

RESUMO CRÍTICO DA OBRA LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO DE RONALD DWORKIN E DA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN.

JEAN CHARLES DE OLIVEIRA BATISTA¹

Levando os direitos a sério do saudoso filósofo norte-americano, Ronald Dworkin, é uma obra que procurou buscar sintetizar uma teoria na qual pudessem ser desenvolvidos os argumentos jurídicos selecionados, uma espécie de retórica agasalhados na visão interpretativa moral de uma sociedade em especial.

Dworkin propusera uma arguição jurídica alvitando assim uma teoria firmada na justiça, onde todas as circunstâncias referentes a direitos e políticas públicas devem ser baseadas no conceito em que aqueles participantes de um grupo são igualitários como seres humanos, independente de sua realidade socioeconômica, crença ou qualidade de vida.

Ainda, Dworkin sopesa pressurosa a retificação dos velhos modelos de como o direito atua, preconiza, além disso, a extraordinária obrigação de haver um rompimento com o tradicional positivismo. Apregoa que o positivismo, restringido por preceitos jurídicos, serve de cerceamento e por isso é necessário ser abdicado, todavia deve ocorrer uma aproximação com a filosofia de Hart.

Usando de exemplos executáveis, busca rechaçar as conjunturas de pensadores diversos que o contestam. Nesse interim de novas sistemáticas de acordos, veio a abordagem do limite de atuação e decisão dos juízes. Utilizando de subterfúgios em torno desse poderio, Dworkin busca clarear que o sistema positivista é ilusória e cheio de falácias.

Considerou ainda Dworkin que os princípios integrantes que regem o direito como também os regramentos são basilares para efetivar todos os direitos fundamentais, contrariando então o normativismo, e para isso pondera que se levado esses direitos com seriedade basta desaposar a oralidade do positivismo.

Também, faz um approach de questionamentos com base na obrigação jurídica onde serve de fundamentação para as reclamações na seara do direito. O mesmo autor verifica um tanto fragilizado toda a prestação jurídica, considerando os termos

¹ Pós-graduando - Interdisciplinar em Estudos Sociais e Humanidades. UNEB - Universidade do Estado da Bahia.

obrigações e direitos simplesmente como termos técnicos, sem nenhuma vinculação com a moral.

Diferencia de bom grado, os regramentos e os princípios que para tanto fica somente no caráter lógico. Os princípios não almejam estabelecer condicionantes para a sua aplicação, faz tão somente um anúncio para a sua efetivação e aplicação. Já as regras devem ser aplicadas de modo irrestrito, pois se aplica ou não se aplica no caso concreto.

Nesse desiderato, a regra de uma sociedade não pode ser analisada com unicidade e sim deve verificar todo o ordenamento jurídico para não ter conflitos. Já os princípios podem ser aferidos conjuntamente, dando-lhes a importância necessária no caso concreto.

Os positivistas contra-atacam no sentido de que os princípios não têm necessidade a todo instante de serem aplicados, sem vinculação para os juízes no momento de decidir. Nesse prisma, Dworkin rechaça toda essa retórica, argumentando que os princípios podem sim ser aplicados de forma vinculante, porque norteia para um direcionamento ideal, ainda que não preveja situações concretas.

Pode ocorrer o juiz no caso específico afastar uma regra em detrimento de um princípio que se mostre mais eficaz. Desse pressuposto é que o autor de forma veemente afirma que a regra é obrigatória quando calçada em princípios que norteiam a decisão do magistrado.

Para tanto, considerar os princípios como um direito é o mesmo que rejeitar o positivismo, ocorrendo a probabilidade de uma obrigação seja posta por um conjunto sistêmico de princípios.

Dworkin também proclama que a teoria da regra social não comunga da mesma moralidade convencional, uma vez que não explica o fato de uma sociedade ter a obrigação do dever social, deste modo os seus participantes podem discrepar do alcance desse dever.

Finalizando esse entendimento, Dworkin, afirmou que as decisões judiciais é simplesmente um tipo de moralidade convencional, sem limitações de regras sociais estabelecidas. O que o autor repele é a essência de regramentos que diminua a complexidade de uma regra por uma mais simples, não estando essa redundância em Hart.

Malgrado, sua alucinação para a definição dos princípios e seu anseio por logo diferencia-los dos regramentos jurídicos, ocasionou-lhe um problema na

conceituação de princípios, advindas posteriormente. O pensamento de Hart em asseverar que o direito havia dois grandes conjuntos sendo uma primária e outra secundária, mas Dworkin achou por bem revisar e asseverou que o direito necessitaria serem constituídas de princípios e depois consequentemente as regras.

A despeito disso, o seu esforço em conceituar os princípios acabou por quebrar a barreira da racionalidade da modernidade, vindo então somente a reproduzir com outras palavras o positivismo.

Quando conceituou os princípios e afirmara que os mesmos devem fazer parte do direito assim como fazem as regras, Ronald Dworkin não conseguiu desamarrar a precisão da submissão dos fatos a uma norma, mesmo compreendendo uma acepção de forma ampla. Explica o normativismo empregado, de modo a fazer outra leitura de Hart e Kelsen. Assim, Dworkin aceita a tese de que toda norma precisa de um regramento jurídico, mas não aceita uma norma hipotética fundamental como forma de validade para as normas jurídicas.

Porquanto, sem deslembrar da importância da teoria e toda a contribuição de Dworkin, alcança a sua presunção quando entrelaça os conceitos de toda uma lógica e as velhas tradições da filosofia do direito, apegando com a necessidade do direito de ser regidos por um contíguo de regramentos, independentes de características sempre ficará os pensantes do direito com uma faca de dois gumes ou em bifurcação de teorias com saídas de difícil acesso, uma vez que sempre dependeremos de normas/leis, não podendo então elevar o direito com seriedade.

TEORIA PURA DO DIREITO – HANS KELSEN

A grandiosa obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen é dividido em várias grandes partes, dentre elas estão à estática jurídica e a dinâmica jurídica, asseverando assim que a teoria ora analisada não será apenas relativa e sim de ordem normativa em sua quase totalidade.

De todo modo, ainda existe outras maneiras e pensamento de ideias que são subentendidos em consequência das várias facetas do direito, no qual Hans Kelsen apresentou não dando o devido interesse por sua inexpressividade, em contrapartida a grande relevância dado a validade das normas que para ser consideradas válidas deveriam ser objetivas umas as outras.

A fundamentação que valida à ordem jurídica da conhecida proposição do dever-ser enunciando a norma hipotética fundamental, deve ser conduzida de acordo a constituição posta no ordenamento pátrio. Assim toda norma inserida tem a presunção de validade, uma vez que respeitou a Constituição suprema.

Ainda assevera o Autor que o princípio dinâmico e estático é aqueles na qual pressupõe a elaboração de uma norma em conformidade com o poder legiferante de elaborar normas destinadas a determinar as condutas do povo em geral.

As normas conferem validade umas as outras, onde deve respeitar uma espécie de pirâmide no qual o cume se encontra a norma hipotética fundamental. Havendo conflitos de Leis, usaremos a pirâmide para dirimir controvérsias no processo de validade, pois as normas inferiores devem respeitar as superiores.

Todavia, se o Legislador recebeu a incumbência de determinada autoridade na elaboração de determinada norma, este deve observar os princípios estático e dinâmico para não afrontar o sentido do elaborador da Lei anteriormente prolatada.

Na interpretação dada por Kelsen é preciso a toda instante observar a norma fundamental, pois deve ser analisada a objetividade do conteúdo e sentido normativo se não haverá uma norma tão somente subjetiva, sendo conflitante ocasionará uma transgressão de ordem objetiva em sua normatividade.

O prisma jusfilosófico de Hans Kelsen serve para dá um embasamento no que tange ao conceito de direito e justiça que ainda continua moderno. Essa teoria acopla ao movimento positivista, onde o direito e a justiça são tratados de forma avessa e sem dependência uma da outra.

Destarte, o ideal de Hans Kelsen foi a de erguer uma ciência jurídica considerada pura, como forma que se tornasse livre os valores morais e qualquer outra ciência social.

O Magnífico mancebo jurídico Hans Kelsen a todo o momento tentou explicar a sua polemizada teoria de cunho jusfilosófico. A teoria pura do direito traz um vínculo intrínseco entre a filosofia e o direito, mesmo o Kelsen não admitindo esse vínculo.

Essa obra é o cume do positivismo jurídico. Para Ele todas as formas de conhecimento são cingidas tanto aos fatos como também as Leis regentes, não admitindo a tanta apelação para outras áreas do conhecimento, tais como: metafísica, religião e a razão.

Assim sendo, o positivismo é o modo do conhecimento que serve para a coroação do saber aprendido. Já as outras maneiras de conhecimento, advindas de outras fontes não merece tanta confiança, devendo ser colocadas ao lado com os passar das ocasiões, tornando o positivismo como a única ciência confiável.

Parte da premissa que o ultimo degrau do saber aprendido, conhecimento, é o positivismo, sendo as outras ramificações como uma mera passagem para o desaparecimento.

Na verdade, Kelsen, com todo o seu posicionamento crítico, sempre defendeu o mote de que a teoria pura do direito não poderia ser considerada como uma área científica, porque no momento de sua formulação os demais ramos dos direitos estariam prendidos tanto a ética quanto a política.

A teoria pura do direito então é a liberdade de toda especulação fora da juridicidade (extrajurídica), entre elas: filosófica, ética e política. Igualmente, a teoria pura do direito é autônoma de qualquer outra ciência do direito, pois esse direito está ligado de forma direto com o positivismo.

Dando andamento em sua teoria é de fácil percepção que o direito é um amontoado de Leis/normas de modo a combinar com futuras ameaças de sanções, sendo toda normatividade como ato de vontade do Legiferante, fugindo de qualquer racionalidade.

Kelsen também deixou cravado que todo ordenamento de um povo e de um Estado é todo hierarquizado, onde a Constituição é o poder supremo de um determinado povo, na qual as outras normas deve-lhes respeito.

E esse poder de vem? Eis a grande indagação. Hans Kelsen não se furtando alude que todo o fundamento de validade da Constituição provém de outra norma, não escrita e de caráter hipotético, com cunhagem no pensamento jurídico e denominada de fundamental. Norma esta que é imprescindível para a concepção de qualquer direito e não pertencente a nenhum direito nacional.

O que essa norma prescreve? Unicamente uma ação, nos dizeres de Kelsen “deve-se conduzir conforme a Constituição efetivamente instituída e eficaz”. Noutros dizeres, em qualquer autoritarismo ou democracia sempre deverá ter respeito pela norma hipotética fundamental.

Foi adotado um pensamento que o direito é resultado da vontade e não simplesmente da razão, uma vez que em momentos pretéritos a razão estava em um período de descrença, pois a descoberta científica estava a todo vapor.

A justiça para Kelsen não tinha uma confiabilidade científica. Havia um direito binário, espécie de positivismo e direito natural, não sustentando simplesmente por depender de validação de cunho jurídico em consonância com os ideais de justiça, pois situam fora da órbita jurídica, subentendendo uma moral absolutória amoldando com o direito positivado.

Hans chegou até a afrontar a moral do cristianismo, fazendo uma contraposição entre o velho e o novo testamento.

Ainda substituiu o jusnaturalismo por outra espécie de jusnaturalismo com base na norma hipotética fundamental, não considerando, portanto, universal os direitos do homem, mas tão somente elementar.

Apesar das várias críticas à doutrina de Hans Kelsen, vale repisar que Ele apregoa um direito como ferramenta de poder. A norma hipotética é uma irrealdade recaindo no mesmo questionamento do direito jusnaturalista. A divergência entre o direito e moral não é incondicional como pensou Kelsen. A moralidade está tanto dentro como também fora de todas as relações jurídicas, onde serve de fonte.

Em definitivo, Hans Kelsen, colocou a norma no centro de tudo, onde deveria ter colocado o homem, tornando assim um simples processo mecanizado formalizado, não atendendo a apelo algum, nem moral muito menos jurídico e quiçá moral, mas simplesmente a vontade Estatal. Por isso, as críticas quanto a Kelsen veio no sentido de que esta ideologia viria propiciar os governos autoritários.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.