

O PROBLEMA DA JUSTIÇA: UM DIÁLOGO COM HANS KELSEN EM SUA APRESENTAÇÃO DAS NORMAS DE JUSTIÇA DO TIPO RACIONAL

THE PROBLEM OF JUSTICE: A DIALOGUE WITH HANS KELSEN IN HIS PRESENTATION OF RATIONAL JUSTICE NORMS

Marcus Geandré Nakano Ramiro

Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UniCesumar / Maringá PR). Pesquisador Bolsista na Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Mestre e Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito e Música pela Universidade Estadual de Maringá.

Fernando Rodrigues de Almeida

Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UniCesumar/Maringá PR) como bolsista CAPES/PROSUP. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Professor de Filosofia do Direito e Direito Constitucional no Curso de Direito das Faculdades Maringá.

RESUMO: Hans Kelsen, em seu livro “O problema da justiça”, partindo de sua teoria positivista, expõe parte de seu pensamento acerca do tema, dividindo as normas de justiça em dois tipos: racional e metafísico. Para melhor explicar seu entendimento faz um elenco de diversas normas de justiça existentes ao longo da história apresentando-as a partir de seu ponto de vista. O presente trabalho propõe um diálogo com Hans Kelsen oferecendo outros pontos de vista para o entendimento das normas elencadas e expostas por ele, buscando compartilhar com os estudiosos do tema, um outro olhar sobre o problema da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: O problema da justiça; Normas de justiça; Positivismo jurídico; Direito natural.

ABSTRACT: Hans Kelsen, in his book “The problem of justice”, starting from his positivist theory, exposes part of his thinking on the theme, dividing the norms of justice into two types: rational and metaphysical. In order to better explain his understanding, he makes a list of several norms of justice that existed throughout history, presenting them from his point of view. The present work proposes a dialogue with Hans Kelsen offering other points of view for the understanding of the norms listed and exposed by him, seeking to share with other

scholars of the subject, another view on the problem of justice.

KEYWORDS: The problem of justice. Norms of justice. Legal positivism. Natural law.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Considerações iniciais sobre as normas de justiça no pensamento kelseniano. 2 Análise crítica à apresentação das normas de justiça do tipo racional. 2.1 A fórmula do *sum cuique*. 2.2 As fórmulas advindas do cristianismo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história foram incontáveis os estudiosos que se debruçaram sobre o tema da justiça, seja na tentativa de defini-la, seja na de apresentar uma fórmula que fosse capaz de resumi-la. Sendo um tema tão querido à humanidade, que espera ver na justiça a possibilidade de uma vida a ser vivida em plenitude – e por todos – essa hercúlea tarefa passou pelas mais dedicadas mãos da Filosofia e da Teoria do Direito, produzindo um vasto e precioso material que por mais que seja estudado, sempre encontra possibilidade de novas visitas, novos olhares, novos caminhos.

E é neste contexto que o presente trabalho propõe um diálogo com Hans Kelsen quando de sua apresentação das normas de justiça do tipo racional expostas em seu livro “O problema da justiça”. Nesta obra Hans Kelsen apresenta suas noções iniciais do que seja justiça, através de um intrincado raciocínio sobre os pressupostos, qualidades e limites daquilo que seja justo; discorre sobre a impossibilidade de os juízos de valor incidirem sobre as normas e da independência da validade da norma positiva em relação à norma de justiça.

Expõe também, de modo muito claro, seu pensamento sobre qual seria a tarefa da ciência perante as normas de justiça, não devendo – a ciência – decidir o que é justo, mas simplesmente descrever aquilo que de fato foi valorado como justo, mantendo a distância necessária para não se identificar com os juízos de valor que estuda. Nesta esteira de pensamento traz ainda uma distinção entre as normais de justiça do tipo metafísico e as normas de justiça do tipo racional, sendo, estas últimas, o objeto do diálogo proposto neste estudo.

Para melhor explicar os tipos acima apresentados, Kelsen percorre a história extraindo dela diversas fórmulas que se encaixem em sua divisão, caminhando desde a filosofia grega, passando pelo Direito Romano, pelo cristianismo, pelo pensamento kantiano, encontrando-se com Rousseau e chegando em Marx, expondo, a seu modo, como cada um desses pensamentos se espriam em um conceito de justiça por seus autores.

Entretanto, a exposição de Kelsen – não se sabe se por vontade própria de apenas ganhar uma discussão inicial ou se realmente por um descuido de sua parte – pode encontrar contraponto e até mesmo falhas conceituais ou em seu encadeamento lógico, colocando em discussão as premissas que são apresentadas para se chegar às conclusões por ele feitas. Depois de muita reflexão, o presente estudo parte do entendimento de que ele tenha querido apenas ganhar a discussão em uma reflexão inicial, posto que outras obras e estudos sobre justiça foram posteriormente feitos pelo autor, com conclusões diferentes das quais se chega na presente obra.

Desta forma, o presente trabalho propõe um recorte nas normas de justiça do tipo racional, elegendo algumas dentre as que foram apresentadas por Kelsen e estabelecendo um diálogo que possa levar os estudiosos do tema a uma reflexão sobre as reais intenções do autor ao assim apresentá-las. Sendo todo o mundo e toda a história do Direito intimamente dependentes das discussões sobre este tema, mesmo sem ter certeza de quais foram suas intenções ao fazê-lo, será um prazer e uma honra ter esse diálogo com tão nobre figura.

Para tal, na primeira parte do trabalho apresentar-se-ão considerações iniciais sobre as normas de justiça no pensamento de Hans Kelsen a partir de seu positivismo jurídico, onde confronta as normas de justiça com as normas válidas do direito positivo, objetivamente postas a partir de uma norma hipotética fundamental. Em seguida, dentro do diálogo proposto propriamente dito, faz-se um recorte nas várias normas por ele apresentadas, separando, dentre as normas de justiça do tipo racional, aquelas a que se propõe dialogar com o autor.

Para tal diálogo, parte-se de uma hermenêutica do direito natural desvinculada do metafísico e do divino, caminhando-se sobre a necessária e incessante busca do ser humano para se compreender o que é devido a cada um a partir do desenvolvimento racional e da prática das virtudes. No diálogo acerca das normas advindas do cristianismo, busca-se, a partir de uma visão global histórico-teológica dos textos-base, estabelecer o contraponto no entendimento das normas inicialmente apresentadas como de justiça.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS NORMAS DE JUSTIÇA NO PENSAMENTO KELSENIANO

Hans Kelsen inicia sua explanação sobre as normas de justiça indicando ser – a justiça – “uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos” (KELSEN, 2003,

p. 3)¹; por primeiro, de um indivíduo, de modo que este pode ser justo ou injusto, representando então uma virtude, uma qualidade moral, que se exterioriza em sua conduta em face dos outros indivíduos, sendo então uma conduta social.

Tal conduta social será justa quando se adequar a uma norma que constitui um valor de justiça e que prescreva tal conduta; sendo as normas morais, normas sociais, a norma de justiça é então uma norma social. Há, entretanto, um problema: nem toda norma moral é uma norma de justiça; apenas uma norma que prescreva uma conduta em face de outrem assim poderá ser considerada, de modo que se pode dizer que justiça é a “qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens” (p. 6). Para se identificar então se uma conduta é justa ou injusta, basta confrontá-la com a norma de justiça que determinou o dever-ser.

Todavia, uma norma também pode ser qualificada como boa ou má, como justa ou injusta, que é o que acontece quando avaliamos uma norma através de outra norma, chegando à conclusão de que uma norma do direito positivo será justa quando corresponder a uma norma de justiça. Parte-se do pressuposto que a norma do direito positivo e a norma de justiça sejam concomitantemente válidas, o que, no entanto, não será possível se ambas estiverem em contradição, caso em que uma delas terá de ser considerada inválida; se houver então uma norma de justiça válida, não poderá também ser considerada como válida uma norma de direito positivo que a contradiga.

Inicialmente, o direito natural puxa para si tais raciocínios, de modo que apenas será válida uma norma de direito positivo quando esta corresponder a um valor de justiça absoluto advindo do direito natural, ou seja, o que vale, na verdade, é então a norma de direito natural, vez que a de direito positivo apenas será válida se corresponder a ela. Assim, “na independência da validade do direito positivo, da relação que este tenha com uma norma de justiça, reside o essencial da distinção entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico”. (p. 7).

Para Kelsen, o valor de justiça do ato normativo deve ser distinguido do valor jurídico que as normas do direito positivo possuem, ou seja, pela doutrina do direito positivo, uma norma não possui valor jurídico por ser posta através de um ato que possua valor de justiça positivo, constituindo sim um valor jurídico positivo mesmo quando tenha um valor de justiça negativo. Se ambas corresponderem, dir-se-á que a norma do direito positivo é justa; mas a

¹ No presente trabalho, quando se citar Hans Kelsen, refere-se exclusivamente ao seu livro “O problema da justiça”, indicando-se, a partir de então, apenas as páginas da obra cuja referência completa encontra-se no final deste trabalho.

questão é que justiça ou injustiça não são, em verdade, qualidades da norma positiva, mas sim “qualidades do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o sentido” (p. 9), ou seja, “a injustiça reside no fato de os atos que estabelecem contradizerem uma norma de justiça, quer dizer, no fato de, segundo esta norma, não deverem ser postas.” (Id.)

O que existe então é um ato cujo sentido subjetivo, que desemboque num dever-ser, seja injusto do ponto de vista de uma norma de justiça considerada válida. Se uma norma, no sentido objetivo, foi posta de acordo com a norma fundamental da ordem jurídica, a norma de justiça não poderá ser tida como válida. O direito positivo, como tal, não tem validade própria, mas sim o ato que o estatui. Para Kelsen, este é justamente o princípio do positivismo jurídico:

Desta análise resulta que a proposição que afirma que uma norma do direito positivo ou é justa ou injusta apenas pode significar: quando se pressupõe uma determinada norma de justiça como válida, o ato pelo qual é posta a norma de uma determinada ordem jurídica positiva, isto é, o ato cujo sentido subjetivo é esta norma, é justo ou injusto conforme corresponda ou não à norma de justiça. A existência do ato não é inconciliável com a validade da norma de justiça. Também pode existir um ato que não corresponda a uma norma. Quando porém, está em causa a validade da norma de uma ordem jurídica positiva, quer dizer: quando se põe a questão de saber se o sentido subjetivo do ato deve também ser considerado como seu sentido objetivo, não porque o ato corresponda à norma de justiça mas porque foi posto de conformidade com a norma fundamental – e, portanto, ainda na hipótese de o seu sentido subjetivo não corresponder à norma de justiça –, então a norma de justiça não pode ser considerada como válida ao mesmo tempo que a norma jurídica positiva. (p. 11-12).

Assim, pela doutrina do direito positivo, será considerado como justo o tratamento de um indivíduo para com o outro, quando este corresponder a uma norma que é tida como justa; entretanto, saber por que essa norma é assim considerada, levará, em última análise a uma norma fundamental por nós pressuposta e que constitui um valor de justiça, de modo que uma teoria jurídica positivista, nada tem a ver com a apreciação ou valoração do seu objeto.

A partir de tudo isso, Kelsen divide as normas de justiça em: normas de justiça do tipo metafísico e normas de justiça do tipo racional. As primeiras trazem como característica o fato de, por sua própria natureza, partir de uma instância transcendente que ultrapassa o conhecimento humano baseado na experiência, sejam consideradas metafísicas não apenas por sua proveniência, mas também pelo seu conteúdo, que não é, muitas vezes capaz de ser compreendido pela razão humana.

Para se valer dessas normas, deve-se acreditar não apenas na justiça que lhes é inerente como também em sua fonte geradora transcendental, excluindo, no caso, qualquer possibilidade de outro ideal de justiça, por seu próprio expediente, senão este. Tal crença faz

de tal norma algo invencível, do qual o ser humano, por sua natureza de ente criado, deve se esforçar em apenas cumprir.

Do contrário, as normas de justiça do tipo racional são aquelas em que não há pressuposto transcendental, mas pensadas e estatuídas por atos humanos, valem-se da razão para sua compreensão. Alguns têm essas normas como evidentes, outros como algo que apenas com muito esforço se consegue compreender, de modo que, para Hans Kelsen, caberá ao investigador o estudo dos valores de justiça constituídos a partir destes ideais, o que se empreende por ele próprio na apresentação das fórmulas que se seguem.

2 ANÁLISE CRÍTICA À APRESENTAÇÃO DAS NORMAS DE JUSTIÇA DO TIPO RACIONAL

São 13 normas de justiça do tipo racional e 3 do tipo metafísico apresentadas por Hans Kelsen em “O problema da justiça”. Dentre as normas do tipo racional pode-se apresentá-las com os seguintes títulos: a Fórmula do “suum cuique”, a Regra de Ouro, o Imperativo Categórico de Kant, a Fórmula de São Tomás de Aquino, o Costume como constitutivo do valor justiça, o Meio-termo aristotélico, o Princípio Retributivo como princípio de justiça, o Princípio da Equivalência entre a prestação e contraprestação como norma de justiça, o Princípio de Justiça Comunista formulado por Marx, o Preceito do amor ao próximo, a Ideia de Liberdade como fundamento da justiça, o Contrato Social e o ideal de justiça na democracia liberal e, por fim, Justiça e Igualdade.

Hans Kelsen, em verdade, não nomina as fórmulas; cuida apenas de apresentá-las e expor sua opinião sobre elas, sem, contudo, descuidar do convencimento necessário daqueles se vão acompanhar sua linha de pensamento.

Em resumo, na Fórmula do “suum cuique” apresenta o “dar a cada um o que é seu” como primeiro grande destaque de fórmula de justiça ao longo da história, buscando demonstrar como é uma fórmula vazia de conteúdo, vez que não determina o que pede, carecendo de outra norma que indique o que é de cada um. Na Regra de Ouro, o “amar ao próximo como a si mesmo”, que coloca a medida da justiça na própria pessoa a quem a regra é destinada.

No Imperativo Categórico de Kant as discussões sobre o princípio moral “age sempre de tal forma que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal”. Na fórmula de São Tomás de Aquino, apresentada como “faz o bem, evita o mal”, as discussões sobre a conceituação de bem; no costume como constitutivo do valor justiça, as discussões

sobre o fraco fato gerador, muitas vezes pendente de fundamentação ética, que é o costume. No meio-termo aristotélico, as argumentações sobre a dificuldade de se mensurar o meio indicado pelo estagirita.

Passa-se ainda pelo antigo princípio retributivo de justiça, melhorado, mas ainda muito aplicado na contemporaneidade. Ponto de destaque são as suas considerações sobre a justiça comunista formulada por Marx, trabalhando o entendimento e os contrapontos sobre “a cada um segundo suas capacidades; a cada um segundo suas necessidades.” Por fim, o preceito do amor ao próximo, vinculado à Regra de Ouro e à fórmula de São Tomás e as ideais do Contrato Social e de justiça na democracia liberal.

Infelizmente, por uma questão de delimitação a partir da afinidade temática e do espaço concedido para a exposição das ideias, o trabalho limitar-se-á ao estudo de apenas algumas fórmulas, quais sejam, a Fórmula do “suum cuique” e das normas advindas do cristianismo, que são apresentadas na Regra de Ouro, na Fórmula de São Tomás de Aquino e no Preceito do Amor ao próximo.

2.1 A FÓRMULA DO “SUUM CUIQUE”

De acordo com Kelsen, a fórmula de justiça mais frequentemente usada é conhecida como “suum cuique”, segundo a qual se deve dar a cada um o que é seu. Apesar de trazê-la apenas em recorte, a fórmula, advinda do Direito Romano, é apresentada em completude como “suum cuique tribuere, neminem laedere et honeste vivere” que, conforme Alf Ross (2003, p. 321) pode ser traduzida como dar a cada um o que é seu, não lesar a ninguém e viver honestamente.

Ao apresentar a fórmula, Kelsen indica que “a questão decisiva para a aplicação desta norma – o que é ‘seu’, o que é que é devido a cada um, o que é o seu direito – não é decidida pela mesma norma” (p. 18) de modo que a fórmula acaba conduzindo “à tautologia de que a cada qual deve ser dado aquilo lhe deve ser dado” (Id.). Desta forma, esta norma não poderia ser, por si só, uma norma de justiça, visto que é dependente do valor ou de valores que são constituídos por meio de outras normas do ordenamento.

Alf Ross (2003) segue na mesma linha de pensamento de Kelsen, indicando que:

Foi, amiúde, repetida com insistência, como se tratasse da quintessência da sabedoria. Entretanto, trata-se de pura ilusão que atinge a aparência de algo óbvio porque não diz, absolutamente nada. “Dar a cada um o que seu soa esplêndido”. Quem ousará questioná-lo? A única dificuldade é que esta fórmula pressupõe que eu saiba o que é devido a cada pessoa como “o seu” (quer dizer, como seu direito). A fórmula é, assim, carente de significado

visto que pressupõe a posição jurídica para a qual deveria servir de fundamento. (p. 321).

No diálogo proposto pelo trabalho, pode-se dizer a Kelsen que não se encontra nos escritos de Ulpiano nem em outros compilados do Direito Romano a intenção ou indicação de que o “suum cuique” fosse querido ou apresentado, por si só, como uma super fórmula de justiça. Talvez alguns estudiosos do tema possam ter, ao longo da história, a apresentado como tal, mas não é o que se encontra em seu nascedouro.

Em Roma, segundo Hervada (1982), os juristas conseguiram transformar o direito em uma arte, de modo que aquilo que correspondia a cada um chamaram de “ius”; à ciência que consistia em saber desvendar o “ius” chamaram de “ars iuris” ou arte do direito; à virtude que constantemente leva a deslindar o “ius”, chamou-se justiça.

Dar a cada um o que é seu, o que lhe é devido, em nenhum momento foi apresentado como fórmula pronta ou forma de encaixe perfeito de justiça como quer apresentar Kelsen, mas sim um desenvolvimento necessário ao ser humano, que, como arte, necessita de uma visão mais ampla, integral das fontes materiais do direito, de um aprimoramento de sua sensibilidade para que se possa saber o que é devido a cada um em cada situação:

Este saber umas vezes é simples, outras é complicado; umas vezes está ao alcance de todos, outras está só ao alcance dos peritos. Simples ou difícil, é uma arte: o “ars iuris” ou arte do justo (arte do direito). E aqueles que eram peritos nele foram chamados pelos romanos de “iuristae” ou juristas. Estes juristas eram peritos na arte de deslindar o seu (o “ius”) para que quantos a eles recorriam atuassem em consequência. (HERVADA, 1982, p. 15)

Para Hervada (1982), quando a vontade desenvolve o hábito de dar a cada um o que é lhe é devido, o que é seu, quando se desenvolve uma disposição permanente que tende a esta conduta, pode-se dizer que se tem a virtude da justiça, que conforme Tomás de Aquino na Suma Teológica (II-II q. 58, a. 1) não atribui em si as coisas, mas sim se conduz pelo fato de já estarem previamente atribuídas, como destaca ao dizer que “se alguém quisesse reduzir a definição de justiça à sua forma devida, poderia dizer que ‘justiça é o hábito pelo qual um, com vontade constante e perpétua, dá a cada um o seu direito’”.

Nesta linha de pensamento, a justiça segue-se ao direito; a justiça, como já dito, é a virtude de se compreender, respeitar e atribuir o direito, e não, cria-lo. A constituição do direito é um ato de poder, não de virtude. “Direito justo” ou “direito injusto” são expressões que apenas podem ser usadas em relação ao direito positivo, quando por um acerto ou erro de quem detém o poder se atribui ou se nega a alguém o que lhe é devido, de modo que o que preexiste ao direito positivo não seria a justiça, mas sim o direito natural.

Mas dizer que o direito natural preexiste ao direito positivo pode fazer com que o

diálogo com Kelsen se encerre aqui, e de maneira ríspida.

Entretanto, o que se propõe neste diálogo é a visão um pouco diferente acerca da doutrina do direito natural, que a desvincula de algo que seja divino (ou metafísico, como apresenta Kelsen na divisão das normas de justiça), mas sendo como aquilo que, por natureza, é atribuído à pessoa humana e que, sem o qual, ela deixaria de ser humana (ou perderia, aos poucos, sua humanidade); até mesmo quando não se tratar de questões intimamente ligadas a direitos humanos, mas também naquelas mais simples do dia a dia, se categorizadas, sempre têm uma melhor maneira de serem realizadas, devendo então, cada um se esforçar para deslindar o “ius” de cada ação que é colocada à sua frente, a cada momento, ao longo de toda a sua vida.

Talvez o diálogo possa encontrar consenso no sentido de que não se propõe aqui a existência de uma “sobrenorma” de justiça (muito menos metafísica) ou algo perfeito; mas o buscar de uma excelência; um constante processo de se encontrar, em cada situação, aquilo que seria o mais adequado em sua realização, o que não vai necessariamente de encontro ao pensamento kelseniano:

Uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em nenhuma das muitas normas de justiça – pois não pode dar a nenhuma delas preferência sobre as demais – mas, (...) numa norma fundamental hipotética (isto é, proposta pelo pensamento jurídico) por força da qual nos devemos conduzir e por força da qual devemos tratar os homens conforme uma primeira constituição histórica, global e regularmente eficaz, sem importar a questão de saber se a ordem jurídica erigida em conformidade com esta constituição corresponde ou não a qualquer norma de justiça. Na medida em que esteja em causa a validade do direito positivo, não importa tomar em consideração nenhuma outra, além desta norma fundamental, e, especialmente nenhuma norma de justiça há que deva ser levada em conta. (p. 70)

Para Agamben (2016) – num contexto em que trata sobre os conflitos entre a legalidade e a legitimidade na contemporaneidade, mas que se encaixa muito bem no presente diálogo – as regras de direito natural e de direito positivo devem estar presentes na sociedade, sem necessariamente ter de se confrontar, tendo em vista que “as instituições de uma sociedade só continuarão vivas se ambos os princípios (que em nossa tradição também receberam o nome de direito natural e direito positivo, de poder espiritual e poder temporal ou, em Roma, de ‘auctoritas’ e ‘potestas’) se mantiverem presentes e nelas agirem, sem nunca pretender que coincidam.” (AGAMBEN, 2016, p.11)

Deixa-se então de lado o fundamento metafísico-religioso da doutrina do direito natural, para retomar a necessária busca da excelência de cada ação a que já se referia Aristóteles em sua “Ética a Nicômaco”. O deslindar do “ius” não seria então algo divinamente

revelado, mas uma conquista a ser alcançada através da busca e da prática da excelência moral, pois “a prática da excelência moral é, sobretudo, um processo individual, uma prática que estabelece os limites da vida e das ações de cada pessoa. É uma atitude frente a todas as ocasiões, os desafios que a vida apresenta. É uma ação ou omissão. E apequena ou engrandece a natureza humana, dependendo da disposição do agente”, (CHALITA, 2003. P. 108)

Desta forma, acredita-se que pode haver sim confluência entre o “suum cuique” (a partir do modo como se propõe no presente diálogo) com o pensamento kelseniano, pois “se partimos de um ponto de vista racional-científico, não-metafísico, e reconhecemos que há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, nenhum dos quais exclui a possibilidade de um outro, então apenas nos será lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através destes ideais” (p. 17).

O ser humano é então convidado, no momento da história da qual faz parte, utilizando-se de sua capacidade racional, do reconhecimento de suas limitações (ou, parafraseando Sócrates, sabendo aquilo que não sabe), da prática das virtudes e através de um acesso irrestrito ao acervo da humanidade e da busca cada vez maior de sua compreensão, de sua decodificação, tentar deslindar “o que é de cada um”. Neste sentido, Bauman (1997) contemporaneamente anima a todos nesta busca, neste resgate moral, necessário para a superação dos dilemas da pós-modernidade:

O que sabemos com certeza é que curar a fraqueza aparente da consciência moral cabe ao eu moral, em geral desarmado perante a ‘opinião unânime de todos os que o cercam’ e de seus porta-vozes eleitos ou automeados; ao passo que o poder, que aquela opinião unânime controlava, não era absolutamente nenhuma garantia de seu valor ético. Sabendo disso, temos pouca escolha, a não ser apostar naquela consciência que, embora lânguida, só ela pode instilar a responsabilidade de desobedecer ao comando de fazer o mal. (BAUMAN, 1997, p. 348).

Quanto mais o ser humano se conscientizar desta necessidade e, neste itinerário, quanto mais se visitar este acervo, se for ao seu encontro, maior será a capacidade de conseguir responder às demandas sociais de um mundo cada vez mais complexo, mas que precisa saber o que é de cada um.

2.2 AS FÓRMULAS ADVINDAS DO CRISTIANISMO

Na continuidade do presente diálogo, prossegue-se na temática da justiça, mas troca-se sua fonte, sua origem. Kelsen, após sua explanação sobre o que pensa do “suum cuique”, passa para a norma de justiça do tipo racional a que chama de “regra de ouro”. Depois de uma

leitura geral da obra, percebe-se que é possível agregar a ela outras normas que Kelsen – acredita-se, propositalmente – separou. Para se falar sobre elas, apresentamo-las como “as fórmulas advindas do cristianismo”, quais sejam, a Regra de Ouro, a Fórmula de São Tomás de Aquino e o Preceito do amor ao próximo.

Kelsen não fala, inicialmente, que a Regra de Ouro vem do cristianismo; simplesmente a apresenta como uma regra que diz “não faças aos outros o que não queres que façam a ti” e que pode ser traduzida no princípio de justiça que diz que “devemos tratar os outros tal como gostaríamos de ser tratados”. Entretanto, aos estudiosos dos textos bíblicos judaico-cristãos, sabe-se que este mandamental foi apresentado por Jesus em um de seus diálogos com os fariseus, retratado através do evangelista Mateus:

Os fariseus, ouvindo que ele fechara a boca dos saduceus, reuniram-se em grupo e um deles – a fim de pô-lo à prova – perguntou-lhe: “Mestre, qual é o maior mandamento da Lei?” Ele respondeu: Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma e de todo o teu espírito. Esse é o maior e o primeiro mandamento. O segundo é semelhante a esse: Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Desses dois mandamentos dependem toda a Lei e os Profetas. (Mt 22,34-40)².

Jesus, que se apresenta não como aquele que veio para abolir a Lei, mas para lhe dar pleno cumprimento (cf. Mt 5,17) explica então ao fariseu o mandamental que, dentro do contexto histórico vivido pelo “povo de Israel” apresentava-se como “o principal” dentro da Lei que até então deveria conduzir o dever-ser deste mesmo povo. E Kelsen, valendo-se deste recorte bíblico, põe-se a questionar como realmente seria a aplicação deste mandamento em que “devemos tratar os outros tal como gostaríamos de ser tratados”.

Buscando apresentar um raciocínio lógico, Kelsen traz que tal mandamento excluiria do mundo jurídico qualquer possibilidade de correção dos indivíduos de uma sociedade, visto que “ninguém gosta de ser censurado” (p. 19), de modo que “sem a possibilidade de censurar a educação é impossível” (Id.). Outros silogismos são apresentados por Kelsen como “muitos gostam de ser lisonjeados; para a maioria dos homens uma verdade desagradável é indesejável. Desejam ser enganados” ou “a moral prescreve que não mintamos. Todavia, alguém pode não fazer caso de que os outros lhe mintam, porque se considera esperto bastante para descobrir as suas mentiras” (Id.) cuja conclusão seria então que este poderia mentir.

Entretanto, sem querer ser ofensivo – num diálogo construtivo como o que se propõe no presente trabalho –, estes silogismos não parecem estar corretos. Não se vê como acertada a afirmação da premissa ninguém gosta de ser censurado. Talvez a maioria não goste, ou uma

² Os textos bíblicos citados no trabalho são todos extraídos da tradução da Bíblia de Jerusalém.

parte das pessoas, mas dentro de um contexto educacional, de alguém que conscientemente busca sua evolução racional, seu desenvolvimento emocional ou até mesmo a desenvoltura numa arte ou num esporte, talvez a correção seja algo imprescindivelmente querido e ao qual até mesmo se pague caro para tê-lo.

Da mesma forma, dizer que a licença para mentir vem de se julgar esperto para descobrir uma mentira, apresenta-se como algo meio forçoso dentro de um contexto diário de convivência pessoal, onde mentiras tornar-se-iam algo corriqueiro, sendo então necessário, a cada momento, se duvidar daquilo que lhe é dito, avaliar, recolher provas e julgar cada ato, para, na sequência, seguir com a vida em triunfo pela descoberta de uma mentira, o que seria notadamente insuportável e inviável.

O que pode concluir, em concordância com Kelsen, é que A Regra de Ouro, assim como o “suum cuique” não conseguirá se apresentar como fórmula pronta, tendo em vista que a medida de seu mandamental é a própria pessoa; e como em sociedade, não há um consenso sobre o bem, como cada indivíduo pode estar em um grau ou estágio de consciência moral diferente, esse é um caminho a ser galgado individual e coletivamente para que a regra tenha eficácia.

Realmente, “se a regra de ouro é tomada literalmente, se cada pessoa deve tratar as outras da forma, e apenas da forma como deseja ser tratada, quer dizer, se para a justificação de uma ordem social é decisivo um critério subjetivo, então não é possível moral nem ordem jurídica” (KELSEN, 2003, p. 20); uma pessoa com um grau de consciência moral deficitário poderia ao mesmo tempo ser um desastre dentro da sociedade e ainda não haver possibilidade de puni-la, vez que apenas age como, verdadeiramente, gostaria de ser tratada.

Todavia, como traz um brocardo exegético bíblico “o texto fora do contexto vira pretexto”, ou seja, os textos bíblicos não podem ser analisados isoladamente, pinçando-se apenas um versículo e, através dele, se buscar um entendimento completo; é necessária uma visão global, histórica e teologicamente evolutiva para que se compreenda a correta intenção do autor ao dizer tal frase. Amar ao próximo como a si mesmo, traz em si uma série de outros mandamentais apresentados – aos olhos da fé – por Deus, que vão fazendo o ser humano se evoluir, de modo que, a cada dia o “se amar” deverá ser mais perfeito em confluência com os demais mandamentos divinos:

Feliz o homem que não vai ao conselho dos ímpios, não para no caminho dos pecadores, nem se assenta na roda dos zombadores. Pelo contrário: seu prazer está na lei de Iahweh, e medita sua lei dia e noite. É como árvore plantada junto a riachos: dá seu fruto no tempo devido e suas folhas nunca murcham. (Sl 1,1-3)

Dentro deste contexto, mais um passo ainda deve ser dado. Mesmo que os argumentos apresentados já pudessem conduzir o diálogo a sorrisos, há que se destacar que, de modo algum a Regra de Ouro pode ser apresentada como uma regra ligada à justiça cristã, posto que em nenhum momento Jesus Cristo disse ser esse o “seu” mandamento. Como bom judeu, não poderia negar a Lei e os Profetas, mas como já indicado acima, ele mesmo disse que não veio para abolir a Lei, mas para lhe dar pleno cumprimento (cf. Mt 5,17).

Desta forma, antes de se concluir o pensamento exposto acima, já se pode apresentar, em continuidade, outra norma de justiça do tipo racional na esteira daquelas que se encaixam no contexto bíblico, qual seja o “preceito do amor ao próximo” que, assim como outras normas, não se dirigiria à autoridade legisladora, mas a todo e qualquer indivíduo.

Infelizmente – e ainda bem que este trabalho se baseia num possível diálogo – o modo como Kelsen apresenta tal preceito, acaba sendo muito reducionista; ele diz que “o preceito do amor ao próximo apenas exige que libertemos o que sofre dos seus sofrimentos, que suavizemos os seus males e, especialmente, que ajudemos quem está necessitado” (p. 46). A própria palavra “amor” dentro de um contexto cristão, já bloquearia a ideia de que amar ao próximo fosse apenas [sic] libertá-lo do sofrimento. No amor se compartilha não apenas das tristezas, mas também das alegrias; no amor mesmo que, num momento inicial, possa ter a meta da libertação dos sofrimentos, essa liberdade apenas permanecerá se o mesmo amor que fez libertar, continue a ser vivido no dia a dia.

O entendimento proposto no caso é que tanto a “Regra de Ouro” como o “Preceito do amor ao próximo” devem ser entendidos e apresentados à luz de um contexto bíblico neotestamentário global, onde os ensinamentos de Jesus Cristo não são dados ou feitos de forma isolada, mas possuem um encadeamento lógico e conduzem a um fim, qual seja, o ocaso de sua vida terrena por amor aos demais. Nem a “Regra de Ouro” nem o “amor ao próximo” podem ser entendidos senão a partir do mandamento dado pelo próprio Jesus na última ceia, realizada antes de ser entregue e percorrer sua paixão: “Dou-vos um mandamento novo: que vos ameis uns aos outros. Como eu vos amei, amai-vos também uns aos outros. Nisto reconhecerão todos que sois meus discípulos se tiverdes amor uns pelos outros” (Jo 13,34-35).

Este é o mandamento do próprio Jesus e que dá pleno cumprimento à Lei: amar sim, mas não mais como se fez até então, e não na definição de amor estabelecida por cada um livremente ao longo do tempo; amar de uma forma específica e com uma medida, qual seja o jeito que ele mesmo amou. Desta forma tanto a “Regra de Ouro” como o “preceito do amor ao próximo” não devem ter como medida a própria pessoa que busca amar, mas sim o amor do

próprio Jesus. E nesta seara Hans Kelsen não entra pois, para contradizer essa medida teria de colocar à prova o jeito de amar de Jesus, demonstrado a partir de todas as suas atitudes e ensinamentos, o que não é feito nem nesta obra nem em outras. Esse amor, traduzido, da melhor maneira como “caridade” (ágape) se expressa na primeira carta de Paulo aos coríntios, como se segue:

Aspirai aos dons mais altos. Aliás, passo a indicar-vos um caminho que ultrapassa a todos. Ainda que eu falasse línguas, as dos homens e as dos anjos, se eu não tivesse a caridade, seria como bronze que soa ou como címbalo que tine. Ainda que tivesse o dom da profecia, o conhecimento de todos os mistérios e de toda a ciência, ainda que tivesse toda a fé, a ponto de transportar montanhas, se não tivesse a caridade, nada seria. Ainda que distribuísse os meus bens aos famintos, ainda que entregasse meu corpo às chamas, se não tivesse a caridade, isso nada me adiantaria. A caridade é paciente, a caridade é prestativa, não é invejosa, não se ostenta, não se incha de orgulho. Nada faz de inconveniente, não procura o seu próprio interesse, não se irrita, não guarda rancor. Não se alegra com injustiça, mas se regozija com a verdade. Tudo desculpa, tudo crê, tudo espera, tudo suporta. A caridade jamais passará. (1Cor 13,31-14,8).

Por fim, a última das fórmulas ligadas ao cristianismo apresenta-se a partir de um ensinamento dado por São Tomás de Aquino (na Suma Teológica I-II, Art. 2º) e que diz “faz o bem e evita o mal” e, como norma de justiça “os homens devem ser bem tratados, e não maltratados”, ao que, o tradutor da edição utilizada neste trabalho, coloca por sua conta como “outra fórmula vazia de conteúdo”; nesta fórmula, a apresentação de Hans Kelsen é muito breve, utilizando pouco menos de uma página, sendo contemplada em apenas um item.

A questão aqui mais uma vez circunda em torno do conceito de bem e sua subjetividade. Entretanto, no caso, não há subjetividade, tendo em vista que Tomás de Aquino é um doutrinador cristão e as respostas apresentadas às questões em sua Suma são baseadas justamente nos ensinamentos deixados por Jesus Cristo; bem e mal não estão de maneira alguma deixados à subjetividade da pessoa, mas sim afinados na consonância ou não com o jeito de amor de Jesus, o que já era profetizado por Isaías: “Ai dos que ao mal chamam bem e ao bem mal, dos que transformam as trevas em luz e a luz em trevas, dos que mudam o amargo em doce e o doce em amargo! Ai dos que são sábios a seus próprios olhos e inteligentes na sua própria opinião!” (Is 5,20-22).

Desta forma e a partir desta linha de pensamento, propõe-se a releitura das fórmulas aqui apresentadas, não na garantia de que esta seja a forma de ideal de se pensar, mas que, a partir de um diálogo se chegue a um bom termo sobre seu entendimento. Restam ainda várias outras fórmulas que carecem deste diálogo cujos frutos beneficiariam sobremaneira o estudo da justiça e que oportunamente devem, e espera-se sejam postas em debate.

CONCLUSÃO

Espera-se que a partir do presente estudo seja reaberta, principalmente àqueles cujo pensamento e análise das fórmulas históricas de justiça já estava consolidado, a forma de se estudar a exposição das normas de justiça do tipo racional expostas por Hans Kelsen. O tema é por demais importante e gera reflexos em todas as áreas do direito e na vida das pessoas em geral. Acredita-se que, quanto mais o tema for estudado e mais visões multidisciplinares se tiver sobre ele, maior será a possibilidade de compreendê-lo e fazer com que seja útil não apenas aos apaixonados da Filosofia e da Ciência do Direito, mas à humanidade em geral em sua busca de uma vida a ser vivida com dignidade.

Procurou-se demonstrar que muito mais do que encontrar uma fórmula única ou pronta de justiça que facilite a convivência entre os seres humanos, está a necessidade de sua evolução racional, emocional e – por que não – espiritual para que se alcance a justiça almejada. Sejam as normas do direito positivo (vindas de uma norma hipotética fundamental), sejam aquelas inspiradas no direito natural (metafísicas ou não), é necessário, nos dias atuais, mais do que nunca, o desenvolvimento de uma consciência moral que as compreenda, muito mais do que uma coação que simplesmente que as faça cumprir.

Da mesma forma, ao tratar da juridicidade das propostas bíblicas, procurou-se mostrar a importância de nunca seguir ou analisar suas regras fora de um contexto maior, que muitas vezes – senão todas – envolvendo história e teologia desembocam num projeto que só é possível compreender a partir de uma visão do todo.

Agradecido e honrado pela possibilidade deste diálogo, espera-se, na humildade da continuidade dos estudos sobre o tema, poder revisitar Kelsen em outras oportunidades, na companhia, quem sabe, de outros admiradores ávidos por aprender da mesma forma que desde Sócrates já se fazia: através de uma boa conversa.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O mistério do mal**. Trad. Silvana de Gaspari e Patrícia Peterle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

ANAYA, José Adriano; ALTAMIRANO, Yolanda Castañeda; RINCÓN Adrián Reyes. El derecho al desarrollo y los derechos de la naturaleza. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru: Edipro, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus,

1997.

Bíblia de Jerusalém. São Paulo: Paulus, 2002.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe.** V. 8, N. 2, 2020.

CHALITA, Gabriel B. I. **Os dez mandamentos da ética.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

CUBIDES-CÁRDENAS, Jaime; NAVAS-CAMARGO, Fernanda; ORTIZ-TORRES, Diana; RICO, Antonio Fajardo. La libertad de expresión en colombia: parámetros constitucionales y reglas jurisprudenciales. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe.** V. 8, N. 2, 2020.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; FERNANDES, Ana Elisa Silva. A resolução n. 125/2010 do CNJ como política pública de tratamento adequado aos conflitos nas relações familiares: em direção à proteção da dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe.** V. 8, N. 2, 2020.

FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. La necesidad de transversalizar los derechos humanos en las políticas públicas para hacer frente a las crisis: una aproximación desde el derecho internacional de los derechos humanos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe.** V. 8, N. 2, 2020.

HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural.** Trad. Joana Ferreira da Silva. Porto (Portugal): Resjurídica, 1982.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

SILVA, Juvêncio Borges; IZÁ, Adriana de Oliveira. A importância da participação popular na elaboração do orçamento e os limites estabelecidos pela lei de responsabilidade fiscal para a administração pública. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe.** V. 8, N. 2, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERREIRA; ANDRECIOLI, Sabrina Medina. Direitos personalidade das mulheres sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana como axioma justificante. **Revista Direitos Humanos e Democracia. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuí. Mestrado em Direitos Humanos,** 8, n. 15, p. 290-307, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. A impossibilidade de racionalidade dos direitos da personalidade sem um purismo metodológico: uma crítica a partir do debate entre Kelsen e Schmitt. **Revista de Brasileira de Direito (IMED),** v. 16, n. 1, p. 1 - 27, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minoria feminina e constituições republicanas brasileiras: análise de 1891 a 1988 pela inclusão das mulheres. **Argumenta Journal Law - UENP (Jacarezinho)**, vol. 33, n. 1, p. 361-382, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi. Quarta revolução industrial, inteligência artificial e a proteção do homem no direito brasileiro. **Revista Meritum** – FUMEC, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 300-311, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; TATIBANA, Caroline Akemi. COVID-19, idoso e a liberdade de locomoção: uma análise do decreto municipal n. 21.118/20 de São Bernardo do Campo à luz dos direitos de personalidade. **Revista Jurídica - FURB**, vol. 24, n. 55, set./dez. 2020, p. 1 - 26.

STORINI, Claudia; QUIZHPE-GUALÁN, Fausto César. Hacia otro fundamento de los derechos de la naturaleza. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

VIÑA, Jordi García. Aspectos laborales de empresas complejas en España. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; CENCI, Daniel Rubens; MANCHINI, Alex. A justiça social e a agenda 2030: políticas de desenvolvimento para a construção de sociedades justas e inclusivas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.