

PENSAR A JUSTIÇA NO TERCEIRO MILÊNIO: AS CONTRIBUIÇÕES DA DOUTRINA KELSENIANA PARA UM REDIMENSIONAMENTO DO PROBLEMA DA JUSTIÇA

*Andityas Soares de Moura Costa Matos**

RESUMO

O principal objetivo de Hans Kelsen (1881-1973) foi garantir um espaço autônomo para a ciência do direito. Ao afirmar que seu objeto formal é a norma de direito positivo, Kelsen afastou da ciência jurídica as considerações que lhe eram estranhas. O problema da justiça, por exemplo, não lhe é afeto porque se relaciona à seara dos valores. Na história do pensamento ocidental existem várias normas e teorias da justiça e nenhuma delas pode ser tida como objetivamente superior às outras. As diversas doutrinas jusnaturalistas – das gregas às atuais – têm a pretensão de conhecer a justiça absoluta, ou seja, incontrastável. As normas de justiça jusnaturalistas derivam de autoridades metafísicas (Deus, natureza, etc.), servindo para legitimar o direito positivo que os indivíduos são chamados a cumprir irresistivelmente. Kelsen entende que as teorias jusnaturalistas acerca da justiça são contraditórias e falhas, configurando fórmulas vazias que dependem de um ordenamento jurídico empírico e eficaz que lhes confira conteúdo. Nesse sentido, o jusnaturalismo representou um papel histórico conservador, contribuindo para a manutenção do *status quo*. Por outro lado, o positivismo kelseniano – relativista e pluralista – sustenta que o valor “justiça” não é absoluto, sendo sempre necessário submetê-lo a exame crítico. É o indivíduo, detentor de autonomia moral, que deve assumir o fardo de pensar constantemente o que é a justiça, operação que somente pode se desenvolver em um ambiente no qual se privilegia o princípio da tolerância. A crítica e a discussão são posturas proibidas nas autocracias, pois se acredita em verdades e valores absolutos e, portanto, incontestáveis. Ao contrário, por conceber apenas valores relativos, a democracia privilegia tais posturas e possibilita a convivência pacífica de idéias e crenças diferentes. E é neste espaço de liberdade que Kelsen localiza a sua particularíssima noção de justiça.

* Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Ex-professor substituto da Faculdade de Direito da UFMG. Professor dos cursos de Direito da FEAD – Minas e da Faculdade Arnaldo Janssen.

RÉSUMÉ

Le premier but de Hans Kelsen (1881-1973) fût celui de garantir un espace d'autonomie pour la science du droit. Tout en affirmant que son objet formel était la norme de droit positif, Kelsen a écarté de la science juridique les considérations que lui étaient étrangères. Le problème de la justice, par exemple, ne lui fût pas partenaire parce que se rapportait à la question des valeurs. Dans l'histoire de la pensée occidentale il y en a plusieurs normes et théories de la justice et aucune ne peut être tenue comme supérieure aux autres. Les diverses doctrines jusnaturalistes – des grecques aux actuelles – ont la prétention de connaître la justice absolue, c'est à dire, incontrastable. Les normes de justice jusnaturalistes dérivent d'autorités métaphysiques (Dieu, nature etc.), servant à légitimer le droit positif dont les individus sont invoqués à accomplir irrésistiblement. Kelsen comprend que les théories jusnaturalistes au sujet de la justice sont contradictoires et manquantes. Il s'agit de formules vides dépendantes d'une ordonnance juridique empirique et efficace pour les conférer du contenu. Dans ce sens, le jusnaturalisme a joué un rôle historique conservateur, contribuant pour la manutention du *status quo*. D'autre part, le positivisme kelsenien – relativiste et pluraliste – soutient la valeur justice comme non absolue, en étant toujours nécessaire la soumettre à un examen critique. C'est l'individu, détenteur d'autonomie morale, qui doit assumer le fardeau de penser constamment ce que c'est la justice, opération qui ne peut avoir lieu que dans un ambient où l'on privilégie le principe de la tolérance. La critique et la discussion sont des maintiens interdits dans les autocraties, car on y croit de vérités et de valeurs absolues et, par consequent, incontestables. Tout au contraire, pour ne concevoir que des valeur relatives, la démocratie privilégie ces maintiens et rend possible la convivance pacifique des idées et des croyances différentes. Et c'est dans cet espace de liberté que Kelsen place sa très particulière notion de justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução: o problema da justiça. 2. O positivismo relativista de Hans Kelsen e a justiça. 3. A justiça e o relativismo: a autonomia moral kelseniana. 4. Conteúdo da norma de justiça, ciência e valores. 5. Atualidade e superação do pensamento kelseniano. 6. Referências bibliográficas.

“Não existe nada neste mundo que não se torne verdade um dia qualquer. Exatamente como o relógio parado, que sempre tem o seu instante de exatidão. Mas a verdade, como a massa, precisa de tempo e de calor para amadurecer e crescer”.

Milorad Pávitch

1. Introdução: o problema da justiça

A tentativa de determinar o conteúdo universal e objetivo da justiça sempre orientou as doutrinas jurídicas jusnaturalistas. Todavia, com o avanço da ciência contemporânea o jusnaturalismo perdeu força e fôlego. Os limites do conhecimento humano, demarcados de forma clara e metódica na primeira das críticas kantianas, acabaram por se transformar – principalmente após a reformulação neokantista e a radicalização neopositivista – em obstáculos intransponíveis para a apreensão de idéias localizadas fora do espaço-tempo. A preocupação com a justiça passou a ser vista como uma questão puramente metafísica e, portanto, desprovida de sentido, como asseverou Carnap. O influxo logicista do neopositivismo da teoria da linguagem de Bertrand Russell e Ludwig Wittgenstein apenas confirmaria o projeto da modernidade: libertar a Filosofia dos chamados “meta-problemas”, entre os quais estão todos os problemas éticos e morais até então tratados pelos filósofos. Atendendo a uma antiga reivindicação de Auguste Comte a tarefa da Filosofia seria modificada. A ela apenas caberia traçar uma enciclopédia das ciências na qual se unificassem os resultados parciais das diversas disciplinas científicas. A Filosofia se viu alijada de qualquer função crítica: somente deveria descrever – e não criticar para transformar – a realidade por meio de uma linguagem rigorosa.

Os juristas, filósofos e pensadores que se questionavam acerca do fundamento do direito – questão de cunho inegavelmente filosófico e da mais elevada importância – não poderiam estar alheios a todas essas transformações. Em fins do século XIX e inícios do século XX a ciência jurídica, salvo algumas exceções, já havia renunciado a tentar conhecer o conteúdo universal da idéia de justiça, passando a identificá-lo ora com o convencionalismo social e ora com o poder que o mais forte exerce sobre o mais fraco. A verdade é que, dialeticamente, o Direito já começava a se preparar para uma mudança de atitude em relação a seus pressupostos teóricos. Impressionado, por um lado, pelo culto à lei praticado pelos exegetas franceses e, por outro, pela negação coerente do jusnaturalismo operada pelo historicismo de von Savigny, o pensamento jurídico engendrou o amplo movimento denominado positivismo jurídico, que também encontra raízes históricas e ideológicas no coativismo jurídico de von Jhering, no utilitarismo de Bentham e no positivismo analítico de Austin (BOBBIO, 1999:10 e ss.).

Ao lado do positivismo observa-se o nascimento da escola sociológica do direito; seus principais representantes se agrupam em duas vertentes: realismo jurídico norte-americano e realismo jurídico escandinavo. Para os realistas, assim como para os positivistas, o problema da justiça não tem nenhum sentido. A diferença é que para estes a falta de sentido deriva da impossibilidade lógico-científica de conhecer objetivamente a justiça. Por sua vez, a escola sociológica entende que o problema da justiça é insolúvel não devido a exigências lógico-científicas, mas simplesmente porque não sendo o direito mais do que o resultado de fatos sociais, não há qualquer exigência intrínseca e necessária de se crer na existência de um elemento metafísico como a justiça. Apesar das enormes diferenças de suas doutrinas, é no que acreditam autores tão variados e importantes como os realistas norte-americanos (por exemplo, Karl Llewellyn, Jerome Frank e Thurman Arnold) e escandinavos (v.g., Axel Hägerström, A. Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross) (BODENHEIMER, 1966:147-148).

2. O positivismo relativista de Hans Kelsen e a justiça

Como representante máximo do positivismo jurídico, seu ápice e o início de sua decadência, Hans Kelsen renuncia expressamente a uma definição científica de justiça. Como cientista do direito, o eminente

professor vienense observa que o conceito de justiça é diferente daqueles que dizem, *e.g.*, o que é uma árvore ou o que é um Estado. Trata-se de um conceito que não possui a objetividade necessária para que seja considerado científico, dado que a ciência não opera com meros juízos de opinião ou juízos de valor no sentido estrito. Segundo Kelsen, algo que se pretenda científico deve ser detentor de uma validade universal, ou seja, deve valer para todos, sempre e em qualquer parte. E tal não ocorre com o conceito de justiça. As maiores mentes da história humana, desde filósofos até literatos, dispensaram suas férteis existências na tentativa de responder uma pergunta que, longe de ser vã, tem, no entanto, se revelado infrutífera: o que é a justiça?

No vastíssimo mar de tinta que já foi gasto para se definir a justiça existem somente duas certezas: 1ª -) A justiça é um valor superior que deve ser observado para a felicidade da espécie humana¹. 2ª -) Tudo o mais é controverso, inclusive os métodos idôneos para se alcançar a solução justa em um conflito concreto.

Pois bem, a justiça é um valor e a maioria dos que pensaram na sua essência entenderam que o mesmo deve ter idêntico significado para todos os seres humanos, sendo assim incontestável. Trata-se de um valor absoluto e objetivo. Todavia, é exatamente tal objetividade que Kelsen nega à justiça. De acordo com o jurista, a questão da justiça se insere na problemática da resolução de conflitos de interesses ou valores, ou seja, possui um sentido altamente subjetivo. Desse modo, existirão tantas noções e teorias da justiça quanto existirem pensadores que se dediquem ao estudo do tema, pois é fato bastante conhecido que mesmo pessoas que tiveram (e têm) experiências e condições de vida similares não possuem necessariamente interesses semelhantes.

Kelsen identifica a justiça como virtude individual apenas em um segundo momento do pensamento social. Antes de enxergar em si mesmo a justiça, o homem a percebe na realidade social, ou seja, em uma determinada ordem jurídica. A sociedade justa vem antes do homem justo porque o ser humano não é essencialmente justo ou injusto; é antes coagido pela razão a construir a sociedade justa, pois só assim poderá alcançar seu

¹ "Kelsen se plantea el problema sobre lo que la justicia sea aplicada a un orden social. Llamárase justo – dice – el orden social que regulase la conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos, de suerte que todos hallasen en este orden su felicidad. Justicia es, pues, felicidad social, felicidad de todos, garantizada por un orden social" (RECASÉNS SICHES, 1970:409).

fim último, que é, segundo Aristóteles, a felicidade. Todavia, deslocar o problema da justiça da esfera do homem para a da sociedade não resolve o subjetivismo conceitual. Tampouco identificar justiça com felicidade anula o problema da existência de vários conceitos de justiça, alguns deles mutuamente excludentes: “Com a afirmação de que justiça é felicidade, a pergunta, obviamente, ainda não está respondida, apenas protelada” (KELSEN, 1998c:2).

Kelsen chega à seguinte conclusão: se a ordem justa é aquela que proporciona felicidade a todos os seus membros, a justiça é algo impossível, pois não se pode garantir a felicidade completa e irrestrita – como deve ser a real felicidade –, a todos os indivíduos de uma tal ordem hipotética. Em alguns casos não muito raros a felicidade de uns implica a infelicidade de outros.

Mas o que seria “felicidade”? Segundo Arthur Schopenhauer, os homens somente são felizes quando suas necessidades são satisfeitas. Para o filósofo alemão, o homem tende à infelicidade, regra geral da existência humana²: “Cierto es que cada desdicha particular parece una excepción, pero la desdicha general es la regla” (SCHOPENHAUER, 1964:87). Enquanto está envolvido com sua subsistência, o homem não é feliz. Apenas quando atinge a suficiência, ou seja, quando satisfaz suas necessidades básicas – naturais e artificiais, estas criadas *ex novo* –, é que o ser humano pode ser feliz.

Ao superar a natureza que o ameaça a todo momento com a morte, com a doença e com a incapacitação para o trabalho, o ser humano está apto a experimentar a felicidade. Mas, de acordo com Schopenhauer, ainda assim tal lhe será negado. Mesmo depois de vencer a barreira da subsistência elementar, haverá o ser humano de enfrentar as mazelas que a riqueza traz consigo. A acumulação de bens materiais com a qual se transforma a suficiência em opulência reduz o homem a escravo de seus

2 Freud concorda com tal assertiva, embora trate o problema por meio de uma perspectiva diversa da de Schopenhauer: “Ficamos inclinados a dizer que a intenção de que o homem seja ‘feliz’ não se acha incluída no plano da ‘Criação’. O que chamamos de felicidade no sentido mais restrito provém da satisfação (de preferência, repentina) das necessidades represadas em alto grau, sendo, por sua natureza, possível apenas como uma manifestação episódica” (FREUD, 1997:24). Mas Freud também escreve, poucas páginas depois, com esperança amarga: “A felicidade, no sentido em que a reconhecemos como possível, constitui um problema da economia da libido do indivíduo. Não existe uma regra de ouro que se aplique a todos: todo homem tem que descobrir por si mesmo de que modo específico ele pode ser salvo” (FREUD, 1997:33).

próprios bens, retirando-lhe a oportunidade de cultivar o espírito. Além disso, na opulência não há amizade independente e muito menos amor incondicional, pois todos se aproximam do indivíduo abastado por força de interesses econômicos. Contudo, o verdadeiro mal da opulência é o tédio, pois o homem não mais encontra sentido em uma vida na qual inexistem desafios a serem vencidos.

Na mesma linha de Schopenhauer, Kant afirma que a felicidade consiste na satisfação total (não basta, portanto, a satisfação parcial) das necessidades e das inclinações humanas (KANT: S./d.:29 e 37). Ora, essas necessidades podem – e muitas vezes efetivamente são – destrutivas, egoístas e particularistas. A realização da felicidade completa de uns pode consistir na simples eliminação de outros. Além disso, como os bens e os recursos de uma sociedade são sempre limitados, atender às necessidades de uma classe – teoricamente, tal garante que os indivíduos que a compõem serão felizes – significa desatender outros grupos, o que, evidentemente, põe em manifesto a impossibilidade de se atingir a felicidade total³ e, com isso, a justiça absoluta.

Reconhecido o problema, Kelsen passa a solucioná-lo. A felicidade garantida por uma ordem social deve ser objetivo-coletiva, e não subjetivo-individual. Para cumprir tal meta, a noção de justiça deve sofrer uma transformação: justo não é garantir tudo a todos, mas dar aos homens o que lhes é devido em sociedade segundo o direito vigente. Assim, é necessário pressupor alguns valores-guia que nortearão o *ius suum* social. Esses valores encarnarão a justiça entendida em um certo tempo e espaço, devendo sofrer hierarquização sob pena de se criar situações injustas nas quais um valor superior é preterido em favor de um valor inferior. Ora, a hierarquização apenas pode ser operada de modo subjetivo, pois novamente nos deparamos com o problema fundamental da inexistência de padrões objetivo-científicos para determinar o grau hierárquico dos valores adotados em uma sociedade particular⁴. Nem mesmo a ciência está autorizada a hierarquizar valores, já que possui feição cognoscitiva e não prescritiva:

3 “Se a civilização impõe sacrifícios tão grandes [...], podemos compreender melhor porque lhe é difícil ser feliz nessa civilização. [...] O homem civilizado trocou uma parcela de suas possibilidades de felicidade por uma parcela de segurança” (FREUD, 1997:72).

4 “[...] a relação entre meio e fim é uma relação entre causa e efeito, objetivamente determinável pela ciência, ao passo que o reconhecimento de um fim como valor supremo, que em si não é um meio para um fim ulterior, encontra-se além do conhecimento científico” (KELSEN, 2000:203).

Esse problema não poderá ser solucionado com os meios do conhecimento racional [...]. Isso significa que o juízo [do que é justo ou injusto, segundo uma escala de valores] só é válido para o sujeito que julga, sendo, neste sentido, relativo (KELSEN, 1998c:4-5).

Não houve e provavelmente nunca haverá consenso entre os homens sobre quais são os valores superiores e quais são os inferiores. Liberdade *versus* igualdade, afirma Bobbio, é a batalha que perpassa a história do nosso longo século XX (BOBBIO, 1994: 7 e ss.). Para um padre católico e um monge budista a palavra “honra” não tem o mesmo sentido axiológico e sequer o mesmo significado literal. Entretanto, não podem haver seis bilhões de formulações de justiça no mundo. Ao contrário, existem sistemas morais mais ou menos aceites pelos indivíduos, que assim têm sua noção particular de justiça altamente influenciada pelas relações sociais que dão conteúdo aos referidos sistemas: “Todo sistema de valores, especialmente de uma ordem moral com sua idéia central de justiça, é um fenômeno social e, conseqüentemente, distinto conforme a natureza da sociedade na qual teve origem” (KELSEN, 1998c:8).

A criação – ou assunção – de valores pelo homem e por uma comunidade de homens é um processo psicológico que, desadmitindo o subjetivismo e a relatividade dos valores, pretende-os absolutos e objetivos, *i. e.*, incontrastáveis. Tal se dá devido a uma particular necessidade psíquica do ser humano, qual seja, a de justificar sua conduta perante um padrão de moralidade que considera inquestionável. É por essa razão que na vida social a justiça é entendida como uma forma de justificação de meios para a consecução de fins pressupostos como últimos. Contudo, Kelsen sustenta que a justificação racional de uma conduta somente pode se dar de forma hipotética: se quero o fim X tenho que adotar o meio Y (ou W, caso haja uma pluralidade de meios e W pareça, sob certas circunstâncias, melhor que Y). No mundo dos valores não é possível uma justificação categórica, ou seja, de um fim último. É evidente, todavia, que a mente humana pode não se contentar com uma justificação condicionada e relativa. O homem aspira ao absoluto; é como o Fausto de Goethe, que quis o domínio do planeta

sem perceber que era o momento – e não a eternidade – que guardava o sopro mais divino da criação. Mas do fato psicológico do homem precisar se justificar tendo em vista fins últimos não decorre nenhum dever para a ciência de reconhecê-los como existentes.

Kelsen nega veementemente a idéia de uma justiça absoluta, pois do contrário o problema da justiça seria transferido para o campo da metafísica, terreno onde a fé representa a palavra final. Para a ciência, o saber vem antes da fé. O saber é o início e o fim do caminho do sujeito cognoscente. Tal caminho pode ser temperado com um fazer que, no entanto, é um “fazer sabendo” e nunca um “fazer tendo fé”.

O positivismo jurídico, ao contrário do jusnaturalismo, não pretende se basear em valores e fundamentos absolutos. Apesar do conteúdo valorativo da norma jurídica não ser objeto da ciência do direito, isso não significa que o valor não deva ser estudado por outras disciplinas, conforme nota Gavazzi (*in* KELSEN, 2000:2).

3. A justiça e o relativismo: a autonomia moral kelseniana

Ao estudar os valores Kelsen lança mão da relatividade filosófica porque, como vimos, não admite valores absolutos. O relativismo dos valores significa, de modo muito simples, que os juízos de valor não podem ter sua pretensa natureza absoluta comprovada por meio do conhecimento estritamente científico. Todavia, o relativismo não impossibilita a responsabilidade moral. Ao contrário, sobreleva-a ao transferi-la para os ombros do indivíduo.

De acordo com os preceitos do relativismo axiológico, existem várias ordens morais e todas são igualmente válidas de antemão. É o indivíduo quem deve decidir qual delas é a melhor, qual irá reger sua vida e por qual lutará. No jusnaturalismo tal possibilidade é negada ao indivíduo porque a escolha é posta nas mãos de Deus, da natureza ou da razão abstrata. Aos jurisdicionados cabe apenas seguir os mandamentos criados pelos entes transcendentais. Não há possibilidade de discussão. O positivismo relativista, por seu turno, imputa toda a responsabilidade moral ao indivíduo. Kelsen concebe a autonomia moral de modo que seja o norte de cada ser humano. Somos os únicos responsáveis pelos nossos

destinos. O peso dos nossos erros e acertos não pode ser anulado, minorado, transferido, trocado, negociado ou esquecido. Esse é o verdadeiro sentido da autonomia moral da qual fala Kelsen⁵. Sem ela – que no mundo de hoje é mais um dever do que um direito – o homem está fadado a ser apenas objeto de sua história e não sujeito, como lhe é exigível. Apenas com os olhos abertos podemos compreender a realidade para nela atuar (ARENDT, 1989:12).

Quanto à legitimação de regimes políticos, o relativismo acredita que tal somente é possível se compreendermos a própria condicionalidade que se exige em uma tal construção teórica. Essa é a única forma de justificação que uma filosofia relativista pode se permitir no campo da política, já que não se baseia na religião ou na metafísica e “[...] deixa a decisão sobre o valor social a ser posto em prática a cargo do indivíduo atuante na realidade política. Não tira, e nem pode tirar, de seus ombros o peso dessa séria responsabilidade” (KELSEN, 2000:206).

E é por não poupar o indivíduo de responsabilidades decisivas como essa que as pessoas resistem com tanto ardor a uma filosofia relativista. A maioria delas não está pronta para assumir as conseqüências de seus próprios atos ou, o que é pior, não quer fazê-lo. É preciso que alguém, seja uma autoridade metafísico-religiosa, seja um líder carismático ou mesmo a figura repressora do pai, lhes diga o que é a justiça e como devem efetivamente se comportar na sociedade. A resposta incondicional e obrigatória que tais autoridades fornecem apazigua, acalma e dilui a consciência daqueles que abdicaram da direção de suas próprias vidas. É um doce ópio que, todavia, tem se mostrado extremamente danoso para a espécie humana.

Na medida que um homem desiste de conduzir moralmente a si próprio e delega tal tarefa a uma autoridade superior – Deus, a natureza, a razão ou o Estado – a idéia de autonomia moral é diretamente negada. Não se trata de contrapor duas ordens normativas – uma jurídico-positiva e outra moral – com o objetivo de negar a validade do direito vigente, procedimento típico das doutrinas jusnaturalistas. Estar consciente da autonomia moral no trato com a justiça nada tem a ver com desobediência civil. As razões que levam

⁵ “Essa teoria [relativista] afirma que existem várias ordens morais muito diferentes entre si e que, em decorrência disso, é preciso optar por uma delas. Assim, o relativismo impõe ao indivíduo a difícil tarefa de decidir por si mesmo o que é certo e o que é errado. Isso implica, sem dúvida, uma séria responsabilidade, a mais séria responsabilidade moral que um homem pode assumir. O relativismo positivista significa autonomia moral” (KELSEN, 2000:382).

as pessoas a cumprir as ordens emanadas da autoridade competente são variadas. Não é necessário que o direito esteja de acordo com a moral que os indivíduos adotam para ser tido como válido. Da mesma forma, não é preciso acreditar que o direito, pelo simples fato de ser direito, é correto, justo, bom ou inquestionável. Trilhando o caminho aberto por Kelsen, Hart entende que apesar de os homens se comportarem segundo um dado ordenamento jurídico, desse fato não nasce o dever de concordar acriticamente com seus conteúdos⁶. Mas, infelizmente, é esse acriticismo que se tem verificado no transcorrer do desenvolvimento de nossas sociedades⁷.

4. Conteúdo da norma de justiça, ciência e valores

Ao dissertar sobre a concepção de ciência na doutrina de Kelsen, Miranda Afonso levanta um importante questionamento sobre sua função. Se, como queria Kelsen, a ciência servisse unicamente para a observação e para a descrição da realidade, ela não teria qualquer papel ativo no mundo, o que, a toda evidência, não corresponde à tarefa que ela vem desempenhando desde o seu surgimento. O objetivo de Kelsen – construir uma ciência independente das determinações do poder político⁸ – é louvável, mas talvez os resultados que traz consigo sejam mais desastrosos que o mal combatido.

A biotecnologia e a indústria pesada de armamentos e equipamentos bélicos ainda começava a engatinhar na época em que Kelsen começou a teorizar acerca de seu sistema positivista. Hoje dispomos de armas capazes de destruir várias vezes o planeta – como se fosse preciso destruí-lo mais do que uma única, fatídica e irreversível vez – e, assumindo o papel de deuses espúrios e infantis, poderemos (talvez já possamos) criar cópias

6 “Não há na verdade qualquer razão pela qual os que aceitam a autoridade do sistema não devessem examinar a sua consciência e decidir que, moralmente, não deviam aceitá-lo, muito embora continuem a fazê-lo por várias razões” (HART, 1996:202).

7 “A grande maioria dos homens serve ao Estado desse modo, não como homens propriamente, mas como máquinas, com seus corpos. São o exército permanente, as milícias, os carcereiros, os policiais, os membros da força civil, etc. Na maioria dos casos não há um livre exercício seja do discernimento ou do senso moral, eles simplesmente se colocam ao nível da árvore, da terra e das pedras. E talvez se possam fabricar homens de madeira que sirvam igualmente a tal propósito. Tais homens não merecem respeito maior que um espantalho ou um monte de lama. O valor que possuem é o mesmo dos cavalos e dos cães. No entanto, alguns deles são até considerados bons cidadãos. Outros – como a maioria dos legisladores, políticos, advogados, ministros e funcionários públicos – servem ao Estado principalmente com seu intelecto, e, como raramente fazem qualquer distinção moral, estão igualmente propensos a servir tanto ao diabo, sem intenção de fazê-lo, quanto a Deus” (THOREAU, 1997:12-13).

8 “Kelsen quis uma ciência do Direito autônoma e independente, livre de vínculos ideológicos e resguardada do poder político. E para isso escolheu a via do positivismo, concebendo a ciência como uma atividade meramente descritiva” (MIRANDA AFONSO, 1984:236).

genéticas de nós mesmos. Todavia, ao desenvolvimento científico não se seguiu um correspondente desenvolvimento ético. O autoritarismo, a exploração, a indiferença e o desrespeito completo pelo outro continuam a ser tristes constantes na história da humanidade. Urge, portanto, repensar o fundamento e os limites da ciência para além do seu aspecto formal o que, na ciência jurídica, significa discutir o espinhoso problema axiológico.

A ciência do nosso tempo não é – e nem deve ser – um bloco monolítico de conhecimentos incapaz de atuar no devir histórico do homem; antes representa uma força viva que pensa a si mesma, buscando responder questões relativas à sua legitimidade, conseqüências e responsabilidades. Daí o papel do espírito crítico (MIRANDA AFONSO, 1984:226). De acordo com Miranda Afonso, a crítica é uma etapa indispensável na construção de qualquer ciência, não se circunscrevendo apenas à Filosofia; pelo contrário, se faz presente em todo conhecimento científico que se queira completo⁹. Não é correto, na seara do Direito, minimizar o papel da crítica e transplantá-la para o terreno da Filosofia jurídica. À ciência do direito não basta somente descrever a realidade jurídica, sob pena de descaracterizar seu próprio objeto. Se a ciência natural contemporânea não renuncia à missão crítica, por que a ciência jurídica deveria fazê-lo em nome de uma pretensa neutralidade?

É por meio dessa perspectiva crítica que o papel da ciência do direito deve ser repensado, sendo inevitável o enfrentamento do problema dos valores. Miranda Afonso não acredita que pelo fato de um valor não estar objetivado em uma norma ele será tido como subjetivo, ou seja, variável ao infinito. Discordamos de sua posição. A história da Filosofia, da Ética e da ciência do direito vem demonstrando como os valores não são unívocos. A liberdade para o cidadão grego não é a mesma liberdade do burguês francês de 1789 e nem mesmo a liberdade que nós conhecemos. A idéia de dignidade da pessoa humana não é idêntica no Oriente e no Ocidente.

Afirmar a subjetividade de um valor não é uma forma de negar-lhe relevância. O grande problema não se localiza nos valores subjetivos que,

⁹ “Não podemos compreender qualquer processo de conhecimento desamparado de uma função crítica. Acharmos que a crítica é inerente ao próprio conhecimento, e admitir para a ciência do direito um papel crítico não significa descaracterizá-la como atividade científica. Significa, ao contrário, reconhecê-la como verdadeira ciência, verdadeira atividade de conhecimento que examina completamente o seu objeto, conhece-o, descreve-o e critica-o para oferecer contribuições ao aperfeiçoamento da realidade jurídica. A crítica não é função exclusiva da Filosofia. É função do próprio conhecimento, e, logo, do conhecimento científico” (MIRANDA AFONSO, 1984:230).

por não estarem resguardados por normas, fazem parte daquele espaço indevassável de autonomia moral do sujeito. O problema se radica, ao contrário, nos valores objetivos, estes sim, de observância obrigatória porque protegidos por normas jurídicas eficazes. Mas que valores merecem ser objetivados? Por que os valores X e não os valores Y? É claro que tais questões ultrapassam o âmbito estrito do positivismo kelseniano. Entretanto, o que Kelsen ensinou muito bem é que somente o direito consegue impor o respeito – não a observância íntima e incondicional – de um valor tão importante como o da dignidade da pessoa humana que, certamente, não é um “conceito”, mas um princípio, *i. e.*, uma pauta aberta que somente é apreensível em sua plenitude nas suas concretizações históricas (LARENZ, 1989:199).

Segundo Recaséns Siches, a principal tarefa da axiologia jurídica – ou estimativa jurídica – é determinar quais são os valores supremos. Entre eles o da dignidade da pessoa humana ocupa lugar privilegiado e quer dizer, muito simplesmente, que o homem tem um fim próprio e intransferível a cumprir e que, por isso mesmo, não pode jamais ser tratado como objeto (RECASÉNS SICHES, 1970:494). A existência biológica do homem considerada isoladamente não é um dado suficiente para justificar a supremacia que o direito à vida deve gozar nos ordenamentos jurídicos. É necessário que a essa realidade concreta se some a dimensão ideal da dignidade da pessoa humana, valor que nenhum poder político está autorizado a ignorar ou a desrespeitar¹⁰.

Contudo, de nada adianta afirmar que a dignidade da pessoa humana é um valor valioso. Deve-se garantir sua efetividade. E unicamente o direito pode cumprir tal *desideratum*. Sabemos que os homens não são anjos, pois do contrário não seriam necessárias normas de quaisquer espécies para regê-los. Não acredito que chegaremos um dia a prescindir de ordens coercitivas como o direito. Ainda que todos se comportassem de forma absolutamente correta segundo certo padrão de conduta eleito como o melhor

¹⁰ Sem a consideração da dignidade intrínseca à vida humana, esta passa a ser vista como mero dado manipulável pelas forças políticas. Escreve com propriedade o ensaísta espanhol Francisco Jarauta: “En el derecho arcaico se llamaba homo sacer a aquel hombre dotado del privilegio de poder matar sin cometer homicidio y, por lo tanto, sin ser sometido a muerte según las formas prescritas por el rito. Giorgio Agamben ha identificado en esta figura la clave para una relectura de nuestra tradición política. De Aristóteles a Auschwitz, del *Habeas corpus* a la *Declaración de los Derechos Humanos*, se suceden aquellos momentos en los que la vida y el poder se han encontrado dramáticamente. Cuando, en efecto, la vida pasa a ser la puesta en juego de la política y ésta se transforma en *biopolítica*, todas las categorías fundamentales de nuestra reflexión, desde los derechos humanos a la democracia, ciudadanía o soberanía popular, entran en un proceso de vaciamento y dislocación, cuyo resultado está hoy ante nuestros ojos” (JARAUTA, 2004:24).

– afirmação que, desde já, parece pertencer ao terreno do impossível – haveria sempre a possibilidade de que, no futuro, um ou alguns destoassem do modelo geral. Tal é a consequência inelutável da liberdade humana, do livre arbítrio do qual fala Santo Agostinho: o homem é livre para escolher a estrada do bem, da virtude e da perfeição ou a estrada do mal, do vício e do pecado. Se escolher o mal, será castigado. Mas nem mesmo Deus pode obrigá-lo a seguir a estrada luminosa; se assim fosse, a criatura não se assemelharia ao criador: não seria livre.

Se, como preleciona Hart (HART, 1996:174), a justiça apresenta duas faces, uma formal, segundo a qual se deve tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade, e outra material, que é, como vimos, o critério que qualifica as igualdades e desigualdades como relevantes e irrelevantes, acreditamos que cabe ao direito não apenas garantir a aplicabilidade das normas positivas, mas também se questionar sobre as igualdades e desigualdades que podem ser tidas como relevantes ou irrelevantes em face de situações concretas. O direito deve assumir a dura missão de pensar nos critérios da justiça, ou seja, na sua parte material e conflitiva. Sem dúvida, trata-se de tarefa complexa que exige um grande aprofundamento teórico. Nada obstante, alguns aspectos parecem já estar claros o suficiente¹¹.

Hannah Arendt proclama que o princípio da dignidade humana precisa de uma nova garantia, de uma “nova lei na terra” (ARENDT, 1989:13). Possibilitar esta garantia, eis o papel das ordens jurídicas contemporâneas que nem mesmo o positivismo jurídico mais esclarecido pode negar. Diferentemente do que afirma Cathrein, não é preciso adotar um ponto de vista neojusnaturalista para se vislumbrar a necessidade de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, o autor descreve – de modo algo horrorizado – situação fictícia na qual um partido de matizes socialistas assume a maioria em uma dada câmara legislativa.

¹¹ Por exemplo, diferenças de sexo, raça, credo e cor só devem ser apreciadas em contextos específicos nos quais a discriminação seja racionalmente sustentável. Hart afirma que um direito moderno não pode utilizar os mesmos argumentos de Platão e Aristóteles – jusnaturalistas clássicos – que viam os homens como naturalmente desiguais, sendo o escravo, por exemplo, um instrumento vivo (HART, 1996:176-177). A discriminação garantida pelo direito deve ser séria, racional e fundamentada. Uma ordem jurídica que leva em consideração aspectos irrelevantes para estabelecer critérios e discriminações é não apenas injusta, mas também ridícula: “Está na verdade tão profundamente arraigado no homem moderno o princípio de que os seres humanos têm direito *prima facie* a ser tratados por igual que, quase universalmente, onde as leis discriminam realmente por referência a questões tais como a cor e a raça, pelo menos amplo tributo verbal continua a ser prestado a este princípio” (HART, 1996:176).

Ato contínuo, decreta, entre outros “absurdos”, o fim da propriedade privada dos meios de produção e do matrimônio, declarando o “amor livre”. Que objetariam os positivistas em relação a tais leis, pergunta-se o autor? Não poderiam chamá-las de injustas e negar-lhes cumprimento, pois de acordo com Cathrein a única instância que se opõe ao poder constituído é a do jusnaturalismo (CATHREIN, 2002:254), constatação historicamente falsa. Contudo, se alguém quiser se opor a tais realidades – que parecem sumamente injustas aos olhos de Cathrein, mas podem ser ideais para muitos outros – deve observar se há, em tal ordem jurídica hipotética, ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para proceder à essa operação não é necessário recitar a ladainha jusnaturalista.

A objetivação de valores como o da dignidade da pessoa humana, o da fraternidade e o da liberdade dos povos urge tanto no plano nacional como no internacional. A ciência jurídica tem um importante papel nessa seara. Para tanto, precisa desenvolver um discurso racional e crítico, como sugere Miranda Afonso.

Ao lidar com conteúdos, a ciência do direito corre o inevitável risco de privilegiar uma orientação política ou um valor em detrimento dos demais, postura que pode afetar sua autonomia na busca pela verdade, conforme clara advertência de Kelsen. A ciência jurídica terá que fazer opções e correrá o risco de se equivocar, de ser subornada, coagida ou enganada pela “górgona do poder”. Todavia – parafraseando Kelsen – acreditamos que esse risco faz parte da honra do Direito. Deixar de corrê-lo constitui posição cômoda, incongruente e descompromissada com os problemas e misérias deste mundo no qual a maioria da população ainda é escrava da fome, da violência e do egoísmo. Se a ciência do direito realmente pretende fazer alguma diferença no curso da história dos homens, deve assumir a liberdade consciente e comprometida que caracteriza a autonomia moral do sujeito kelseniano no trato com a justiça. Caso contrário, resta-nos apenas o abismo: “Uma postura a-crítica perante não importa que ordem jurídica pode levar a ciência do direito a ver sua imparcialidade transformada em tácita cumplicidade” (MIRANDA AFONSO, 1984:236).

O grande problema da Teoria Pura do Direito não é, evidentemente, a legitimação de sistemas jurídicos autocráticos. Por ser formal, ela é

incapaz de fazê-lo; Kelsen nunca quis que sua doutrina chegasse a tal ponto. As acusações de que a Teoria Pura do Direito teria sido uma das bases teóricas do nazi-fascismo são tão vãs quanto desinformadas. Na verdade, o problema da teoria jurídica kelseniana não é o de legitimar sistemas jurídicos autocráticos, mas sim sua total incapacidade de deslegitimá-los em face de princípios como o da dignidade da pessoa humana. Essa é a consequência mais dramática de se localizar a ciência do direito no terreno das meras descrições da realidade (MIRANDA AFONSO, 1984:268).

É preciso superar o radicalismo kelseniano no que se relaciona à neutralidade científica. A ciência não pode se enclausurar em si mesma e desconhecer o mundo no qual atua porque é instrumento para satisfação de necessidades humanas. Einstein dizia ironicamente que a descoberta das reações atômicas não representa maior perigo do que a invenção dos fósforos (*apud* MIRANDA AFONSO, 1984:228). A forma de se utilizar a ciência é que pode ser danosa, não a ciência em si¹². A mera assunção da imparcialidade não traz qualquer segurança ou garantia para o cientista do direito e para a sociedade. Aliás, tal tomada de posição pode ser utilizada exatamente para conferir “[...] uma tácita aquiescência perante os conteúdos valorativos impostos por uma ordem jurídica de opressão e de terror” (MIRANDA AFONSO, 1984:295-296).

Não se trata de olvidar a importância das lições kelsenianas que, por sua atualidade e profundidade, merecem desenvolvimento, *i. e.*, revisão constante. O próprio Kelsen acreditava que a Teoria Pura do Direito não estava completa e que deveria continuar a ser trabalhada; não por ele, que como ser humano imperfeito atingiu seus limites, mas sim pelos outros que viriam – e vieram – depois. Talvez este seja o momento de contribuir com a

¹² Robert Musil nos fala, com ironia, sobre as diversas finalidades que se pode dar ao conhecimento científico: “A Matemática, mãe da ciência natural exata, avó da técnica, também é ancestral daquele espírito do qual finalmente brotaram os gases venenosos e os pilotos de guerra” (MUSIL, 1989:31). Nesse sentido, é curioso notar que inclusive as armas atômicas poderiam servir a um propósito de paz, pois criariam uma igualdade no cenário internacional caso todos os países dispusessem delas. É com o fim de impossibilitar essa “igualdade atômica” que as grandes potências exigem que os Estados subdesenvolvidos não possuam armas de destruição em massa. Contudo, essas mesmas grandes potências conservam intactos os seus imensos arsenais. A proposta do nivelamento atômico é sugerida por Hart e, apesar de aberrante, não deixa de ser extremamente realista: “Durante séculos, as disparidades entre os Estados têm resultado num sistema em que as sanções organizadas têm sido impossíveis, e o direito tem-se limitado a matérias que não afectavam questões ‘vitais’. Resta ver até que ponto é que as armas atômicas, quando à disposição de todos, restabelecerão o equilíbrio do poder desigual e trarão formas de controlo semelhantes, de forma mais aproximada, ao direito criminal interno” (HART, 1996:215).

grande herança kelseniana – que é, antes de tudo, uma herança crítica – ao repensar a questão da neutralidade do cientista do direito em relação aos valores.

5. Atualidade e superação do pensamento kelseniano

Como pensamento vivo, o de Kelsen não pode ser compartimentado. É preciso fundir o Kelsen da “Teoria pura do direito” ao Kelsen de “A democracia”, “O que é justiça?” e “A justiça e o direito natural”. São posições teóricas complementares. Os frutos da conjugação de ambas certamente serão ricos e instigantes.

O primeiro Kelsen tem a nos ensinar que a definição de direito não depende de nossas simpatias individuais ou de qualquer critério subjetivo, sob pena de se legitimar e deslegitimar sistemas jurídicos ao alvedrio da política do momento. Um conceito amplo de direito (*i. e.*, sem restrições materiais) como o kelseniano – o direito pode ter qualquer conteúdo – é, segundo Hart, o mais adequado para a ciência jurídica, que não obteria nenhuma vantagem ao excluir do seu campo de investigação fenômenos que reúnem todas as características necessárias ao seu enquadramento como jurídicos¹³, mas que se fossem vistos sob a perspectiva moral ou política poderiam não ser tidos como tal (HART, 1996:226).

Ao mesmo tempo, o segundo Kelsen nos faz entender que não há razão para deixar ao direito vigente a tarefa de definir a justiça. É o indivíduo quem deve fazê-lo. O poder político e a ciência do direito não podem livrá-lo desse fardo. A perquirição acerca da justiça de um certo ordenamento jurídico cabe aos seus jurisdicionados, aos seus cidadãos, não ao próprio ordenamento e muito menos à ciência jurídica, sendo certo, contudo, que a advertência de Kant deve sempre ser levada em consideração: a maioria pode estar errada. A questão, sem dúvida, envolve grande complexidade, mas parece evidente que um direito injusto é, ainda assim, direito. Considerar como jurídicas apenas as ordens normativas “justas” é uma

¹³ Quanto ao conceito amplo ou restrito de direito a visão de Hart se assemelha mas, evidentemente, não é idêntica à de Kelsen: “Seguramente, nada, a não ser confusão, resultaria duma proposta de deixar o estudo de tais regras [formalmente jurídicas, mas “imorais” ou “injustas”] a outra disciplina, e certamente nem a história, nem outra forma de estudo jurídico julgaria vantajoso fazê-lo. Se adoptarmos o conceito mais amplo de direito, podemos incluir nele o estudo de quaisquer aspectos específicos que as leis moralmente iníquas tenham, bem como a reacção da sociedade contra estas. Por isso, o uso do conceito mais restrito deve inevitavelmente fraccionar, de uma forma geradora de confusão, o nosso esforço de compreensão, não só do desenvolvimento, como das potencialidades do método específico de controlo social que se vê num sistema de regras primárias e secundárias. O estudo do seu uso envolve o estudo do seu abuso” (HART, 1996:226).

postura que, atualmente, não nos satisfaz por lhe faltar clareza e honestidade intelectual¹⁴.

Dizer que um conjunto de normas é jurídico não significa afirmar que deva ser obedecido incondicionalmente, sacrificando-se para tanto quaisquer valores. O cidadão, com base em sua autonomia moral, pode se recusar a cumprir uma norma válida, suportando, é claro, as consequências de sua decisão¹⁵. Não é preciso recorrer às fantasias jusnaturalistas para se sustentar a possibilidade de descumprimento do comando contido em uma norma jurídica válida. Para descumprir o direito não é preciso reconhecer sua “injustiça”. Ao contrário, é necessário que o indivíduo saiba perfeitamente que está desobservando uma norma jurídica válida e assim estar preparado para o que possa advir de tal prática.

Além de não trazer qualquer benefício científico, um conceito restrito de direito – ou seja, que reconhece a juridicidade das ordens normativas apenas se estiverem de acordo com uma dada ordem moral pressuposta – tampouco dá origem a vantagens práticas. O mero qualificativo de “justo” ou “injusto” não tem o condão de mudar a natureza de uma ordem normativa.

O direito justo é um direito indiscutível, imune a críticas. Todavia, não existem valores imutáveis e absolutos¹⁶. O que se requer do homem não é a construção de um tal direito, mas a compreensão de que há uma responsabilidade moral – imputável a cada indivíduo e não a entidades

14 “O que estes pensadores [os positivistas como Austin, Gray e Kelsen] estavam essencialmente preocupados em promover era a clareza e a honestidade na formulação das questões teóricas e morais suscitadas pela existência de leis concretas que eram moralmente iníquas mas foram legisladas de forma devida, claras no seu sentido, e satisfizeram todos os critérios reconhecidos de validade de um sistema. A sua visão foi a de que, ao pensar em tais leis, quer o jurista teórico, quer os infelizes funcionários ou o cidadão privado que foram chamados a aplicá-las ou a obedecer-lhes, só podiam ser confundidos por um convite de recusa do título de ‘direito’ ou de ‘validade’ relativamente a elas. Pensaram que, para encarar tais problemas, existiam recursos mais simples e cândidos, que iluminariam muito melhor todas as considerações intelectuais e morais relevantes: devíamos dizer ‘isto é direito; mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido’” (HART, 1996:223-224).

15 “Este sentido, de que há algo fora do sistema oficial, por referência ao qual o indivíduo deve, em última análise, resolver os seus problemas de obediência, é seguramente mais susceptível de manter-se vivo entre aqueles que estão acostumados a pensar que as regras de direito podem ser iníquas, do que entre os que pensam que nenhuma iniquidade pode ter em qualquer parte o estatuto de direito” (HART, 1996:227).

16 “[...] there is no norm or moral rule or value – not even the principle of *pacta sunt servanda* – which, however fundamental, ought not historically be made subject to exceptions, starting with the two chief distinguishing factors: the state of emergency and self-defence” (BOBBIO, 1998:4).

transcendentes como Deus ou a natureza – de se julgar os valores da ordem vigente segundo um padrão de justiça que garanta, pelo menos, a dignidade da pessoa humana¹⁷.

Ora, tal somente se torna possível quando o indivíduo assume aquela autonomia moral a que se refere Kelsen. Não se trata, já o dissemos, de pregar a desobediência civil *tout court*, algo que, evidentemente, não garante qualquer justiça, apenas anarquia. O que está em jogo é muito mais profundo: questiona-se sobre a capacidade do indivíduo de entender que nem sempre o direito deve ter a última palavra no que se relaciona a questões morais e de justiça. A consciência moral humana não pode ser eclipsada pelo Estado ou pelo poder e nem ser entregue a cientistas, sábios ou entes transcendentes.

Há valores ou critérios de valoração supraleais ou pré-positivos que devem ser levados em consideração sob determinadas circunstâncias (LARENZ, 1997:142). Assim sendo, os valores com os quais se julga um ordenamento jurídico sob o ponto de vista da justiça não precisam se ligar direta ou indiretamente ao direito vigente, sendo comum que o contradigam. O ser moral não está necessariamente adstrito aos comandos da ordem jurídica porque ela não apresenta critérios valorativos últimos e incriticáveis, apenas regras de conduta, estas sim, obrigatórias. O direito não pode nos obrigar a julgar uma certa situação como justa ou injusta. Ao direito, como bem demonstrou Kant, é possível coagir unicamente a conduta dos indivíduos, nunca sua vontade e consciência moral. Certamente existem situações nas quais alguns indivíduos, postos frente a um conflito de valores, prefiram suportar quaisquer castigos a cumprir ordens jurídicas válidas, mas abjetas, como, por exemplo, o bombardeio de escolas e hospitais. Alegar que uma norma tida como imoral é jurídica e por isso deve ser cumprida constitui argumentação

17 “Indubitavelmente, as ideias têm sua influência; mas dificilmente parece que um esforço para treinar e educar os homens no uso de um conceito mais restrito de validade jurídica, em que não haja lugar para leis válidas mas moralmente iníquas, seja susceptível de conduzir a um esforço da resistência ao mal, perante ameaças do poder organizado, ou a um entendimento mais perfeito do que está moralmente em jogo, quando se pede obediência. Enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, de formas a permitir-lhes dominar os outros, utilizarão as formas do direito como um dos seus instrumentos. Os homens perversos editarão regras perversas que outros obrigarão a cumprir. O que seguramente é mais necessário para dar aos homens uma visão clara, quando enfrentarem o abuso oficial do poder, é preservarem o sentido de que a certificação de algo como juridicamente válido não é concludente quanto à questão da obediência e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que os sistema oficial possa ter, as suas exigências devem no fim ser sujeitas a exame moral” (HART, 1996:226-227).

suficiente no tribunal dos homens¹⁸, mas não no de nossas consciências. Antes de sermos jurisdicionados, somos cidadãos. E antes de cidadãos, homens.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1994.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.
- _____. ZOLO, Danilo. *Hans Kelsen, the theory of law and the international legal system: a talk*. In *European journal of international law*, vol. 9 (1998), nº 2, pp. 355-367. Texto disponível em <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No2/index.html>.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito: filosofia e metodologias jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Forense: Rio de Janeiro, 1966.

18 A acusação de que os funcionários da Alemanha totalitária descumpriram o direito natural ao observarem as normas positivas vigentes no III Reich é tão aberrante como a legislação nazista. A afirmação pode parecer chocante, mas é mais fácil visualizar a sua arbitrariedade quando analisamos uma situação na qual não há a completa insanidade que caracterizou o regime hitleriano: O partido A, que tomou o poder após um processo revolucionário, condena os seus opositores do partido B – agora derrotados, mas antes dirigentes do país – por terem descumprido o direito natural – que, evidentemente, corresponde às crenças pessoais e morais do partido A – ao observarem o direito positivo que vigorava enquanto ainda eram os competentes para sua elaboração. É óbvio que um sistema jurídico novo não pode condenar o anterior como antijurídico por não lhe ser simpático ou semelhante. Não se pode condenar os funcionários que exerceram suas funções durante a época em que o partido B era o dominante simplesmente porque fizeram o que lhes era exigível: cumprir o direito positivo. Esse é o sentido de um princípio básico do direito contemporâneo segundo o qual não se pode ser culpado por um delito que não existia no momento de sua prática. Hart, tornando a questão ainda mais espinhosa, retorna ao tema do nazismo: “Pode-se admitir que os informadores alemães, os quais com fins egoístas levaram outros a ser punidos no domínio de leis monstruosas, fizeram o que a moral proibia; contudo, a moral pode também exigir que o Estado puna só os que, ao fazerem o mal, tenham feito o que o Estado nesse tempo proibia. Isto é o princípio de *nulla poena sine lege*. Se tiverem de introduzir-se limitações a este princípio para evitar algo considerado como um mal maior do que o seu sacrifício, é vital que as questões em jogo sejam claramente identificadas. Um caso de punição retroactiva não deve fazer-se aparecer como um caso vulgar de punição por acto ilegal ao tempo da sua prática. Pelo menos, pode ser reivindicado a favor da doutrina positivista simples que as regras moralmente iníquas podem ainda ser direito, e que tal não mascara a escolha entre males que, em circunstâncias extremas, pode ter de ser feita” (HART, 1996:228). Posta dessa maneira, a questão parece ter solução bastante insatisfatória: v.g., nenhum nazista poderia ser responsabilizado por seus atos, já que apenas cumpriu o direito vigente. Se aplicarmos à risca os postulados do formalismo kelseniano também chegaremos a tal conclusão. Nesse sentido é que se entremostra a necessidade de transcendê-lo. Lado outro, Arendt entendia que na Alemanha totalitária não havia qualquer direito, nem natural e muito menos positivo (ARENDT, 1989:516-517). O que havia era uma ordem de terror. A toda evidência, não se trata apenas de uma questão vocabular. Trata-se de problema urgente que ainda não foi resolvido de maneira satisfatória, mas cujo deslinde, segundo nos parece, deve passar obrigatoriamente pela consideração das idéias de tolerância e dignidade da pessoa humana.

- CATHREIN, Victor. *Filosofía del derecho: el derecho natural y el positivo*. Traducción de Alberto Jardon. 7ª edición. Madrid: Reus, 2002.
- FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão e a sexualidade feminina*. Tradução de José Octávio de A. Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1969.
- _____. *O mal estar na civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- JARAUTA, Francisco. *Fragmentos políticos sobre la muerte*. In *Babelia* (suplemento literário do jornal *El país*) nº 646, Madrid, 9 y 10 de abril de 2004.
- KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Edições 70: Lisboa, s./d.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Estudo introdutório de Giacomo Gavazzi. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *A ilusão da justiça*. Tradução de Sérgio Tellaroli. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
- _____. *A justiça e o direito natural*. Estudo introdutório e tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1963.
- _____. *O problema da justiça*. Estudo introdutório de Mario G. Losano. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- _____. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998c.
- _____. *Teoria pura do direito* (edição de 1960, definitiva). Tradução de João Baptista Machado. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O direito e os valores (reflexões inspiradas em Franz Brentano, Max Scheler e Hans Kelsen)*. In *Revista do centro acadêmico Afonso Pena*, ano IV, nº 8 (nova fase), pp. 15-62. Belo Horizonte: Centro Acadêmico Afonso Pena/Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1999.

- O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen.* Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1984.
- MUSIL, Robert. *O homem sem qualidades.* Tradução de Lya Luft e Carlos Abbenseth. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.
- PÁVITCH, Milorad. *Paisagem pintada com chá.* Tradução de Aleksandar Jovanovic. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho.* 4ª edición. México: Porrúa, 1970.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *El amor, las mujeres y la muerte.* Traducción y selección de textos de Dionisio Garzón. Buenos Aires: Malinca Pocket, 1964.
- THOREAU, Henry David. *A desobediência civil.* Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: L & PM, 1997.
- João Baptista Machado. *Colímbia: Arménio Amado, 1963.*
- O problema da justiça. Estudo introduzido de Mario G. L. Osório.
- Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins
- Fontes, 1998b.
- O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da
- ciência. Tradução de Luis Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo:
- Martins Fontes, 1998c.
- Tópicos para o direito (edição de 1980, definitiva). Tradução de
- João Baptista Machado. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes,
- 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Tradução de José
- Lamego. 3ª edição. Lisboa: Calisto Tanzi, 1997.
- MIRANDA AFRONSO, Elza Maria. O direito e os valores reflexivos
- inspirados em Franz Brentano. Max Scheler e Hans Kelsen. In
- Revista do centro acadêmico Afonso Pena, ano IV, nº 8 (nov. 1998),
- pp. 15-82. Belo Horizonte: Centro Acadêmico Afonso Pena.
- O (11-01-1999). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,
- 1999.