

UM DIÁLOGO ENTRE HANS KELSEN E HENRIQUE CLÁUDIO DE LIMA VAZ

A DIALOGUE BETWEEN HANS KELSEN AND HENRIQUE CLÁUDIO DE LIMA VAZ

PATRÍCIA CARVALHO REIS¹
(UFMG/FAJE/Brasil)

RESUMO

Neste artigo, gostaríamos de confrontar certas ideias defendidas por Hans Kelsen e por Henrique Cláudio de Lima Vaz. Percebemos que, na sua teoria, Kelsen defende uma separação entre Ética e Direito. Lima Vaz, por outro lado, propõe uma junção entre esses campos do saber. Diante dessas posições, nosso intuito é investigar se o pensamento destes dois autores é completamente antagônico ou se, em alguma perspectiva, suas concepções sobre o Direito podem convergir.

Palavras-chave: Positivismo jurídico; Direito natural; Hans Kelsen; Henrique Cláudio de Lima Vaz.

ABSTRACT

In this article, we would like to confront certain ideas defended by Hans Kelsen and by Henrique Cláudio de Lima Vaz. We realize that, in his theory, Kelsen defends a separation between Ethics and Law. Lima Vaz, on the other hand, proposes a junction between these fields of knowledge. Given these positions, our aim is to investigate whether the thinking of these two authors is completely antagonistic or if, in some perspective, their conceptions about the Law can converge.

Keywords: Legal positivism; Natural law; Hans Kelsen; Henrique Cláudio de Lima Vaz.

Introdução

As reflexões sobre o que é a justiça são antigas. Platão e Aristóteles, por exemplo, expõem ideias sobre esse assunto que parecem bastante atuais. Ademais, tais pensadores já fazem uma distinção entre lei justa e lei injusta. No século XX, Hans Kelsen² tratou do Direito de modo a inquietar alguns estudiosos. Alguns dos seus pensamentos são: o Direito deve ser a expressão da justiça? Mas se a própria definição de justiça é complexa, isso não seria exigir demais do Direito?

Para muitos pensadores da Antiguidade e do transcorrer de toda a Idade Média até o século XIX, o direito natural – expressão que aqui utilizamos como sinônimo de justiça – se constituiu como fundamento de validade do direito positivo, ou em outros termos, do direito posto. Isso não significa, no entanto, que a noção de justiça estava fundamentada ou embasada da mesma forma, em diferentes épocas. Basta lembrarmos, por exemplo, que, na Idade Moderna, há uma concepção diferente do indivíduo, e isso, por sua vez, trará reflexos na concepção de justiça. Na Idade Média, por outro lado, a ideia de Deus, presente de modo marcante na sociedade, também influenciará na concepção de justiça desse período.

Nos seus escritos, Henrique Cláudio de Lima Vaz³ faz algumas reflexões sobre o Direito e apresenta críticas a determinadas teorias, em especial, as que defendem a separação entre Ética e Direito. Ao fazer isso, este filósofo não chega a tratar especificamente do pensamento de Hans Kelsen.⁴ Entretanto, nos parece evidente o quanto as ideias deles podem ser confrontadas.

Neste texto, pretendemos imaginar um possível diálogo entre esses pensadores. Para realizarmos essa tarefa, dividiremos nosso trabalho em três partes. Num primeiro momento, trataremos de acontecimentos e ideias que antecederam o surgimento do positivismo jurídico. No segundo, exporemos as ideias de Hans Kelsen sobre a relação entre Ética e Direito e, em seguida, as ideias de Lima Vaz sobre tal relação.

Antecedentes do positivismo jurídico

Segundo Norberto Bobbio, o que contribui para o aparecimento da corrente positivista é a formação do Estado moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval. Esta era uma sociedade pluralista, uma vez que era constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispo de um ordenamento jurídico próprio. Assim, antes da formação do Estado moderno, o direito se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil (BOBBIO, 2006, 27).

Neste contexto, o juiz, ao resolver as controvérsias, não estava vinculado a escolher, exclusivamente, normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar. Assim, podia deduzi-la das seguintes regras: do costume, dos juristas, dos critérios equitativos, do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todavia, com a formação do Estado moderno, o juiz, de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, o qual deve resolver as controvérsias sobretudo segundo regras emanadas

do órgão legislativo, ou que possam ser submetidas ao reconhecimento por parte do Estado, que concentra em si todos os poderes (BOBBIO, 2006, 27-29).

No século XVII, Hobbes é um dos pensadores que expressa a ideia de que o Direito deve ser concentrado nas mãos daquele ou daqueles que detêm o poder. Na obra deste pensador também está presente a ideia de que o Direito representa o que quem detém o poder de legislar decide, enfatizando-se, portanto, o aspecto formal e imperativo do preceito jurídico (HOBBS, 2008, 224-245). É devido a isso que Hobbes é considerado um precursor do positivismo jurídico, apesar de o pensador inglês não negar a existência de lacunas no direito e, assim, conceder que os juízes recorram, nestes casos, ao direito natural (HOBBS, 1998, 226-227).

Montesquieu, posteriormente, defende a teoria da separação dos poderes, na qual os detentores dos poderes legislativo, executivo e judiciário devem ser diferentes e, também, que a feitura da lei é competência exclusiva do legislador. Apesar de defender a ideia de que o Direito deve ser feito pelo legislador, observamos que Montesquieu valoriza o direito natural, como podemos observar nesta passagem: "Antes de haver leis feitas, existiam relações de justiça possíveis. Dizer que não há nada de justo nem de injusto senão o que as leis positivas ordenam ou proíbem, é dizer que antes de traçado o círculo todos os seus raios não eram iguais" (MONTESQUIEU, 1979, 25). Beccaria, pensador que apresenta muitas convergências com o pensamento de Montesquieu, traz, também, uma questão importante ao ressaltar a estrita legalidade com que deve ser pensado o direito penal (BECCARIA, 2005, 42-45).

O fim do século XVIII representou um momento de grande ruptura política e social devido às transformações advindas das revoluções na França e nos Estados Unidos. Nesse momento, há o estabelecimento das Constituições nessas nações e, também, a ideia de que o conteúdo desses documentos baseava-se numa razão universal ou, nos direitos naturais, ideia que refloresceu no período.

Porém, como nos lembra Bobbio, entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX, houve a dessacralização do direito natural a partir das ideias provenientes do historicismo, campo filosófico-jurídico que se desenvolveu com a escola histórica do direito, que surgiu e se difundiu particularmente na Alemanha, sendo seu maior expoente Savigny. Uma ideia defendida por esse pensador é que o direito não é uma ideia baseada numa razão imutável, mas, sim, um produto da história e, portanto, sofre variação no tempo e no espaço como todos os fenômenos sociais (BOBBIO, 2006, 51-62).

O intérprete italiano ainda afirma que a “escola histórica do direito” e o “positivismo jurídico”, apesar de serem correntes de pensamento distintas, estão intimamente relacionadas uma vez que a primeira preparou a segunda através de sua crítica radical ao direito natural. Mas, ao mesmo tempo, ressalta Bobbio, a escola histórica do direito também será precursora de certas correntes jusfilosóficas no século XIX e início do século XX – escola sociológica e a realista, desenvolvidas principalmente no mundo anglo-saxão – que, por sua vez, farão críticas ao positivismo jurídico (BOBBIO, 2006, 54).

É importante também lembrarmos da escola da exegese. Uma característica presente nos escritos dos defensores de tal corrente é que o juiz deve se fundar unicamente na lei para resolver quaisquer controvérsias. Interligado a essa ideia, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei. Tal ideia, por sua vez, faz surgir outro questionamento: o aplicador da lei deve seguir a vontade do legislador (ênfase subjetiva) ou a vontade da lei (ênfase objetiva)? (BOBBIO, 2006, 84-87). Com o fim de demonstrar ideias centrais dessa corrente, apresentamos a seguinte passagem de Alexandre Travessoni:

(...) a escola da Exegese não chega a negar a existência do direito natural, como fez, mais tarde, o Positivismo Jurídico. Entretanto, coloca o direito natural no segundo plano, dedicando-se, dogmaticamente, ao estudo do texto da lei. À questão do fundamento de validade do direito respondem com o princípio da autoridade do legislador (TRAVERSSONI, 2004, 172-173).

É diante desse conjunto de teorias sobre o que é o Direito e sobre seu fundamento – numa razão universal ou num dispositivo legal – que a expressão “positivismo jurídico” ganha força na Alemanha no século XIX. De acordo com Edgar Bodenheimer, o positivismo invadiu todos os ramos da ciência social, incluindo a ciência jurídica. No campo da teoria do direito assumiu várias formas, que podem ser classificadas em positivismo analítico e positivismo sociológico. Ademais, segundo tal intérprete, comum a ambas as formas de positivismo jurídico é a tendência de eliminar da ciência jurídica a especulação metafísica e filosófica e, ainda, limitar o campo da investigação científica no mundo empírico (BODENHEIMER, 1966, 112-114).

Segundo ainda este intérprete, o positivismo analítico se ocupa com a análise e a interpretação das regras jurídicas efetivas, estabelecidas pelos órgãos do Estado. Alguns pensadores precursores dessa corrente foram Bentham na Inglaterra e Ihering na Alemanha. Entretanto, a fundação desse ramo do Positivismo Jurídico, segundo Bodenheimer, só se dá, de fato, com Austin na Inglaterra e tem em Kelsen sua formulação mais desenvolvida. Por outro lado, o positivismo sociológico investiga e descreve as forças sociais que exercem influência no desenvolvimento do direito. Assim, não analisa as regras jurídicas como tais, mas os fatores que levam à sua produção (BODENHEIMER, 1966, 112-113).

De acordo com Bobbio, apesar de existir diferenças entre os autores defensores do positivismo jurídico⁵, algumas questões parecem constituir o núcleo desta doutrina, como, por exemplo, a ideia de que o direito prescinde de seu conteúdo, ou seja, da matéria por este regulada (BOBBIO, 2006, 145). Assim, o positivismo caracteriza-se por ser uma concepção formal do direito, que reivindica ser uma definição anti-ideológica, por não fazer referência a valores ou fins que seriam próprios das perspectivas jusnaturalistas.

Nas palavras de Travessoni, o positivismo jurídico caracteriza-se pela negação do direito natural e pelo apego ao direito que se dá na experiência. Seguindo ainda este intérprete, Kelsen é, por alguns, considerado o mais elevado expoente do Positivismo Jurídico, pois em nenhum outro autor a separação entre a Ciência do Direito e as outras áreas do conhecimento se deu de maneira tão profunda. Em outras palavras, Kelsen empreendeu uma depuração da Ciência Jurídica de todos os fatores que ele considerava a ela alheios e isso refletiu-se diretamente em seu conceito de norma fundamental, da qual a ordem jurídica retira sua validade (TRAVESSONI, 2004, 24). Para deixar tal passagem mais clara, nas palavras de Kelsen, a norma fundamental definida pela teoria pura do direito não é um direito diferente do direito positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade, e, como tal, não tem qualquer caráter ético-político, mas apenas um caráter teórico-gnoseológico (KELSEN, 1979, 172).

Feita essa apresentação sucinta dos movimentos assim como de ideias defendidas por alguns pensadores que antecederam o positivismo jurídico, passaremos a analisar o pensamento kelseniano, em especial, a sua ideia de que o Direito deve ser separado da Ética, se é que, de fato, ele defende isso.

A separação entre Direito e Ética no pensamento de Hans Kelsen

No prefácio da segunda edição da obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen afirma que uma ciência jurídica que se limita a descrever seu objeto esbarra com argumentos de alguns adversários. Estes prescrevem ao Direito um determinado conteúdo, ou seja, acreditam poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. Como acrescenta, é a renascida Metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico (KELSEN, 2008, xviii).

Ao tratar do princípio metodológico da *Teoria Pura do Direito* afirma que, o termo “pura” significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Em outras palavras, Kelsen pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos (KELSEN, 2008, 1).

Kelsen tem consciência de que o que pretende fazer é algo inovador. Como ressalta, a Ciência Jurídica até então tinha se confundido com a Psicologia ou com a Sociologia, com a Ética e com a Teoria Política. Ele não nega que o direito possa ser objeto de outras ciências, mas delimita o conhecimento jurídico em face delas para evitar “um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 2008, 1-2). Diante dessas considerações, percebemos que Kelsen pretende afastar da Ciência do Direito quaisquer valorações ético-políticas e, ainda, evitar as influências sociológicas que não separavam o direito dos fatos sociais, ideias estas defendidas pelos signatários do positivismo sociológico.

Ao criticar a teoria do direito natural, o jurista afirma que tal teoria é uma teoria jurídica dualista, pois, segundo ela, ao lado do direito positivo há um direito natural. A *Teoria Pura do Direito*, porém, é uma teoria jurídica monista. Segundo ela, só existe um direito: o direito positivo (KELSEN, 1979, 172). Mas, afinal, o que é o direito positivo? Nas linhas a seguir, tentaremos responder tal indagação a partir das críticas que o jurista faz em relação ao direito natural.

Ao tratar da justiça, Kelsen, como ele próprio afirma, parte de um ponto de vista racional-científico, não-metafísico. Prosseguindo sua argumentação, afirma que reconhece existir muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, dos quais nenhum exclui a possibilidade de um outro. Como consequência, considera que é lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através destes ideais” (KELSEN, 1979, 19). Percebemos, assim, que o que governa para Kelsen é o relativismo filosófico ou relativismo axiológico; a

impossibilidade de juízos de valores objetivos, tanto no que concerne à justiça quanto à moral. Como ele afirma:

Não existe, e não pode existir, um critério objetivo de justiça porque a afirmação de que algo é justo ou injusto é um juízo de valor que se refere a um fim absoluto, e esses juízos de valor são, pela sua própria natureza, de caráter subjetivo porque baseados em elementos emocionais de nossa mente, em nossos sentimentos e desejos. Não podem ser verificados por fatos, como podem os enunciados sobre a realidade. Juízos de valor definitivos são, na maioria das vezes, atos de preferência; indicam o que é melhor em vez de o que é bom; implicam a escolha entre dois valores conflitantes, como, por exemplo, a escolha entre liberdade e segurança. (...) E como os homens diferem muito quanto a seus sentimentos, suas ideias de justiça são muito diferentes (KELSEN, 2001).

Nos termos de Travessoni, segundo Kelsen, as doutrinas que tentam fundamentar o direito na moralidade contêm um erro fundamental, que é o de acreditar que existe apenas uma moral, “a moral”. Entretanto, para Kelsen, a moral pode variar, num Estado, de acordo com a época. Uma conduta que em determinado momento é proibida pela ordem moral, em outro momento pode ser permitida ou apenas tolerada, ou até mesmo, incentivada. Não bastasse isso, em uma mesma sociedade, ao mesmo tempo, podem conviver morais diversas, variando de acordo com a classe social, a profissão ou a origem religiosa das pessoas. Em decorrência disso, a moral não pode ser critério de validade da ordem jurídica, pois não se pode escolher qual delas seria a escolhida. Portanto, se não existem valores absolutos, a Ciência do Direito deve ser avaliativa, neutra, pura (TRAVERSSONI, 2004, 210).

É devido a essa concepção de justiça que Kelsen rejeita qualquer teoria do direito natural (o direito que transcende o direito positivo). Em relação àqueles que defendem um direito natural variável – formulada por alguns que constataram a incapacidade de um direito natural imutável –, Kelsen afirma que pensar na variação de um direito natural não é muito diferente do que sustenta um relativismo positivista:

Deixados em apuros pelo relativismo sentem-se todos aqueles que não querem tomar sobre si esta responsabilidade, que desejam alijar a escolha pondo-a a cargo de Deus, da natureza ou da razão. Em vão se voltam para o direito natural. Na verdade, quando se trata de efetuar tal escolha ou opção, as diferentes doutrinas do direito natural dão respostas tão

variadas e divergentes como o positivismo relativista (KELSEN, 1979, 143-168).

Portanto, para Kelsen, o jurista positivista deverá limitar-se a descrever o direito em vigor, abstendo-se de emitir juízos de valor a respeito desse direito. Esse pensamento é evidente nas seguintes palavras do jurista:

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito (KELSEN, 2008, 77).

Interligado a essa ideia, Kelsen afirma que o direito "(...) é a técnica social que consiste em obter a desejada conduta social dos homens mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária" (KELSEN, 2000, 19). Observamos, assim, que o fundamento do Direito para Kelsen não está relacionado com a ideia de justiça.

Após essas considerações sobre a relação entre Direito e Ética no pensamento kelseniano, trataremos desse assunto no pensamento de Lima Vaz.

A relação entre Direito e Ética no pensamento de Lima Vaz

Como Vaz afirma, na antropologia clássica, a universalidade do Direito tem a forma de uma universalidade nomotética. Em outras palavras, é a universalidade que tem como fundamento uma ordem do mundo que se supõe manifesta e na qual o nómos ou a lei da cidade é o modo de vida do homem que reflete a ordem cósmica contemplada pela razão (VAZ, 2013, 146).

Assim, a perspectiva platônico-aristotélica clássica, que representa a lógica nomotética, considera que a necessidade que prevalece nos

fundamentos do reconhecimento e do consenso corresponde à estrutura inteligível da natureza humana enquanto social por essência. Portanto, a invariante fundamental aqui é a própria natureza humana, segundo a qual os indivíduos permanecem intersubjetivamente relacionados mesmo nos estados de dilaceração extrema do tecido social (VAZ, 2000, 83).

Por outro lado, a antropologia política moderna se manifesta pela universalidade hipotética, ou seja, a universalidade cujo fundamento permanece oculto e requer uma explicação a título de hipótese inicial não verificada empiricamente e que deve ser confirmada dedutivamente pelas suas consequências. Como Vaz acrescenta, a universalidade hipotética é um pressuposto epistemológico das teorias do Direito Natural moderno, que, por sua vez, se baseiam no contrato realizado pelos indivíduos e que permitirá a saída deles do estado de natureza e o ingresso na sociedade civil (VAZ, 2013, 151).

Segundo seu raciocínio, na antiguidade, o exercício da obrigação civil deve implicar a obrigação moral, ou, em outras palavras, a consciência cívica deve proceder da consciência moral. Por outro lado, na concepção moderna, há o caráter convencional da lei e o voluntarismo subjacente à explicação da sua gênese. Como consequência, a obrigação cívica surge independentemente da obrigação moral e acaba não reconhecendo outros vínculos a não ser a conveniência do sujeito ou a coatividade da lei (VAZ, 2000, 118).

A nosso ver, esse pensamento de Vaz exige de nós uma interpretação cuidadosa para não correremos o risco de oferecer uma visão simplista de que, na antiguidade, a Política e o Direito tinham um sentido positivo e, a partir da modernidade, passaram por um processo de perda de valor, tendo em vista uma mudança na fundamentação desses saberes e, por conseguinte, na sua concretização prática. Como nos lembra o próprio Vaz, os sofistas provocaram uma ruptura de alto a baixo no harmonioso edifício da visão-cósmico político tradicional, que se apoiava sobre o fundamento da universalidade nomotética. Isso, por sua vez, trouxe efeitos decisivos no campo das relações entre Ética e Política. Em relação aos efeitos próximos, observou-se a constituição da Ética como ciência do ensinamento socrático, e a constituição de uma filosofia política em Platão e Aristóteles⁶, nas quais a ideia de ordem universal, fundada numa reelaboração conceitual da ideia de *physis*, guiará o desenho do modelo da cidade justa. Por outro lado, ocorreram – ou, segundo Vaz, supõem-se terem ocorrido – efeitos remotos, como a cisão moderna entre a natureza e a sociedade e, também, a busca de uma universalidade hipotética como fundamento do Direito, de Hobbes a nossos dias (VAZ, 2013, 151).

Ao fazer essas considerações, Vaz se questiona sobre onde o ser humano buscará uma fonte objetiva de normas e valores capazes de orientar o fluxo vertiginoso de sua atividade cultural, tendo em vista que não há mais o lugar simbólico ocupado por Deus e pela natureza. Como ele constata, é justamente neste espaço simbólico sem os referenciais axiológicos de outrora que a cultura da última modernidade exaure-se para dar lugar à cultura pós-moderna.⁷ Em outro momento, Vaz afirma que o obscurecimento das razões fundamentais do ethos – expressas na teleologia imanente da Razão prática para o Bem como forma primeira do agir ético – é uma das causas da anomia ética (VAZ, 2000, 146) e, por conseguinte, na ausência de comunidades éticas.

Seguindo essas ideias, para Vaz, Ética⁸ e Direito, metodologicamente distintos, estão indissociavelmente unidos pela unidade essencial da categoria da justiça (VAZ, 2000, 181). Portanto, para Vaz, o Direito não deveria ser pensado de modo separado da Ética, e, conseqüentemente, da justiça. É nesse sentido que, segundo Vaz, as deficiências teóricas na concepção da justiça que encontraremos na história da Ética e da Política surgirão da deterioração do par conceitual virtude-lei (VAZ, 2000, 178).

Vaz constata que, nos tempos modernos, houve um rompimento da estrutura analógica da Razão. Como complementa, vários modelos de racionalidade (físico-matemática, dialética, lógico-linguística, fenomenológica, hermenêutica) reivindicam a sucessão da antiga razão metafísica. Ao tentar deixar mais claro tal pensamento, Vaz afirma que a multiplicação das racionalidades na nossa cultura permite estender a todos os campos da realidade o procedimento hipotético-dedutivo, a modelização e a verificação experimental. Como conclui, o modelo empírico-formal faz-se sentir em todo o campo da epistemologia. Uma possível consequência disso e que está presente nas éticas modernas – e na perspectiva que estamos tentando analisar, no Direito – é que a universalização da norma ética e, conseqüentemente, da norma jurídica –, ocorre a partir da finitude, da contingência, da situação e do livre-arbítrio do sujeito. Em outras palavras, a razão moderna prioriza a racionalidade lógica em que a transcendência é absorvida pelo sujeito que se põe como Absoluto lógico ou como sujeito transcendental (VAZ, 1995, 60-73).

Como mencionamos acima, é na modernidade, mais precisamente no século XIX, que surge o positivismo jurídico no qual defende expressamente a separação entre Direito e Moral e tem Kelsen como maior expoente dessa corrente. Diferentemente do jurista austríaco, para Vaz, apesar de a noção de justiça e moral poderem variar com o tempo, isso não significa que devemos defender um relativismo de valores. Para Vaz, as noções de justiça e de Bem são, num primeiro momento, ideias abstratas, mas, nos casos

concretos, podem ser averiguadas. Ao defender isso, considera que ideias ligadas à razão devem ser pensadas de modo conjunto com a história⁹. Portanto, para Vaz, não há incompatibilidade entre o universal e o particular. Pelo contrário: tais conceitos estão interligados e devem ser pensados de modo conjunto, de modo dialético. Isso não significa que Vaz adota uma posição relativista, como argumenta Kelsen. Nesse sentido, para Vaz, a justiça deve se basear em certas ideias universais, como a noção de reconhecimento, reciprocidade, generalidade. Mas, mais do que isso, para este filósofo, tal ideia também tem relação com construção, com diálogo, com debates sobre o que é o justo. É nesse sentido, que justiça não é algo fixo e pressupõe tanto questões ligadas à noção de um nível básico de moralidade invariável quanto questões envolvendo o contexto histórico.¹⁰

Para Vaz, a justiça é uma categoria da vida ética que ocupa o lugar do universal nas relações intersubjetivas. Isso significa que, sem justiça, não é possível a vida ética entre os sujeitos. O Direito, por sua vez, surge num momento posterior, no mundo empírico, fazendo uma ponte entre a ideia de justiça e a vida concreta. Nos termos de Vaz, o Direito surge como um desdobramento das categorias de reconhecimento e de justiça, portanto, logo após o momento da universalidade das relações intersubjetivas, mas antes do momento da particularidade propriamente dito, uma vez que o Direito cria regras universais. Como ele defende, serão as normas e as leis que assegurarão a natureza ética da práxis na imensa variedade das tradições e das situações. E mais do que isso, serão as normas e as leis que determinarão o horizonte objetivo do agir ético como horizonte de fins e valores universais. É nesse sentido que as normas e as leis cumprirão uma função mediadora entre a universalidade das categorias de valor e fim e a particularidade concreta do agir em situação (VAZ, 2000, 112).

Segundo Vaz, separar a ideia de Direito da de justiça tem relação com os rumos que a ética vem tomando nos nossos dias, como, por exemplo, as éticas consequencialistas que dão uma atenção ao empírico e cuja universalidade não precisa de um fundamento relacionado com a noção de Bem.

Reconhecemos que, em muitas situações, afirmar o que seja justo ou o que seja bom não é simples. Isso é evidente, principalmente, em situações concernentes a dilemas presentes no campo da Ética Prática. Aristóteles, já na Antiguidade, defende que, em determinados tipos de assuntos, como na Ética, não há respostas exatas. Entretanto, como mencionamos, isso não significa a ausência de certos parâmetros para averiguar o que é justo e o que é ético. Nesse sentido, o que nos inquieta no pensamento kelseniano é o fato de ele reduzir o direito ao direito posto

e, conseqüentemente, privilegiar o aspecto formal do Direito. Ora, isso legitima qualquer tipo de Direito e não somente o que apresenta concepções diferentes de justiça, como a que valoriza as conseqüências de um ato, a felicidade do maior número de pessoas, a que concebe o ser humano como um fim. Em outras palavras, a teoria de Kelsen abre portas para legitimar atos considerados injustos por várias teorias de justiça.

Diante dessas considerações, observamos que, para Vaz, o Direito deve manter um diálogo entre ideias universais – como a noção de Bem, de Justiça – e a história. É em decorrência disso que, para o filósofo, Direito e Ética estão intimamente relacionados. Aliás, Vaz considera que a Ética, a Política e o Direito são como projetos pedagógicos, em vital interdependência, a ponto de se poder afirmar que, sem educação ética não há autêntica participação política, assim como é essa participação que capacita o cidadão a assumir com plena consciência a recíproca relação entre direitos e deveres no qual consiste propriamente a existência na esfera do Direito (VAZ, 1996, 450).

A nosso ver, as ideias de Vaz e que também observamos em outros filósofos políticos são mais pertinentes que as de Kelsen. Isso porque, como já enfatizamos, para nós, é arriscado dar muita ênfase ao direito posto e não questionar a sua legitimidade.

Considerações finais

Diante do que foi demonstrado acima, levando em consideração que há leis e sentenças injustas, constatamos que o Direito não deveria ser reduzido ao seu aspecto formal. Não negamos que as leis positivas são essenciais para a manutenção de uma sociedade, mas, para nós, o questionamento se sobre elas incidem a ideia de justiça e de Bem é fundamental.

Em certo sentido, concordamos com Kelsen que o aplicador do Direito não pode, em determinados casos, questionar a validade de uma lei com o argumento de que ela é injusta. Tal atitude, certamente, feriria a segurança jurídica. Nesse sentido, devemos fazer algumas distinções, quando tratamos do termo Direito. Em outras palavras, devemos salientar se estamos abordando tal assunto do ponto de vista da teoria, de quem o aplica, de quem o cria, das partes envolvidas em questões nas quais o Direito será aplicado etc.

A título de conclusão, percebemos que as ideias de Kelsen e de Vaz são muito diferentes, uma vez que partem de pressupostos distintos. Entretanto, de certo modo, Vaz, assim como Kelsen, não defende a

existência de valores absolutos e reconhece que concepções de justiça mudam com o tempo. Ademais, Vaz, apesar de defender a metafísica, não nos parece tratar a metafísica do modo como Kelsen a trata, como algo que não pode ser compreendido¹¹. Para Vaz, a metafísica parece estar mais relacionada com ideias universais que são abstratas e não estão, necessariamente, ligadas a uma concepção de Deus. Nesse aspecto, para nós, Vaz, apesar de muito influenciado por Santo Tomás de Aquino, não desenvolve uma teologia, mas uma filosofia. E, mais do que isso, na nossa perspectiva, Vaz desenvolve uma filosofia política que merece ser melhor analisada e, também, servir como fonte teórica para a realidade do Direito e da Política, nos nossos dias. Nesse sentido, consideramos que ideias filosóficas não são neutras nem descritivas, mas pretendem mudar realidades... Entretanto, reconhecemos que as ideias de Kelsen parecem ter mais preponderância na nossa realidade uma vez que o Direito, do ponto de vista da teoria, tende a ser visto como uma técnica desprovida da noção de justiça e, além disso, mais próxima de uma ciência relacionada com a coerção.

Para nós, a alternativa viável para mudar esse cenário é desenvolver a concepção de que o Direito deve ser embasado na noção de justiça e no reconhecimento e que deve visar o Bem da comunidade. Ideias criticadas por Kelsen mas que, na nossa concepção, precisam ser não apenas resgatadas, mas aplicadas.

Notas

1 Patrícia Carvalho Reis. Doutora em filosofia pela UFMG. Doutoranda em Direito pela UFMG. Professora da FAJE.

2 Hans Kelsen nasceu em 1881, em Praga, numa família judia alemã. Foi aluno de Jellineck e, em 1918, nomeado a preparar um projeto de constituição austríaca que, após algumas modificações menores, se tornará constituição definitiva da Áustria e ainda hoje rege o funcionamento da vida política austríaca. Kelsen chega a ensinar na Alemanha, mas sai quando ocorre a ascensão dos nazistas. Lecionou em Genebra e, após, nos Estados Unidos, em Harvard, depois em Berkeley. Após a segunda guerra mundial, participou do processo de Nuremberg. Em 1959, publicou a segunda edição da Teoria Pura do Direito, que será a versão definitiva (TROPER, 2004, 560). Kelsen é considerado o precursor de um pensamento sistemático sobre o Direito, o "positivismo jurídico" sendo que, algumas vezes, essa corrente está vinculada ao nome de sua obra Teoria Pura do Direito.

3 Henrique Cláudio de Lima Vaz nasceu em 1921, em Ouro Preto. Em 1938, entrou no Noviciado da Companhia de Jesus em Nova Friburgo. Após terminar o curso de

Filosofia, foi enviado a Roma para estudar Teologia, em 1945, na Pontifícia Universidade Gregoriana. Foi ordenado sacerdote em 1948 e, em 1953, obteve o doutorado em Filosofia na já mencionada universidade italiana onde defendeu a tese sobre Platão. Lecionou na Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais de 1964 a 1986. Assuntos de grande interesse do autor são: Antropologia filosófica, Metafísica, Ética, Direito e Justiça (Fonte: <http://www.padrevaz.com.br/index.php/biografia/textos-autobiograficos/225-biografia-redigida-no-ano-de-1976>. Acesso em 15 setembro de 2022).

4 No Memorial de Henrique Cláudio de Lima Vaz, na Faculdade Jesuíta (FAJE), localizada em Belo Horizonte, encontramos, no entanto, escritos esparsos de Vaz relacionados com Kelsen devido a sua participação como examinador na banca de defesa de mestrado de Marilda Rosaldo de Sá Ribeiro, defendida em 1979, na PUC-Rio de Janeiro. Sá Ribeiro defendeu a dissertação cujo título é "O conceito de justiça em Hans Kelsen (Crítica ao positivismo jurídico)". Dados desses escritos: MEMORIAL HENRIQUE CLÁUDIO DE LIMA VAZ, Varia III, Ficha 68.

5 Bobbio, diferentemente de Bodenheimer, não considera que o positivismo jurídico tenha relação com o positivismo filosófico nem faz a distinção feita por esse segundo intérprete entre positivismo analítico e positivismo sociológico (BOBBIO, 2006, 15).

6 Como ressalta Vaz, apesar de as perspectivas epistemológicas entre Platão e Aristóteles serem diferentes, elas se situam diante do mesmo horizonte de universalidade nomotética (VAZ, 2013, 152).

7 Como Vaz nos lembra, o sol da transcendência cristã iluminou por quinze séculos a rota histórica do Ocidente (VAZ, 1997, 111-113).

8 O sentido de Ética em Lima Vaz pressupõe a noção de Bem transcendente, ou seja, ideia abstrata que pressupõe alguns requisitos como a noção de que o ser humano pode, por meio da razão e da vontade, almejar o Bem.

9 Tal pensamento demonstra certas semelhanças com algumas ideias de Leo Strauss, autor que, aliás, não é somente citado por Vaz, mas pensador com o qual Vaz afirma compartilhar pontos de vista (VAZ, 2000, 182). As passagens seguintes de Strauss nos mostram o quanto suas ideias são próximas das de Vaz: "(...) a necessidade hoje do direito natural é tão manifesta quanto ela foi durante alguns séculos e mesmo alguns milênios. Rejeitar o direito natural é a mesma coisa que dizer que todo direito é direito positivo" (STRAUSS, 2014, 3). "Longe de legitimar a inferência historicista, a história parece antes provar que todo pensamento humano, e certamente todo pensamento filosófico, está voltado para os mesmos temas ou os mesmos problemas fundamentais, e, portanto, que existe uma estrutura imutável que persiste ao longo de todas as mudanças do conhecimento humano, tanto dos fatos quanto dos princípios. Esta inferência é evidentemente compatível com o fato de que a clareza acerca desses problemas, o modo como são abordados e as soluções que lhes são propostas diferem, mais ou menos, de

um pensador para outro ou de uma época para outra. Se é verdade que os problemas fundamentais persistem ao longo de toda mudança histórica, o pensamento humano é capaz de transcender suas limitações históricas ou de apreender algo trans-histórico (STRAUSS, 2014, 29).

10 Nesse aspecto, podemos averiguar semelhanças entre as ideias de Vaz e as de Rainer Forst. Este é de uma geração mais nova que Vaz, mas, na obra de Forst observamos referências a autores bastante conhecidos de Vaz, como, por exemplo, Robert Spaemann, Habermas, e, claro, Kant e Hegel. Ao refletir sobre a justiça, Forst afirma ter a intenção de evitar duas objeções: desprezo pelo contexto de um lado ou, por outro lado, ênfase demasiada no contexto e não reconhecimento de uma base de universalidade. Portanto, para Forst, a união do universal e do contextual não leva a um oxímoro. Em outras palavras, Forst apresenta uma teoria na qual ideias universais de influência kantiana e ideias com ênfase no contexto estão unidas (FORST, 2010, 7-8). O que podemos perceber em Vaz, no entanto, é uma concepção de moral que se afasta, em certa medida, do pensamento kantiano pelo fato de este pensar que o fundamento da moral baseia-se no indivíduo, no sujeito. Para Vaz, o sujeito pode ter acesso a certas ideias metafísicas, mas o fundamento da noção do Bem é exterior ao indivíduo.

11 Para Kelsen, há dois tipos de normas de justiça: normas de justiça do tipo metafísica e normas de justiça do tipo racional. As primeiras caracterizam-se pelo fato de se apresentarem, pela sua própria natureza, como procedentes de uma instância transcendente, existente para além de todo o conhecimento humano experimental (baseado sobre a experiência), pelo que pressupõem essencialmente a crença na existência de uma tal instância transcendente. Estas normas são metafísicas não só pelo que toca à sua proveniência, mas ainda pelo que respeita ao seu conteúdo, na medida em que não podem ser compreendidas pela razão humana (KELSEN, 1979, 19).

Referências

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. São Paulo. Quartier Latin, 2005.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BODENHEIMER, E. *Ciência do Direito*. Filosofia e Metodologia Jurídicas. Traduzido de *Jurisprudence*. The Philosophy and Method of The Law. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1962. Primeira Edição: Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1966.

FORST, R. *Contextos da justiça*. Filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo. Boitempo Editorial: São Paulo, 2010.

TRAVESSONI, A. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. 2ª ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

TROPER, M. Hans Kelsen. In: HUISMAN, D. (org.). *Dicionário dos filósofos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HOBBS, T. *Do cidadão*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HOBBS, T. *Leviatã*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, H. Direito, Estado e Justiça na Teoria Pura do Direito. In: *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, H. *A Justiça e o Direito Natural*. Título original *Das Problem der Gerechtigkeit*. Publicado como "Apêndice à segunda edição de *Reine Rechtslehre*. Verlag Franz Deuticke. Viena, 1960. Armênio Amado – Editor, Ceira, Coimbra, Portugal, 1979.

KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTESQUIEU, C. *Do Espírito das Leis*. 2ª ed. São Paulo. Abril Cultural, 1979.

STRAUSS, L. *Direito natural e história*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

VAZ, H. C. L. *Escritos de Filosofia V*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

VAZ, H. C. L. Ética e Direito. In: *Escritos de Filosofia II*. Ética e Cultura. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

VAZ, H. C. L. O problema dos fins. In: *Escritos de Filosofia III*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

VAZ, H. C. L. Ética e Justiça: Filosofia do Agir humano. In: *Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v. 23, n. 75, 1996, 437-453.

VAZ, H. C. L. Ética, Direito e Justiça. In: MERLE, J.-C.; MOREIRA, L. (orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, 126-143.

VAZ, H. C. L. *Ética e Razão Moderna*. In: *Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v. 22, n. 68, 1995, 53-84.

VAZ, MEMORIAL HENRIQUE CLÁUDIO DE LIMA. *Varia III*, Ficha 68. Fonte: <http://www.padrevaz.com.br/index.php/biografia/textos-autobiograficos/225-biografia-redigida-no-ano-de-1976>. Acesso em 15 de setembro de 2022.

Received/Recebido: 03/10/2022
Approved/Aprovado: 29/12/2022