

EM DEFESA DE HANS Kelsen CONTRA O ABSOLUTO: A TENSÃO ENTRE ESTADO E A DIVINDADE

Nelson Finotti Silva¹
Tiago Clemente Souza²

INTRODUÇÃO

Em tempos de Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo, Teoria dos Princípios tornou-se modismo sustentar a superação do positivismo jurídico, entendido como construção teórica ultrapassada, obsoleta, que não mais satisfaz às pretensões da humanidade, sendo tarefa árdua defender em qualquer circunstância os trabalhos desenvolvidos por Hans Kelsen.

A grande questão se revela quando após o fim da Segunda Guerra Mundial diante das atrocidades cometidas pelo eixo, estudiosos como Gustav Radbruch³ incriminaram Kelsen como teórico legitimador do Estado Nazista, conclamando a moral como grande salvadora dos futuros ordenamentos jurídicos, que deveriam sequer reconhecer a existência dos enunciados normativos extremamente injustos, retornando os estudiosos do Direito ao eterno debate jusnaturalismo versus juspositivismo.

Entretanto, a moralização do Direito, principalmente baseada numa moral religiosa, em que os dogmas lançam uma pá de cal sobre qualquer verdade que contraria

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mestre em Direito do Estado pela Universidade de Franca e graduado em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor titular concursado da cadeira de processo civil da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Catanduva do curso de Pós-Graduação "latu sensu", professor do Pós-Graduação "stricto sensu" - Mestrado - da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha (UNIVEM - Centro Universitário Eurípedes de Marília), membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP.

² Professor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - Univem, bolsista CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Especialista em Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos/IGC da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/PT, bolsista Fórmula Santander Bolsa de Mobilidade Internacional. Bacharel em Direito pelo Univem. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Constitucionalização do Direito Processual", cadastrado no diretório de grupos de pesquisa CNPQ, do UNIVEM.

³ Comparar: RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6ª ed. Coimbra, Arménio Amado. 1997.

a verdade divina revelada e, portanto, incontestável, pode gerar severas consequências para o universo do Direito e do Estado.

O presente artigo tem por objetivo realizar algumas considerações sobre juízos de valor baseados em verdades superáveis e verdades absolutas de cunho religioso no interior da ideia de Estado como Ordenamento Jurídico. Em um segundo momento apresentaremos a Ciência Jurídica de Hans Kelsen exposta na Teoria Pura do Direito, verificando que se trata de construção científica que busca extirpar qualquer construção ideológica (seja ela religiosa ou política) do campo científico, sem que, posteriormente, não reconheça a necessária e natural ingerência axiológica no preenchimento do quadro normativo pelo hermeneuta, porém no campo da política.

I. UMA RESSALVA IMPORTANTE: O ESTADO COMO ORDENAMENTO

A proposta do presente trabalho é de sairmos em defesa de Hans Kelsen cuja pretensão de sua obra foi de frear qualquer tipo de argumento de verdade ou moral absoluta, representados pela imagem da divindade, na construção do Estado Moderno.

Nesse sentido é preciso frisar que a concepção de Estado é construída pela ideia de forma de Direito, ou seja, que o Estado tal como é compreendido se apresenta como Ordenamento Jurídico no sentido de que é “[...] a forma do Direito, isto é, o método de criação jurídica no escalão mais elevado da ordem jurídica, ou seja, no domínio da Constituição. Com o conceito de forma do Estado caracteriza-se o método de produção de normas gerais regulado pela Constituição [...]” (KELSEN, 1997, p. 310).

Portanto, o Estado vislumbrado enquanto Estado de Direito será representado enquanto sistema escalonado de normas, cuja estrutura possui elos de conexão estabelecidos por relações de dedutibilidade, de tal forma que uma norma inferior decorre dedutivelmente de uma superior, até se alcançar uma norma hipotética fundamental pressuposta que determina, por exemplo, a obediência à Constituição. Toda esta estrutura jurídica é estabelecida pelo Estado e é pressuposta na própria existência do Estado.⁴

⁴ Para realizar um estudo mais detido quanto à fundamentação da norma hipotética fundamental ver capítulo V da obra Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins

Kelsen lembra que os elementos que constituem o Estado Moderno, de acordo com a teoria tradicional do Estado, são: a população, o território e o poder exercido por um governo independente.

O critério para se determinar a população do Estado não pode ser outro que aquele que determina uma relação de submissão/vinculação dos indivíduos a uma ordem jurídica coercitiva relativamente centralizada. Identidades sanguíneas, étnicas, religiosas ou de qualquer outra espécie não são suficientes para determinar a identidade da população de um Estado. Nesse sentido, retirando qualquer elemento espiritual de ligação, somente o vínculo jurídico estabelecido pelo ordenamento será suficiente para delimitar a população de um determinado Estado, portanto, independente da ideologia, religião, sexo ou cor dos indivíduos, o que coloca desde já em evidência o conteúdo jurídico do Estado (KELSEN, 1997, p. 318).

O território, embora tenha certa correspondência com o elemento natural terra, não se determina pela mera referência espacial de superfície. Nesse sentido é possível observar que embora não exista uma continuidade física do espaço territorial, é possível se falar em território nacional, como por exemplo, o reconhecimento jurídico de aeronaves e embarcações militares fora do território nacional ou as privadas à serviço do país como território nacional. Nestes casos, o reconhecimento do território decorre de uma determinação jurídica, logo nenhum “[...] conhecimento naturalístico, mas só um conhecimento jurídico, pode dar resposta à questão de saber segundo um critério se determinam os limites e fronteiras do espaço estadual, o que é que constitui a sua unidade” (KELSEN, 1997, p. 319).

O reconhecimento do poder ao Estado também não será diferente. A distinção das relações de poder estatal das demais relações de poder decorre da sua regulamentação jurídica, o que significa que “[...] os indivíduos que, como governo do Estado, exercem o poder, recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder através da criação e aplicação de normas jurídicas – que o poder do Estado tem caráter normativo [...]” (KELSEN, 1997, p. 320). Nas palavras de Kelsen:

E se devemos admitir de antemão que o Estado guarda alguma relação essencial com o direito, se não podemos aceitar seriamente que coexistem e competem enquanto duas ordens distintas – uma estatal e outra jurídica -, que ordem poderia ser o Estado, senão precisamente outro contexto – de que o Estado só pode ser, a partir de qualquer

ponto de vista, a ordem jurídica. Basta reconhecer a doutrina dominante, a teoria do Estado é preponderantemente teoria do direito estatal -, pode ser somente o direito. Com efeito, o objeto do conhecimento jurídico é apenas o direito, não é outra coisa senão o direito. Aprender juridicamente o Estado – eis o sentido da teoria do direito estatal – não pode significar algo diferente de apreender o Estado enquanto direito [...] esse Estado, cuja relação global com o direito é pressuposta em um grau tão elevado que a teoria do Estado de direito não admite frações do Estado à margem do direito, do mesmo modo que a teoria positivista do direito não reconhece qualquer direito à margem do Estado; esse Estado da teoria geral do Estado é, enquanto ordem, idêntico ao direito [...]. (KELSEN, 2012, p. 44)

Portanto, a relação entre Estado e Direito se dá de forma umbilical, de modo que o Estado pode ser reconhecido como Ordenamento Jurídico, neste sentido é possível realizarmos uma crítica ao fundamento da moral e verdade absoluta no Direito e atingir de forma reflexiva o argumento absoluto no Estado. Com isso demarcamos metodologicamente nossa pretensão de que as críticas dirigidas ao Direito devem ser analisadas *como* críticas ao Estado.

II. MORAL E VERDADE ABSOLUTA: A DIVINDADE ONIPRESENTE COMO ELEMENTO ABSOLUTO DA MORAL

Juízos de valor podem ser realizados mediante a comparação do comportamento humano real e a hipótese de incidência determinada no enunciado normativo. Quando o comportamento humano contraria a ordem emanada da norma podemos afirmar que o comportamento é mau, é incorreto ou negativo. Em contrapartida, quando o comportamento humano emparelha com a ordem prescrita no enunciado normativo o juízo de valor concluirá que o comportamento real é bom, correto ou positivo.

Kelsen alerta, entretanto, que pelo fato das normas jurídicas serem provenientes do atuar humano, como manifestação da vontade que determina um comportamento de outrem (seja permitindo, proibindo ou determinando que se faça algo), os juízos de valores que necessitam da norma como paradigma da comparação estarão sujeitos à discricionariedade humana. Neste sentido, num momento pretérito, diante do ordenamento jurídico vigente há época, realizar pesquisas com célula tronco embrionária geraria um juízo de valor negativo, uma vez que o ordenamento proibia tal conduta; entretanto, mediante alteração legislativa e entendimento do Supremo Tribunal

Federal passou-se a permitir pesquisas mediante o cumprimento de certos requisitos, assim referido comportamento passou a gerar um juízo de valor positivo. O que importa salientar é que ambos os juízos de valor podem ser considerados válidos em momentos distintos, mesmo que antagônicos, uma vez que os valores estabelecidos decorrem de um ato de vontade humano, portanto correspondem a valores relativos.

Esta situação poderá se tornar extrema, nas palavras de Kelsen:

Quando, porém, nos representamos a norma constitutiva de certo valor e que prescreve determinada conduta como procedente de uma autoridade supra-humana, de Deus ou da natureza criada por Deus, ela apresenta-se-nos com a pretensão de excluir a possibilidade de vigência (validade) de uma norma que prescreva a conduta oposta. Qualifica-se de absoluto o valor constituído por uma tal norma, em contraposição ao valor constituído através de uma norma legislada por um ato de vontade humana. Uma teoria científica dos valores apenas toma em consideração, no entanto, as normas estabelecidas por atos de vontade humana e os valores por elas constituídos. (KELSEN, 1997, p. 20)

O ordenamento jurídico representará a vontade humana, portanto embebida de toda sua falibilidade e natural mutabilidade, o que permitirá que valores que sejam tidos como verdadeiros hoje, sejam naturalmente vencidos e alterados no futuro. Diante de dinâmica transitiva e possível afirmar que à norma jurídica não poderá ser atribuído o caráter de verdadeira ou falsa, mas somente de válida ou inválida (KELSEN, 1997, p. 21).

Entretanto, quando o valor é atribuído um caráter divino, por representar um elemento supra-humano, portanto desvencilhado de toda a falibilidade humana, esse não permitirá ser vencido ou alterado, representando um verdadeiro valor absoluto, já que é representação de Deus como “[...] fim mais elevado, do valor supremo, do bem absoluto, quando da causa última” (KELSEN, 2012, p. 38).

Os dogmas religiosos se cristalizam em torno da crença, fazendo referência a uma autoridade supra-humana, condicionando comportamentos humanos o que gera obrigações e uma relação de dependência com o divino. Assegura Kelsen que caso se compare a autoridade normativa com a deidade (fonte de tudo o que é divino), esta última toma posse da alma do indivíduo, com a exigência incondicional de obediência, atribuindo ao elemento supremo caráter absoluto que nenhuma psicologia empírica conhece, nenhuma regulamentação normativa desvinculada desse caráter supremo penetra com tamanha profundidade na alma do ser (KELSEN, 2012, p. 38).

O valor como determinação daquilo que deve-ser, a partir da comparação entre uma norma objetiva e um comportamento real, quando atribui caráter absoluto ao valor (dever-ser) desnaturaliza o comportamento, objeto da valoração, que pertence ao mundo do ser. Logo, o “[...] valor, como dever-ser, coloca-se em face da realidade, como ser; valor e realidade – tal como o dever-ser e o ser – pertencem a duas esferas diferentes” (KELSEN, 1997, p. 20).

Portanto, o caráter absoluto e insuperável do valor em geral, decorrente de um ponto de vista religioso, retira o caráter científico do processo de conhecimento, haja vista que sendo ela a única moral e verdade válida, todos os pontos de vistas contrários não poderão ser considerados em nenhuma hipótese. A partir do que se passou a considerar como giro linguístico (“*linguistic turn*”), que marcou a superação do conhecimento marcado pela relação *homem x objeto*⁵ (homem que conhece e objeto que é conhecido) para uma relação *homem x homem*, a verdade deixou de ser aquela estabelecida para essencialidade dos objetos (a verdade marcada pela descoberta da essência dos objetos) para uma verdade estabelecida intersubjetivamente pelos seres comunicantes.

Assim, mesmo uma pretensão da racionalidade humana que buscava estabelecer uma verdade a partir da comprovação da existência dos objetos no mundo da vida, desvinculando-se de justificativas extraterrenas, também não se manteve. Em contrapartida, a teoria da verdade como consenso busca estabelecer a verdade não mais como a busca da correspondência da sentença ou proposição ao objeto do mundo da vida (como se a verdade correspondesse a um bombom desembrulhado; a sentença ou proposição verdadeira somente seria alcançada mediante a determinação da essência do objeto real, portanto mediante a retirada do papel celofane vermelho do bombom, como pretendia Eros Graus ao determinar o conceito de norma como fruto dessa *extração*⁶), mas sim como a atribuição de sentido realizada linguisticamente a partir de um consenso dos interlocutores, reconhecendo que a realidade é linguisticamente mediada. Nesse sentido, a ideia de verdade é transferida do plano da semântica para o plano da pragmática, ou seja, para o plano do uso competente da linguagem, o que culminará em

⁵ A teoria da verdade correspondencial afirma que “[...] uma sentença ou uma expressão, por exemplo, uma proposição ou uma afirmação (statement) só pode ser chamada de verdadeira se e quando o estado das coisas às quais a sentença dá expressão de fato existe. Um estado de coisas que existem é um fato. Assim, a verdade pode ser definida como uma correspondência entre a sentença e o fato” *In.*: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy. 2001 p.92

⁶ GRAU, Eros. **A interpretação no Direito**. Palestra realizada na Escola Superior Dom Helder Câmara. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=h5DEO3l59js>>. Acesso em 02 de Set. de 2013.

uma ideia de verdade relativa, reconhecendo que as alterações dos consensos sobre os assuntos do mundo da vida alterará a própria compreensão de verdade.

Uma verdade religiosa que busca se estabelecer de forma absoluta, sequer como uma verdade correspondencial, mas como uma verdade que corresponde à vontade divina, sobre-humana, decorrente do onnipresente, jamais permitirá se trabalhar com a compreensão do superável. Nesse sentido, quando se compreende que determinada norma decorre de uma verdade religiosa, da moral cristão, budista, islâmica ou qualquer outra de cunho supra-humano, questões como casamento homoafetivo, uso de preservativos, a utilização de células-tronco em pesquisas, entre outros temas que se inserem nos dogmas religiosos jamais serão sequer tematizados, e uma vez transferidos ao plano jurídico poderão acarretar decisões intolerantes e autoritárias, que negam o multiculturalismo social.

É neste sentido que Kelsen, buscando extrair qualquer tipo de posicionamento político ou qualquer conteúdo moral do Direito que poderá representar a fixação do absoluto, defende a separação entre Direito e Moral, na medida em que sustenta a diferença entre Ciência Jurídica e Ética.

III. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CIÊNCIA JURÍDICA DE HANS KELSEN: PELA SUPERAÇÃO DE UM JUSMORALISMO IRRACIONAL

Algumas considerações sobre a Teoria Pura do Direito e a pretensão científica apresentada por Hans Kelsen apresentam-se de fundamental importância para a delimitação das questões cotidianas do mundo jurídico.

Hoje muito se fala em uma possível e necessária superação da aplicação fria da lei pelo hermenêuta julgador, como moderníssima e contemporânea construção teórica jurídica nomeia-se o chamado pós-positivismo, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo como verdadeiras construções salvadoras de uma dinâmica tecnocrata-silogística, afinal Hans Kelsen com seu reducionismo jurídico legal legitimou e permitiu todas as catástrofes ocorridas contra a humanidade pelo movimento nazifascista durante a segunda grande guerra (*reductio ad Hitlerum*). Bobbio já fazia tal constatação, principalmente pelos defensores do jusnaturalismo:

Começemos pelos promotores do Direito Natural. Eles dizem: a Teoria Pura do Direito, como expressão última e conseqüente do positivismo jurídico, exclui que haja outro Direito fora do Direito Positivo; por isso é obrigada a aceitar como Direito qualquer aberração moral ou religiosa (e quantos foram os exemplos que a história recente nos colocou diante dos olhos com dramática evidência!) que agrade a um déspota ou a uma classe de homens políticos sem escrúpulos de se impor nas formas do direito constituído. O erro capital da Teoria Pura do Direito, segundo eles, estaria no fato que, impondo ao jurista comportar-se como um frio intérprete da norma positiva, qualquer que seja o valor ético da norma, transforma-o em um colaborador de qualquer regime, por objeto e repugnante que seja, num aceitador ou pelo menos num impassível indagador do fato consumado. (BOBBIO, 2007, p. 25)

No entender de Andytias Soares:

Com a derrocada da Alemanha, surgiu a necessidade urgente de se encontrar um bode expiatório, uma justificativa para o injustificável e uma explicação fácil de se entender e de se aceitar para o horror nazifascista. Encontraram-se todas essas três realidades no positivismo jurídico, conforme a visão desfigurada que lhe impingia – e até impinge – o renascido jusnaturalismo. A maior prova da culpa incontestada do juspositivismo foi o fato de os réus em Nuremberg terem justificado as suas ações com base na lei positiva: “Persegui, torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei é a lei”. *Gesetz ist Gesetz*: Eis a filosofia do positivismo jurídico, bradavam, impávidos, os jusnaturalistas. Sem a consideração de valores superiores que devem guiar o direito, este corre o risco de se transformar em uma ordem de opressão na qual a norma jurídica, por ser jurídica, possui um valor intrínseco, devendo ser obedecida incondicionalmente. Essa seria então a verdadeira herança do positivismo jurídico, que desprezando a evolução de valores jusnaturalistas como a igualdade e a liberdade, teria imposto regimes políticos opressivos ou, pelo menos, justificados e legitimados as experiências autoritárias da primeira metade do século passado. (MATOS, 2009, p. 16)

Mas, até que ponto podemos afirmar que a Teoria Pura do Direito legitimou que determinadas escolhas políticas fossem institucionalizadas, como fora as nazifascistas, o que culminou no atual paradigma do direito que renega o positivismo jurídico, e toda aquela a pretensão de pureza de uma construção jurídica? Será que não há uma pretensão de retirar do jurídico qualquer elemento religioso ou político de cunho absoluto?

Conforme nos alerta Norberto Bobbio a Teoria Pura do Direito apresentou-se como levante a duas trincheiras: contra o Direito Natural e contra a Sociologia. Contra o Direito Natural conduzia-se em nome da *objetividade* da ciência, cuja tarefa era meramente descritiva da realidade, e não avaliativa, diferente do jusnaturalismo que de

tempos em tempos, conduzido pelos movimentos políticos-ideológicos, inclinava o direito em conformidade com certas ideias de justiça (doutrinas conversadoras ou revolucionárias que alcançavam o poder) (KELSEN, 1997, p. 67). Afirmar Bobbio (2007, p. 23) que: “[...] Agindo contra a objetividade da Teoria Pura do Direito (e sem objetividade não há ciência), o Direito Natural exprime valores *subjetivos* ou até irracionais, os quais, por isso mesmo, são irredutíveis a análises científicas”.

Em relação ao afastamento da ciência jurídica da Sociologia buscou-se determinar que a Sociologia pertence à esfera do ser, que analisará fenômenos sociais, enquanto o direito pertence ao mundo do dever-ser, já que busca estabelecer uma estrutura de qualificação da realidade social mediante o estabelecimento de normas jurídicas. Assim, enquanto o objeto de estudo da Sociologia é o fenômeno social, o direito, como ciência particular, não aborda como objeto de estudo os fenômenos das relações humanas, mas as normas que qualificam aqueles (BOBBIO, 2007, p. 24).

A pureza da teoria se apresenta na pretensão de se identificar o que compõe o direito (o que *é* o Direito) e não como ele *deve ser*. Para tanto Kelsen identifica como objeto da Ciência Jurídica a norma, de tal forma que permita realizar uma delimitação do Direito frente às outras áreas do saber humano. Nas palavras de Kelsen:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir 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 fundamental. (KELSEN, 1997, p. 01)

A pureza teórica está ligada a pretensão kelseniana de retirar da Ciência Jurídica toda e qualquer quinquilharia metafísica ético-religiosa, provenientes dos antigos modelos de determinação do conhecimento e do saber que fundamentavam Estados absolutos e teológicos. Quando se estabelece a confusão entre, por exemplo, Ética e Direito a pureza do método é posta em perigo “[...] não só pelo fato de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas – muito mais ainda – pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral” (KELSEN, 1997, p. 01).

Neste sentido a Teoria Pura do Direito terá inicialmente duas pretensões: a) ser ciência, portanto, possuir objeto delimitado que possa ser racionalmente controlável e

analisado, sem se submeter às intempéries das ideologias humanas; e b) ser a ciência própria do objeto específico a que se dirige, o Direito (BOBBIO, 2007, p. 24).

Kelsen sustenta, ainda, que não é possível determinar uma conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral, pois somente o primeiro poderá reclamar a coercitividade para determinar que um comportamento seja realizado, enquanto o segundo gera somente reprovação do comportamento que se apresenta contrário às normas morais, não havendo um elemento externo que obrigue a aderência à norma.

A possibilidade de conexão entre Direito e Moral poderá ser analisada a partir de uma conexão normativamente necessária (*deve* haver uma conexão) ou conceitualmente necessária (a conexão é uma questão do plano da *existência*). Caso seja compreendido que há uma conexão conceitualmente necessária, toda norma jurídica tem conteúdo moral, logo aquela que contraria um preceito moral não é Direito. Por outro lado, quando a conexão é normativamente necessária, a contradição entre norma jurídica e norma moral não retira daquela seu caráter jurídico, afinal “[...] o Direito pode ser moral – [...] justo -, mas não tem necessariamente de o ser” (KELSEN, 1997, p. 71). Contra o controle do caráter jurídico pela Moral, Kelsen aduz que:

Quando se entende a questão das relações entre o Direito e a Moral como uma questão acerca do conteúdo do Direito e não como uma questão acerca da sua forma, quando se afirma que o Direito por sua própria essência tem um conteúdo moral ou constitui um valor moral, com isso afirma-se que o Direito vale no domínio da Moral, que o Direito é uma parte constitutiva da ordem moral, que o Direito é moral e, portanto, é por essência justo. Na medida em que uma tal tese vise uma justificação do Direito – e é este o seu sentido próprio -, tem de pressupor que apenas *uma* Moral que é a única válida, ou seja, uma Moral absoluta, fornece um valor moral absoluto e que só as normas que correspondam a esta Moral absoluta e, portanto, constituam o valor moral absoluto, podem ser consideradas “Direito”. Quer dizer: parte-se de uma definição do Direito que o determina como parte da Moral, que identifica Direito e Justiça. (KELSEN, 1997, p. 72)

O problema se apresenta justamente quando há a pretensão de se estabelecer valores absolutos pela moral, que somente serão garantidos pela religião na autoridade absoluta e transcendente da divindade (KELSEN, 1997, p. 72). Quando se reclama o reconhecimento institucional de uma moral religiosa, havendo confusão entre Direito e Moral, somente será Direito quando o enunciado normativo cumprir as exigências da divindade, do absoluto, do insuperável.

Assim, para impedir a confusão entre a existência do direito, com a justiça (divina) do direito, será necessário analisar a norma (ou seu conjunto – ordenamento jurídico) a partir de três critérios que não se confundem: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz (BOBBIO, 2008, p. 46).

Estabelecer a análise da justiça da norma exigirá necessariamente que se verifique seu conteúdo, observando se há ou não congruência com os valores últimos ou finais de determinado ordenamento jurídico. Para Bobbio:

[...] O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema *deontológico* do direito. (BOBBIO, 2008, p. 46).

A análise da norma voltada à sua validade está relacionada à sua existência ou não, independentemente, portanto, do juízo de valor quanto ao seu conteúdo. Assim, trata-se de um juízo de fato, de verificar se a norma apresentada é existente, conseqüentemente se é regra jurídica. Segundo Bobbio:

[...] Enquanto para julgar a justiça de uma norma, é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar investigações do tipo empírico-racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento. Em particular, para decidir se uma norma é válida (isto é, como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), é necessário com frequência realizar três operações: 1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou *tinha poder legítimo para emanar normas jurídicas*, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema; 2) averiguar se não foi *ab-rogada*, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer *que ainda o seja*, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também se chama *ab-rogação implícita*), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em um Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras). O problema da validade jurídica pressupõe que se tenha respondido à pergunta: o que se entende por direito? Trata-se, querendo adotar uma terminologia familiar entre os

jusfilósofos, do problema *ontológico* do direito. (BOBBIO, 2008, p. 47)

O terceiro elemento analítico de uma norma é o problema da *eficácia*, que diz respeito ao fato de ela ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida. “[...] Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida” (BOBBIO, 2008, p. 47). A questão da eficácia da norma está relacionada ao caráter histórico-sociológico, para o comportamento da sociedade diante do estabelecimento de uma norma jurídica, para Bobbio trata-se de um problema *fenomenológico* do direito (BOBBIO, 2008, p. 48).

Esses três critérios de avaliação normativa são independentes e não se confundem, sendo a confusão realizada entre esses três elementos que conduzirão às críticas infundadas à Teoria Pura do Direito. Teorias que promovem a fusão destes elementos conduzem um “reducionismo”, que “[...] leva à eliminação ou, pelo menos, ao ofuscamento de um dos três elementos constitutivos da experiência jurídica e, portanto, a mutilam” (BOBBIO, 2008, p. 54). Segundo Norberto Bobbio há teoria que *reduz a validade à justiça*, afirmando que uma norma só é válida se é justa, sendo o exemplo mais ilustre desta redução a doutrina do direito natural (BOBBIO, 2008, p. 54).

Uma segunda *reduz a justiça à validade*, quando afirma que uma norma justa somente pelo fato de ser válida, isto é, faz depender a justiça da validade, que pode ser vista numa construção legalista, formalista, no sentido mais restrito e limitado do positivismo jurídico (BOBBIO, 2008, p. 54).

E finalmente há aquela que *reduz a validade à eficácia*, “quando tende a afirmar que o direito real não é aquele que se encontra, por assim dizer, enunciado em uma Constituição, ou em um Código, ou em um corpo de leis, mas é aquele que os homens efetivamente aplicam nas suas relações cotidianas: esta teoria faz depender, em última análise, a validade da eficácia. O exemplo histórico mais radical é dado pelas correntes consideradas realistas da jurisprudência americana e pelas suas antecipações no continente” (BOBBIO, 2008, p. 54).

Referidas argumentações guardam estrita relação com a ideia de princípios que fundamentam a validade do ordenamento apresentados por Kelsen, que distingue entre os princípios estático e o dinâmico. Estático é aquele no qual as normas estão relacionadas como as proposições de um sistema dedutivo:

[...] ou seja, pelo fato de que derivam uma das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função

dos postulados ou axiomas num sistema científico. [...] Pode-se dizer, em outras palavras, que num sistema desse gênero as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu *conteúdo*. (BOBBIO, 1999, p. 72)⁷

Já a segunda concepção de sistema, orientado pelo princípio *dinâmico*, é aquele no qual as normas derivam de outras através de sucessivas delegações de poder⁸, portanto, a comunicação normativa decorre da autoridade que as positivou e não de seus conteúdos. “Pode-se dizer que a relação entre as várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas *formal*” (BOBBIO, 1999, p. 72). Segundo Bobbio:

A distinção entre os dois tipos de relação entre normas, a material (estático) e a formal (dinâmico), é contestável na experiência diária, quando, encontrando-nos na situação de ter que justificar uma ordem (e a justificação é feita inserindo-se num sistema), abrimos dois caminhos, ou seja, o de justificá-la deduzindo-a de uma ordem de abrangência mais geral ou de atribuí-la a uma autoridade indiscutível. Por exemplo, um pai ordena ao filho que faça a lição, e o filho pergunta: “Por quê?” Se o pai responde: “Porque deves aprender”, a justificação tende à construção de um sistema dinâmico. Digamos que o filho, não satisfeito, peça outra justificação. No primeiro caso perguntará: “Por que devo aprender?” A construção do sistema estático levará a uma resposta deste tipo: “Porque precisas ser aprovado”. No segundo caso perguntará: Por que devo obedecer a meu pai?” A construção do sistema dinâmico levará a uma resposta deste tipo: “Porque teu pai foi autorizado a mandar pela lei do Estado”. Observem-se, no exemplo, os dois diferentes tipos de relação para passar de uma norma a outra: no primeiro caso, através do

⁷ Nas palavras de Kelsen: “[...] As normas de um ordenamento do primeiro tipo (estático), é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser submetido a conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. Assim, por exemplo, as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade [...]” e segue “[...] Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático.” (KELSEN, 1997, p. 219).

⁸ Nas palavras de Kelsen: “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental [...]” e segue “[...] Com efeito, a norma fundamental limita-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema. A norma que constitui o ponto de partida da questão não vale por força do seu conteúdo, ela não pode ser deduzida da norma pressuposta através de uma operação lógica. Tem de ser posta por um ato do par e vale – utilizando a formulação corrente – porque foi posta dessa maneira ou, formulando corretamente, porque se pressupõe como válida uma norma fundamental que, em última linha, estatui este modo de fixar as normas. Uma norma pertence a um ordenamento que se apoia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental – e não porque tem um determinado conteúdo. A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam este sistema [...]” (KELSEN, 1997, p. 219-220).

conteúdo da prescrição, no segundo caso, através da autoridade que a colocou. (BOBBIO, 1999, p. 73)

Kelsen sustenta que os ordenamentos jurídicos são sistemas do tipo dinâmico, já que o estabelecimento de enunciados normativos decorrem da delegação de poderes, já os sistemas estáticos (conexões normativas determinadas pelo conteúdo) seriam ordenamentos morais. Assim: “O ordenamento jurídico é um ordenamento no qual o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo [...]” (BOBBIO, 1999, p. 73).

Do critério de avaliação da norma quanto a sua “validade”, portanto, de existência (critério formal), está estritamente relacionado ao sistema dinâmico, já que a existência normativa dependerá de um sistema de delegações de poderes que positivarão enunciados normativos. Neste sentido, para uma construção científica formal, que seja passível de estabelecimento de premissas objetivas e lógicas, o critério de validade formal no interior de um sistema dinâmico será aquele que atribuirá pureza à construção de Kelsen, sob pena de, uma vez estabelecida as premissas no *conteúdo* das normas jurídicas, promover-se uma moralização do direito, cujas escolhas morais/ideológicas/políticas irão determinar a sua natureza. Logo não será em razão do conteúdo normativo que se deverá observar o caráter jurídico da norma, mas sim a competência de quem ordene, permite ou atribui poder, assim apenas “[...] uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas [...]” (KELSEN, 1997, p. 216-217).

Gustav Radbruch, já em uma segunda de suas construções teóricas marcadas por um viés jusnaturalista, ao estabelecer o critério da justiça como condição da existência da norma jurídica promoveu essa moralização do direito, que conforme Andytiás Soares:

[...] conclamou os juristas a considerarem o componente ético do direito – a justiça – como o seu traço fundamental, devendo todo o positivismo jurídico ser negado exatamente em razão de sua vacuidade axiológica. A posição assumida por Radbruch foi particularmente influente não apenas em razão da importância pessoal de sua figura na ciência jurídica alemã, mas sim porque antes da segunda guerra o autor apresentava – em texto de 1932 – ideias de natureza nitidamente juspositivista, sustentando que a ordem e a segurança das normas jurídico-positivas justificariam a obrigatoriedade de qualquer direito, “[...] mesmo se injusto e mal adaptado a um fim”. A justiça ostentaria então um valor meramente secundário. Com o fim da guerra, o jusfilósofo mudou de opinião,

passando a acreditar que o jurista deveria recusar validade às leis injustas, cabendo-lhe denunciá-las como simulacros de direito. Da mesma forma, o povo não estaria obrigado a cumprir leis iníquas. Na verdade, Radbruch admitia que a segurança jurídica juspositivista e a noção de justiça entram constantemente em conflito, devendo este ser resolvido em nome da primeira, a não ser que a contradição alcançasse um nível de insuportabilidade tal que o “direito injusto” devesse ser preterido em nome da justiça. Isso ocorreria, sustenta Radbruch, quando a lei positiva desrespeitasse de forma flagrante o conceito de igualdade – núcleo da justiça-, devendo ser, portanto, desconsiderada, dado que o ordenamento jurídico só existe enquanto tal para realizar a justiça. A partir do texto de Radbruch formou-se um espécie de argumento geral contra o positivismo jurídico chamado de *reductio ad Hitlerum* [...]. (MATOS, 2009, p. 16)

A grande preocupação da Ciência Jurídica desenvolvida por Hans Kelsen foi buscar estabelecer uma distinção bastante objetiva entre o que é direito, partindo de critérios formais de validade, e aquilo que deveria ser direito justo, portanto, a partir de compreensão ética. A questão de um conjunto normativo constituir direito não passaria por uma análise ético-valorativa, mas tão somente formal de validade, neste sentido justificava-se uma das frases mais polêmicas de Kelsen de que o direito poderia ter qualquer conteúdo.

O fato de ser ou não ser direito não passaria por uma análise de conteúdo normativo, em que se observaria a massa ética do enunciado normativo, mas tão somente o procedimento formal de sua elaboração, o que permitiria abarcar qualquer conteúdo, justo e injusto, já que este elemento axiológico não faz parte da condição de validade do jurídico.

Kelsen afirmou de modo bastante claro que o direito pode ter qualquer conteúdo. Ainda que seja óbvio que “poder ter” não significa “dever ser”, a consequência lógica dessa proposição, para qualquer teoria verdadeiramente juspositivista, é que juízos como “O ordenamento sócio-normativo nazista é direito” ou “O direito soviético era tão jurídico como o norte-americano” são não apenas perfeitamente válidas, mas também necessárias. Aprofundando ainda mais: “O direito do inimigo é tão jurídico quanto o meu, o que significa que não poderei vencê-lo com a velha e boa tática do rechaço e da denúncia ética, devendo, antes, utilizar uma perigosa opção: discutir racionalmente com o rival, em pé de igualdade”. São proposições como essas três que horrorizam os jusnaturalista e jusmoralistas de todos os tempos. (MATOS, 2009, p. 20)

Neste sentido o fato de se reconhecer o fenômeno como jurídico será mera atividade declarativa/constitutiva de uma dinâmica formal, sem que se apresente uma análise valorativa, isso porque são campos de verificação distintos. O campo da

existência/validade do direito não se confunde com o campo da valoração do jurídico, portanto, não se nega a existência de valores inseridos no direito, mas tão somente realiza-se a devida segregação dos seus espaços de atuação.

No entanto, afirmar que certo conjunto normativo apresenta natureza jurídica não significa aprová-lo ou recomendá-lo. A proposição “X é direito” envolve um juízo de fato, e não um juízo de valor. Da mesma maneira, quando se diz que o Império Romano assentava a sua estrutura econômica na forma de produção escravagista não significa que se está aprovando ou justificando a escravidão. Curiosamente, tal raciocínio não é aplicado com frequência às proposições “X é direito” e “X não é direito”. Tal porque seus predicados não são entendidos como fatos, mas como valores. Para os jusnaturalistas, o juízo de fato “X é direito” se transforma, de modo totalmente arbitrário, em juízo de valor, já que emprestam ao termo “direito” uma função valorativa. Para tanto, confundem direito e valor, realidade e ideal, teoria e ideologia. É exatamente isso o que fazem também todas as teorias hoje chamadas de jusmoralistas; e é o que o positivismo jurídico pretende evitar a todo custo. As teorias juspositivistas dignas desse nome entendem o direito como um fenômeno factual, empírico e profundamente não-metafísico, desligado da esfera do sacral desde que atingiu a sua maturidade”. (MATOS, 2009, p. 20)

Reconhecer que determinado conjunto normativo é justo ou injusto (portanto, já superado a questão da sua existência) culminará na prolação de um juízo de valor ideológico, no sentido de expressar os valores que determinada sociedade elegeu como tal. Kelsen buscou justamente extirpar tais efeitos da sua construção científica, já que para o autor as questões ideológicas não são passíveis de um controle racional, sendo que representará as preferências político-ideológicas de determinado grupo, que não será passível de um controle objetivo/formal⁹. Para Andityas “Os jusnaturalista entendem que o ‘mau direito’ não deve ser descrito enquanto direito, posição altamente subjetiva que esconde uma intenção ideológica conservadora: se o direito – enquanto descrito como ‘verdadeiro direito’ – é sempre justo, não há motivos para desobedecê-lo” (MATOS, 2009, p. 21).

⁹ Sobre a possibilidade de várias interpretações e o alcance de *uma* decisão correta, aduz Kelsen: “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas” *In.*: HANS, Kelsen. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 393.

Encerrada a fase científica, que promove a separação entre o conteúdo puro do direito, cuja constatação é formal, inicia-se a construção política, que não rechaça a comunicação entre direito e moral. O conteúdo político-ideológico apresenta-se quando das construções do conteúdo normativo, no procedimento legislativo (que não se confundem com a condição de existência do direito), bem como no preenchimento do quadro-normativo pelo hermeneuta julgador, sendo certo que:

[...] o direito é capaz de interações axiológicas extremamente complexas, mas não é, ele mesmo, um valor, e sim um fato ou um conjunto de fatos. O ‘fato direito’ pode ser avaliado segundo operação intelectual, da qual a razão não participa mais sozinha, como no puro ato de conhecimento. Quando se trata de um juízo de valor, a razão vem acompanhada pela vontade, que quase sempre se apresenta como ideologia. Então já não se fala mais da realidade, mas de como deveria ser a realidade. Termina a missão do cientista e se inicia a do político [...]. (MATOS, 2009, p. 21)

Surgem assim as construções teóricas discursivas que buscam racionalizar a interpretação axiológica do texto normativo no caso concreto, principalmente após a inserção de elementos valorativos no texto constitucional, como a Ética do Discurso de Jürgen Habermas e Karl Otto Apel e as Teorias da Argumentação de Robert Alexy e Neil MacCormick entre outras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há grande preocupação dos juristas em realizar uma (re)aproximação do direito à moral, realizando o devido controle do direito positivo a partir de um paradigma suprapositivo (construções teóricas de Gustav Radbruch externalizada na fórmula de Radbruch). Sendo, inclusive, esta a posição do Tribunal Supremo Federal da Alemanha ao apreciar o caso Mauerschützen, do julgamento de Nuremberg entre outros casos emblemáticos.

Entretanto, isso não permite que elementos morais de frentes religiosas se insiram no ordenamento jurídico para se promover a perpetuidade de seus dogmas, tidos como verdades divinas insuperáveis. Nesse sentido, a Teoria Pura do Direito se apresenta justamente para extirpar da Ciência Jurídica qualquer resquício da teoria tradicional que fosse tendenciosa em aproximar Direito e Igreja.

A concepção de realidade mediada pela linguagem, de consenso com verdade, de relações intersubjetivas de entendimento são elementos fundamentais para superar o

estabelecimento de Estados de qualquer cunho absolutista, de verdade única, acabada ou revelada. Isso, não impede que argumentos religiosos sejam trazidos na pauta do debate público, porém, não poderá argumentos extramundanos impedir que novas tematizações sobre questões que atinjam os dogmas religiosos sejam travadas, como por exemplo, aquelas relacionadas ao casamento homoafetivo, a “cura gay”, o uso de preservativos, pesquisas com células-tronco entre outros temas que estabelecem a tensão entre Estado e Divindade.

É nesse sentido, que a Teoria Pura do Direito, muito antes de se apresentar como legitimadora de um Estado Totalitário como o Nazista, apresenta-se como construção que impede o progresso do absoluto e da ingerência de elementos morais na esfera jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy. 2001.

APEL, Karl-Otto. **Ética do discurso como ética da responsabilidade**. Cadernos de tradução n. 3 do departamento de Filosofia da USP. Tradução de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. 1998.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1999.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariana Bueno Sudatti. 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. São Paulo: Renovar. 2005.

_____. **Teoria do Direito e Decisão Racional** – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro/Renovar. 2008.

GRAU, Eros. **A interpretação no Direito**. Palestra realizada na Escola Superior Dom Helder Câmara. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=h5DEO3159js>>. Acesso em 02 de Set. de 2013.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva**: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético. In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

_____. Deus e o Estado. Tradução de Andityas Soares de Moura Costa Matos e Betânia Côrtes de Queiroz Caixeta *In.*: **Contra o Absoluto** – Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra Kelseniana. Org. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa Matos; NETO, Arnal Bastos Santos Neto. Curitiba: Juruá. 2012.