

## O PROBLEMA DA JUSTIÇA NA OBRA DE HANS KELSEN

André Scarduelli Salvatore Tebet (IC) e Silvio Luiz de Almeida (Orientador)

**Apoio: PIVIC Mackenzie**

### RESUMO

Questionar é uma atitude que move, fomenta e desenvolve qualquer tipo de intelecto. Este tema foi extremamente questionado e fomentou o intelecto de alguns dos maiores pensadores já conhecidos. Por sua vez, Kelsen abordou o tema da justiça e constatou a problemática que este tema traz consigo e é exatamente sobre esta que se tratará. Alguns aspectos desta reflexão que serão abordados são: juízos de valor sob o referencial da justiça; a religiosidade na seara da justiça; a justiça do direito natural; um pouco do que grandes pensadores além de Kelsen pensavam sobre a justiça, como Platão, Aristóteles e Kant. A justiça é um tema que pode parecer simples, mas quando observada sob a perspectiva da ciência, muitos são os complicadores. A finalidade do presente é explorar o tema da justiça e investigar a problemática encontrada por Kelsen. A análise se deu por meio das principais obras do autor sobre a justiça: “O que é justiça” e “O problema da justiça”. Ao longo do trabalho foi possível perceber a importância que este tema teve no pensamento kelseniano e na formação de sua Teoria Pura do Direito. Mas afinal, o que significa uma ordem ser justa? Qual é a natureza da justiça? A resposta não está nos livros de Kelsen, e muito menos estará aqui.

**Palavras-chave:** Justiça. Kelsen. Direito.

### ABSTRACT

Questioning is an attitude that moves, promotes, and develops any kind of intellect. This subject was extremely questioned and improved the intellect of the greatest thinkers ever known. In turn, Kelsen approached the theme of justice and verified the problem that this theme brings with it and it is precisely on this that we will deal. Some aspects of this reflection that will be addressed are: value judgments under the benchmark of justice; religiosity in the field of justice; the justice of natural law; a sample of great thinkers besides Kelsen, like, Plato, Aristotle and Kant whom thought about justice. Justice is a theme that may seem simple, but when viewed from the perspective of science, there are many complicating factors. The purpose of this article is to explore the theme of justice and investigate the problem encountered by Kelsen. The analysis was based on the author's main books on justice: "What is Justice" and "The Problem of Justice". Throughout the work it was possible to perceive the importance that this theme had in the Kelsenian thought and in the formation of its Pure Theory of Right. But after all, what does a fair order mean? What is the nature of justice? The answer is not in Kelsen's books, let alone here.

**Keywords:** Justice. Kelsen. Law.

## 1. INTRODUÇÃO

Acreditar na atual organização social. Acreditar em Deus. Ser a favor da legalização das drogas ou da eutanásia. Uma pessoa poderia escolher o momento em que ela mesma deseja não mais continuar viva? Ou a vida seria um bem indisponível, que nem mesmo a própria pessoa pode escolher? O que seria mais importante: a vida ou a liberdade? E o aborto? Muitos casais divorciam-se, quem deve deter a guarda do filho? Seria correto adotar a guarda compartilhada? E se os pais residirem em lugares distantes? O que seria melhor para a criança? O que é o bem? E o mal? Certo e errado? O que é justiça?

Trazendo a perspectiva kantiana, que se utiliza do pensamento aristotélico para questionar se a verdadeira finalidade humana fosse a conservação, o bem-estar, em última instância a felicidade, por que é que seriam estes seres dotados de razão para atingi-la? O instinto com muito mais eficiência cumpriria esta função. (KANT, 2004)

Neste sentido, a razão promove os questionamentos acima, que não parecem colaborar com a busca pela felicidade, pois provocam e perturbam os pensamentos. Nas próximas linhas, o enfoque será especificamente sobre a justiça, que está ligada de alguma maneira com as provocações expostas, e a outra linha que formará o ponto de intersecção do presente texto é o pensamento de um jurista chamado Hans Kelsen.

Mas o que significa uma ordem ser justa? Significa esta ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontra-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social [...] (KELSEN, 2001, p. 2)

O homem na sua complexidade de pensamentos e emoções projeta na sociedade ideais e aspirações de como gostaria que as coisas fossem, fato é que não é possível agradar a todos. Isto não é uma premissa, uma hipótese, é uma verificação que pode ser facilmente efetivada na medida em que cada intelecto é singular e que as opiniões podem e vão divergir na medida em que esta particularidade de cada um é confrontada com a particularidade de outros. Dito isto e sabendo que se vive em sociedade, parece claro o que vai acontecer, algumas pessoas sentir-se-ão agradas enquanto que muitas outras não.

Existem duas importantes perguntas que poderiam ser feitas aqui: a quem agradar? E quem estaria certo? A primeira teria cunho político e econômico intimamente envolvido. E por meio da história, pode-se constatar que muitas decisões políticas, leis e lobbys foram criadas para agradar aqueles que detinham o poder econômico, ou influência política. No entanto, por mais interessante que seja o tema, a pergunta mais importante no contexto da presente pesquisa é a segunda, de cunho filosófico.

Só existe a necessidade de justiça, pois há um contínuo conflito de interesses. (Kelsen, 2001) As pessoas pensam diferente umas das outras e vivem em sociedade, logo, sempre existirá o conflito de interesses. Esta é a “conditio sine qua non” para a existência deste mistério que é a justiça. E este conflito se concretiza em última instância quando se busca consciente ou inconscientemente o melhor caminho, a melhor escolha, a melhor religião, a melhor ideologia. Este adjetivo: melhor, resulta fundamentalmente da questão do que é o bem e o que é o mal, o que é certo e errado. E o melhor será a maior medida do bem. O problema deste encadeamento de ideias encontra-se uma vez que não há uma regra, não há uma verdade absoluta sobre o que é bom e o que é ruim. Esta é uma questão extremamente subjetiva. E cada intelecto terá uma concepção do bem, influenciado por diversos fatores, como os costumes, as crenças, a história, o meio, as emoções, etc. (KELSEN, 2001).

A seguir poder-se-á verificar de maneira mais profunda quais aspectos eram essencialmente problemáticos a respeito da justiça do ponto de vista de Hans Kelsen.

## **2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO**

### **SOBRE A TEORIA DA JUSTIÇA DE KELSEN**

O valor da vida supostamente seria o valor primeiro em grau de importância. Colocando então o valor da vida em evidência: um sujeito de 20 anos sofre um acidente e fica tetraplégico (o que não seria incomum, uma vez que é público e notório que acidentes de trânsito estão entre as principais causas de morte no Brasil, sem falar na estatística de ferimentos graves), de modo que as sequelas lhe rendem dores incessantes. Após certo período de tempo, os familiares descobrem que ele não quer mais viver desta maneira. O que seria justo nesta situação? Manter o valor da vida como valor indisponível ou ponderar a liberdade de escolha de uma pessoa em uma situação de extremo sofrimento como esta?! Será que a vida deveria ser um bem indisponível mesmo? Será que o valor à vida estaria acima da liberdade também neste caso?

Em se tratando de hierarquia de valores Kelsen assevera:

O problema dos valores é antes de tudo o problema do conflito de valores. E esse problema não poderá ser solucionado com os meios do conhecimento racional. A resposta às questões que aqui se apresentam é sempre um juízo, o qual, em última instância, é determinado por fatores emocionais e possui, portanto, um caráter subjetivo. (KELSEN, 2001, p. 4-5)

A vida, na maioria das comparações entre valores, será o principal, afinal ela é o pressuposto para que os outros valores existam. Ao se colocar algum outro valor acima da

vida, ela se esvai, por não existir meio termo, entre a vida e a morte. E a morte é o fator que encerra a possibilidade de existência de outros valores.

Poderia alguém que estivesse passando por momentos de crises psicológicas, sentir vontade de tirar a própria vida, cometer suicídio, no entanto, após sentir-se desta maneira e não tirando sua própria vida de fato, posteriormente, viveria momentos felizes, de tal sorte que, optando pelo valor da liberdade ao invés do valor da vida, nesta situação seria a escolha errada, uma vez que os momentos bons vividos depois seriam a prova disso.

Outro exemplo, que torna óbvio a problemática de determinar uma hierarquia de valores é a pena de morte. Dependendo do local em que se estiver, a vida é um bem indisponível sim, de modo que nem mesmo àquele indivíduo que desconsiderou esta premissa, tirando a vida de outra pessoa, ou de várias pessoas, nem mesmo para este indivíduo a pena correspondente será a morte. No entanto, se estiver em países como a China, a pena de morte é uma opção de pena para uma série de crimes. De acordo com o site do Itamaraty, no Código Penal chinês, em seu artigo 5º, tem-se: "a severidade das punições deve ser proporcional ao crime cometido e à responsabilidade criminal que detém." No artigo 48, tem-se: "a pena de morte deve ser aplicada apenas aos elementos criminosos que cometam os crimes mais odiosos", sem ao menos especificar os crimes ou o conceito do que seria "odioso". (ITAMARATY, 2017)

Dito isto, percebe-se o quanto a legislação chinesa é abrangente e como isto pode ser prejudicial para a população, pois na ausência de um rol discriminatório dos crimes que seriam passíveis de pena de morte, e pela falta da definição da palavra: odioso, o juiz possui um esparso campo para concretizar a pena de morte de um indivíduo em diversos crimes. Por meio deste exemplo citado, fica explícito como o subjetivismo e a classificação de valores são um obstáculo para o direito.

Kelsen desconstrói esta certeza que muitos podem ter de que existe uma classificação fixa de valores baseada na razão. Para ele o problema dos valores estava na medida em que haveria o momento em que estes valores teriam que ser confrontados e para decidir aquilo que seria mais importante ou justificar qualquer escolha, seria sempre um juízo, que é determinado por fatores emocionais. (KELSEN, 2001)

Qualquer cidadão chinês está à mercê das emoções do juiz que julgara qualquer crime supostamente cometido. Qual a segurança jurídica que este tipo de sistema provê? Isto é justo?

Adentrando na seara do divino para tentar explicar o mistério da justiça:

O homem deve acreditar na existência de Deus, na existência de uma justiça absoluta, mas é incapaz de compreendê-la, quer dizer de defini-la abstratamente. Aqueles que não conseguem aceitar uma tal solução metafísica para o problema da justiça, porém, sustentam a ideia de valores absolutos, na esperança de poder determiná-los de modo racional-científico, iludindo-se com a quimera de ser possível encontrar na razão humana princípios básicos que constituam aqueles valores absolutos – os quais são na realidade constituídos por elementos emocionais. (KELSEN, 2001 p. 11)

Kelsen (2001) insiste na afirmação de que as tentativas de determinar valores absolutos e definições de justiça revelam-se fórmulas totalmente vazias e reduzem-se a métodos metafísico-religiosos e pseudo-racionalistas.

Kelsen (2001) apresenta uma série de argumentos que desconstruem a ideia que se tem da justiça sob a ótica da religião, em diferentes aspectos. É nesse sentido que Kelsen destaca em sua crítica o que entende ser uma contradição acerca da questão principiológica fundamental dos dois textos bíblicos sobre a ideia de justiça. No Antigo Testamento tem-se, segundo Kelsen (2001), a ideia de que o mal deveria ser respondido com o mal. Enquanto no Novo Testamento, em sentido diametralmente oposto, afirma-se que o mesmo mal deve ser respondido com o bem. Ou seja, enquanto naquele o que se tem é a pura retribuição, neste o amor deve ser colocado acima de qualquer mal que venha a ser enfrentado.

A exemplo do citado sobre as diferenças do antigo e do novo testamento há um trecho de cada um deles em que fica expressa toda esta diferença: Caim é amaldiçoado por ter matado seu irmão (Genesis 4,9 ss), Sodoma e Gomorra tem de perecer em uma chuva de enxofre e fogo por causa dos pecados de seus habitantes (Genesis 19,23 ss)” (BÍBLIA apud KELSEN) enquanto que no novo testamento: ”Mas eu digo: Amem os seus inimigos e orem por aqueles que os perseguem,” (BÍBLIA, Provérbios, Mateus 5:44)

Sobre o amor de cristo, em que o inimigo deveria ser amado, Kelsen (2001) afirmava estar além da natureza humana, e que o amor de Deus é uma justiça transcendental, muito acima de qualquer ideia racional. Do ponto de vista da razão, esta doutrina de Jesus não é a solução do problema da justiça na condição de problema de uma técnica social para a regulamentação das relações humanas, é antes disso a dissolução do problema.

Kelsen critica o pensamento de uma das principais personalidades da religião cristã, que foi Paulo de Tarso, cujo pensamento é a base da justiça dos cristãos. O autor afirma que muito embora Paulo houvesse sido preso e ameaçado pelo governo de sua época, ele modificou a crença do reino de Deus concreto para o reino de Deus transcendente para legitimar o discurso que era contraditório, a retribuição e o princípio do amor. (KELSEN, 2001)

Paulo sabia que não seria possível existir um reino de Deus concreto, no qual os que sofriam não iriam ter suas vidas melhores como afirmava a pregação, bem como o princípio do amor não iria prevalecer na promessa falsa deste reino na Terra. No entanto, afirma Kelsen que mesmo esta saída que Paulo encontrou de desmentir a concretização do reino de Deus é falha, pois: “Qualquer tentativa de interpretar o Reino de Deus no ensinamento de Jesus como um domínio meramente espiritual é incompatível com o fato de que um elemento essencial desse ensinamento era a crença na ressurreição.” (KELSEN, 2001, p. 68)

Ainda que os cristãos fossem alvo de sua crítica, por conta da tentativa destes de universalizar a justiça, sua crítica não se restringia somente a eles. O que era de extrema incongruência lógica para Kelsen era o descabimento encontrado entre duas das principais características de Deus, a justiça e a onisciência. Uma vez que é óbvia a existência da injustiça, como pode se falar em onisciência? Admitindo-se a coexistência das duas tem-se que Deus é conivente com a injustiça, dado o significado da palavra onisciente, que tem origem no latim, sendo a junção de duas palavras: oni, que significa todo e ciente, aquele que tem ciência. (KELSEN, 2001)

O ser humano parece querer dispor de certezas, para amenizar a sua agonia. Uma crença, como a existência de Deus, criada por um indivíduo passa a ser incorporada por vários outros e passam-se os anos, e gerações seguidas de gerações, e a crença daquele indivíduo continua a nortear a vida de milhares de outros. São como crianças ingênuas que aceitam, concordam, submetem-se as certezas de outros, sem procurar a sua maneira de ver as coisas. Com a justiça acontece o mesmo, há também um grande número de indivíduos que são conduzidos, manipulados por certeza alheias. Tão logo, fique claro que na presente pesquisa estes não nortearão a problemática da justiça. Partindo sempre do pressuposto que não existe justiça divina e que tudo isso não passa de um remédio para as almas frágeis de boa parte dos homens. (NIETZSCHE, 2012)

A natureza é implacável, e acaba com a vida de tudo aquilo que é vivo, mas não sem antes perpetuar a vida. Estes homens frágeis que foram citados não sabem lidar com a morte, com a dor, e com a indiferença que o mundo revela perante sua existência, expondo para que ele mesmo veja, cada vez mais o tamanho da sua insignificância. Não se pode contar com justiça divina ou com qualquer outro sustentáculo metafísico. (NIETZSCHE, 2012)

Kelsen articula:

Como Deus existe, a justiça absoluta existe, e, assim como deve acreditar na existência de Deus, embora não seja capaz de compreender sua natureza, o homem deve acreditar na existência da justiça absoluta, embora não possa saber o que ela realmente significa. A justiça é um mistério – um dos muitos mistérios da fé. (KELSEN, 2001, p. 28)

A justiça não pode ser absoluta, como inocentemente pretendem as mentes idealizadoras. Em primeiro grau, pois para que isso fosse possível, seria necessário que todas as pessoas fossem condizentes com o mesmo conceito daquilo que é bom e ruim, o que de fato não acontece e nunca irá acontecer, uma vez que as pessoas são diferentes, criadas de maneiras singulares, com costumes próprios, ideologias diversas, e emoções únicas.

Antes de a fé ocupar o centro da discussão, pôr-se-á o foco em um valor extremamente interessante e sem o qual a humanidade não teria evoluído, a confiança. A confiança é primeiramente um atributo essencial para a vida em sociedade, a partir do momento em que se aceita a forma de organização do Estado, parte da liberdade, da livre expressão de vontade é cedida ao Estado, em troca das benesses que ele pode trazer.

Outro elemento que está regado de confiança é o dinheiro. O dinheiro é confiado aos bancos quando se depositam as economias em uma conta bancária, de forma que este dinheiro serve para o banco emprestá-lo a outras pessoas. Da mesma forma acontece com o cartão de crédito, não se tem o dinheiro no momento em que se efetua a compra, é o credo que sustenta a relação econômica, a confiança de que se pagará.

Chegando ao ponto da confiança em Deus, também chamada de fé. E o ponto sensível que vale ser enfatizado é a diferença fundamental entre os tipos de confiança citados acima e a confiança em Deus. A confiança no Estado, no dinheiro e até mesmo nas pessoas é razoável, ou seja, existe uma porção de razão, enquanto que segundo Kelsen a justiça de Deus é um mistério, o qual só a fé permite perceber. Então, a fé nada mais é do que a confiança em algo que não há razão.

A confiança nas pessoas, por exemplo: não é em qualquer pessoa que se confia, na verdade contam-se nos dedos de uma mão as pessoas em quem se pode confiar, se você for uma pessoa de sorte. E por que se confia nesse grupo tão seleto de pessoas? Pois elas provaram seu valor, atitudes, repetidas diversas vezes no tempo, fizeram crer que se precisasse daquela pessoa, ela estaria presente.

Para Kelsen, a verdadeira ciência recusa-se a ser um substituto da religião e não pode senão eliminar a ilusão de que juízos de valor podem ser derivados da realidade, de que os valores são imanentes a realidade. Pois este nada mais é que um traço característico de uma interpretação metafísico-religiosa (ou seja, não científica) da natureza e da sociedade. (KELSEN, 2001)

Ainda no campo da metafísica, outra vertente que vêm à tona é a do direito natural, na qual a natureza nortearia o direito, por meio dela seriam encontradas as respostas de como agir. Kelsen dirá que a natureza para esta corrente é concebida como supremo legislador. De forma que os fenômenos naturais são dirigidos para um fim ou criados por um propósito.

Sendo o mesmo que dizer que a natureza é provida de vontade e de inteligência. (KELSEN, 2001)

A natureza é implacável, não há o que resista a ela, ou algo a que seus acontecimentos sejam destinados, tudo o que há ela transforma conforme afirmava Lavoisier, sem motivos divinos, ou causas supremas.

No mesmo sentido:

[...] Pufendorf declara que, se os ditames da razão – isto é, os princípios do direito natural – devem ter a força de direito, deve-se, sob todas as circunstâncias, sustentar que a obrigação do direito natural provém de Deus. De forma que a função do direito não é criar e sim proteger o que Deus criou. (KELSEN, 2001, p.138)

Esta parece uma maneira muito simples de conduzir e manipular o direito, atrelar uma criação puramente humana a um condutor maior, que supostamente só deseja o bem de todos e é o bem em si. Torna-se praticamente impossível pensar que o direito possa ser melhorado, ou até mesmo alterado conforme o tempo.

O valor não é imanente à realidade natural. Logo não pode ser deduzido dela. O fato de, na realidade, peixes grandes comerem peixes pequenos não implica que a conduta do peixe seja boa, tampouco má. Não existe uma relação lógica do “é” para o “dever ser”, da realidade natural para o valor moral ou jurídico. (KELSEN, 2001)

Segundo Kelsen (2001), Hobbes não tem ilusões quanto ao caráter subjetivo daquilo que se julga ser o bem e o mal. Ele diz:

Bem e mal são nomes que significam os nossos apetites e aversões, que, em variados temperamentos, costumes e doutrinas dos homens, são diferentes, e homens diversos diferem não apenas nos seus julgamentos pelos sentidos, quanto que é agradável ou desagradável ao seu paladar, ao olfato, à audição, ao tato e à visão, mas também quanto ao que se conforma a razão nas ações da vida comum. Ou melhor, o isto é, denomina bem o que em outra ocasião desaprecia e denomina mal. Daí surge às disputas, controvérsias e por fim a guerra. (HOBBS apud KELSEN, 2001, p.146)

Não existe o bem e o mal absolutos, definidos, concretos. O que existe é um juízo de valor do que é bom e ruim para determinada sociedade em determinado corte temporal da história. E mesmo assim, não será algo definido e claro, não será preciso. Sim, ter-se-á um conjunto de atitudes, crenças, pensamentos, considerados bons e outros considerados ruins por parte da sociedade. E o mais interessante nesta observação, é que não há quem esteja certo ou errado de fato, o certo e errado não existem verdadeiramente. É simplesmente um referencial, em um determinado momento, para um conjunto de indivíduos.



Desconsiderando o que foi dito até aqui, mesmo que se aceite que as normas que regulamentam a conduta humana podem ser deduzidas da natureza, surge ainda a questão: porque os homens devem obedecê-las? (KELSEN, 2001)

Partindo então, para o que Kelsen pensava a respeito da ideia de justiça de alguns dos grandes pensadores, como Platão, Aristóteles e Kant. Descobrir-se-á também um pouco do que estes pensavam a respeito da justiça, e quais problemas Kelsen enxergava em suas teorias.

Kelsen foi um grande admirador de Platão e estudou a fundo sua filosofia. Esta que se baseava no mundo das ideias, para ele o que havia de mais perfeito no mundo era encontrado na razão do homem, sendo aí estabelecido o que era o bem para ele. Enquanto que o mal era o mundo sensível, dos sentidos. (KELSEN, 2001)

Kelsen (2001) assevera sobre Platão que em um contexto mais amplo e coletivo a justiça seria atingida quando os filósofos governassem, defendidos pelos guerreiros e sustentados pela classe trabalhadora. E no âmbito individual seria quando através da razão o homem conseguisse chegar ao domínio das paixões e apetites.

A respeito da justiça (PLATÃO apud KELSEN, 2001, p. 104) afirma: “Como resultado da aplicação contínua ao tema em si e à comunhão com ele, ela nasce repentinamente, como a luz acesa por uma fagulha que salta, e que, daí em diante, se nutre sozinha” Sobre esta afirmação, Kelsen (2001) conclui que não há como se chegar até ela por meio de especulações racionais e que é unicamente uma experiência religiosa interna, uma vez que nem todos são capazes de alcançá-la, como são capazes de especular racionalmente.

Segundo Kelsen (2001), Platão busca a união do ego com Deus, e não o meio para transformar a realidade social. É como se uma pessoa fosse a escolhida e abençoada com a experiência de conhecer o bem, e restava às outras pessoas submeter-se àquela que por conhecer o bem, iria querer o mesmo acima de tudo. E ainda afirma: “O misticismo platônico, a mais completa expressão do irracional, é a justificação da sua doutrina política antidemocrática; é a ideologia de todas as autocracias”. (KELSEN, 2001, p. 107)

Em outro trecho Kelsen expõe um diálogo que Platão escreveu, no qual Sócrates dá uma justificativa para a falta de posicionamento quanto à justiça:

Ora, como, meu caro amigo, poderia alguém responder, se, em primeiro lugar, ele não sabia e nem ao menos professava saber, e, em segundo lugar, mesmo que soubesse algo sobre a questão, um homem de peso lhe havia dito que não devia oferecer nenhuma de suas suposições como resposta? (PLATÃO apud KELSEN, 2001, p.102)

Acreditava o autor que esta obrigação de Platão ao silêncio é dada uma vez que não poderia ele dizer a verdade definitiva, de modo que sua exposição não penetraria a realidade. (KELSEN, 2001)

Quanto a Aristóteles, este se utilizava da metafísica para lidar com as causas primeiras e com os princípios. O conceito de Deus é a causa primeira e o fim último para ele. Este, já não considerava o mundo das ideias assim tão importante como Platão, acreditava que o bem era algo “pelo qual tudo o mais é feito”, sendo um estado inalcançável de satisfação. Enxergava a justiça através de sua famosa Doutrina do Meio (mesótes). Em que afirmava existir o centro entre dois extremos, o do excesso e da deficiência. (KELSEN, 2001)

Aristóteles escolhe esse lugar-comum como ponto de partida da sua investigação porque nele a qualidade do valor é apresentada como quantidade; e a aplicação de um método matemático-geométrico na ética é possível apenas se o valor moral, de qualidade, for transformado em quantidade. (KELSEN, 2001, p.116)

Aqui Aristóteles já encontra o mesmo problema com o qual Kelsen se depararia mais tarde, que é a dificuldade em lidar com juízos de valores. E ao invés de encará-los ele buscou outra maneira de lidar com o problema, na verdade ele simplesmente não o encarou. (KELSEN, 2001)

Já Kant, criou o imperativo categórico, um princípio geral que conteria em si a justiça: “Age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal.” (KANT apud KELSEN, 2011, p. 21) Ele só não revelou qual máxima se deve querer, que seria o mais importante a ser explicado. (KELSEN, 2001)

Quanto a Tomás de Aquino: “faz o bem e evita o mal” (...) “os homens devem ser bem tratados, e não maltratados.” (TOMÁS DE AQUINO apud KELSEN, 2011, p. 28). Ou seja, não diz essencialmente nada, o que é o bem e o mal, como seria ser bem tratado e maltratado?

Da mesma forma tem-se a regra de ouro: “Não faças aos outros o que não queres que te afaçam a ti” (TOMÁS DE AQUINO apud KELSEN, 2011, p. 19). Se se fizesse ao outro somente aquilo que se quisesse fosse feita a si mesmo, muitos problemas seriam evitados e a convivência seria extremamente melhor.

O grande problema da regra de ouro está na medida em que mesmo fazendo aos outros aquilo que se gostaria que lhe fizessem, ou seja, o que achar-se-ia o certo, para o outro, não necessariamente será certo. Por exemplo, alguém pode preferir a verdade, por mais dolorosa que seja, do que uma mentira qualquer, mais sutil e agradável. Mas como se pensa diferente de indivíduo para indivíduo, sendo o conceito de certo e errado absolutamente subjetivo não há como se aceitar a simplificação grosseira da regra de ouro.

“A formula suum cuique que diz que a cada um se deve dar o que é seu, isto é, o que lhe é devido, aquilo a que ele tem uma pretensão (título) ou um direito.” (KELSEN, 2011, p.18) Pode parecer sábia, a vista de um olhar desatento, mas na realidade não diz muito, afinal, como se saberá o que é devido a cada um?

Tudo o que foi apresentado até este ponto, toda a problemática que está arraigada à justiça, tem ampla influência na maneira como Kelsen via o direito. Para ele:

O jurista expressa o fato de que uma norma existe dizendo que ela é válida. A existência de uma norma é sua validade. É a essa validade que se refere o conceito de dever ser. Que uma norma possui validade significa dizer que o indivíduo deve conduzir-se como estipula a norma. Não se pode dizer que um ato criador de norma, que é um ato da vontade, é válido. Ele está presente ou não, sua existência é o seu ser. (KELSEN, 2001, p. 208)

A partir desta validade que nasce o dever ser e o fato de que os indivíduos devam conduzir-se de determinada maneira, é essencialmente a positividade do direito. (KELSEN, 2011)

De acordo com Kelsen, o direito teve que fazer uma distinção fundamental para poder se efetivar, abstraindo da validade de toda e qualquer norma de justiça, até mesmo daquelas que estivessem em harmonia com uma norma jurídica positiva, ou seja, uma norma positiva do direito positivo independe da validade de uma norma de justiça – Não sendo consideradas como simultaneamente válidas – é justamente o princípio do positivismo jurídico. (KELSEN, 2011)

Disto, decorre que na Teoria Pura do Direito, para fundamentar este positivismo, haverá em última análise uma norma que não será posta pela vontade de atos humanos e sim pressuposta pelo pensamento jurídico, que é a norma fundamental. Não obstante afirma Kelsen (2001, p. 215): “É uma pressuposição feita no pensamento jurídico, mas de forma alguma arbitrária”.

Segundo Cohen (EDEL apud COSTA MATOS, 2011), a filosofia é resumida na epistemologia, uma vez que o que importa não é o mundo material e sim a cognição dele. E foi com base neste pensamento que Kelsen (KELSEN apud COSTA MATOS, 2011) afirmou ter aprendido o que usaria para justificar a norma fundamental por meio da orientação epistemológica, pois esta cria seu próprio objeto.

Este pequeno, porém, seletivo agregado de informações a respeito da Teoria Pura do Direito, foram cuidadosamente selecionados para que ficasse clara a diferença sutil, mas enormemente significativa, a respeito da explicação da norma fundamental. Que esta, como uma hipótese lógico-transcendental, diferencia-se das teorias que envolvem a metafísica, uma vez que baseada em preceitos de Cohen (EDEL apud COSTA MATOS, 2011), não se trata

de pressuposto incondicional, e sim de um produto do pensamento cuja função é imprescindível para a cognição científica.

Neste mesmo sentido, Kant, para fundamentar sua filosofia transcendental adota que:

No tocante as fontes do conhecimento metafísico, elas não podem, já segundo o seu conceito, ser empíricas. Os seus princípios (a que pertencem não só os seus axiomas, mas também os seus conceitos fundamentais) nunca devem, pois, ser tirados da experiência: ele deve ser um conhecimento, não físico, mas metafísico, isto é, que vai além da experiência. Portanto, não lhe serve de fundamento nem a experiência externa, que é a fonte da física propriamente dita, nem a experiência interna, que constitui o fundamento da psicologia empírica. É, por conseguinte, conhecimento a priori ou de entendimento puro e de razão pura. (KANT, 2003, p. 23)

Chegando ao fim do desenvolvimento das ideias da presente pesquisa, encarar-se-á também o argumento de que ser justo é tratar a todos da mesma forma, ou tratar os iguais de forma igual e os desiguais na medida de sua desigualdade.

Diante da afirmação de que todos os homens devem ser tratados por igual.... Deve ficar claro que esta norma em nenhum momento pressupõe que todos os homens sejam iguais; pelo contrário, ela pressupõe a sua desigualdade. Não obstante, exige que não se faça menção de desigualdade nenhuma no tratamento dos homens. Afirmar que todos os homens são iguais é contradizer de forma escrachada os fatos. Os homens não são todos iguais. Como se pode afirmar que as desigualdades de fato são irrelevantes para o tratamento dos homens? (KELSEN, 2011)

Esta forma de pensamento conduziria a consequências absurdas. Se de fato, se tratassem a todos de forma igual, prender-se-iam menores de idade nas mesmas celas que adultos, na verdade não se prenderia mais ninguém, pois delinquentes seriam tratados da mesma forma que bons cidadãos (KELSEN, 2011)

A outra possibilidade seria tratar os desiguais na medida de sua desigualdade. No entanto, não é exposto justamente quais desigualdades devem ou não ser consideradas? A esta questão decisiva, o princípio da igualdade não oferece resposta. (KELSEN, 2011)

Existe também a chamada igualdade perante a lei, que não é outra coisa senão a aplicação legal, ou seja, a aplicação correta da lei. Alguns podem confundir esta igualdade perante a lei como certo tipo de conteúdo específico, mas ocorre que o conteúdo que esta lei possa ter, pouco importa, mesmo que ela não prescreva um tratamento igualitário, a igualdade perante a lei não é, portanto, igualdade, mas conformidade com a norma. (KELSEN, 2011)

Para Kelsen (2001) a substituição do valor moral da justiça pelo valor lógico da não contradição, intrínseco à definição de justiça como igualdade perante o direito, é resultado da tentativa de racionalizar a ideia de justiça como valor objetivo.

Por último, pôr-se-á o foco sobre um aspecto curioso que Kelsen aborda no seguinte trecho:

Por que a democracia é uma boa forma de governo não é uma questão de qual fim os homens efetivamente perseguem, mas de qual fim devem perseguir, de qual é o fim correto a ser perseguido pelos homens. (KELSEN, 2001, p.353)

Esta reflexão é intrigante, pois para aqueles que discordam da maneira como a sociedade se organiza, o que muitas vezes estes não se perguntam é: o que dever-se-ia seguir se não o que se segue? Que fim deveria ser almejado? Se não a democracia, qual seria o formato político ideal a ser implementado?

Do referencial econômico, por exemplo, mais especificamente, em se tratando dos capitalistas, a pergunta que se deveria fazer é: Está correto preferir a liberdade econômica, uma vez que esta gera a miséria parte da população? Que é o que acontece pelo menos nos países subdesenvolvidos... E quando se fala em miséria entendam-se, péssimas condições de saneamento básico, falta de alimentos, fome, deficiência das necessidades básicas para a vida.

Dever-se-ia então querer abdicar da liberdade econômica em prol de estabilidade econômica? Por que até hoje quase todos os modelos socialistas acabaram? E tecnologicamente, conseguir-se-ia o mesmo desenvolvimento? Será que neste caso, só seria ameaçada a liberdade econômica, ou outras liberdades estariam ameaçadas?

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O problema da justiça na obra de Hans Kelsen é crucial para que sejam entendidas as suas propostas teóricas. Sua busca pela pureza do direito é encabeçada justamente pela falta de substrato confiável a que fosse possível aludir, uma vez que quando se analisa com criticismo, praticamente nenhuma fonte é confiável. O pensamento puro é algo a que Kelsen ansiava, visto que a desconfiança e a dúvida estão presentes em tudo, de forma assustadora.

Para ele o cientista não deveria pressupor nenhum valor, e sim restringir-se a descrição e explicação única e exclusivamente de seu objeto, sem fazer o julgamento se este é bom ou mau, ou seja, se está em conformidade com um valor pressuposto. (KELSEN, 2001)

Diante desta perspectiva crítica citada acima, Kelsen enfrentou diversos pontos de vista que são colocados por muitos como soluções para o problema da justiça, desde a justiça divina, até as tentativas de explicá-la por alguns dos maiores pensadores da história e em cada uma delas ele consegue desarmar o argumento apresentado, expondo as fraquezas e as falhas dos mesmos.

Kelsen comparou a problemática da justiça com a busca pela felicidade. Aristóteles complementou este pensamento com a ideia de que a felicidade é sempre buscada por si própria, e que as virtudes como a honra, a razão e todas as outras, são escolhidas, na verdade, também por si mesmas (pois se nada resultasse delas, ainda assim seriam escolhidas), mas também seriam escolhidas pela felicidade, julgando que por intermédio delas ser-se-ia feliz. Ou seja, a busca pela felicidade, assim como a justiça, é sempre uma força motriz e de igual dificuldade de ser encontrada. (ARISTÓTELES apud KELSEN, 2001, p.114)

Kelsen (2001) veementemente afirmava que a justiça não pertencia à razão, a despeito disso reconhecia seus efeitos imprescindíveis no que tange a vontade e comportamento humano. Sendo pra ele um tema que trazia consigo de forma intrínseca emoções e convicções que não fossem racionais. Em determinado trecho ele profere que sua Teoria Pura do Direito claramente não poderia responder questões referentes à justiça, pois elas absolutamente não podem ser respondidas cientificamente.

#### 4. REFERÊNCIAS

BÍBLIA, A. T. Provérbios. In BÍBLIA. Português. **Sagrada Bíblia Católica**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A Norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.

KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

KELSEN, Hans. **O que é justiça**: A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Disponível em: <<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/seu-destino/china#penalidadesque-destoam-das-leis-brasileiras>>. Acesso em: 28 de julho. 2017.

**Contatos:** andre\_tebet@hotmail.com e silvio.almeida@advocaciagac.com.br