

KAMILLA EDUARDA PEREIRA DE OLIVEIRA

**EVOLUÇÃO NA CONCEPÇÃO DO DIREITO NO MUNDO
CONTEMPORÂNEO: UMA ABORDAGEM SOBRE A TEORIA PURA
DO DIREITO**

CURSO DE DIREITO - UNIEVANGELICA

2022

KAMILLA EDUARDA PEREIRA DE OLIVEIRA

**EVOLUÇÃO NA CONCEPÇÃO DO DIREITO NO MUNDO
CONTEMPORÂNEO: UMA ABORDAGEM SOBRE A TEORIA PURA
DO DIREITO**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor M.e. Juraci Cipriano.

ANÁPOLIS – 2022

KAMILLA EDUARDA PEREIRA DE OLIVEIRA

**EVOLUÇÃO NA CONCEPÇÃO DO DIREITO NO MUNDO
CONTEMPORÂNEO: UMA ABORDAGEM SOBRE A TEORIA PURA
DO DIREITO**

Anápolis, ____ de _____ de 2022.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia tem como principal objetivo a análise das transformações e evoluções que o Direito sofreu ao longo do século XX, devido à mudança da cultura e os principais acontecimentos. Dispõe a apresentar as novas formulações, sobretudo a teoria pura do Direito em Hans Kelsen, posto que ela representa o ápice ou o ponto mais elevado do positivismo jurídico. O conteúdo está dividido didaticamente em três capítulos. Inicialmente trata-se de explanação breve sobre as principais mudanças no Direito durante o século XX, adentrando ao juspositivismo e ao jusnaturalismo, ainda se dá início à análise sobre a teoria pura do Direito em Hans Kelsen. O segundo capítulo traz os principais pontos da teoria de Kelsen, pontuando o entendimento do jusfilósofo sobre o Direito e a justiça. Por fim, no terceiro capítulo adentra-se na mudança social e da compreensão do Direito ao longo do tempo, assim como uma análise sobre a babel jurídica.

Palavras chave: Direito, Justiça, Evolução, Sociedade, Babel Jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO NA CONCEPÇÃO DO DIREITO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO: UMA ABORDAGEM SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO	9
1.1 Evolução do Direito no século XX	9
1.2 Jusnaturalismo x juspositivismo	Erro! Indicador não definido.
1.3 Teoria pura do Direito em Hans Kelsen. Erro! Indicador não definido.	
CAPÍTULO II – A ABORDAGEM DE HANS KELSEN.....	18
2.1 Direito como uma ciência	18
2.2 Direito hierarquizado	21
2.3 A justiça como valor relativo	24
2.4 O Estado como personificação do Direito	27
CAPÍTULO III – EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE.....	30
3.1 Mudança social no decurso do tempo	31
3.1.1 Mudança na forma de compreender o Direito	35
3.1.2 Babel Jurídica	37
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico possui como foco principal a análise das transformações e evoluções sofridas pelo Direito ao longo do século XX, considerando as principais mudanças culturais e os mais importantes acontecimentos sociais com o tempo.

A metodologia utilizada foi a compilação bibliográfica, sendo assim, ainda que seja pautado na teoria pura do Direito em Hans Kelsen, conta com a interpretação e entendimento de diversos autores em face dos tópicos aqui apresentados, posto que são muitos os autores que dissertam sobre este assunto e apresentam variadas e interessantes didáticas.

Justifica-se a importância do trabalho por ser este tema a teoria tridimensional do Direito, um ponto de inflexão em toda a filosofia jurídica ocidental. Ademais, pela atualidade do pensamento de Hans Kelsen.

A evolução do Direito no século XX possui várias vertentes importantes, tendo sido inicialmente abordadas no primeiro capítulo da presente monografia, assim como as maiores distinções entre jusnaturalismo e juspositivismo. Ainda no capítulo inaugural, inicia-se a análise da abordagem de Hans Kelsen.

Em sequência, o segundo capítulo adentra de veras o estudo de Hans Kelsen acerca da teoria pura do Direito, apresentando a forma do autor entender o Direito, a justiça e o Estado.

Finaliza-se a explanação do trabalho monográfico dispondo sobre a mudança social no decurso do tempo, as implicações que tais mudanças trouxeram para a forma de compreender o Direito e ainda sobre a Babel Jurídica que pode ter sido trazida por tantas mudanças em um decurso relativamente curto de tempo.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO NA CONCEPÇÃO DO DIREITO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO: UMA ABORDAGEM SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO

A evolução do Direito é algo trabalhado frequentemente, havendo várias abordagens divergentes e de interessante análise. A teoria pura do Direito se sobressai tendo em vista a vasta gama discutida dentro de uma mesma vertente. Hans Kelsen se destaca como o principal filósofo a discutir sobre tal assunto e por ter sido o responsável por introduzi-la de maneira concreta.

1.1 Evolução do Direito no século XX

O conceito de lei é discutido há muito tempo e nunca se chegará a um consenso claro. No entanto, esta não é uma discussão sem sentido, porque é claro que nossa sobrevivência neste mundo depende disso.

O termo direito tem dois significados: um se refere às normas estabelecidas pela lei, ou seja, as normas legais, o segundo se refere à capacidade que todos temos de exigir que outros realizem determinadas ações para defender nossos direitos (GOMES, 1995).

Portanto, o direito no sentido de direito objetivo é um preceito hipotético e abstrato, que visa regular o comportamento do ser humano em sociedade, e sua característica essencial é a força coercitiva conferida pela própria sociedade (GOMES, 1995).

Em 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que afirmava que “todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Certifique-se de que todos possam obter os benefícios que a vida social pode proporcionar. Isso garante que todos sejam iguais, não físicos, intelectuais ou culturais; independentemente de gênero, nacionalidade, cor, poder econômico ou crenças religiosas, todos têm o mesmo valor. A humanidade surge composta por seres primitivos, em estado de natureza, anteriores ao surgimento do Estado como forma de organização da sociedade (ONU, 1948).

Os filósofos que melhor tratam desse tema são conhecidos como contratualistas e são eles Thomas Hobbes (2003), John Locke (1998) e Jean Jacques Rousseau (2006). Para eles os seres humanos em algum momento veem a necessidade de abdicar da liberdade ilimitada para conceber uma forma de organização que não dependa mais do poder individual que cada ser humano possui de tomar decisões, mas sim de um poder concentrado concedido pelos seres humanos a um ente metafísico -Estado.

Na medida em que ocorre o crescimento populacional, que ocasiona um aumento na complexidade das relações humanas, os interesses individuais passam a convergir sobre um mesmo objeto e isso acaba por gerar lutas mortais por um pedaço de terra, por um pedaço de comida e pela conquista de mulheres no intuito de procriação, a fim de aumentar o grupo e conseqüentemente obter mais mão de obra para o labor e maior proteção e poder de luta contra os demais grupos. Apesar dos contratualistas discorrerem sobre o contrato social como solução encontrada pelos seres humanos para pôr fim à barbárie e desordem, cada filósofo interpreta a natureza humana da sua maneira. (PIOSEVAN, 2006).

Na concepção de Hobbes (2003) o homem em estado de natureza é um ser selvagem, egoísta e mau; para Locke (1998) o homem é um ser bom, mas que precisa da guerra para proteger a si próprio e os seus interesses; para Rousseau (2006) o homem é bom, porém o surgimento da propriedade o corrompe e o faz um ser desconfiado e agressivo.

A luta por direitos continua no século XX, teve grandes evoluções mesmo após as conquistas civis pós Absolutismo e as conquistas políticas e trabalhistas da Revolução Industrial, a desigualdade social permanecia no mundo, enquanto poucos tinham muito a grande massa não tinha quase nada. Nesse contexto surgem os direitos sociais, direitos esses que para serem efetivos o Estado precisa agir garantindo a saúde, a educação, a cultura, ou seja, direitos básicos e essenciais para se viver com dignidade. (NOGUEIRA; BENEVIDES, 2015).

Os direitos sociais se manifestaram com a Declaração Universal dos Direitos Humanos redigida em 1948 pelo Comitê de Redação da Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), organização criada logo após o fim da Segunda Guerra Mundial em 24 de outubro de 1945 como símbolo da defesa dos Direitos Humanos (ONU, 1948).

1.2 Jusnaturalismo e juspositivismo

Como vimos no post anterior (o que é justo?), o homem sempre seguiu regras, sejam elas sociais, morais ou legais, sempre se pautou por regras de conduta, hoje vamos falar das duas correntes em que o Direito está dividido, são eles: a corrente do legalismo natural (LOCKE, 1998) e a corrente do positivismo jurídico (KELSEN, 1976).

A corrente do jusnaturalismo defende que a lei é independente da vontade humana, existe antes mesmo do homem e acima das leis do homem, para os jusnaturalistas a lei é algo natural e pressupõe os valores do ser humano, e sempre buscando um ideal de Justiça (LOCKE, 1998; ROUSSEAU, 2006). A lei natural é universal, imutável e inviolável, é a lei imposta pela natureza a todos aqueles que se encontram em estado de natureza.

Ao contrário do que defende a corrente jusnaturalista, a corrente juspositivista (KELSEN, 1976) acredita que não pode haver lei e, portanto, justiça apenas por meio de normas positivas, ou seja, normas emanadas do Estado com poder coercitivo, podemos dizer que são todas normas escritas, criadas por homens em todo o Estado.

Então, podemos distinguir as principais diferenças entre jusnaturalismo e juspositivismo ao analisar que o jusnaturalismo (LOCKE, 1998; ROUSSEAU, 2006) acredita em leis superiores e naturais, o direito como produto de ideias e tem como premissa os valores. Por sua vez, o juspositivismo (KELSEN, 1976) adota a teoria das leis impostas como produto da ação humana, a existência de leis formais e a própria ordem positiva.

1.3 Teoria pura do direito

Em "Pure Legal Theory", Hans Kelsen (1976), recomenda-se a criação de uma ciência jurídica, cujo autor visa estabelecer uma ciência jurídica objetiva e clara e evitar julgar o padrão que tenta descrever e explicar com base em qualquer padrão de justiça.

Sendo assim, ele pretende separar o direito de outras ciências, como moralidade, justiça e sociologia do direito. Portanto, a ciência jurídica não deve fazer julgamentos de valor sobre as normas eficazes e explicar os princípios de causalidade e imputação nelas. Hans Kelsen (1976) definiu um padrão como o resultado de uma interpretação que lhe deu um significado legal e estabeleceu sanções para o não cumprimento.

Segundo Kelsen (1976), a lei é definida como um corpo normativo que segue uma estrutura de escada em forma de pirâmide, na qual os padrões de nível superior conferem legitimidade aos padrões de nível inferior. Se juntarmos a hierarquia padronizada, chegaremos ao topo, onde o Dafa está. Acima existem apenas normas básicas, com transcendência lógica, e uma constituição, mas na verdade ela é predefinida, não é uma lei formal, está localizada fora da pirâmide e pairando acima dela. A regra básica do Grundnorm dá legitimidade à própria Constituição. Portanto, o Estado se constitui em um sistema de regras construído logicamente a partir de regras superiores, que só são impostas e garantidas por um sistema de sanções efetivo.

Para Kelsen (1976), o comportamento cívico é legalmente importante apenas quando interfere no sistema de regras de alguma forma, seja por meio de

comportamentos atribuídos ao sistema ou por conflitos com outros, o sistema objetivamente veja como evitar ou usar sua força coercitiva quando necessário.

A partir dessas premissas, pode-se concluir que o Estado é considerado o próprio sistema jurídico. Kelsen acredita que a lei tradicional e a teoria do estado são a oposição entre o estado e a lei. Para tal teoria, o estado tem uma "missão histórica" de criar a lei, uma ordem jurídica objetiva, e então obedecê-la, desde que tenha obrigações e obtenha direitos dela. Kelsen criticou essa teoria, pensando que apenas a lei existe como um objeto de conhecimento, e o estado é uma ordem legal, uma ordem obrigatória de comportamento. O autor parte do pressuposto de que a teoria pura do direito deve ser considerada na perspectiva do universalismo (KELSEN, 1976).

Na visão de Kelsen, a distinção entre o estado e a lei, e a noção de que o Estado cria a lei e então obedece a lei é irrelevante. Para o autor, o comportamento do Estado é "ato praticado por pessoa física e imputável ao Estado como pessoa jurídica" (KELSEN, 2003, p. 346), ou seja, só pode ser entendido quando o Estado é considerado como um estado uma entidade. O autor refuta essa visão, pois conceituou o Estado como uma ordem jurídica, portanto, não é razoável dizer que o Estado não obedece à Lei. Portanto, a criação da lei pelo Estado é, na verdade, a criação da lei. As ações dos indivíduos são atribuídas às leis do próprio país.

Segundo Kelsen (2003), somente quando o estado é considerado uma pessoa jurídica, a ideia de o estado fazer leis e então obedecer à lei pode ser entendida. O autor refuta esse conceito porque conceitua o Estado como uma ordem jurídica, portanto, não é razoável dizer que um país não obedece à lei. O estado, como a lei, é precisamente a ordem obrigatória do comportamento humano. Em outras palavras, as normas jurídicas que constituem a essência do sistema jurídico são aquelas que conectam os comportamentos humanos aos atos compulsórios, realizando como sanções.

Kelsen (2003) define a lei como uma ordem obrigatória, e ainda usa os termos lei e obrigatória como sinônimos: a lei é obrigatória. Nessa forma de pensar, de acordo com o sistema defendido pelo autor, a Constituição ou Lei Básica estipula como e por quem a lei deve ser feita. Os meios estipulados pela Lei Básica ou as leis

estipuladas pelos mais altos padrões, por sua vez, determinam como o judiciário resolve as questões que lhe são submetidas e fornecem padrões para o reconhecimento das atividades do Estado – atos administrativos. -E estipular quais comportamentos são permitidos e quais são proibidos.

Agora, olhando para a lei e seus padrões da perspectiva de Kelsen, com base na teoria jurídica pura, logo suspeitaremos que há uma contradição entre os padrões mais baixos e mais altos em nosso sistema. Kelsen nos deu a resposta à questão das "normas inconstitucionais", 2006, p.229:

(...) Na verdade, o princípio da lógica, especialmente o princípio da não contradição, se aplica a afirmações que podem ser verdadeiras ou falsas (...)
No entanto, as normas não são verdadeiras nem falsas, mas válidas ou inválidas.

Segundo Kelsen (2006), um padrão básico obteve um perfil tão superior que atingiu a divindade do padrão natural, por isso o padrão natural deixou de ser valorizado, pois constituiu um sexo de pureza irrepreensível, por isso é obrigatório.

De acordo com a teoria de Kelsen (1976), se o comportamento subjetivo da vontade, seu significado é obrigação e tem valor objetivo, se o comportamento é equivalente a um padrão geral, então é eficaz. O modo "Inválido" não é um modo, porque o modo "Inválido" não existe. Se for eficaz, não pode violar a Constituição, porque a lei é uma ordem escalonada de normas, e uma das normas só pode entrar em vigor com base na Constituição. Se uma norma é elaborada e obedece fielmente às limitações da norma básica, então a norma se confirma: a norma não provém de outra norma, mas do poder de fato que a criou, ou seja, o poder de composição originário.

Para Kelsen (2006), "inconstitucional" significa apenas que uma regra pode ser abolida pela autoridade competente determinada pela própria constituição, se entender que a regra em questão não está em conformidade com as disposições constitucionais. No entanto, desde que essa regra não seja abolida pelos procedimentos prescritos pela própria Constituição, ela continua válida e deve ser aplicada. Para resumir de forma mais simples: uma regra geralmente entendida como

"inconstitucional" significa simplesmente que essa regra dita inconstitucional pode ser facilmente cancelada.

Para o autor, a constituição é uma ciência normativa, carente de conteúdo sociológico, econômico e histórico. Em relação ao argumento do positivismo, a constituição é apenas um fato, não é produzida pelo poder jurídico, é apenas uma força social (KELSEN, 1976).

Kelsen (1976) criticou as teorias que tentavam distinguir entre lei e moralidade com base em padrões internos (morais) e externos (lei). Sua crítica se baseia no fato de que a lei ora regula o comportamento interno e ora regula o comportamento externo, assim como a moralidade.

A constituição, como ápice do sistema jurídico, como um padrão superior, regula a geração de padrões baixos. De acordo com a estrutura de ordem jurídica escalonada de Kelsen, 1987, p. 240:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Do ponto de vista de pesquisa e análise, a maior crítica à teoria do direito puro é que o poder do Estado "é o Estado antes da lei ou a lei perante o Estado?" Se o Estado decidir o que é justo e o que é pura e simplesmente baseado nos desejos dos legisladores O que é injusto, o que pode ser feito, o que é proibido, então qualquer violação dos direitos humanos é totalmente legítima, porque a lei prevê isso o sistema.

Os pensamentos de Hans Kelsen em sua "Teoria da Lei Pura" (1976), principalmente fizeram de Kelsen a primeira escolha da teoria crítica do direito, tornando o positivismo uma certeza e desqualificando a lei natural. A teoria foi severamente criticada e as pessoas geralmente apontam que ela é excessivamente

formalista e que as tentativas de separar a pesquisa jurídica da pesquisa sociológica e moral são falhas.

No sistema de Kelsen (1976), as pessoas não podem criticar a justiça ou injustiça da lei. Uma vez que uma lei específica é estipulada de acordo com o princípio da legalidade efetiva, não é permitido criticá-la. Isso também se aplica a condenações e atos administrativos, desde que é adequado para pré-confecção. De acordo com os procedimentos legislativos, as ações que formalmente se conformarem ao “sistema” e às normas básicas serão sempre consideradas efetivas.

Alguns autores atribuem a hipótese de Kelsen, por exemplo, à legitimidade de um estado totalitário (COSSIO, 1952). A discussão sobre o conteúdo da norma e sua justiça ou possível injustiça torna-se polêmica, portanto, não há como discutir a justiça ou injustiça do sistema político adotado.

O ponto chave é que o modelo do paradigma estatal da era Kelsen (1976) adota um estado social, que representa os pressupostos teóricos utilizados na interpretação do autor sobre a realidade da época.

Conforme explanado acima, Kelsen (1976) pretende estabelecer uma ciência jurídica objetiva e clara, evitando julgar os padrões que tenta descrever e explicar com base em qualquer padrão de justiça. Portanto, ele pretende separar o direito de outras ciências, como moralidade, justiça e sociologia do direito. Ele pretende purificar a lei, ou seja, evitar a ideologia e os interesses absolutos da lei, ao invés de - como as pessoas não entendem - a meta da supremacia da lei nada tem a ver com tudo, então ele não é um jurista teimoso e doutrinado, porque é facilmente mal compreendido.

A questão é que Hans Kelsen viveu em uma era de modelos paradigmáticos sem paralelo na linha do tempo histórica. Suas visões nacionais são completamente diferentes das contemporâneas. No período entre guerras e guerras, seu trabalho é muito diferente. Não existe um conceito preciso dos problemas causados pelo regime totalitário nazifascista e posteriores estados nacionalistas.

Por fim, ressalto a importância de seu pensamento, ou seja, de suas características paradigmáticas. Se estamos em uma era de mudança de paradigma, se realmente queremos mudar o paradigma contemporâneo, é melhor primeiro entender os princípios básicos desse paradigma, ele vai mudar, mudar e muitas vezes nós o criticamos, mas nem sequer saiba mais a sério.

CAPÍTULO II: A ABORDAGEM DE HANS KELSEN

Este capítulo tratará da abordagem de Hans Kelsen de uma maneira mais aprofundada, discorrendo sobre o direito como uma ciência, o direito hierarquizado, a justiça com valor relativo e ainda sobre o Estado como personificação do direito; sendo essas algumas das vertentes mais importantes da Teoria Pura do Direito aprofundada por Hans Kelsen. A abordagem de Kelsen se mostra muito interessante nos dias atuais ainda que seja uma teoria considerada antiga, é imprescindível o entendimento de cada colocação do filósofo para a percepção de como se deu a evolução do Direito Contemporâneo nessa vertente.

2.1 Direito como uma ciência

O termo "ciência", indica conhecimento, já que decorre do termo latino "scientia", advinda de "Scire", isto é, saber. Outrossim, para Ferraz Junior (1986, p. 9):

[...] o termo ciência não é unívoco, se é verdade que com ele designamos um tipo específico de conhecimento; não há, entretanto, um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento; tem fundamentos filosóficos que ultrapassam a prática científica, mesmo quando esta prática pretende ser ela própria usada como critério.

Desta forma, a expressão usada pelo autor, que a ciência não tem um único significado, salienta que é composto de elementos e declarações para transmitir informações reais sobre tudo o que é existente ou existirá. Assim, para Ferraz Junior (1986), o conhecimento científico, de fato, quer que esses resultados e afirmações se tornem descritivos, demonstrando assim a existência desses dados.

O conhecimento científico possui, nesse sentido, um corpus sistemático de afirmações verdadeiras, o que existiu e o que existe, mas também o que existirá, o conhecimento científico tem um significado operacional claro, constituindo um sistema de previsões, bem como reprodução e inferência dos fenômenos que descreve (FERRAZ JUNIOR, 1986).

Hans Kelsen, como pensador jurídico, qualifica-se dentro do movimento referido como positivismo jurídico. A importância para situá-lo nesse movimento está em identificar seu pensamento, suas principais fontes de influência e compreender suas pretensões teóricas. Embora possa ser argumentado se o direito é uma ciência eficaz e própria (a denominada ciência do Direito), a verdade é que são poucos os autores que se atrevem a desafiar a visão dominante do Direito como ciência e suas principais consequências, principalmente após a obra "Teoria Pura do Direito", (Hans Kelsen, 1976) em que o autor apontou, como representante do positivismo jurídico, a pureza jurídica do Direito em seu contexto tipicamente científico. No entanto, sabe-se que a emergência do positivismo antecede as discussões metodológicas de Hans Kelsen, conforme afirma Correa (1999, p. 89), quando dispõe que:

[...]o positivismo jurídico é a teoria que veio contrapor-se à doutrina do Direito natural. Para esta nova matriz metodológica de explicação dos fundamentos do Direito, a ciência jurídica tem por objeto o conhecimento do conjunto de normas formadas pelo Direito vigente, positivo. No intuito de separar o Direito da moral e da política, pregam seus seguidores que o jurista deve limitar sua análise ao Direito estabelecido pelo Estado ou pelos fatos sociais, abstendo-se de qualquer valoração ético-política, isolando o mundo das normas de sua realidade social: o objeto de estudo do Direito é o sistema de normas coercitivas fora de seu contexto concreto.

Nesse sentido, deve-se primeiro mencionar como funciona a construção do conhecimento, ou seja, a construção da ciência, já que ela deriva do conhecimento. Dessa forma, a edificação do conhecimento dá-se por meio de uma relação de conjunção entre o objeto e o que pensa intelectualmente o sujeito que o observa (CORREA, 1999).

O positivismo constitui em uma forma de pensamento oriunda no século XIX, durante um grande desenvolvimento nas ciências naturais, em que o método

experimental foi projetado como um caminho necessário para a busca pela verdade científica, trazendo a negação da metafísica, como consequência, com a perda da abstração e da especulação. O mesmo visava transferir o método para as ciências sociais (BOBBIO, 1995).

A concepção de ciência do direito apresentada por Hans Kelsen é de uma ciência purificada de todos os valores, sejam eles sociais, éticos ou morais. Tal posição tornou-se algo realmente discutível, mas poucos ousam questionar as causas dessas premissas com competência e clareza de argumentações. Sob este viés, parte-se da ideia de quais são os métodos de estudar o direito. Hans Kelsen iguala com os outros positivistas tradicionais, a saber, que a análise do direito deve ser feita independentemente de qualquer juízo de valor ético ou político, e de qualquer alusão à realidade social em que opera (KELSEN, 1976).

O direito é considerado um fenômeno autônomo do qual o conhecimento é seu objeto da ciência jurídica como uma atividade intelectual diversa de ética e ciências sociais. A independência da ciência legal requer livrar-se da contaminação ideológica, que, em alguns casos afeta o estudo do Direito (KELSEN, 1976).

Kelsen (1976) parte da ideia de ciência que se baseia na objetividade, na exatidão e na imparcialidade de suas proposições, que descreverá o objeto. Seu objetivo é "purificar" a ciência legal de todos os elementos incomuns, tendo como único objeto o conhecimento do que é direito, sem justificá-lo ou colocar opiniões alheias a ele, isto é, uma teoria consciente da legalidade própria de seu objeto.

Para estabelecer uma ciência tão purificada, sem "impurezas", o fundamental para Hans Kelsen é que o direito se limite exclusivamente à norma. Cabe, dessa forma, à ciência jurídica transpor essas normas em regras, elaborar a forma lógica do jurídico. Assim, o objeto é norma e não o fato (KELSEN, 1976).

Outrossim, para Warat (1985), o mesmo discute essa visão positivista e tenta trabalhar a desconstrução do modelo kelseniano de ciência, possibilitando perceber por meio de um contradiscurso que a visão positivista de Kelsen (1976), ou a visão da ciência jurídica como ciência dogmática do direito, não pode ter a força de um sistema normativo, porque se apresenta como um corpo de regras confusas, repletas de vícios e insuficiente para atender às reais necessidades da sociedade moderna.

Ademais, segundo o autor anteriormente mencionado, o termo “Direito” é apenas um preceito imperativo que organiza e molda a sociedade. Assim, a ideia de uma ciência rigorosa e objetiva deve ser reposicionada e o “caráter imaginário de verdades” deve ser estabelecido para deixar claro que através do âmbito científico nunca será possível criticar a sociedade e reconhecer o homem com suas aspirações (WARAT, 1985).

No âmbito desta discussão, é possível afirmar que a partir da segunda metade do século XX, a ciência do direito estabeleceu-se como uma ciência dogmática de direito, embora opiniões e críticas contrárias a persista a respeito deste dogmatismo. Em qualquer caso, o que discute no âmbito jurídico sobre este viés dogmático da ciência é a sua relação com a hermenêutica como teoria da interpretação, ou a procura por métodos de interpretação que permite uma adequação à realidade (WARAT, 1985).

2.2 Direito hierarquizado

Kelsen, ao criar sua obra, inovou todas as explicações dadas ao direito, pois a elaboração de sua tese procurou torná-lo uma ciência, em que toda a sua reflexão gira em torno do desejo de se ter uma "teoria pura" do direito", sendo esta ciência jurídica uma ciência pura e que não depende de qualquer outro campo do conhecimento, como a política, a ética, os juízos de valores, a moral, a sociologia, a psicologia, etc. (SOARES; OLIVEIRA; MORAES, 2013).

Assim, explicar o direito por meio de uma doutrina, sendo apenas métodos puros, lógicos e precisos, contendo métodos fixos, acarretaria em um resultado irrefutável. A ciência jurídica deve ser removida da política, bem como outras áreas de conhecimento, porque se não são assistidas na explicação, elas devem ser detidas fora do campo explicativo, porque essa ciência deve desempenhar o papel de identificação e descrever normas que fazer parte de um determinado ordenamento jurídico (KELSEN, 1976 apud SOARES; OLIVEIRA; MORAES, 2013).

Kelsen (1976) também estabelece uma hierarquia de normas, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, atribuindo sua existência à dicotomia: Norma fundada superior X Norma fundada inferior, a primeira sempre orienta a segunda. A norma fundadora superior é a que regula e institui a criação e os métodos utilizados na norma inferior. No entanto, o autor dá-se com as resistências: se há sempre uma norma fundadora superior, ou seja, a Constituição que dá indicações às normas inferiores, como é a existência de uma norma superior que orienta a própria constituição? Sob este viés surge a norma “hipotética” fundamental, que possui como pressuposto, hipótese capaz de dar identidade e identificar as normas do ordenamento jurídico (KELSEN, 1976 apud SOARES; OLIVEIRA; MORAES, 2013)

Em princípio, cumpre o papel de não vincular mais o direito das deduções, dos pensamentos metafísicos, porém Kelsen (1976) é obrigado a usar a transcendentalidade para justificar sua teoria. A norma “hipotética” fundamental é, portanto, um pensamento, um pressuposto colocado em um nível superior e inacessível, estando além da ordem jurídica, mas é isso que confere, segundo o autor, validade a todo o ordenamento jurídico (KELSEN, 1976).

Para Kelsen (1976), o direito existe apenas dentro de uma ordem jurídica imposta pelo Estado, assim, a justiça se estabelece na aplicação dessas regras. Sob este viés, segundo este autor, não é relevante avaliar a norma como justo ou não, pois acredita que o conceito de justiça é relativo, portanto, a injustiça só é concebida se as normas contidas no ordenamento não estiverem em conformidade com a norma

superior fundadora, ou seja, uma orienta e sustenta as demais normas consideradas fundamentalmente inferiores (SOARES; OLIVEIRA; MORAES, 2013).

Para sustentar sua teoria, Kelsen (1976) assume que o judiciário atua mecanicamente apenas na aplicação da lei, inferindo a ideia da supressão da justiça na aplicação da lei. Nesse sentido, ele estipula que a aplicação e a criação da norma não são movimentos separados em que apenas o legislador elabora leis e o judiciário as aplica. Portanto, Kelsen compreende que, quando o judiciário usa a constituição, ele aplica individualmente a norma em sua sentença.

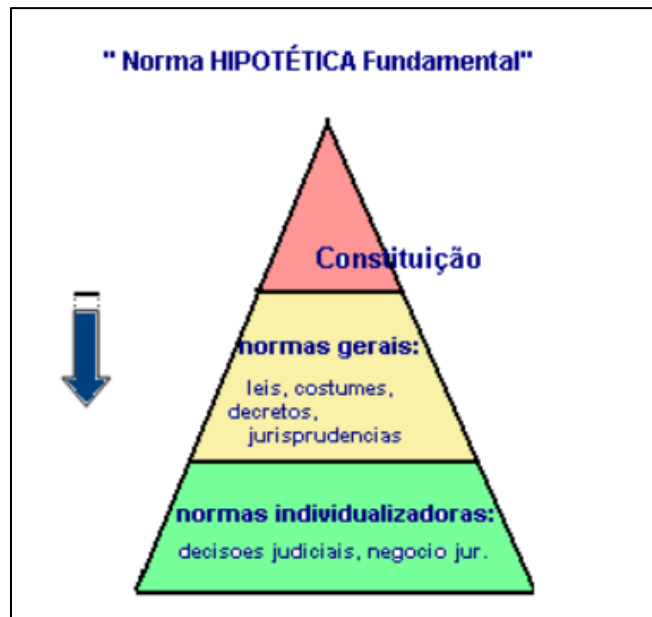
No que concerne ao direito hierarquizado, o mesmo possui a particularidade do ajuste de sua criação, portanto, uma norma é válida devido ao fato de que a mesma foi elaborada e também determina outra norma superior àquela. Tal relação, é estabelecida por Kelsen de supra-infra-ordenação (NADER, 1996). Assim, a norma que instrui a elaboração é considerada a norma superior e, logo depois, a norma produzida é a norma inferior.

O modo de criação, a função e a aplicação das normas inferiores são determinadas pelas normas hierarquicamente superiores. Muitas vezes é determinado o conteúdo a ser organizado no padrão inferior. No entanto, Kelsen ressalta que pelo menos a norma mais superior deve determinar qual órgão cria a norma mais baixo. Ademais, para Kelsen (1976, p. 256):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Portanto, a norma hipotética fundamental é a mais alta no sistema legal, sendo o embasamento supremo da validade de toda a ordem jurídica, conforme mostra a figura abaixo:

Figura 1 – Pirâmide de Kelsen



Fonte: Soares; Oliveira; Moraes, 2013.

A norma que se demonstra como fundamento de outra norma é referente a esta norma superior, dessa forma, a norma hipotética fundamental é a hipótese/pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico abordado pela pirâmide. Dessa forma, a norma jurídica positiva é válida, haja vista que a regra que fundamenta é pressuposta como válida. Portanto, pode-se concluir que, se caso a norma fundadora perca sua validade, a ordem jurídica que nela se fundamentou, torna-se inválida. Sua função é justificar a validade objetiva de um determinado ordenamento jurídico, sendo, portanto, norma pressuposta. Desta forma, a norma posta tem sua validade com base em uma norma não pertencente ao direito positiva (SOARES; OLIVEIRA; MORAES, 2013).

2.3 A justiça como valor relativo

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen faz alusão à expressão do Direito como sendo uma norma jurídica, por meio da qual Kelsen (1976) pretende purificar o Direito, libertando-o de especulações filosóficas e sociológicas. Ademais, Kelsen rejeitou a ideia de justiça absoluta, mas, no entanto, admitiu um conceito a ela, a aplicação da legislação jurídica para o caso concreto, consistindo de justiça a um valor

relativo, porque é um atributo possível de vários objetos. Os justos são manifestados em comportamento social: a conduta será correta quando corresponder a uma norma (KELSEN, 1976).

Quando se trata em compreender o tema da Justiça na abordagem de Kelsen (1998), é necessário entender acerca da relação entre normas jurídicas (objeto de estudo do Direito) e as normas morais (objeto de estudo da Ética), portanto, discutir justiça é discutir normas morais. Mas, alguns anos depois Kelsen discorreu que discutir Justiça não é discutir Direito, e vice-versa, e isso porque qualquer ordem jurídica é estabelecida pelas normas jurídicas que detém. Dessa forma, as normas jurídicas são estudadas pela Ciência do Direito e, outras normas sociais, sendo essas últimas morais, objeto de estudo da Ética como Ciência (KELSEN, 2001).

O direito possui marca característica para ser moral, como direito justo, e poder não moral (injusto). Um direito positivo pode ser justo ou injusto, isto é, que um direito positivo sempre pode contradizer um mandamento de justiça e não é por esse motivo que se torna inválido. Portanto, a conclusão sobre a relação entre direito e moral, segundo Kelsen (1976, p. 104): A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral.

Portanto, segundo Kelsen a ordem jurídica é válida mesmo que contrarie os fundamentos morais. Validade e justiça de uma norma jurídica são, portanto, juízos de valor diferentes (uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta)

Ao abordar a justiça, Kelsen (1998) primeiro defende a inexistência de um valor jurídico absoluto, baseando sua posição em dois argumentos: o primeiro refere-se à independência da validade da norma positiva em relação à norma de justiça, a segunda diz respeito ao problema da justiça em termos de normas metafísicas e normas racionais.

Sob o primeiro argumento, Kelsen afirma que é do viés da doutrina do direito natural que intervém um juízo de avaliação do direito positivo como justo ou injusto, em virtude do qual o direito positivo só seria válido se equivalesse ao direito natural possuidor de um valor de equidade absoluta (KELSEN, 1998). Nesse sentido, sob o viés do direito natural, seria essencial encontrar um ideal de justiça como a única maneira de estabelecer uma ordem legal e validade, o que significa que, de acordo com essa teoria, apenas o direito natural poderia realmente ser considerado válido, não o direito positivo, como tal.

Kelsen (1998) afirma que a validade dos padrões do direito positivo independe da relação em que estão com a norma da justiça. Em outros termos, sua validade se justifica no sistema estabelecido de normas positivas. Portanto, uma norma do dever-se não pode ser deduzida de um ideal que se pretende absoluto, assim, do ponto de vista científico positivo, emerge o sentido do relativo, pois para Kelsen (1998) a ciência não deve decidir o que é certo, ou seja, prescrever como os seres humanos devem ser tratados, mas descrever o que é efetivamente avaliado como justo.

A discussão da justiça não se enquadra nas ambições da teoria pura do direito, de Kelsen, e isso porque o mesmo quer eliminar dela a preocupação com o que é justo e o que é injusto. Discutir acerca da Justiça, segundo Kelsen (1976), é uma tarefa da ética, uma ciência que estuda normas morais e, que é, portanto, destinada à missão de detectar o justo e o injusto.

Na mesma medida que para a ciência do direito, não convém em investigar de forma metodológica de outras ciências, a ética é considerada como a ciência autônoma em que não pode intervir a ciência do direito. Isso não quer dizer que Kelsen (1998) não se preocupe em discutir o conceito de justiça, e também em buscar sua própria concepção desse valor.

Aqui é legítimo debater Justiça ou injustiça de um governo, de um regime, e de certas leis. Portanto, Kelsen (1998) não se recusa a estudar o certo e o errado, o

justo e o injusto; ambos têm um lugar em sua teoria. Assim, o mesmo dedicou-se às discussões acerca da justiça em investigações aprofundadas em outras obras suas.

Em estudos preambulares, Kelsen (1998) declara a sua opinião que a justiça não pode ser concebida absolutamente, e esta não pode ser entendida como algo estagnado, comum a todos os homens, conteúdo inefável, tratando, assim, como algo extremamente variável. Para Kelsen (1998), é precisamente esse relativismo que deve levar à tolerância, e a tolerância à aceitação, dessa forma, sua teoria da justiça se resume a isso.

A resposta cristã ao problema da justiça diz que se deve obedecer a qualquer lei e direito, pois todos os direitos derivam de Deus. Neste caso, o fundamento vai para uma concepção religiosa; seria nessa certeza religiosa que repousaria uma eventual certeza científica, mas Kelsen (1998) adverte que a fé não garante certeza à ciência.

Ele então desenvolve, em suas investigações, a concepção da Justiça das Sagradas Escrituras como uma Justiça extremamente contraditória e conflituosa. E isso porque a Palavra Revelada deve ser uma fonte não de ideias díspares, incompatíveis, conflitantes, mas de harmonia, integração, coesão, sinais da imutabilidade do ensinamento divino (KELSEN, 1988).

O que deve ser retido de toda essa reflexão é que a teoria da justiça de Kelsen é na verdade um reflexo de sua posição jurídico-metodológica: o relativismo da justiça é, na teoria de Kelsen, o resultado do positivismo jurídico. Sintetizando, as ideias de que a ciência pura é valorativa, histórica, ética, entre outras, refletem o entendimento de que é possível, nas ciências humanas, não apenas extrair do fenômeno jurídico o que não é jurídico, mas também compreender o jurídico como mecânico dotado de certeza, rigor e especificidade (KELSEN, 1976).

2.4 O Estado como personificação do direito

A norma de justiça tem uma base moral. Nem todos os padrões morais são padrões de justiça: o padrão moral é justiça quando prescreve comportamento em relação a outros seres humanos. O juízo de valor se aplicaria apenas ao comportamento e não às normas, e não é correto atribuir à norma jurídica a qualidade de justo e injusto (NADER, 1996).

Os fatos sociais dão seguimento ao direito são objeto da sociologia, mais precisamente a Sociologia Jurídica. Para Kelsen (1998), cabe ao direito apenas aplicar as normas existentes, e suas causas não são consideradas como objeto de estudo das ciências jurídicas. Segundo sua obra, a teoria pura do direito, quando uma norma ingressa no mundo jurídico, não é necessário elaborar juízos de valor em relação a ela, mas apenas juízos de direito, analisando as características que podem discutir sua validade formal, cabendo verificar os requisitos de validade, respeito à hierarquia das regras e um mínimo de eficiência.

Segundo Kelsen (1976), a variação dos fatos e valores não influenciaria a legalidade dos padrões, considerada para admitir uma referência fática e não são vinculadas a valores específicos. Outrossim, o referido autor extinguiu o dualismo no contexto jurídico, tais como o Estado e Direito.

Segundo Kelsen (2001), o Estado é a personificação do Direito, isto porque é apenas uma ordem jurídica coativa da conduta do homem. Para ele, nem todos os ordenamentos jurídicos seriam um Estado, o que só se torna aparente quando as funções de criação e aplicação do ordenamento jurídico são centralizadas em órgãos especializados. A legitimidade do Estado não pode, portanto, ser realizada pelo direito, haja vista que, para isso, deve, portanto, ser fundamentação ética e política.

Para Kelsen (2001), Estado e Direito se confundem em uma única realidade, pois para ele o Estado é a personificação do Direito, mas Estado e Direito são realidades diferentes, mas interdependentes. Outrossim, o Estado não é a única fonte do direito, nem deve ser confundido, pois o Estado advém, além do direito positivo, dos princípios do direito natural, das normas consuetudinárias e das regras que se

estabelecem na consciência coletiva, tendo estes a predisposição a adquirir positividade.

CAPÍTULO III – EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE

O direito aparece no zelo da humanidade e com seu desenvolvimento natural, primeiro associado às regras de sobrevivência e, por fim, às regras de convivência. Ela desempenha um papel integral no fato de que não apenas condiciona as relações humanas, mas também corresponde a elas e é formada por elas. (SOUSA, 2020)

Nesse contexto, as balizas de compreensão do direito foram severamente desestabilizadas diante dos conflitos políticos e econômicos que permeiam a sociedade, bem como a nova consciência social provocada pelas conquistas de grupos vulneráveis e minorias sem conflito, ainda são binários. (SOUSA, 2020)

Essas instabilidades exigem uma análise da construção histórica do direito, dada a importância de evitar erros do passado e chegar a um consenso sobre seus pressupostos para fortalecer o debate da comunidade acadêmica sobre a formação e interpretação/aplicação do ordenamento jurídico, especialmente responsável pela construção acima. (SOUSA, 2020)

Os problemas pelos quais a legislação passou no mundo foram grandes, pois se baseava em uma simples consciência coletiva até sua codificação e subordinação à vontade do Estado e de seus governantes. No entanto, a melhor doutrina, dado o processo histórico de organização social e formação da linguagem, fornece uma nova forma de interpretação baseada em um entendimento comum do que deve ser adequado em uma sociedade aberta de tradutores. (SOUSA, 2020)

3.1. Mudança social no decurso do tempo

O estudo da evolução do direito desde o surgimento dos primeiros grupos sociais exige uma análise, ainda que breve, das diversas fases históricas do Estado, onde o direito sempre esteve presente. Desde o momento da aparição, uma pessoa, independentemente de sua vontade e mesmo contra sua vontade, é controlada pelas normas que já se desenvolveram em seu meio social. É por meio de normas que os grupos humanos forçam seus membros a se comportarem de uma determinada maneira. Apresentados como um padrão de comportamento, eles visam controlar a todos com base em uma determinada ordem dominante (ALTAVILA, 2000).

A norma como coerção individual costuma vir acompanhada de uma sanção, sempre entendida como necessária, independentemente do momento histórico de sua ocorrência. Deve-se lembrar que quando nos referimos à norma, não insinuamos a lei, pois a própria norma, como reguladora das relações humanas, pode servir de base ou fonte para as leis (HABERMAS, 2002).

Muito antes do surgimento das regras gerais de conduta e, conseqüentemente, das leis, os costumes eram suficientes para controlar e regular o comportamento das pessoas, que é a principal característica da sociedade arcaica e do período em que a escrita ainda não surgiu. (ALTAVILA, 2000). Assim, no que diz respeito ao surgimento das regras sociais, podemos dizer sinteticamente que originalmente tínhamos costumes que logo foram substituídos por uma ordem social mais ampla, devido a relações mais complexas que refletem diretamente o contato crescente entre grupos de diferentes culturas.

Essa complexidade levou a um desrespeito ainda maior aos costumes devido à diversidade de grupos ou tribos que surgiram. Já não bastava um grupo decidir se adota ou não determinado comportamento, pois um grupo pode ser diferente do outro (ALTAVILA, 2000). Surgiram então os primeiros órgãos especiais para julgar os infratores da ordem social, primeiramente formados por sacerdotes e um conselho de anciãos eleitos entre várias tribos (Gusmão, 1969).

Das decisões desses órgãos especiais surgiu uma nova forma de costume, que deu origem ao direito consuetudinário, caracterizando assim o costume jurídico. Fora de uso veio o costume; de quais decisões judiciais; destes, o direito consuetudinário e a especialização dos órgãos para sua proteção, redação, codificação ou promulgação, bem como equipamento escrito, lei promulgada por líderes, conselhos de anciãos, sacerdotes, enfim, estabelecida pelas autoridades (Gusmão, 1969).

É difícil negar que a ideia de direito deu uma contribuição insubstituível à cultura humana no passado. A esse respeito, Sousa Santos lembra que “o conhecimento baseado na formulação de leis tem como premissa metateórica a ideia de ordem e estabilidade, a ideia de que o passado se repete no futuro” (Sousa Santos, 2001, p. 17). Por outro lado, as tensões do mundo moderno deixam claro que, para que a civilização sobreviva, é provável que demandas ainda maiores sejam colocadas sobre esse conceito fundamental (Lloyd, 1985).

Fruto da realidade social, o Direito destina-se a atender às necessidades de toda a coletividade, inicialmente consubstanciada na preocupação com a paz, a ordem e a segurança social, o que provoca o fortalecimento ou aprimoramento das sanções penais. Assim, a primeira forma de direito que surgiu foi o direito repressivo, destinado a combater o descumprimento de costumes, tabus e normas em geral. Portanto, “o direito penal veio primeiro; então direito civil; portanto, primeiro a responsabilidade penal, depois a responsabilidade contratual” (Gusmão, 1969, p. 48).

Dois pontos de partida muito diferentes foram adotados por aqueles que viam a lei como meio de alcançar a harmonia social, como explica Dennis Lloyd, 1985, p. 4:

Por um lado, alguns argumentam que a natureza humana é inerentemente má e que o progresso social não pode ser alcançado sem as limitações do direito penal”. Por outro lado, aqueles que afirmavam que o homem foi originalmente criado pela boa natureza, mas por causa do pecado, corrupção ou alguma outra fraqueza interna, como a avareza, a natureza original e verdadeira do homem, acabaram sendo distorcidos e distorcidos, exigindo assim, para seu controle, a severidade do sistema legal punitivo.

Segundo Lopes, as mudanças e a evolução do direito decorrem de grandes mudanças no papel do Estado na sociedade, da penetração de massas marginalizadas

em todos os lugares, de mudanças na tradicional divisão de tarefas entre os sexos, além do fenômeno da urbanização que começa a interferir nas relações de família e de vizinhança (Lopes, 2008). A necessidade de compreender a evolução e as tendências atuais na relação entre o Estado e a sociedade faz parte do processo de evolução e aperfeiçoamento do Direito.

Na época de sua criação, o direito não era escrito, mas costumeiro, mas com o passar dos séculos e com o advento da escrita, o homem conseguiu escrever seus pensamentos e, de posse desse recurso, logo começou a sentir a necessidade de escrever normas jurídicas para que possam ser melhor compreendidos e aceitos, aumentando a segurança e precisão de sua compreensão, pela possibilidade de estabelecer seus limites (Lopes, 2008).

A transição do costume para a lei torna-se mais pronunciada após o advento da escrita, o que leva ao fato de que a lei, ao ser escrita, “abre novas condições para o surgimento do pensamento dogmático como conhecimento autônomo” (Ferraz Jr, 1990, p. 76). Essa evolução da sociedade fez surgir novas exigências que afetaram profundamente o Estado. Este último recorreu cada vez mais à ação, ampliando o escopo de atuação e intensificando sua participação em áreas tradicionais. Tudo isso exigiu uma legislação muito maior e mais técnica como forma de racionalização que cresce cada vez mais, principalmente nos tempos modernos.

O Estado torna-se fruto da razão. O homem está convencido de que nela poderá obter tudo o que lhe é tão caro na natureza e, em muitos casos, inatingível. Nesse compasso, o Direito atravessa a era da força física e adota regras gerais estabelecidas diretamente pelo Estado, “considerado como uma vontade coletiva que governava a natureza das pessoas, que agora se organiza” (Carnoy, 1994, p. 91).

Assim se organiza o Estado de Direito, que se apresentará ora como liberal (Estado liberal de direito), ora como social (Estado social de direito) e, por fim, como democrático (Estado Democrático de Direito), cada um dos quais se forma diretamente em seu conteúdo (BOBBIO, 1995).

Com as oportunidades criadas pelo homem nos séculos XVII e XVIII, quando os indivíduos se tornam iguais em razão de sua natureza racional, o Estado abandona seu estado de mero observador das violações decorrentes do sistema autorregulatório e passa a estruturar a sociedade, aplicando direta ou indiretamente medidas. Baumer (1977) aponta o século XVII como crucial para o desenvolvimento do pensamento político “moderno” no Ocidente com “novas formas de abordar questões sociais e políticas, bem como novas ideias como soberania, Estado laico, direitos humanos e o Estado como estrutura racional”, acrescentando que a questão do homem se tornou característica do século XVIII, de modo que Baumes, 1977, p. 117 aluiu:

A antropologia, ou seja, o estudo do homem ou da humanidade, tornou-se a nova rainha da ciência, derrubando a filosofia naturalista que era tão fascinante no século XVII e a teologia, a velha rainha da cultura cristã.

Este cenário inclui a crença no totalitarismo científico, em que Deus não é mais o centro de onde tudo começa, Ele está se afastando do homem e da terra, dando origem ao antropocentrismo baseado na experiência humana e dominado pela ciência. A confiança religiosa é posta em causa, e isso fortalece a figura da personalidade burguesa, porque "a descoberta de que a Terra e os outros planetas giram em torno do Sol, e não o contrário, levou à expulsão de Deus do epicentro do conhecimento" (Schmidt, 2007, p. 95).

A influência deste momento histórico na evolução do direito é muito significativa, pois marca uma “lacuna entre o mundo percebido pelos sentidos e o mundo real, ou seja, o mundo da ciência” (Koyré, 1991, p. 124). Nesse ritmo, o Estado torna-se neutro na distribuição do poder, manifestado em leis abstratas e em uma organização burocrática, essencialmente destinada a garantir a liberdade e a livre regulação das relações sociais em uma sociedade que reivindicava a autossuficiência. e assim, como ensina Franco de Sá, 2004, p. 67: “Seria um Estado incapaz de ter autoridade política capaz de superar a normalidade jurídica, fato que determina a capitulação desse Estado apenas perante a lei e sua cegueira processual”.

O chamado estado social não surgiu de imediato, mas como uma evolução do estado liberal diante da percepção da impossibilidade do liberalismo e do legalismo formalista continuarem em seu auge. "O método iluminista, apoiado no darwinismo e no positivismo, que, apesar da luta, ainda pôde se recuperar, é um símbolo dessa

continuidade" (Baumer, 1977, p. 130). Essa forma de governo não substituiu as formas anteriores e não dominou imediatamente o pensamento após 1900. Este é um processo gradual, exacerbado por fatores históricos, por isso não podemos falar em uma ruptura completa com o modelo anterior. (Baumer, 1977)

Entre esses fatores históricos, como lembra Leal, está a conscientização da classe trabalhadora e o início de sua organização empresarial, que, a partir de discussões de condições econômicas e, principalmente, políticas, tem o efeito de ampliar o rol de Direitos Humanos e Fundamentais, que hoje é reivindicado por grande parte da população (Leal, 2000).

3.2. Mudança na forma de compreender o direito

Antes da era moderna, o conceito natural de direito, baseado na ordem observada, foi gradativamente apreendido pelo monopólio jurídico estatal, que assume plena jurisdição em caso de eventual conflito de interesses. A ideia do absolutamente público sobre o privado, onde o direito não é concebido sem a figura do Estado (COELHO, 2012). O espaço social é subjugado pela força política. Leviatã e sua ordem pública percebem a lei como uma bengala e estabelecem o controle social por meio de leis, castrando costumes. A tradição torna-se secundária ao estado de direito.

As formas espontâneas de organização jurídica, amplamente corriqueiras, limitam-se ao estrito princípio da legalidade, que na forma de lei justifica o controle social consubstanciado como símbolo da violência (COELHO, 2012). No contexto desse controle, a predominância do campo criminal associa-se a violações consideradas mais importantes para o ordenamento jurídico, que são principalmente crises no meio social, e que levam a atividades repressivas e coercitivas dos órgãos de aplicação da lei.

Deve-se entender que a fisiologia do ordenamento jurídico é formada por um conjunto de instituições que representam a aproximação da linguagem e do direito, bem como a salvação dessa experiência metaindividual, o resgate do papel original baseado na auto-organização das comunidades. O Estado, sob o signo do legalismo, limita-se internamente a prescrever normas que dão força e roupagem legal a essas regras

sociais mesquinhas e imprecisas, culminando em seu desprezo pela hostilidade: a ilegalidade, o momento da perseguição, *iuspersequendi*, sorte os que são reduzidos à irrelevância, quando a ordem pública não é considerada severamente afetada (COELHO, 2012).

A articulação entre a legalidade e o exercício legítimo do poder confirma a estrutura totalizante do Estado para suprir as deficiências regulatórias das sociedades complexas que sancionam sanções porque “o comportamento desviante recebe dupla reprovação: moral e legal” (COELHO, 2012, p. 11). Existe um mecanismo extremamente sofisticado de padronização comportamental, que implementa nas pessoas o que é percebido como aceitável e usa a força para coibir qualquer comportamento indesejável.

O direito é uma dimensão integral da experiência histórica da sociedade, que incorpora suas manifestações econômicas e políticas. Assim, perceber isso como controle social, ou seja, uma manifestação do aparelho de poder, significa dar aos indivíduos o conteúdo etéreo do comando. É até um insulto à ideia de civilização e ao constante processo de civilização (COELHO, 2012). Isso é um paradoxo, pois o Direito não se limita a apresentar um quadro que orna o quadro da história, mas é ele próprio um quadro, ou melhor, a substância dos elementos que o criaram.

Esse ponto é de extrema importância, pois na evolução histórica da sociedade e nas sutilezas permeadas pelo direito, um lugar de destaque na figura do Estado é que será delineado o papel do judiciário em relação aos demais órgãos estatais. Porque hoje o controle dos Tribunais Constitucionais sobre os atos do Legislativo se encontra em uma situação extremamente delicada, dada a situação em que se encontram as relações entre os poderes, dada a primazia que o direito adquiriu após o fim do absolutismo monárquico durante as revoluções liberais (COELHO, 2012).

Obviamente, o positivismo não está ultrapassado. No entanto, a deificação do poder estatal como manifestação final da ordem jurídica é inventada no extremismo já superado, pelo menos assim acreditam. Por outro lado, diante de tal pensamento metodológico, a interpretação do Estado de Direito costuma ser desatenta. Apesar das

constantes críticas, a doutrina não se esquivava de utilizar fundamentos positivistas na tentativa de desenvolver aspectos da teoria jurídica (COELHO, 2012).

Principalmente a nacionalização do direito e a busca acirrada pela própria regulação estrita do comportamento, o positivismo entra nessa área como um quinto entendimento da atividade judiciária para compreender o papel desempenhado pelo juiz, amparado em conceitos estabelecidos mais amplos no que diz respeito à interpretação dos princípios (Leal, 2000).

A dogmática jurídica, de acordo com essa visão, tem por objeto as normas que se aplicam em um determinado tempo e espaço, tornando em vão o ideal aceito de justiça ou quaisquer considerações avaliativas feitas sobre ela, mas não esquecendo sua caracterização do fato social como objeto de pesquisa (COELHO, 2012). No entanto, independentemente do método de tal análise, fica claro que as normas estabelecem padrões de comportamento, determinando a dimensão do que deve ser, que é essencialmente um julgamento avaliativo. Portanto, apesar da objetividade metodológica que o positivismo prega, isso não significa aceitação passiva do direito estabelecido.

Nesse contexto, dada a modernidade, a sociedade atual é extremamente complexa em todos os aspectos, onde tudo está envolvido nos tentáculos do aparato de poder, e daí sua sofisticada estrutura hierárquica de equipes, gerada pela dominação e gestão da complexidade. De certa forma, a máquina estatal é lucrativa e inevitável sob o medo da anarquia (COELHO, 2012).

A compreensão do direito passa necessariamente pela análise, estudo e evolução dos mecanismos que têm sido utilizados para resolver problemas específicos do cotidiano humano ao longo da história. Diante das mudanças no Estado, a lei é capaz de criar instituições originais, em sua maioria extremamente adequadas a cada momento, trazendo "um florescimento de consciência mais ampla, válida para a restauração de forças coletivas anteriormente oprimidas pela violência ou, no máximo, expulsos sem pertencimento" (Grossi, 2004, p. 76).

3.3. Babel jurídica

Até agora, tentou-se afirmar exaustivamente que as relações humanas, apesar das instituições que regem a sociedade, são tecidas no Direito ou na estrutura das instituições jurídicas, fora dessa realidade estatal, inventada em equipes e hierarquias. No entanto, deve-se notar que a criação do Estado e a codificação do direito é um marco histórico na complexidade da sociedade moderna, e isso, aliado à ideia de constitucionalismo e democracia, dá uma nova perspectiva sobre a relação entre público e privado (FERREIRA MENDES, 2005).

Diante da transformação política que amputa os fundamentos do direito, o constitucionalismo surge como um movimento histórico que visa limitar o poder e o estado de direito. No entanto, tal primazia não se limita à conveniência de qualquer ordem jurídica. “Deve ser dotado de certas qualidades e ter a legitimidade, o compromisso voluntário e espontâneo de seus destinatários” (COELHO, 2012, p. 27). Atualmente, a ideia de democracia é condizente com o conceito de constitucionalismo, mas nem sempre são totalmente consistentes. A democracia é baseada na ideia de soberania popular e governo da maioria. A maioria tem influência significativa no processo político, o que muitas vezes pode contrariar os valores estabelecidos na Constituição.

A relação entre democracia e Constituição atrai o Poder Judiciário para atuar em um momento em que se vê obrigado a declarar a proteção do texto Magno e, conseqüentemente, a proteção da sociedade. No entanto, o estado de direito e a responsabilidade política são vetores para a plena realização da democracia. Mas a razão para falar sobre democracia e estado de direito é que a democracia é uma forma de contenção e organização do Estado. Dentro do Estado de Direito, o Estado de Direito é afastado do controle de constitucionalidade como forma de coibir arbitrariedades e abusos, bem como a própria rigidez da Constituição. Os requisitos para a restrição do poder e observância dos direitos fundamentais decorrem da norma básica (FERREIRA MENDES, 2005).

Nesta fase, destacam-se os conceitos que cercam a ideia de Estado de Direito e democracia, trabalhando em conjunto para a construção de um Estado Constitucional. Do ponto de vista formal, para a simples existência do Estado de Direito, basta a existência de uma ordem, pois existem normas que devem ser adotadas pelo

governo e pelos particulares, mas sem esquecer sua legitimidade e razoabilidade, ou seja, o substrato desta lei - governos despóticos. Por outro lado, a democracia é a realização das liberdades sociais sob o domínio da maioria, mas sempre atenta à vontade do povo (COELHO, 2012).

Portanto, a Constituição mostra como se deu ou se desenvolveu o processo de civilização. O termo civilização deve ser entendido como "toda a soma de realizações e instituições que separam nossas vidas das vidas de nossos ancestrais animais e servem a dois propósitos: proteger o homem da natureza e regular as relações humanas". (FREUD, 1929, p. 34). Assim, a Constituição visa "preservar as conquistas do patrimônio humano e promover valores socialmente desejáveis e benefícios jurídicos que ainda não foram alcançados" (COELHO, 2012, p. 83), sempre com o objetivo principal: proteger as pessoas e regular as relações que acaba por criar.

Nesse contexto, a convergência das ideias de constitucionalismo e democracia deu origem a uma nova forma de organização política. No entanto, a ideia de república ainda prevalece não apenas na legislação, mas também no próprio texto de Magno. É nessa situação que se discute a questão da jurisdição universal sobre a legitimidade do voto, com base na legislação geral e na ineficiência dos órgãos no exercício de sua vontade constitucional (COELHO, 2012).

Então, diante do exposto, surgem novas questões. O movimento constitucionalista tem buscado acender a centelha histórica que dá vida ao direito, e resta saber se o atual modelo de Constituição permite a tomada de decisão aberta como forma de proteger esses direitos fundamentais da sociedade.

CONCLUSÃO

A presente monografia apresentou uma análise da teoria pura do Direito em Hans Kelsen e como foi o estudo dele em relação as mudanças na forma de analisar e perceber o direito, assim como o quanto e como a evolução social impacta em tal análise.

A teoria pura do Direito em Hans Kelsen nos traz valiosos conceitos, como o do direito visto como uma ciência, o direito hierarquizado e o Estado como a própria personificação do direito. São conceitos extremamente atuais, ainda que a teoria seja antiga, explicando a veemente importância em aborda-los.

Além dos pontos supracitados, o diferencial de Kelsen está em pretender descobrir a verdadeira essência do direito, e por isso, elimina todo o elemento metajurídico, o que nos permite realizar a análise tão somente da norma. Ainda que seja uma teoria controversa para muitos jusfilósofos, é considerada o ápice do positivismo jurídico, sendo de extrema importância.

A partir desse trabalho e de todo o apresentado, conclui-se que tamanha é a relação entre a evolução da sociedade e a forma de lidar e notar o Direito, que de fato não se pode consolidar o Direito como imutável, pois o mesmo evolui juntamente com a sociedade.

Por fim, conclui-se que o Direito deve ser considerado uma ciência, sendo assim, se mantém em estudo constante, sendo necessária a análise diária dos acontecimentos fáticos e culturais da sociedade para que o Direito possa se manter

atual, cumprindo seu papel. O estudo de Kant no século XX nos permite compreender que o Direito possui relação direta com a sociedade, a hierarquia presente em cada época da sociedade e com a forma que o Estado se porta perante sua sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**, São Paulo: Ícone Editora, 2000.

BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno** – Volume II: Séculos XIX e XX. Lisboa: Edições 70, 1977.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

CARNOY, Martin. **Estado e teoria política**. 4. ed. Campinas: Papyrus, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. 6ª Edição. Editora Saraiva. 2012.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. Ijuí: UNIJUÍ, 1999.

COSSIO, Carlos e KELSEN, Hans. **Problemas escogidos de la Teoria Pura del Derecho** – Teoria Ecológica e Teoria Pura. Buenos Aires: Kraft Editores, 1952.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas 1980.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERREIRA MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização**. Tradução de Paulo César de Souza. 1ª Edição. 1929. São Paulo. Editora Penguin & Companhia das Letras.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1995.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Fundação Boiteux. Florianópolis. 2004.

GUSMÃO, Paulo Dorado. **Introdução a ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

HABERMAS, Jurgen. **Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In: A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **O problema da Justiça.** Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1987

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** 4ª edição. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976.

KOYRÉ, Alexandre. (1973). **Estudos de História do Pensamento científico.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LLOYD, Dennis. **A Idéia de Lei.** São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo** (Tradução de Julio Fischer). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias.** 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NOGUEIRA, Arnaldo Fernandes; BENEVIDES, Marinina Gruska. A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l], n. 16, nov. 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/343>.

ONU. **Organização das Nações Unidas**. Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos**. Canais Eletrônicos, São Paulo, 06 dez. 2006. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos+humanos>.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político**. Tradução de Antônio de Paula Danesi; revisão da tradução de Edson Darci Heldt. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SÁ, Franco de. **Metamorfose do Poder**. Coimbra, 2004.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do Direito Penal sob uma ótica interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOARES, Amanda; Gabriela, OLIVEIRA; Muryel, MORAES. **Teoria Pura do direito: Hierarquização das normas**. Arcos.2013. Disponível em: https://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/#_ftn2. Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2001), "**Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos**", *Contexto Internacional*, 23, 1, 7-34.

SOUSA, Vinícius Vieira de. **A Evolução Histórica do Direito Como Pressuposto do Debate Jurídico-Político: Mudanças Conceituais e Vanguardismo Judicial**. Dezembro 1, 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao_historica-do-direito-como-pressuposto-do-debate-juridico-politico-mudancas-conceituais-e-vanguardismo-judicial-2/

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WARAT, Luiz Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.