

PERFIS DO POSITIVISMO JURÍDICO, HISTÓRIA POLÍTICA E O NORMATIVISMO DE HANS KELSEN

Adriano Consentino Cordeiro¹

CORDEIRO, A. C. Perfil do positivismo Jurídico, História Política e o normativismo de Hans Kelsen. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc.* UNIPAR. Umarama. v. 22, n. 1, p. 81-98, jan./jun. 2019.

RESUMO: O presente artigo teve por objetivo examinar temas acerca do direito natural e do direito positivo, mais especificamente analisar com destaque o normativismo de Hans Kelsen, e das referências e amarrações de fatos históricos para compreensão da teoria do ato ilícito e da sanção, esboçada na obra teoria pura do direito. Serão abordados os dois temas, com alguns desdobramentos e referências do enfoque normativo na perspectiva da história política de séculos passados, e do paralelo debatido de longa data entre o direito positivo e o direito natural. O dever jurídico também será tratado bem como desdobramentos sobre a licitude dos atos determinados pelo ser humano, e suas consequências em relação à sanção.

PALAVRAS CHAVE: Direito natural; direito positivo; positivismo jurídico; História política.

HANS KELSEN'S LEGAL POSITIVISM, POLITICAL HISTORY AND NORMATIVISM PROFILES

ABSTRACT: This article aims at examining topics concerning natural and positive law, more specifically at analyzing Hans Kelsen's normativism, and references and connections to historical facts for understanding the theory of tort and sanctions, as outlined in the Pure Theory of Law. The authors will focus on two topics, presenting some developments and references to the normative approach in view of the political history of past centuries, and the parallel discussion between positive law and natural law. Legal duty will also be

DOI: 10.25110/rjs.v22i1.2019.7863

¹Possui graduação em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR - 1999) e Mestrado em Direito Processual Contemporâneo e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR - 2003). Especialista em Filosofia do Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE - 2010). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR - 2016 - conceito 6 capes). Mestrando no Programa de Filosofia Política - PPGFil da Unioeste/Campus Toledo - PR. Advogado e professor Titular - A da UNIPAR - campus Cascavel - PR. Tem experiência na área de Teoria do Estado, com ênfase em Processo Civil Contemporâneo, atuando em temas como - Direito Processual Civil, Direito Civil e Constitucional.

treated as well as its developments on the lawfulness of certain human acts and consequences for the penalty.

KEYWORDS: Natural law; Positive law; Legal positivism; Political history.

PERFILES DEL POSITIVISMO JURÍDICO, HISTÓRIA POLÍTICA Y NORMATIVISMO DE HANS KELSEN

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo examinar temas sobre derecho natural y derecho positivo, más específicamente analizar con destaque el normativismo de Hans Kelsen, y las referencias y lazos de hechos históricos para comprensión de la teoría del acto ilícito y de la sanción, descritos en la obra de teoría pura del derecho. Los temas serán abordados con algunos desarrollos y referencias al enfoque normativo, desde la perspectiva de la historia política de siglos pasados, y del paralelo largamente debatido entre el derecho positivo y el derecho natural. También se tratará el deber jurídico, así como las consecuencias sobre la legalidad de los actos determinados por el ser humano y sus consecuencias en relación a la sanción.

PALABRAS CLAVE: Derecho natural; Derecho positivo; Positivism jurídico; Historia política.

1 INTRODUÇÃO

Dentro da história, podemos dizer que o homem nunca permaneceu neutro em relação a fenômenos que ocorreram a sua volta. Não poderia, aliás, ser diferente com o direito que durante sua trajetória, ofereceu vertentes de pensamento, com seguidores dispostos a provar, aquela que melhor explicaria a postura da humanidade a ser seguida em relação a suas leis. São exemplos disso, o jusnaturalismo, corrente fundada numa postura mais idealista, acreditando inclusive num pensamento natural e o positivismo jurídico, calcado mais propriamente no enfoque constatativo e tendo como base o direito positivado e escrito pelos homens.

Ambos tiveram grandes defensores a exemplo de Hans Kelsen² na esco-

²Nascido em praga (1881-1973) qualifica-se o autor como pertencente da escola positivista do direito, vindo a residir nos Estados Unidos, pois perseguido pelo nazismo alemão. Sua contribuição foi notória, no sentido de fornecer uma dimensão integrada e científica do direito, destacando-se a sua obra teoria pura do direito como uma fundamentação da ciência do direito como ciência e promovendo um isolamento do método jurídico, destacando-se ainda como figura polêmica em relação a teoria e filosofia jurídica. Muitos foram os autores que se ocuparam e se ocupam nas discussões das ideias de Hans Kelsen, restando claro assim ser ele, um defensor da neutralidade científica aplicada à ciência jurídica. Hans Kelsen foi juiz durante 9 anos (1921-1930) da Corte Constitucional da Áustria, tendo publicado sua conhecida obra *teoria pura do direito* em sua 1ª edição em 1934, sendo posteriormente em 1960 publicada sua 2ª edição. Exilou-se na cidade de

la positivista do direito. Esse autor surge como pensador intencionado a promover um isolamento do método jurídico, trabalhando questões importantes como as conhecidas categorias do ser e do dever-ser, como polos com os quais lida, para distinguir realidade e direito.

A sua conhecida obra *teoria pura do direito*, propõe inicialmente uma análise estrutural de seu objeto expulsando de seu interior, temas como justiça, sociologia, ordens sociais, não incorporando assim, elementos externos ao seu sistema, a exemplo dos valores. Para o positivismo Kelseniano, a norma jurídica representa o início e o fim de todo o sistema, trazendo ainda como tema crucial para compreensão do universo jurídico, a análise da norma fundamental (*Grundnorm*).

A pureza de sua teoria constata-se assim, num modelo segundo a qual o enfoque normativo deve ser encarado como premissa básica, tornando a ciência jurídica uma ciência pura de normas, que as investiga num encadeamento hierarquizado. O cientista do direito deve se preocupar, pois, com a exclusividade da norma posta, abstraindo valores a sua aplicação, numa estrita definição de seu objeto.

Pondera ele uma defesa do positivismo jurídico³ contra o jusnaturalismo na tentativa de conferir ao sistema jurídico uma absoluta auto-suficiência. Hans Kelsen ao elaborar a teoria pura do direito foi e é considerado como o principal representante daquela escola, buscando uma completa independência científica, e tratando com temas específicos como lícito e ilícito e as repercussões em relação à sanção.

Ele ensina que a norma quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem deve se conduzir de determinada maneira. As normas são, assim, prescrições do dever-se, conferindo ao comportamento humano um sentido: o sentido prescritivo.

Por sua vez a corrente do jusnaturalismo, trabalha com ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, prescrevendo atividades mais de bondade objetiva, independente de conteúdos normativos. Assim, é possível diferenciar inicialmente o direito natural do direito positivo como sendo o primeiro imutável no tempo, ao contrário do segundo que se modifica ao passar do tempo, enfatizando também o debate ainda para alguns momentos históricos e as amarrações extraídas desses importantes fatos a exemplo da Revolução Francesa e Segunda Guerra Mundial.

Berkeley nos Estados Unidos, onde permaneceu até sua morte, deixando ainda inúmeros outros trabalhos como a *teoria geral das normas*, a *ilusão da justiça* e a *teoria geral do direito e do Estado*.

³Vale enfatizar que no século XX, o mundo jurídico foi também atingido por outros dois grandes positivistas que também debruçaram-se sobre essas questões, Alf Ross (1899-1979) e Herbert Hart (1907-1992). Já como representante do neopositivismo destacamos a presença de Norberto Bobbio.

A história política dos séculos anteriores e do atual oferece ainda um sem números de fatos e momentos históricos, ricos em significados e importantes para se historicizar temas na compreensão não só do direito atual, mas ainda decisivo na compreensão do atual panorama do direito no século XX e XXI.

Para tanto, o estudo foi por meio de uma pesquisa bibliográfica que buscou analisar o tema em questões e teve por objetivo examinar temas acerca do direito natural e do direito positivo, mais especificamente analisar com destaque para o normativismo de Hans Kelsen.

2 DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO. PARALELO, DEBATES E DIFERENCIAÇÕES

Vale destacar que a conceituação dos direitos positivos oferece certa problemática entre os autores tratados e as abordagens oferecidas. É o que comenta inclusive a doutrina dogmática da teoria geral do direito: Fornecer um conceito genérico de positivismo jurídico é tarefa tão complexa quanto harmonizar os diversos conceitos de direito natural: o juspositivista aceita como único direito existente aquele empiricamente observável (ADEODATO, 2012. p. 162). Em tempos mais primitivos, já se tratou da dicotomia entre direito natural e direito positivo como que o direito positivo tendo a característica de ser posto pelos homens, ao contrário do direito natural imposto por alguém ou algo, como a natureza ou a própria figura de leis divinas. A teoria geral do direito, a respeito do positivismo jurídico, tem esclarecido:

Os princípios fundamentais comuns aos positivismos jurídicos do século XIX são pelo menos dois: a) somente o direito positivo é direito. O direito assim posto deve ser incondicionalmente obedecido. c) O positivismo mais extremo vincula o jurista unicamente à interpretação literal ou lógica da norma. (LOSANO, 2010, p. 33)

Deve-se a Hugo Grócio, uma conhecida distinção entre os assuntos a partir dos termos como o *jus naturale* e o *jus voluntarium*. Assim, o direito natural baseia-se também num idealismo de valores emanados da natureza e princípios não escritos superiores ao próprio direito posto. Sendo assim, Vale o registro também do positivismo sentido na evolução epistemológica do direito penal, como lembrado pela doutrina “o método positivo, baseado na observação, na experimentação e na formulação das leis, é indispensável nas ciências, devendo ser estendido a todos os domínios. [...] Na concepção positivista essencialmente naturalista reside o fundamento epistemológico da teoria causal-naturalista da ação e do conceito clássico de delito, (PRADO, 2011. p. 99) que se fundamenta

num conjunto de leis, calcado na vontade do legislador e que por essa expressão coloca a norma posta como centro gravitador do direito. Segundo Norberto Bobbio, existe ainda alguns critérios de diferenciação entre os temas, como assim ele enfatiza:

O direito natural se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao direito positivo valendo apenas em alguns lugares. O direito positivo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade; o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda, lembrando que outro critério de distinção que se refere a fonte do direito e funda-se na antítese natura-potestas populus. O quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pela qual chega a nós, e lastreia-se na antítese ratio-voluntas, vez que o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão, ao contrário do direito positivo conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação). Por fim, uma última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, sendo que o direito positivo estabelece aquilo que é útil. (BOBBIO, 2006. p. 22).

Em relação às origens do positivismo notadamente na Alemanha, vale o destaque da escola histórica do direito. Com efeito, no campo filosófico jurídico, o historicismo teve sua origem com a escola histórica do direito, que surgiu e se fundiu especialmente na Alemanha entre o fim do século XVIII e início do século XIX com destaque para Savigny. Nessa época houve uma repercussão dos ensinamentos de Gustavo Hugo, com o título tratado do direito natural como filosofia do direito positivo e ainda a figura de John Austin, considerado o fundador do positivismo jurídico em obra de 1832, filosofia do direito positivo.

Esse período da escola histórica do direito, com destaque para Savigny, ganha traços importantes ainda com a individualidade e a variedade do homem, a irracionalidade das forças históricas, o pessimismo antropológico e o sentido das tradições. A escola histórica lança raízes também como movimento que antecede o próprio positivismo bem como outras diretrizes.

Em relação ao código de Napoleão e ao positivismo jurídico na França, vale dizer que em 1804, entra em vigor naquele país o citado código, com profunda influência no pensamento moderno da época. Dentro das concepções filosófico-jurídica do iluminismo, e algumas assembleias revolucionárias, registre-se ainda a postura de autores como Rousseau, e duas de suas obras como Do

contrato social e o Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens.

Para o autor, ganha destaque os temas como a liberdade e igualdade, estabelecida para ele advindo do fato dos homens nascerem livres e iguais, com enfoque para a consciência da liberdade revelada na espiritualidade da alma humana, com amparo na exigência ética fundamental da renúncia de condições próprias frente aos direitos da humanidade. A igualdade, ainda era fundamental para o autor, pois o homem só poderia ser livre se fosse igual, pois assim que surgisse uma desigualdade entre os homens acabava a liberdade.

O contrato social propunha aos homens firmarem um pacto legítimo que lhes permitiria reconquistar a liberdade. Esse contrato social legítimo nada tinha de um contrato de governo, já que, para ele, antes de examinar o ato pelo qual o povo elegia um rei, seria bom examinar o ato pelo qual um povo era um povo. Não se tratava de contrato estabelecido entre indivíduos, mas do contrato de cada um consigo mesmo e que transformava cada indivíduo num cidadão. Era, pois, uma livre associação de seres humanos inteligentes que, deliberadamente, resolviam formar certo tipo de sociedade à qual passavam a prestar obediência.

É possível destacar ainda em meio a tudo isso, alguns pontos da escola de exegese no mencionado período Francês. De início, lembra-se da codificação e o manuseio de estruturas jurídicas dessas complexas fontes do direito. A mentalidade dos juristas dominada pelo princípio da autoridade é ponto também a ser citado, bem como a doutrina da separação de poderes, e o princípio da certeza do direito como fator de natureza ideológica nos comportamentos e suas consequências.

Já na Inglaterra, nas origens do positivismo jurídico, destacam-se as posições de Bentham e Austin, onde na teoria da codificação o primeiro autor, Jeremy Bentham, influenciou o mundo civilizado com pensamento inserido na corrente do Iluminismo e repercussões em autores como Beccaria⁴. Extrai-se da obra de Bentham, a convicção de que é possível se estabelecer uma ordem ética objetiva, e isso se justifica na fé pelo legislador universal, com possibilidade de leis racionais válidas para todos os homens. O autor estabeleceu críticas ainda, à família da *common law* e a temas específicos da codificação, exigindo requisitos pontuais para validade de um código, como a utilidade e completude.

Após o pensamento de Bentham, vale o registro de Austin, numa tentativa de mediação entre a escola história alemã e o utilitarismo Inglês. Ao contrário de Bentham, ocupado com a ciência da legislação, Austin focou-se mais na jurisprudência geral e particular. Conforme Michel(2009), discute sem seu estudo que a via na lei a forma típica do direito e o fundamento da norma jurídica, defensor ainda que fosse da reforma do direito por meio da legislação, em

⁴Vale destacar a respeito deste autor sua conhecida obra inserida na filosofia clássica do direito penal, *Dos Delitos e das Penas*.

sintonia com o pensamento de Hobbes⁵ e também Bentham.

Austin foi referência ainda em outros temas dentro do direito como a soberania e a diferenciação entre direito legislativo e judiciário, bem como nos paralelos entre leis divinas e leis humanas, estas subdivididas entre direito positivo e moral positiva. Por outro lado, registre-se também o enfraquecimento do debate entre o paralelo do direito natural e direito positivo, por conta de passagens históricas e outros fatores citados pela doutrina, vejamos:

A dicotomia, como instrumento operacional, isto é, como técnica para a descrição e classificação de situações jurídicas normativamente recidíveis, perdeu força. [...] Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais (FERRAZ JR, 2001. p. 168)

3 ALGUNS REGISTROS HISTÓRICOS. REVOLUÇÃO FRANCESA E SEGUNDA GUERRA MUNDIAL.

Em termos dogmáticos⁶ é importante ressaltar também, a análise detida sobre momentos históricos da civilização que ganharam importância ao longo do tempo. O primeiro deles a ser destacado é o da Revolução Francesa de 1789, data essa que marca o fim da idade média e o início da idade contemporânea, de importância fundamental para a compreensão de séculos seguintes. É comum se dizer que a Revolução Francesa representa o triunfo da burguesia sobre a nobreza, que perdeu sua função de liderança em benefício dos burgueses, que passaram a ocupar postos de mando em diversos países.

É correto dizer que essa revolução representa a vitória no campo político e social de princípios igualitários e outras áreas de interesse como o religioso. Foi a partir dessa revolução que os nobres passaram a não mais liderar a política dos povos, sendo ainda que os títulos de nobreza passaram a ser cada vez mais honoríficos até os dias atuais.

Vale destacar ainda como grande pensador dessa época, a figura do Barão de Montesquieu, crítico ferrenho das instituições da época com participação definitiva na elaboração de princípios de uma sociedade nova. No conhecido Espírito das Leis, ele ensina que o regime vem da história de um povo por meio das leis. O regime ideal não seria assim à monarquia, se a tradição for à República, mas se essa não for possível, a monarquia será vinculada a uma Constituição.

⁵Importante dizer a respeito desse autor também, que ao contrário de outros filósofos, ele marca a partir de sua doutrina um novo progresso do pensamento moderno no sentido do individualismo. Com propriedade, consultar a respeito.

⁶Por este termo, compreendemos o saber que descreve de deforma sistemática, o direito praticado.

Rousseau também é figura importante com seu conhecido contrato social, e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Como já se falou, procura ele criar a ideia de uma vontade geral, resultante da composição de forças divergentes no organismo social. A queda da Bastilha em 14 de julho de 1798, articulada pelos representantes do terceiro Estado, foi vista como o símbolo de que o *Ancien Régime* chegasse ao fim. A doutrina recente, aliás, a respeito dos ideais da época, sobre tudo isso observa:

Em 26 de agosto, a declaração dos direitos do homem resumiu as ideias de Locke e Rousseau. Todos a saudaram com entusiasmo, inclusive o Rei Luis XVI, conforme (CICCO 2012. p. 197).. O soberano da época esperava salvar a ordem pública, mas com surpresa viu o palácio de Versailles ser invadido por uma multidão em 5 de outubro de 1789. Eis que então em setembro de 1791 foi publicada a Constituição, cabendo ao poder legislativo uma assembleia nacional, e as reformulações em bases teóricas até então consideradas muito sólidas. Importante acrescentar também outro ponto lembrado pela doutrina:

A partir da revolução Francesa, a Europa foi progressivamente aceitando que o direito é a manifestação da vontade do povo, expressa pelos seus representantes, escolhidos estes pela forma que o próprio povo estabeleceu nas constituições dos Estados. Esta concepção obrigava a: - Observar o processo de criar direito estabelecido pela constituição; - garantir os direitos fundamentais; - validar como direito a vontade normativa expressa pelos representantes do povo, de acordo com o estabelecido com a Constituição (HESPANHA, 2013.p.41).

Sob essa perspectiva do autor português, é correto dizer que a concepção estadualista do direito, usada inclusive na formação de muitos juristas, é resultado de um modelo de pensar do direito, que se estabeleceu na Europa há cerca de 200 anos, quando a generalidade das pessoas, imaginava que o direito tinha que ser uma criação do Estado.

Ponto que chama a atenção ainda é o relacionado à segunda guerra mundial. Encorajado por acordos nazicomunistas, Hitler se lançou sobre a Polônia em 1 de setembro de 1939. Inglaterra e França, solidárias com a Polônia declaram guerra ao eixo em 3 de setembro. Pouco tempo depois, a Rússia tomava a Polônia oriental, avançando ainda sobre a Finlândia, mas derrotada por ela em janeiro de 1940.

Violando pactos internacionais, Adolf Hitler invadiu a Rússia em 22 de janeiro de 1941. Em meio a tudo isso, os Estados Unidos entravam em guerra contra o eixo após o ataque à base americana de Pearl Harbor, no Havaí, perpe-

tuado por m4-G japoneses, após sucessivas provocações dos americanos, que enviaram combustível aos ingleses e chineses em guerra.

A Alemanha foi atacada em várias frentes até sucumbir. Era inclusive o que previa o conhecido Churchill, em meio a enfrentamentos com a Rússia Soviética. O avanço aliado pelo sul da Itália levou Mussolini à demissão pelo Rei Vitor Emanuel III. Como tentativa de impedir o avanço anglo-americano, as tropas alemãs se concentraram no sul da Itália. Os Alemães se esconderam no norte da Itália, enquanto que o general Zhukov vencida os Alemães em Stalingrado e avançava em direção a Berlim.

A marcha através da França foi lenta, e em 2 de maio de 1945 os Alemães se rendiam. Em meio a tudo isso, se anunciou o suicídio de Adolf Hitler e o assassinato de Mussolini, durante a luta contra o Japão até a explosão da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, com o rendimento dos japoneses em 15 de agosto daquele ano.

Destaca-se ainda alguns outros registros, como a divisão da Alemanha em dois grandes blocos, de um lado a República Democrática de influência comunista, e de outro a República Federal Alemã de influência liberal e por fim a contextualização com o positivismo, e o conturbado final da segunda guerra, que é bom lembrar, marcou para sempre o mundo na prática a teoria do direito. Por tudo isso, arremata a doutrina:

Com a queda das doutrinas oficiais ligadas às ditaduras derrotadas, na Alemanha e na Itália, os teóricos do direito tiveram de remeter-se às doutrinas pré-bélicas para inicial a reconstrução de uma teoria jurídica que acompanhasse e favorecesse o renascimento dos Estados democráticos (LOSANO,2007.p.244)

4 O NORMATIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN, TRAÇOS DA TEORIA PURA DO DIREITO E O MOVIMENTO DA FILOSOFIA DOS VALORES. O ILÍCITO COMO PRESSUPOSTO DO DIREITO.

Tratando agora do normativismo defendido por Hans Kelsen, ensina o autor que a norma por meio de seu conteúdo, é que empresta a significação jurídica ao fato externo (assim considerado aquele que se processa no tempo e no espaço, determinado pela lei da causalidade), determinando-lhe a qualidade de ato jurídico (lícito ou ilícito), ou seja, seu sentido jurídico específico. O fato externo, simplesmente como elemento da natureza, por si só, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico. A norma é a responsável em transformá-lo em ato jurídico.

Aliás, vale o destaque de uma inserção importante de Kelsen ao positi-

vismo jurídico. Ao fato de que o direito, deveria ter uma função meramente descritiva, e compreendida como norma despida de concepção social ou de valores, vez que para ele, este tema é estudado pela sociologia, filosofia ou psicologia. Para Kelsen, como explica a doutrina:

A teoria do direito possui dois juízos de valor – valores de direito cujo parâmetro objetivo é a norma jurídica (lícito/ilícito) – valores de justiça (justo/injusto), cujo parâmetro subjetivo repousa em dados variáveis e indedutíveis. (BITTAR, 2007. p. 358.).

É bom registrar inclusive, que os axiomas kelsenianos, servem para explicar bem determinados pontos específicos como a estrutura de um ordenamento jurídico, mas não tão bem assim a outros temas como sua origem e função.

Desse modo, focado ainda no seu normativismo, é compreensível que passe a não ser interessante a transgressão de seus preceitos, sob pena do experimento que tal transgressão pode trazer no caso uma consequência jurídica denominada sanção. Passa a ser conveniente, e porque não dizer correto, se comportar segundo os ditames da lei, manifestando-se assim, uma intenção de não se experimentar o conteúdo daquela sanção.

Fica evidente que a transgressão da norma impõe, ou que deixa claro que o direito deve ser compreendido como um universo de normas condicionadas à disciplina do direito, se valendo inclusive da força física, se necessário for, para que suas regras sejam cumpridas. Em outras palavras, a norma jurídica é responsável em transformar situações em atos jurídicos. Sobre isso observa Hans Kelsen:

O juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa (KELSEN, 1999. p. 04)..

Nestas condições, pela teoria pura do direito devemos enfatizar:

Os fatos possuem o significado jurídico que a norma lhes atribui. A morte de uma pessoa ocasionada por tiro pode caracterizar homicídio ou execução de pena de morte. Não é o fato em si, ressalte-se, que apresenta notas capazes de lhe dar a configuração jurídica. O ato de disparar contra uma pessoa e causar sua morte poderá se revestir de licitude ou ilicitude, sem experimentar a menor alteração, enquanto evento no mundo dos fatos. Será a norma jurídica incidente sobre o fato a responsável por conferir o

sentido de lícito ou ilícito a conduta. A norma jurídica, em decorrência, tem a natureza de um esquema de interpretação da realidade. Nela, se encontra o sentido jurídico objetivo dos atos praticados pelos homens. (COELHO,2000. p. 53).

No campo da significação, é de se notar que Hans Kelsen trata apenas do sentido objetivo do ato, ou seja, aquele determinado pela norma. Desse modo, o sentido subjetivo, quando não estabelecido por ela, mas exprimido apenas pela percepção das pessoas frente às qualidades naturais do objeto ou da ação, não tem validade na classificação do fato externo como um ato jurídico. É o exemplo por ele citado na sua obra:

Se alguém dispõe por escrito do seu patrimônio para depois da morte, o sentido subjetivo deste ato é o de um testamento. Objetivamente, porém, do ponto de vista do Direito não o é, por deficiência de forma. Se uma organização secreta, com intuito de libertar a pátria de indivíduos nocivos, condena à morte um deles, considerado traidor, e manda executar por um filiado aquilo que subjetivamente considera e designa como uma sentença de condenação à morte, objetivamente, em face do Direito, não estamos perante a execução de uma sentença, mas perante um homicídio, se bem que o fato exterior não se distinga em nada da execução de uma sentença de morte. (KELSEN,1986.p.03)

No que se refere propriamente aos ilícitos, estes correspondem a condutas contrárias ao dever ser da norma, cuja ordem social estatui sanções. Hans Kelsen, na obra teoria geral das normas, sustenta que o estabelecimento de sanções se dá em aplicação do princípio da retribuição, decisivo para o convívio social. Pode ser formulado da seguinte maneira:

Se um membro da comunidade conduz-se de uma maneira que lesa os interesses da comunidade, deve ser punido, deve ser-lhe causado um mal. Se conduz, porém, de uma maneira ...que fomenta os interesses da comunidade, deve ser recompensado, deve ser-lhe causado um bem. No princípio retributivo expressa-se o princípio da justiça da igualdade: igual por igual, bem por bem, mal por mal. Como o princípio de Talião: olho por olho, dente por dente(KELSEN,1986.p.173)

A conduta que um indivíduo adota frente a uma ou várias outras pessoas pode ser maléfica ou benéfica. A função da ordem social é obter certa conduta do cidadão subordinado a esta ordem, fazendo com que esta pessoa deixe de fazer algo considerado socialmente prejudicial ou realize alguma ação qualificada como útil. Essa função motivadora é exercida pelas normas que prescrevem ou proíbem determinadas condutas humanas.

Assim, a ordem social pode descrever certa conduta humana, sem condicionar a observância ou não observância do imperativo a quaisquer consequências jurídicas. Pode, porém, estabelecer determinada pena como a perda de certa vantagem, por meio de uma retribuição. O prêmio e o castigo podem inserir-se no conceito do que seja sanção. No entanto, corriqueiramente, entende-se por sanção exclusivamente a pena, ou seja, um mal aplicado como consequência da conduta.

Tendo ainda como inspiração a interpretação kelseniana, vale dizer que na primeira fase do seu pensamento, Kelsen nega o caráter imperativo da norma, defendendo tratar-se de juízo. Mas, na segunda fase de seu pensamento, com a edição da teoria pura do direito de 1960, altera radicalmente a sua posição, diferenciando proposição jurídica de norma jurídica, explicando que a norma representa um mandamento e, como tal, comandos, de natureza imperativa.

Assim, com base no seu pensamento, e adotando a concepção de que a norma é imperativa, Hans Kelsen ensina que uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita – na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção. Comentando sobre tais ensinamentos, a doutrina brasileira, assim esclarece acerca da concepção de Kelsen:

a) O dever ser da norma jurídica tem sentido prescritivo (imperativo), e o dever ser da proposição, um sentido descritivo (indicativo); b) a norma decorre de ato de vontade, trata-se de uma criação real; e a proposição, de um ato de conhecimento, sendo assim uma criação epistemológica, como diz Kelsen (DINIZ, 1999. p. 69-71).

Outra característica comum às ordens sociais chamadas direito, é que constituem ordens coativas na medida em que reagem contra ações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas. A reação é vista como um ato de coação, ou seja, um mal (como a privação da vida, da saúde, da liberdade, do patrimônio) aplicado ao infrator, mesmo que contra a sua vontade, ainda que necessária à força física.

Como ordem social estatuidora de sanções, o Direito regula a conduta humana não apenas em sentido positivo, como sanção, à conduta oposta e, assim, proíbe esta conduta - mas também por forma negativa - na medida em

que não liga um ato de coerção à determinada conduta, e, assim, não proíbe esta conduta nem prescreve a conduta oposta.

Registre-se por fim também que no posicionamento da filosofia dos valores, a validade do direito para Kelsen não está condicionada à perspectivas valorativas. Validade é um termo utilizado por ele para compreender que as regras jurídicas são obrigatórias, e que os homens devem se conduzir de acordo com as prescrições normativas.

A justiça por assim dizer, é um valor relativo, assim como outros valores que podem sofrer diferentes interpretações de acordo com o contexto examinado. Na abordagem positivista kelseniana, o papel do direito é de aplicação da norma jurídica, uma vez que os valores constituem um capítulo à parte.

4.1 Perspectiva Kelseniana sobre a justiça.

Examinando também as ideias do autor focadas no tema justiça, extrai-se importantes elementos na ciência do direito como a existência de dois juízos, um denominado de valores do direito, assentado na conduta do sujeito em confronto com a lei, reconhecida como lícita ou ilícita e outro chamado de valores de justiça, fundado na própria atividade criadora do direito.

Kelsen ao tratar sobre temas ligados à justiça, preocupa-se com o contexto da adoção do princípio da tolerância, aclamado que está na paz social, como valores maiores de uma sociedade humana. O próprio autor impõe ao direito positivo o dever de regulamentar as condutas efetivadas em nome da tolerância, afastando, entretanto, valores absolutos. Discorrendo sobre o tema, explica a doutrina:

A visão de Kelsen permite conceber a existência da justiça desde que por sua acepção relativa, ou seja, como elemento de caracterização humana fruto da razão que brota da sociedade a partir do reconhecimento que a felicidade social é ilusão e que somente o contentamento da maioria resgatada de apuração (PIRES, 2013. p. 40).

Por tudo isso é correto situar Kelsen como um autêntico positivista, mantendo, aliás, embates ideológicos com o direito natural e dedicando também atenção a outros temas como o problema da justiça dedicada à aversão ao jusnaturalismo e também a ilusão da justiça, com a posição da norma que identifique valores como parâmetros em contraposição a fatos permitidos em juízo.

5 O PRINCÍPIO RETRIBUTIVO, ORDEM DE COERÇÃO E NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL.

Observa-se ainda sobre o normativismo Kelseniano, que para a teoria pura do direito, a sanção como ordem coativa, recebe o enfoque central do estudo dos ilícitos. Pois, para Hans Kelsen não há ilícito sem sanção, na sua teoria de que a conduta prescrita não é a conduta devida, devida é a sanção.

É de se notar, que Hans Kelsen não questiona se a norma é justa ou não, adotando assim o sistema dinâmico em que a norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a estatuiu, mas porque está ligada a norma fundamental. Uma vez válida frente a ela, deve ser observada pelos indivíduos, ainda que sua aplicação resulte em ato injusto.

O objetivo da sanção estabelecido pela ordem é garantir a eficiência dessa mesma ordem, para que a conduta determinada pela norma seja efetivamente observada, aplicando-se coercitivamente a sanção nos casos da prática de conduta oposta ao imperativo. Assim, a primeira finalidade da norma jurídica é de, por meio da prévia coação do indivíduo, evitar o mal (pena ou execução forçada) estatuído na norma primária para o caso de violação da norma secundária.

Além disso, para Hans Kelsen a eficácia da norma não significa que ela seja, sem exceção, sempre respeitada. Basta que ela seja geralmente cumprida e aplicada. Esta conclusão kelseniana decorre da ideia de que se inexistisse a possibilidade ou concreta desobediência do conteúdo de determinada norma, isto significaria que a mesma seria supérflua, isto é, inútil, por prever fato que, de antemão, sabe-se que não irá ocorrer. Reside, assim, a eficácia da norma jurídica, na circunstância de que é geral e efetivamente cumprida, sendo que no caso de descumprimento, em geral é aplicada pela sua força coercitiva.

As normas jurídicas, para a ordem social, estatuem ordens de coação, no sentido de que uma vez adotada uma conduta oposta ao seu sentido prescrito, está automaticamente condicionada à sanção coercitivamente aplicada, ainda que com o uso da força. Desse modo, às condutas não desejadas pela norma jurídica (decorrente da norma fundamental) é aplicada pela mesma norma a sanção, como um mal por tal conduta, como a privação da vida, da saúde, da liberdade ou patrimônio.

Como dito, mesmo que o delinquente considere a sanção benéfica (é o caso do que sente remorso pelo crime), esta não perde a sua característica retributiva, decorrente do princípio da igualdade: “olho por olho” “dente por dente”. As sanções geram poder de reação contra determinada conduta humana, o que significa dizer que o Direito é uma ordem coativa. A ordem jurídica visa, por meio do poder coativo da norma, obter a almejada segurança coletiva e a paz social.

Há ainda atos coercitivos que não têm a natureza de sanção, como são

as normas que dão competência a determinados órgãos da comunidade, como órgãos de polícia (no sentido de privar a liberdade de suspeitos de terem praticado delito), como também o ato de privar a liberdade de outrem com o objetivo de preservá-lo de algum perigo (prisões protetoras), e o internamento de doentes mentais perigosos, ou colocação de portadores de doenças contagiosas em hospitais ou locais similares. Tércio Sampaio Ferraz Júnior comentando todos esses temas assim comenta:

Foi um ardoroso defensor da neutralidade científica aplicada à ciência jurídica. Sempre instituiu na separação entre o ponto de vista jurídico e o moral e político. A ciência do direito não caberia fazer julgamentos morais nem avaliações políticas sobre o direito vigente.(FERRAZ JÚNIOR, 2013. p. 17)

Para a teoria pura do direito, o que importa é que se concebe o Direito como uma ordem de coerção, a fórmula com a qual traduzimos a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual significa: a coação de um indivíduo por outro deve ser praticada pela forma fixada pela norma hipotética fundamental quando diz, “respeitem a primeira constituição”. A norma fundamental delega, portanto, a determinação do processo pelo qual se devem estabelecer as normas estatuidoras de atos de coação. A norma, assim, deve obedecer este processo (conforme a norma fundamental) e, ao mesmo tempo, estatuir uma coação, ou estar ligada à outra norma que a estatua. Com a norma fundamental, portanto pressupõe a definição nela contida do direito como norma coercitiva.

Norma sem sanção (coação) é irrelevante, por confundir-se nesses casos - quase que sem exceção com as normas da moral, de modo que inexistem normas jurídicas não coativas. Se o Direito não fosse definido como ordem de coação, mas apenas como ordem posta em conformidade com a norma fundamental e essa fosse formulada com o sentido de que as pessoas se devem conduzir, nas condições fixadas pela grande norma, então poderiam existir normas jurídicas desprovidas de sanção, isto é, normas jurídicas que, sob determinados pressupostos, prescrevessem uma determinada conduta humana, sem que uma outra norma estatuisse uma sanção para a hipótese da primeira não ser respeitada.

6 DEVER JURÍDICO E SANÇÃO

No campo do dever jurídico, vale ressaltar, que a conduta de um indivíduo prescrita por uma ordem social, é aquela a que este indivíduo está obrigado. O indivíduo assim, tem o dever de se conduzir de determinada forma quando essa conduta é prescrita pela ordem jurídica, tema esse inclusive na eficácia das normas e diretrizes do direito penal.

Por esse enfoque normativo, se o direito é reconhecido como ordem coercitiva, uma conduta apenas pode ser considerada com prescrita pelo direito, e neste contexto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga a conduta oposta, um ato coercitivo conhecido como sanção. O dever jurídico serve assim ao homem, com um impulso, de uma conduta que ele sente como prescrita, cuja observância não pode recair numa sanção.

O dever jurídico encontra-se assim, numa relação direta com a sanção. Juridicamente, obrigado está o indivíduo que, por meio de sua conduta pode cometer um ilícito, e assim provocar a sua consequência, ou seja, a sanção. Olhado sob o enfoque do sujeito, ele é um indivíduo cuja conduta é o pressuposto a que é ligada à sanção dirigida contra esse indivíduo, na medida em que realiza seus atos e se estabelece em comportamentos.

Na tentativa talvez de aproximar ou mesmo de interpretar as questões ligadas ao dever jurídico, responsabilidade e sanção, fica evidente que conduta prescrita é o mesmo que indivíduo obrigada à conduta. O dever, aliás, está ligado a ideia de valor, como sendo um princípio segundo o qual o homem deve cumprir sempre os seus deveres.

7 CONCLUSÃO

Em conclusão ao que foi exposto, devemos pontuar algumas ideias necessárias a essa conclusão.

Longa é a trajetória do debate conhecido entre direito, direito natural e direito positivo. Em termos práticos, é inconcebível imaginar que o direito no atual desenvolvimento, retorne às bases históricas do direito natural, buscando-se desse modo, subsídios e elementos no direito positivo, como sendo a partir de suas origens e diferenças para com o primitivo direito, a sua forma estatal, ordenada por meio da lei, como expressão de sua mais genuína fonte;

Alguns registros históricos por assim dizer, estão relacionados a momentos importantes da história política mundial, a exemplo dos aqui tratados como a Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial. Esses dois acontecimentos foram definitivos para a sociedade moderna, não só por seus registros históricos, mas também por estarem relacionados e entrelaçados com o mundo do direito e as suas repercussões atuais no presente século;

O normativismo jurídico de Hans Kelsen como se viu, é definitivo na compreensão do estudo das normas do direito, como sendo uma grande referência para compreensão do direito positivo. A teoria pura do direito parece ser até os dias atuais, um grande segmento do direito na proposição de se isolar o direito das demais ciências, destacando aquele autor também no movimento que corresponde à filosofia de valores;

Ainda sobre o normativismo da teoria pura do direito, em especial sobre os ilícitos, é correto dizer que esses correspondem às condutas contrárias ao dever ser da norma, cuja ordem social estatui sanções. Hans Kelsen sustenta que o estabelecimento de sanções se dá em aplicação do princípio da retribuição, decisivo para o convívio social. Assim, o ilícito aparece como uma (condição) e não como uma negação do direito, mostrando-se que o ilícito não é um fato que está fora do direito, mas dentro dele pela sua própria natureza;

Hans Kelsen ensina que uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social como prescrita, na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção. Para ele, o ordenamento social, seja qual for, jamais pode existir desprovido de sanção. Em outros termos, não há ilícito sem sanção, uma vez que a conduta prescrita não é a conduta devida, devida é a sanção;

No pensamento kelseniano, a sanção, é um meio de garantir o não cometimento da conduta oposta, fazendo com que todos se portem de acordo com a ordem jurídica vigente. Desse modo, o dever jurídico encontra-se, numa relação direta com a sanção;

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo & ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone editora, 2006.

CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**: prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 3ª edição, 3ª Tiragem, São Paulo: Max Limonad, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2001.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. 1º edição, São Paulo: Anna Blume Editora, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6º edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria Geral das Normas**. 1º edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LOSANO, Mario. **Sistema e Estrutura no direito**. Vol. 2 – O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PIRES, Alex Sander Xavier. **Justiça na perspectiva kelseniana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. 10º edição, São Paulo: RT, 2011.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2º edição, São Paulo: Martins Fontes, 2009.