitos de justiça, afinal, demonstra Kelsen (1998A) que essa limita-se a confirmar a ordem social positiva, tendo a função de manutenção da moral vigente, pois é a autoridade da ordem social que define o que seria “de mais” e o que seria “de menos”.

Com a justiça não é diferente em sua análise, já que, para Aristóteles, ela é a virtude suprema. Conforme compreende o referido autor a conduta reta (justa) seria aquela que fica entre praticar a injustiça e sofrer a injustiça. Porém, Kelsen (1998A) entende que a fórmula de mesotes não se adequa a esse caso, pois a injustiça que praticamos e a que sofreremos não são dois vícios em extremidades opostas, mas um mesmo vício, pois uma injustiça praticada por alguém é a mesma injustiça que determinado indivíduo sofre. Sendo a justiça apenas o oposto da injustiça.

Portanto, para Kelsen (1998A), o meio-termo aristotélico revela-se apenas como mais um conceito de justiça utilizado como ferramenta de manutenção da ordem vigente, um meio de conservar a moral estabelecida, sendo exatamente nesse ponto onde reside a sua função política, que em nada corresponde a responder o que seria a justiça.

#### 4.1.7 O Princípio Retributivo Como Princípio De Justiça

Conforme preleciona Kelsen (2001), talvez um dos princípios mais importantes seja o *Vergeltung*, ou seja, o princípio retributivo. Ele possui uma íntima semelhança com o *suum cuique*, pois o “seu” de cada um implícito nesta fórmula, representa, de certo modo, o princípio da retribuição.

Sua origem pertence ao espírito vingativo do homem, em seu desejo de aplicar uma pena em caso de crime, como um meio de castigo. Nesse diapasão, Kelsen (1998) entende que, na medida em que o direito é uma ordem que estatui determinada sanção em consequência a determinado ilícito através de um ato de coação, todo direito corresponde ao princípio retributivo.

Todavia, esse princípio apresenta também um valor positivo em face dos méritos, como forma de prêmio pelo merecimento, além da imposição de uma pena, enquanto valor negativo, como forma de punição. Assim, assevera Kelsen (1998A, p. 32):

A norma da retribuição prescreve, portanto, que àquele que faz bem se deve fazer bem, e àquele que faz mal se deve fazer mal. Todavia, esta fórmula é tão vazia como a fórmula segundo a qual devemos fazer o bem e omitir o mal e, como esta, pressupõe uma ordem normativa que determine o que é bom e o que é mau, quer dizer: o que devemos fazer e o que devemos omitir — como nos devemos conduzir.

Por isso, muitas vezes, esteve associado ao princípio da igualdade, sendo um exemplo claro a Lei de Talião, que é caso mais primitivo de ordem onde se aplicou o princípio retributivo através do postulado: “Olho por olho, dente por dente”. Mas, Kelsen (1998) observa que o princípio da retributividade tem sentido oposto, como se pode perceber anteriormente através da imposição de uma pena para a má conduta e um prêmio para a conduta conforme o bem, nesse ponto revela desigualdade.

Contudo, pode-se observar o senso de proporcionalidade, no sentido da correspondência entre a medida da ação e reação, o mal para o mal e o bem para o bem, cada um em suas proporções equivalentes. Diante dessa compreensão, Kelsen (1998A, p. 37) aduz que:

A diferente graduação não pode se referir ao valor em sentido objetivo, mas apenas ao valor em sentido subjetivo. O ser-desejado ou o não-ser desejado algo pode ser mais ou menos intenso, o prazer ou desprazer que provoca esse algo pode ser maior ou menor. Se o homicídio é julgado pela sociedade um crime mais grave do que o furto, é porque aquele é mais indesejável do que este, porque o desprazer, a reação emocional que é produzida na sociedade em caso de homicídio é mais intensa do que no caso de furto.



Desse modo, diante desse exemplo fica evidente o sentido subjetivo que rege o princípio da proporcionalidade no momento de definir qual a reação para a ação, ou seja, qual a retribuição que será dada. Pois quanto mais valioso o bem tutelado pela ordem vigente, mais forte incidirá a pena sobre o indivíduo que o violou. Assim, percebe-se que, mais uma vez, trata-se de uma fórmula de justiça que depende de uma medida advinda da ordem social preexistente.

## 4.2 NORMAS DO TIPO METAFÍSICO

Kelsen traz à luz a visão de que essas noções derivam de uma instância transcendental, que perpassa todo o conhecimento experimental do homem, sendo metafísicas não apenas pelo fato de onde vem, mas também pela qualidade de não podermos captá-las pela razão comum. A respeito destas normas, Kelsen (1998A, p. 17) preconiza o seguinte direcionamento:

O homem deve acreditar na justiça que elas constituem — tal como acredita na existência da instância de que elas procedem —, mas não pode compreender racionalmente essa justiça. O ideal desta justiça é, como a instância da qual ele provém, absoluto: de conformidade com o seu próprio sentido imanente, exclui a possibilidade de qualquer outro ideal de justiça.

Na Teoria Pura, Kelsen (2009) manifesta o entendimento que, quando se relaciona as normas de direito às normas de justiça em face ao seu conteúdo e não em relação à forma, a única resposta viável é de que o Direito é essencialmente moral e que, portanto, ele é justo. Desse modo, na tentativa de justificar o direito pela moral, isso só pode ocorrer se pressupormos uma Moral Absoluta, portadora da justiça absoluta. É nessa concepção que se baseiam as normas metafísicas de justiça. Nesse mesmo sentido afirma Losano (1998, p. XXVI):

Com o passar dos anos e a radicalização de sua concepção de não-valorização no direito, Kelsen acabou por assumir a atitude que encontramos neste ensaio sobre a justiça: todo juízo de valor é irracional porque baseado na fé e não na razão; nesta base, pois, é impossível indicar cientificamente — ou seja, racionalmente — um valor como preferível a outro; portanto, uma teoria científica da justiça deve limitar-se a enumerar os possíveis valores de justiça, sem apresentar um deles como preferível ao outro.

Tendo isso em vista, esse tópico destinará seu conhecimento a demonstrar as normas de justiça do tipo metafísico, consoante foram analisadas por Kelsen, porém, seguindo o mesmo pressuposto metodológico da teoria pura, ou seja, sem demonstrar quaisquer tipos de inclinações a determinado valor de justiça.

#### 4.2.1 A Justiça Platônica

Iniciando sua análise acerca das normas de justiça do tipo metafísico, Kelsen (1998) afirma que a ideia da justiça em Platão é a principal representação deste tipo, pois o filósofo grego construiu sua Teoria das Ideias para encontrar a resposta acerca do que seria o justo, pois para o mesmo a justiça pertence à ideia de Bem Absoluto.

Para Platão, o Mundo das Ideias é inacessível para os homens, estando, portanto, em uma instância transcendental, que perpassa a nossa realidade tangível. Seu pensamento acerca das ideias manifesta-se da seguinte forma, consoante aborda Kelsen (1998A, p. 62):

Elas representam no essencial valores que devem, na verdade, ser realizados no mundo dos sentidos, mas que jamais podem ser aí plenamente realizados. A ideia principal, aquela à qual todas as outras ideias se subordinam e da qual todas retiram a sua validade, é a ideia do Bem absoluto; e esta ideia desempenha na filosofia de Platão o mesmo papel que a ideia de Deus na teologia de qualquer religião.

Kelsen (1998) afirma que a resposta sobre o que seria a justiça cabe na resposta a respeito do que se trata o Bem para Platão. Todavia, o teórico da teoria pura observa que quando Platão parece ter chegado a um consenso, manifesta através de Sócrates que não é possível alcançar tal resposta no mundo sensível. Mas que existe um método de pensamento abstrato chamado dialética que permite que aquele que o domina apreenda a Ideia, método este que o próprio Platão não faz uso. Sob esse mesmo espectro, Kelsen (1998A, p. 63) afirma o seguinte sobre esse Bem:

Numa das suas cartas — a sétima —, em que ele nos dá conta dos motivos mais profundos e das finalidades últimas da sua filosofia, declara que não pode haver nenhum conhecimento conceitual do Bem absoluto mas apenas uma espécie de intuição e que esta intuição se processa pela via de uma vivência mística que só a poucos é comunicada e tão-somente por graça divina; que, porém, é impossível descrever em palavras da linguagem humana o objeto desta intuição mística, isto é, o Bem absoluto.

Dessa maneira, Kelsen (2000), em *A Ilusão da Justiça*, traz o entendimento acerca da apreensão do conhecimento que Platão aborda também no *Mênon*, sendo, assim, uma espécie de conhecimento passivo, como um meio da alma recordar o que acessou no Mundo das Ideias antes de reencarnar. Neste além-mundo estaria também a forma de acessar o que seria o Bem e o Justo, todavia, conforme a filosofia platônica, ao encarnar e retornar à vida terrena, o homem acaba esquecendo das coisas que estariam nesse plano.

#### 4.2.2 Justiça E Amor A Deus: A Justiça Divina

Kelsen (2001) traz o entendimento de uma justiça divina bem semelhante à ideia de justiça constituída pelo pensamento platônico, sendo inacessível ao conhecimento humano, pois neste caso corresponde aos desígnios de Deus, um ser supremo, porém que apresenta algumas contradições perante as limitações do intelecto humano, já que glorifica o bem, porém aceita o mal, que é bom, mas também criou o mal, dada sua onipotência.

O supramencionado jusfilósofo cita Jesus Cristo como o maior porta-voz da palavra do Deus Cristão. Em sua passagem pela terra, o mesmo rejeitou o princípio da retribuição e anunciou uma nova justiça, na qual os indivíduos devem amar até seus inimigos, pois não seria justo retribuir o mal com o mal, mas sim com o bem. Sobre essa noção de justiça, afirma Kelsen (1998A, p. 64):

Esta justiça situa-se para além de toda ordem possível numa realidade social; e o amor, que é esta justiça, não pode ser a emoção humana a que nós chamamos amor. Isto não só porque é contra a natureza humana amar os inimigos, mas ainda porque Jesus expressamente rejeita o amor humano que liga o homem à mulher, os pais aos filhos. Quem quer seguir Jesus e alcançar o Reino de Deus deve deixar a casa e a fazenda, os pais, os irmãos, a mulher e os filhos.

Esse amor, rememora Kelsen (1998A), é um amor supra-humano, um amor que aproxima o homem do Pai Celestial que é o Deus Todo Poderoso, aquele que permite que o Sol brilhe para todos, os que fazem bem ou mal, mas, ao mesmo tempo, é o Deus que impõe castigos ao pecador no Juízo Final. É um amor que permite que todos os indivíduos sejam vistos de igual para igual, sendo todos como irmãos, superior a qualquer laço sanguíneo, haja vista a ligação espiritual.

Assim, ao trazer os ensinamentos de Paulo, o primeiro teólogo da religião cristã, Kelsen (1998A) observa que o mesmo já trazia em sua teologia a visão de que esse Amor de Deus, que representa a justiça, era impossível de ser acessado pela razão humana e limitada, sendo, portanto, um exercício da fé.

#### 4.2.3 Justiça E Felicidade

Desde Platão, a ideia da justiça esteve ligada à felicidade, de modo que desse ponto subentende-se que apenas o justo pode ser feliz, por isso os seres humanos aspiram com tanta intensidade alcançar a justiça. Entretanto, a Justiça Absoluta, é inacessível pelo nosso intelecto, de modo que devemos nos contentar apenas com uma justiça apenas relativa, que

não é garantia de felicidade plena, conforme almejam os homens. Sobre essa justiça transcendental, Kelsen (1998A, p. 65-66) dispõe o seguinte entendimento:

Uma tal justiça relativa apenas conduz a uma satisfação muito parcial. A justiça pela qual o mundo clama, “a” justiça por excelência é, pois, a justiça absoluta. Esta é um ideal irracional. Com efeito, ela só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus. Por isso, a fonte da justiça e, juntamente com ela, também a realização da justiça tem de ser relegada do Aquém para o Além — temos de nos contentar na terra com uma justiça simplesmente relativa, que pode ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por esta mais ou menos assegurada.

Desse modo, logo após a análise das normas de justiça, remontamo-nos a avaliar até que ponto o conceito de justiça pode ser cabível ao direito, enquanto objeto da ciência jurídica. Kelsen (1998A) traz a compreensão de que a justiça não pode ser de veras alcançada em toda sua plenitude, pois é transcendental, apesar de as inclinações morais pela busca do sentido de a justiça serem importantes no sentido de motivar a conduta humana para um possível Bem. Assim, analisaremos nos próximos tópicos quais as concepções mais próximas da justiça que podem influenciar a conduta humana.

#### 4.3 A JUSTIÇA DO DIREITO NATURAL

Em objeção a toda forma de jusnaturalismo, Kelsen (2001) menciona a dicotomia ser/dever-ser, já discutida em outro capítulo onde foi possível perceber que realidade não pertence ao mesmo domínio dos valores. Assim, quando o direito tenta considerar que a natureza possui determinada conduta reta como uma característica imutável, o que ocorre é que estão inserindo normas do dever-ser no ser, entretanto, reconhece o autor que o ser é um eterno devir, vir a ser, que está constantemente em transformação.

Para melhor explicar essa situação, Kelsen (1998A, p. 73) preleciona o que se segue:

Se as normas imanentes à natureza são representadas como os fins objetivos postos à natureza, por outras palavras: se a natureza é interpretada como um todo ordenado com uma finalidade, se se presume uma ordenação finalista imanente à natureza, a doutrina do direito natural assume um caráter teleológico. Ora, uma interpretação teleológica da natureza apenas terminologicamente difere de uma interpretação normativa. Fim, em sentido objetivo, é o que deve ser realizado. Neste sentido, é o que uma norma põe como devido (devendo ser).

Kelsen (1998A) observa que essa crença de que existe um valor atrelado à realidade é antiquíssima, possuindo uma origem metafísico-religiosa, com base na compreensão de que existe um Deus que criou a natureza e os indivíduos como parte dessa, e com uma

determinada finalidade, ou seja, é no aspecto teleológico da natureza dessa visão que reside a justificativa para os valores estarem inseridos no campo do ser.

Assim, caso essa natureza seja regida por um Deus justo, só se pode concluir que existem normas justas que incidem sobre essa natureza e que essa natureza implica na criação de um direito justo. Nesse viés, fica clara a razão pela qual se diz ser dualista a doutrina do jusnaturalismo, pois nela é válido tanto o direito natural, quanto o direito positivo, um encontrando justificção no outro. Por essa razão, preconiza Kelsen (2001) que apenas uma doutrina teológica do direito pode apresentar um caráter teleológico.

Ademais, existe uma vertente jusnaturalista que busca justificar-se pela natureza do homem, levando com base sua constituição interna, sua razão, inclinações, pulsões, todavia esse campo não pode incidir sobre o direito, enquanto ciência, haja vista o fato do homem apresentar desejos muito diversos e, muitas vezes, contrastantes essas pulsões. A respeito desse ponto, Kelsen (1998A, p. 80) aduz o que se segue:

Há impulsos dirigidos à conduta do homem em face de outrem que — como o instinto da autoconservação — são de natureza egoísta. Mas também há impulsos que são de natureza altruísta. O amor ao próximo, o desejo de viver com os seus semelhantes em paz e amizade, de ser por eles considerado, a aversão a exercer violência sobre outrem resultam seguramente de impulsos que estão vivos em muitos homens. Quem pode, porém, negar que em muitos homens também se encontram vivos impulsos que se endereçam justamente à conduta oposta e que, conhecidos pela moderna psicologia sob o nome de impulsos agressivos, são reconhecidos como parte integrante da “natureza” humana?

Observa-se assim que, inclusive, existe o fator externo no qual o homem está inserido que influência bastante na construção dessas pulsões e nas motivações de seus atos, como se pode analisar na psicanálise freudiana, por exemplo.

Ainda, assim, caso fosse possível a existência de um direito natural pautado na natureza humana, Kelsen (1998A) apresenta a visão de que seria um contrassenso prescrever que os homens se conduzam conforme naturalmente se conduzem sem a necessidade de nenhuma prescrição. Portanto, a lei seria deveras fútil e superficial em seu escopo.

Essa mesma concepção que não parte da crença metafísica, traz a visão de que esse comportamento humano prescrito pelo direito natural seria inerente ao humano médio, ou seja, o homem comum, para justificar o fato de não se pautar nos casos onde a natureza se manifesta de forma contrária ao que comumente se espera. Todavia, Kelsen (1998A) demonstra que a conduta desejada depende do contexto social onde o ser está inserido, de modo que isso remonta às várias teorias de justiça anteriormente analisadas que são vistas como vazias de conteúdo.

Todavia, aqui não nos cabe analisar todos os pensamentos que guiaram a doutrina do direito natural, pois seria preciso uma análise mais densa acerca de cada teórico, seja no âmbito da filosofia propriamente dita ou teologia, o que não corresponde ao objeto de análise deste trabalho. Sendo válida essa breve exposição, haja vista apenas ter como escopo a justificativa kelseniana para não ser cabível a incidência do valor da justiça no direito. Para tanto, uma análise pormenorizada de todas essas noções de justiça, implicaria em uma fuga ao tema e demandaria estudos de outra ordem.

#### 4.4 JUSTIÇA, PAZ E LEGALIDADE

Após uma longa investigação a respeito do que seria a justiça, Kelsen conforma-se e depreende o seguinte entendimento:

Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo em que fracassaram os maiores pensadores. 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. (KELSEN, 2001 apud Silva, 2005, p. 3).

Desta feita, de fato o valor moral máximo de justiça demonstrou-se inalcançável pela razão humana, de modo que apenas permeamos o conhecimento de uma justiça relativa, como foi possível observar a partir das diversas noções de justiça que atravessaram o filtro kelseniano, resta-nos aceitar o que mais aproxima a sociedade dos resultados que são buscados pela moral no sentido do justo. Assim, a paz é um dos nortes seguidos por Kelsen na empreitada por uma definição de sociedade regrada.

Tendo em vista que, para uma teoria pura do direito, não é adequada a determinação de uma ordem jurídica como justa ou injusta, pois não somos capazes de alcançar tal ideal. De acordo com a nossa capacidade cognitiva limitada o que avistamos são apenas interesses e, desse modo, interesses conflitantes. A solução possível diante desse conflito seria encontrar uma ordem que defina um interesse em detrimento do outro ou que vise conciliar interesses opostos. (KELSEN, 1998B).

Ao que cabe ao conhecimento científico do direito, Kelsen (1998B, p. 19) apregoa o seguinte:

Tal cognição pode entender apenas uma ordem positiva evidenciada por atos determináveis objetivamente. Essa é a ordem do direito positivo. Somente isso pode ser objeto da ciência; somente isso é objeto de uma teoria pura do Direito, o qual é uma ciência, não uma metafísica do Direito. Ela apresenta o Direito tal como ele é, sem defendê-lo chamando-o de justo.

Todavia, assevera Kelsen (1998B) que, com base na experiência, pode atestar que uma determinada ordem jurídica que seja capaz de conciliar interesses, permitindo um compromisso entre opostos, diferentemente de uma ordem que opta por um interesse em detrimento de outro, pode ser uma ordem que perdure por longos anos, pois é capaz de assegurar a paz.

Apesar de Kelsen (2009), em busca de um elemento comum em todas as sociedades, demonstrar que o interesse pela conservação da paz é comum a todos os sistemas morais, o mesmo já traz à tona o entendimento de Heráclito que a guerra, além de ser o pai, ou seja, a origem, é também o rei, ou seja, autoridade normativa de alto nível. Recorda Jesus Cristo também, quando afirmou que veio à Terra não para trazer a paz, mas sim a discórdia.

Mas não se nega que, apesar do ideal de justiça ser diferente do ideal da paz, há uma forte tendência em identificá-los ou, pelo menos substituir a busca pela justiça pelo ideal da paz, conforme demonstrou Kelsen (1998B). Isto, pois é perceptível que o anseio pelo justo trouxe bastante atrito para as sociedades e desordem, enquanto que a busca pela paz possibilita a resolução de conflitos de modo amistoso.

Essa paz é fruto de uma sociedade que respeita aos preceitos legais, portanto, visa a obediência ao princípio da legalidade. Cabendo, aqui, a inclinação do sentido da justiça à obediência à lei. Essa proposta retiraria o problema de justiça da seara extremamente subjetiva e, desse modo, insegura, dos juízos de valor, estabelecendo-o em uma ordem jurídica determinada. Justiça seria, portanto, sinônimo de legalidade, consoante Hans Kelsen (1998B) traz na Teoria Geral do Direito e do Estado.

Com o mesmo sentimento, Losano (2014, p. 35-36) afirma o seguinte:

A justiça absoluta é transferida ao além e está nas mãos de Deus, razão pela qual pressupõe a fé (e não a razão). Sobre a terra, ao contrário, deve-se contentar com a justiça relativa garantida pelo ordenamento jurídico positivo, ou seja, com a situação “de paz e segurança que qualquer deles garante em maior ou menor medida”. De fato, todo ordenamento jurídico se propõe a realizar um ideal de justiça, mas, como se disse, desse valor não depende sua validade.

Esse sentimento e também razão de que é justo obedecer às leis não é recente, na morte e julgamento de Sócrates e, principalmente, no Críton, Platão (2018), mesmo sendo adepto à justiça natural, demonstra que a justiça das leis supera até mesmo a busca pela

verdade. Pois faz parte de um acordo comum entre os cidadãos e que, portanto, precisa ser obedecido.

Kelsen (1998B) compreende que a justiça no sentido da legalidade é uma qualidade que se relaciona à aplicação da norma e não ao seu conteúdo, como ocorre com a justiça em seu sentido tradicional. Assim, essa justiça seria necessária em todas as formas de ordens jurídicas, seja democrática ou autocrática, capitalista ou comunista, representando a conservação do direito posto através da sua aplicação definitiva e constante. Nesse mesmo sentido, Kelsen (1998B) preconiza que:

A afirmação de que o comportamento de um indivíduo é “justo” ou “injusto”, no sentido de “legal” ou “ilegal”, significa que sua conduta corresponde ou não a uma ordem jurídica, pressuposta como sendo válida pelo sujeito que julga por pertencer essa norma a uma ordem jurídica positiva. Tal afirmação tem, logicamente, o mesmo caráter de uma afirmação pela qual subordinamos um fenômeno concreto a um abstrato.

Assim, apenas significando legalidade, justiça poderá ser parte integrante do direito. De maneira que a observância de que determinada conduta corresponde à ordem jurídica, representaria um juízo de valor objetivo, pois, como aborda Kelsen (1998B), diferentemente do julgamento de valor subjetivo que atua com base nos sentimentos e na vontade de que o realizou, esse estaria apenas preocupado com a obediência à lei.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importa aqui trazer à baila que este trabalho objetivou clarificar o entendimento sobre a distinção entre Direito e Moral, pois, justamente a partir dessa relação, ou melhor, da confusão entre ambos, que a ciência jurídica custou um longo período para consagrar-se e conquistar sua autonomia. Afinal, para que a realização dessa independência fosse possível, fez-se necessário desvencilhar as lógicas de outras ciências - como a sociologia e psicologia, além da filosofia e da ética.

Não restam dúvidas que o meio pelo qual se efetivou uma jurisprudência livre dos conceitos dessas outras áreas do conhecimento foi através de uma metodologia pautada na investigação do direito como um objeto alheio a qualquer modo de sincretismo metodológico, no qual o seu estudo parte de seu próprio objeto e método, sendo essa uma influência Neokantiana.

Esse método que permitiu a construção da Teoria Pura do Direito partiu de uma dura, porém necessária distinção entre o direito e a justiça, de modo que não cabe à ciência jurídica julgar uma norma como justa ou injusta, pois esses julgamentos pertencem ao campo da ética ou da filosofia moral e perturbam o campo científico em sua neutralidade, como pudemos analisar diante da dicotomia entre o ser e o dever-ser.

Cabe aqui justificar novamente que a visão crítica de Kelsen sobre a impossibilidade de avaliar o direito sob o espectro das ciências que estão ocupadas com o estudo do ser, não representa uma afronta à moral, nem muito menos um ateísmo, conforme o autor manifestou na Introdução à Teoria Pura do Direito, mas, sim, a comprovação da sua fidelidade a seu postulado metodológico.

Destarte, compreende-se que a Pureza Metodológica do Mestre de Viena para a elaboração de uma Teoria Pura do Direito positivo originou-se da sua percepção de não-ideia de justiça para o direito, assim, partindo da teoria do ordenamento kelseniana, foi possível a análise acerca da teoria da justiça. Para isso a pesquisa, empenhou-se, por fim, na observação de algumas das principais normas de justiça constituídas ao longo da história, todavia, sem identificar-se com alguma delas. Abordando-as, destarte, de modo devidamente científico.

Essa não identificação surgiu a partir da observação de que nenhuma dessas noções apresentavam um conteúdo, todas elas possuíam apenas forma e necessitavam de um conhecimento moral ou do direito positivo vigente na época em que foram formuladas. Desse modo, mesmo diante de fórmulas amplamente difundidas na sociedade, como a *suum cuique*, ficou notável que para definir o conceito dos elementos da fórmula, necessitava-se de outros

entendimentos já concebidos, sendo estes sempre relativos a depender do contexto em que estão inseridos.

Assim, Kelsen reconhece no relativismo das normas de justiça analisadas que o direito apenas poderia pautar-se em uma justiça absoluta, a qual não pertence ao campo de estudo da ciência jurídica. Ademais, reitera-se o entendimento da impossibilidade de que essa justiça possa ser alcançada pela razão humana, pertencendo, por fim, ao âmbito da fé. Assim, não entra nos domínios da lógica.

Dada sua incapacidade reconhecida de expressar racionalmente o que seria a justiça e colocando-se, por essa razão, ao lado de grandes filósofos, como os que mencionamos na análise acerca das normas de justiça, a exemplo de Platão e Aristóteles, Hans Kelsen contenta-se com a proximidade a esse ideal de justiça que possui a democracia, a paz, a liberdade, a tolerância e, sobretudo, a legalidade, conforme comprovada a experiência.

Portanto, o trabalho de modo algum prestou-se ao objetivo de investigar o sentido da justiça, pois assim não seria possível chegar a uma conclusão tão breve, todavia, alcançou seu escopo em analisar o problema da justiça para o direito, sob a perspectiva da Teoria Pura do Direito. Obviamente, não coube aqui esmiuçar todos os pontos do juspositivismo kelseniano, mas apenas aqueles que mantêm uma estreita relação com a sua não-ideia de justiça.

Destarte, os resultados alcançados permitiram confirmar a hipótese apresentada no início do estudo, qual seja: a ciência jurídica apenas pode garantir sua autonomia com base em uma doutrina avaliativa do direito. De modo que qualquer inserção de juízos de valor extrapolariam os limites do direito e, portanto, não restam dúvidas acerca da necessidade em distinguir o sentido da justiça do direito, enquanto pertencentes a campos distintos como o ser e dever-ser.

Hodiernamente, frente à inflamação do discurso dos direitos humanos e da positivação de direitos tidos como universais, cada vez mais, está havendo confusão entre os âmbitos políticos e jurídicos. Percebe-se que os próprios teóricos do direito, bem como os magistrados estão tendo uma atuação cada vez mais parcial e não correspondente aos preceitos da ciência.

É preciso analisar que isso é resultante de uma globalização e de avanços sociais constantes, todavia, é preciso se atentar para que a ciência não retroceda perante os avanços da política e, em prol do que seria uma sociedade mais “justa” não trilhemos o caminho da ignorância. Assim, alguns limites precisam ser traçados, dentre eles um que aqui foi exposto: o que habita entre o justo e a lei.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.
- BITTAR, E. C. B. (2001). **A Justiça Kelseniana.** Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 96, 541-563. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67517>
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** Trad. Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural.** 2ª Ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça.** 1ª Ed. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 2000...
- KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** 3ª Ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (A).
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (B).
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8ª Ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LOSANO, Mario G. **O VALOR DA JUSTIÇA NA OBRA DE KELSEN.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 59, n. 2, p. 31-45, ago. 2014. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/37561>>. Acesso em: 21 fev. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v59i2.37561>.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A ciência do direito como ciência humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo.** Porto Alegre - RS: Ed. Fi, 2016.
- PLATÃO. **A República.** 4ª Ed. Trad. Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.
- PLATÃO. **O julgamento e a morte de Sócrates e o banquete.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018. Tradução Bruno Gripp. [et al.].
- PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico.** 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo.

SILVA, Leandro Novais e. **A não-ideia de Justiça em Hans Kelsen**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 837, 18 out. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7438>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **MAX WEBER E HANS KELSEN: A sociologia e a dogmática jurídicas**. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 27, p. 171-179, nov. 2006.