

A NORMA JURÍDICA COMO EXPRESSÃO DO INJUSTO PROPORCIONAL

Rafael Albertoni Faganello

Mestrando em Direito Político e Econômico da Universidade Mackenzie SP.

Pós-Graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas/SP.

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP.

Advogado.

ralfag.adv@gmail.com

Resumo: O presente trabalho visa, na linha de raciocínio de Kelsen, a dar uma continuidade à universalidade da Ciência do Direito não na sua estrutura e sim na aplicação do Direito com a ideia de que a norma jurídica representa o injusto proporcional determinado por uma sociedade. Isso porque ao ser racional, o ser humano potencializa o senso de proporcionalidade de aplicação de injustiça no outro. O trabalho abordará a interpretação contemporânea da aplicação da Filosofia do Direito instruído com algumas colocações de filósofos de outras fases da Filosofia do Direito (Moderna e Clássica). Levar-se-á à reflexão de que a justiça é irracional e que, através das normas jurídicas, temos a aplicação proporcional da injustiça. Serve o presente, portanto, para visualizar um novo passo na universalidade da ciência do direito, que é a aplicação proporcional do injusto por meio da norma jurídica.

Palavras-Chave: Norma Jurídica. Kelsen. Injusto Proporcional. Universalidade. Filosofia do Direito.

Abstract: The present work has the goal, in Kelsen's line of reasoning, to give continuity to the universality of Law Science not in its structure, but in the application of law with the idea that the rule of law is a proportional unfair to what certain society determines. That because when human is rational, he leverages the sense of proportionality injustice application in another. The article will address the contemporary interpretation of the application of the philosophy of law accompanied by some placements philosophers of other phases of Philosophy of Law (Modern and Classical). It leads to reflection that justice is irrational and, through the legal rules, we have the proportional application of injustice. Serves the present, therefore, to see the other side of the function of the science of law, which is the proportional application of unfair.

Keywords: Legal Standard. Kelsen. Injustice Proportional. Universality. Philosophy of Law.

1. INTRODUÇÃO

Desde o início dos estudos de qualquer jurista “o que é Direito?” é uma pergunta que permeia por toda a vida do estudante e que, com o tempo, se percebe que cada jurista tem sua própria caracterização do que é o Direito. Tal jurista, portanto, acaba, após muito debater e analisar, por montar o seu próprio conceito de Direito de acordo com a realidade em que vive.

Dessa forma, o conceito de direito universal talvez seja algo impossível ou ainda longe de se traduzir, tendo em vista as diferentes contextualizações jurídicas de cada local terrestre.

Com o intuito de dar mais um pequeno passo na busca dessa transmissão universal do Direito, o presente artigo tenta demonstrar, a partir de Hans Kelsen na sua estrutura do direito, a fase da interpretação de aplicação do Direito de forma universal.

Pois bem, não se adentrará no presente artigo um estudo aprofundado das obras e reflexões dos filósofos relevantes ao Direito Contemporâneo nem se criticará qualquer apontamento por estes dados no decorrer da história. Se buscará, através de algumas ideias lançadas pelos filósofos clássicos, pelos filósofos modernos (em especial os contratualistas) e pelos juspositivistas restritos e analíticos (em especial Hans Kelsen), justificar o pensamento e objetivo aqui apontado.

Em resumo, através da obra da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen na busca da pureza e universalidade da Ciência do Direito, o trabalho visa dar um passo adiante e trazer, na interpretação funcional do Direito, a mesma objetividade formal e estrutural alcançada por Hans Kelsen.

Partindo dessa premissa, baseamos que a norma jurídica é a fonte do Direito na Filosofia Contemporânea e é para esta que se identificará, objetivamente e universalmente, a sua função.

Para clarificar, com certa concordância aos contratualistas em alguns pontos, surgirá uma reflexão acerca de que o homem se sujeita às leis que lhe limitam a liberdade, ou seja, se sujeita às injustiças que lhe apontem de forma proporcional para não ter maiores injustiças contra si.

Isso quer dizer que a norma jurídica sempre será injusta e a sociedade sempre será injusta e o Direito também será injusto. O Direito, portanto, serve para conter os

abusos do uso dessa injustiça, ou seja, a norma jurídica, como expressão maior do Direito, aplica a proporção da injustiça no homem a fim de manter justa a equiparação da sua vida em sociedade. Justiça, portanto, não cabe ao Direito explicar e faz parte das regras morais de cada sociedade.

Se tratarmos a lei como aplicação proporcional da injustiça para cada homem na sociedade, teremos uma maior compreensão jurídica do próprio Direito.

Com essa breve introdução, seguiremos nos capítulos seguintes tentando demonstrar essa objetividade apontada, qual seja: a interpretação do Direito nada mais é que interpretar o quão proporcional pode ser aplicada a injustiça em determinado membro de uma sociedade.

A primeira parte abordará a noção do termo proporcionalidade e sua aplicação; o segundo capítulo trará noções filosóficas dos contratualistas, de Aristóteles e de Hans Kelsen a fim de identificar, em diferentes períodos históricos, o ponto em comum na análise da Filosofia do Direito com ênfase na interpretação da norma jurídica como aplicação do injusto proporcional.

E dessa forma, podemos chegar à conclusão de que a justiça é algo irracional e, quando racionalizamos, instantaneamente fazemos a quantificação do injusto a ser aplicável a outrem a fim de manter a estabilidade social.

2. A PROPORCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA INJUSTIÇA

Primeiramente é importante justificar o uso do termo proporcional e não razoável, pois apesar de que em nosso ordenamento jurídico brasileiro há sinônimo no uso prático desses termos, estes apresentam diferenças.

Primeiro em razão de seu histórico (razoabilidade oriundo do direito americano e proporcionalidade do direito alemão); segundo em relação ao seu efeito estruturante e é aqui que se justifica o uso do termo proporcional. A razoabilidade é aplicada na visão do que seria racional ou equilibrado em uma dada circunstância, ou seja, dotada de estrutura subjetiva; já a proporcionalidade, frente à maior clareza de seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), é dotada de uma

estrutura mais objetiva¹ e como o trabalho visa dar objetividade à aplicação do Direito este foi o termo adotado.

Como definir o que é ou não proporcional em diferentes contextos sociais? Seria essa proporcionalidade um princípio finalístico, relativo à segurança jurídica ou à justiça?²

Essa última pergunta revela que para muitos ordenamentos jurídicos é fácil resolver este problema, porque o princípio da proporcionalidade vem previsto expressamente na Constituição ou é, pelo menos, reconhecido como parte da ordem jurídica constitucional. Este é o caso, por exemplo, da Alemanha.³

Em sistemas jurídicos que não apresentam uma Constituição ou que não apresentam o princípio da proporcionalidade em seu texto este se apresenta como princípio geral de direito.

Para fundamentar esta afirmação não se usou justificativa jusnaturalista, pois em todas as ordens jurídicas modernas este princípio da proporcionalidade vem reconhecido, na prática jurídica, como princípio jurídico vinculante e, nesta medida, se constitui em princípio normativo da ordem jurídica praticada.

Assim, talvez seja a estrutura valorativa que revela a universalidade desta proporcionalidade, que se encontra em ordenamentos jurídicos nos mais altamente diferenciados.

A exigência explícita de que um Estado deve intervir de modo desproporcional nos direitos de seus cidadãos seria dificilmente defensável. Não se pode negar, portanto, que o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, representa um princípio da configuração racional da vida e da sociedade.

Na medida em que o princípio da proporcionalidade é derivado do princípio do Estado de Direito, está por detrás disso sua compreensão como fundamento da configuração justa da ação estatal. Trata-se, como formulou Winfried Hassemer, de questões de "justiça da intervenção".⁴

A convenção de Viena também, de certa forma, enxergava que as injustiças são diversas em vários Estados, mas que tais injustiças são proporcionalizadas de acordo com o contexto social de cada Estado, conforme debates de algumas delegações na

¹ GOMES, 2013, p.. 291.

² NEUMANN, 2008, p. 205 – 232; 2008, p. 523 – 545; 2010, p. 523.

³ NEUMANN, 2010, p. 524.

⁴ NEUMANN, 2010, p. 525.

década 1990 que relatam que o conceito de direitos humanos é produto do desenvolvimento histórico e que diferentes estágios de desenvolvimento histórico contam com diferentes requisitos de direitos humanos.

Assim, países com distintos estágios de desenvolvimento ou com distintas tradições históricas e backgrounds culturais também têm um entendimento e prática distintos de direitos humanos.⁵

Esta última questão foi observada, principalmente, nos países que elaboraram a Declaração de Bancoc, que, além de salientar no preâmbulo sua contribuição à Conferência de Viena em razão da diversidade e da riqueza de suas culturas, dispõe que deve ter-se em consideração a importância dos particularismos nacionais e religiosos. A posição desses países contribuiu para a Declaração Mundial adotar um universalismo mais matizado.⁶

Colaborando com a ideia de que ao raciocinar se cria instantaneamente a valoração do injusto e que a justiça plena seria irracional podemos tomar como exemplo a visão de um animal que consideramos irracional, tal como o cachorro.

Segundo estudiosos, o cachorro, ao receber castigos de seu dono sequer sabe do que se trata, pois sua memória não é cognitiva sobre um ato pretérito ser ou não ser correto e enfurecer seu dono, por isso um cachorro jamais entenderá porque recebe tal castigo após estragar um sofá.⁷

Disso podemos extrair que um ser irracional não compreende a injustiça que lhe é aplicada justamente por não racionalizar.

Em acréscimo a isto podemos verificar que a confiança do cidadão em uma instituição significa identificar se o cidadão acredita que essa instituição cumpre com sua função, porém somente 2% da população brasileira tem confiança alta no Judiciário,

5 CANÇADO, A. A. T. Processo preparatório da conferência de Viena. Disponível em: <<http://ftp.unb.br/pub/unb/ipr/rel/rbpi/1993/130.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2006 *apud* Quintana, Fernando. **Ética e Política: Da Antiguidade Clássica à Contemporaneidade**. Atlas, 09/2014. VitalSource Bookshelf Online. Acesso em 15out2016. Pág. 263.

⁶ Em virtude do encontro de Viena (cuja declaração contou com o voto favorável de 171 países), houve uma série de reuniões regionais, preparatórias, dentre as quais cabe citar por sua importância a celebrada por 32 países asiáticos (Bangladesh, China, Singapura, Tailândia, Japão, Indonésia, Iraque, Irã, Emirados Árabes Unidos, Filipinas, Síria etc.), que elaboram a declaração de Banco e DOC. N.U. A/CONF.157/ASRM/8.3 *apud* Quintana, Fernando. **Ética e Política: Da Antiguidade Clássica à Contemporaneidade**. Atlas, 09/2014. VitalSource Bookshelf Online. Acesso em 15out2016. Pág. 263.

⁷ COHEN, Otavio. **AU AU – o que seu cão tem para lhe dizer: cachorros são primos dos lobos que ganharam um superpoder: a capacidade de compreender os humanos. Aprenda a entendê-los também**. Reportagem da capa da Revista Super Interessante. Edição 364. São Paulo: Editora Abril, Ago/2016. Pág. 34.

o que leva a crer que, com esses dados, ao raciocinar, o ser humano não enxerga a justiça e sim o oposto.⁸ Logicamente que são dados apenas do Brasil, mas que podem servir de base ao raciocínio de aplicação da norma jurídica.

Se um ato é desproporcional ao que prevê a norma jurídica significa que aquela norma detém de uma desproporcionalidade menor do que o devido a tal ato, devendo a interpretação e aplicação do Direito proporcionalizar a injustiça da norma jurídica como dever funcional do Direito e aí apresenta-se sua objetividade.

Isso será melhor explanado no capítulo seguinte através de bases filosóficas.

3. – CONVERSANDO COM OS FILÓSOFOS

3.1 – A SOCIEDADE CORROMPE O HOMEM – ROUSSEAU

A fim de trazer argumentos ao apontamento do artigo, vemos que Rousseau entendia que a civilização não poderia ser considerada o apogeu da vida humana em oposição a uma vida normal primitiva. Pelo contrário, a civilização era culpada da degeneração da moral do homem natural.⁹

Ou seja, o homem não é injusto por natureza, mas a sociedade política criada o torna injusto e para se manter deve distribuir as injustiças de forma proporcional, pois se o homem é injusto na sociedade e é ele mesmo quem cria suas leis, por consequência lógica suas leis serão injustas, mas para evitar radicalismo quanto à inaplicação da lei, que fique claro que a ideia aqui é trazer à tona que a lei não é a aplicação da justiça, mas sim a aplicação da injustiça.

Rousseau entendeu bem isso, mas essa parte cremos que não foi repassada ao tempo contemporâneo, que estava enraizado com a ideia de busca de conceito de justiça.

Este conclui que, com a propriedade privada e a competição e a vaidade dos homens, instaura-se um estado de guerra e, então, os poderosos conclamam os fracos a um pacto. Facilmente todos concordam com tal contrato e dele se institui o direito e as leis.

⁸ LIMA, e BUENO, 2015, p. 119.

⁹ ROUSSEAU, 2014. p. 186.

A ordem política e jurídica nasce, portanto, de um contrato social espúrio. De tal contrato se tem inclusive a base da evolução histórica das instituições sociais.¹⁰

Partindo dessa visão filosófica, vemos que o homem se adentra na sociedade rodeado de injustiças e é exatamente a proteção dessas injustiças que interessa aos construtores da sociedade.

Portanto, repetindo, a norma jurídica, dentro da sociedade, nada mais é que a aplicação proporcional da injustiça para manter a paz social.

3.2 - A INFLUÊNCIA DA MOEDA - LOCKE

Vejamos que o artigo não se subtrai apenas em uma obra de um grande filósofo, mas pelo contrário, busca principais pontos por estes abordados para tentar ilustrar a ideia da aplicação do injusto proporcional como universalidade da aplicação do Direito.

Temos, por exemplo, a concepção de Locke. Para Locke, diferentemente de Hobbes, como veremos no próximo item, no estado natural, os bens não são de todos e o homem não é lobo do homem.

No estado natural o homem sabe os seus limites e a compreensão de seus direitos, mas com a construção da sociedade civil, seus bens e direitos são preservados individualmente.¹¹

Para Locke, o contrato social mantém a liberdade natural, porém apenas a sustenta em outro grau, agora político e não mais individual.¹²

O grande direito natural que se levanta com Locke é o direito de propriedade.

Na teoria de Locke o fruto colhido por meio do trabalho faz com que haja a propriedade do trabalhador sobre ele, porém tal terra trabalhada é coletiva e foi dada por Deus a todos. O que faz com que esta terra seja propriedade de alguém é o resultado do trabalho e somente a partir daí o que era coletivo passa a ser privado.¹³

Porém, em uma situação de estado natural do homem, sendo a propriedade resultado do trabalho, cada indivíduo vai se apropriar da quantidade de terra que seu esforço lhe permite. O uso da terra é que se daria a medida de justiça.

¹⁰ MASCARO, 2014, p. 194.

¹¹ Hobbes, 2014, p. 175-176.

¹² *Idem*, p. 177.

¹³ *Idem*, p. 181.

Para Locke, portanto, há terra em abundância para todos, mas se verifica, em sociedade, uma distribuição desigual da posse da terra, que não atenta apenas aos limites daquilo que é usado pelas mãos do trabalhador.

Daí vem a pergunta: o fato de haver grandes extensões de terra nas mãos de poucos seria ilegítimo na teoria de Locke? Sua resposta, extremamente burguesa e liberal, é não.

A desigualdade da propriedade da terra e dos bens se justifica porque, com o surgimento do dinheiro, a proporção da terra para o uso do trabalhador se altera. Para Locke, o dinheiro é uma conveniência entre os homens, cuja referência para a medida dos bens se dá por consenso. Com o dinheiro, passa a ser possível a dissociação da propriedade em relação ao seu uso pelo trabalhador.¹⁴

Vemos aí que o dinheiro compensa a injustiça da desproporção de terras, logo, vemos a aplicação proporcional da injustiça.

Assim, uma norma jurídica que permite a compra e venda entre indivíduos na verdade está permitindo a manutenção desproporcional de propriedade em relação a um ou outro indivíduo mensurado pelo valor do dinheiro ou outro bem equivalente para compensar tal injustiça.

Ou seja, não é que é justo alguém receber pelo o que vai vender. Na verdade, é uma desproporção do injusto em relação a esse alguém ter um bem a mais do que o necessário, mas não ser compensado em valores ao redistribuir esse bem na sociedade.

Isso porque, para Locke, a propriedade de bens em quantidade maior que aquela que se presta ao uso seria, em estado natural, uma injustiça.¹⁵

Dessa interpretação vemos que, em sociedade política, a aplicação da justiça nunca existirá, pois sempre será necessário retirar de um para outro e alguém, com esse ato, vai suportar a injustiça proporcional que lhe foi afetada a propriedade ou liberdade para manter a paz social.

Ou seja, vemos que a sociedade política surge com o interesse do indivíduo em ver suas injustiças serem proporcionalizadas dentro da sociedade e garantidas essas injustiças para que este não seja “atacado” pela própria sociedade.

Esse é o verdadeiro contrato social, ou seja, o consenso do homem em ver-lhe aplicado injustiças, desde que lhe seja permitido ter as mesmas injustiças com os outros,

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Hobbes, 2014, p. 181.

tudo na sua devida proporção para não lhe ferir por completo os seus direitos, senão chegaria ao estágio da insolvência moral do indivíduo, que teria mais injustiças contra si do que a proporção devida sobre o total de seus direitos.

Tanto é que, tanto Hobbes quanto Locke, apesar de visões diferentes sobre o liberalismo e absolutismo, compreendem que o poder supremo desse contrato social não pode de forma alguma ir contra o direito natural do indivíduo, que pode lutar contra esse abuso, mesmo que arque com as consequências.¹⁶

3.3 – HOBBS

Em um passo adiante, ainda no Período Moderno da Filosofia do Direito, com Hobbes, este define que “o lobo é o lobo do homem”.

Isso quer dizer que o homem não convive em sociedade porque assim deseja ou é um ser solidário, o homem convive em sociedade política, porque tem medo de que sozinho não sobreviva às ameaças e no coletivo consegue se proteger.

Logo, a sociedade política já nasce com a ideia de injustiça que o sujeito teria se fosse sozinho.

Desse entendimento, a igualdade humana se revela na condição do medo recíproco por conta da fragilidade de todos. Um é mais forte, mas o mais fraco pode se valer da astúcia contra o forte. Por isso, em sendo todos temerosos em relação a todos, todos buscam se defender conforme os meios que encontrem. Disso resulta, peculiarmente, uma espécie de primeiro direito natural de todos os homens, que é prévio à própria associação: o direito à preservação.¹⁷

Ademais, a busca de paz social é o principal objetivo do uso do direito nas sociedades contemporâneas.

Nessa linha Hobbes diz que todo homem deve se esforçar pela paz na medida em que tenha a esperança de a conseguir.¹⁸

Sendo assim, o homem se sujeita às limitações de sua liberdade e, essas limitações, que aqui consideramos injustiças proporcionais, faz compreender que o

¹⁶ *Idem*, p. 171 e 183.

¹⁷ MASCARO, 2014, p.165.

¹⁸ Hobbes, 2014, p. 166.

homem antissocial (na natureza), sem ameaça de outros, homens viveria uma vida justa, desde que com a liberdade plena, caracterizada pelo seu lazer eterno.

Desse último ponto, importante ressuscitar as lições de um importante norteador de noção de Justiça para os filósofos do Direito, qual seja, Aristóteles.

3.4 – TEORIA DO MEIO TERMO – ARISTÓTELES

Ao se falar de Aristóteles, nos vem a fonte da explicação do justo, porém é importante saber que tal autor vivia em uma época escravagista e de democracia privilegiada para alguns e considerava natural um escravo que nasceu sob tal condição assim se manter.¹⁹

Aristóteles defende o que seria justo ao seu tempo e não tinha intenção de construir um conceito imutável, porém era favorável à ideia de que a ciência deveria buscar o universal e procurar conhecê-lo tão bem quanto possível, pois é do universal que se ocupam as ciências.²⁰

Logo, partindo daí já podemos dizer que para Aristóteles a escravidão era justa, mas proporcional, porque a mentalidade da sociedade aceitava essa condição dos escravos como forma de expressão de propriedade.

Com o passar do tempo tal condição foi considerada substancialmente injusta pelas novas sociedades, o que leva a crer que uma norma jurídica não deixa de ser justa e se torna injusta; o que ocorre é a sua desproporção injusta diante de uma nova mentalidade social.

Aristóteles, por não ser ateniense, não participava da democracia e foi um empirista, ou seja, observava o que ocorria à sua época dentro da *polis* e buscou interpretar a finalidade do ser humano, concluindo ser essa finalidade a felicidade.

Para este autor o homem é um animal político, porque, além de ser orgânico estabelece parâmetros para conviver em conjunto com outros humanos e a sua felicidade também é um ato político, pois é identificada socialmente.

A felicidade, portanto, é o exercício da virtude e a virtude só é identificada socialmente, sendo a virtude um ato político e Aristóteles encontra na justiça o meio termo de todas as virtudes.

¹⁹ MASCARO, 2014, p. 87.

²⁰ ARISTÓTELES, 2008, p. 237.

A justiça, portanto, sempre estará no meio de qualquer discussão ética, pois em uma ordem social justa, e o homem poderá alcançar a felicidade e por isso deseja cada vez mais tal justiça.²¹

Para Aristóteles a justiça é a virtude máxima, ou seja, a forma mais elevada de excelência moral.²²

A justiça para Aristóteles é ditada por este em um método científico com a teoria do “meio-termo”, onde, de forma resumida, tudo que é contínuo e divisível é possível tirar uma parte maior, menor ou igual; e o igual seria um meio termo entre o excesso e a falta.²³

A excelência moral se relaciona com as emoções e as ações, nas quais o excesso seria um erro, tanto quanto a falta, enquanto o meio termo seria louvado como um acerto e esse acerto seria a excelência moral.²⁴ E diz ainda que é extremamente difícil se alcançar o meio termo e a primeira coisa a ser feita para atingi-lo é evitar o extremo mais contrário a ele.²⁵

Talvez aqui temos a primeira ideia a ser traduzida para aplicação do injusto proporcional e não a busca incessante de justiça que foge à Ciência do Direito.

Kelsen vem de encontro à essa interpretação de Aristóteles entendendo que não há graus possíveis em relação à conformidade ou não-conformidade de uma conduta a uma norma moral, pois uma conduta só pode ser conforme ou não conforme a uma norma (moral ou jurídica). Ou seja, entende este que a teoria do meio termo (tripartite) deve ser substituída pelo esquema bipartite.²⁶

Partindo desse ponto podemos tentar identificar, no item seguinte, que a norma jurídica, proporcionalizada ou não, representa a objetividade e universalidade de aplicação e interpretação do Direito.

3.5 – A UNIVERSALIDADE E OBJETIVIDADE DA CIÊNCIA DO DIREITO – HANS KELSEN

²¹ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A Justiça Social em Aristóteles, Kant e Rawls**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 46/2004. P. 203 – 232. Jan - Mar / 2004. DTR\2004\41. Pág. 203.

²² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 1992, p. 93. *apud* NOVAIS, 2004, p. 204.

²³ NOVAIS, 2004, p.. 203 – 232; 206.

²⁴ *Idem*, p. 207.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Idem*. p. 208.

Kelsen é um importante autor para dar base à ideia do artigo e de que o Direito, manifestado na norma jurídica, é a aplicação proporcional do injusto.

Isso porque para Kelsen a criação da norma está conectada com uma sanção a algo que a sociedade identifica e quer proteger e por isso sanciona aquilo através de uma norma e, com a sua visão cientificista, traz a ideia de tolerância do Direito, tolerância esta que podemos traduzir o aceite da sociedade da aplicação de uma injustiça proporcionalizada/tolerante.

O objetivo do ordenamento jurídico, para este autor, é motivar os homens a realizar uma conduta, através da representação desse mal que os ameaça e, no caso de uma determinada conduta, uma conduta contrária.

Para Kelsen, na interpretação de Robert Walter, a teoria pura do direito esclarece a problemática da obediência ao direito e a ideia de aplicação proporcional da injustiça pode ser extraída da seguinte frase: “Cabe à consciência de cada homem a decisão moral de obedecer ao direito positivo ou rebelar-se contra ele”.

Isso quer dizer que o homem sabe de pronto que a lei é uma imposição e corte parcial da sua liberdade plena, por isso tem a opção de prevalecer o seu “ser” em cima do “dever ser”, pois o “dever ser” nasce de forma injusta²⁷.

Kelsen observa que os elementos do Estado (território, população e poder) são compreendidos com rigoroso sentido jurídico. De acordo com isso, o “território estatal” não deve ser visto como âmbito de dominação fática, mas sim como âmbito de validade espacial da ordem jurídica. O povo do Estado não se define como soma dos homens, mas como destinatários, obrigados ou autorizados, através da ordem jurídica. Trata-se, com isso, do âmbito de validade pessoal da ordem jurídica.²⁸

Para Kelsen, a justiça está acima do direito positivo. Este critica fortemente a busca da resposta do conteúdo da justiça e que a teoria pura do direito não poderia dar essa resposta. Inclusive critica o imperativo categórico de Kant, informando que é totalmente sem conteúdo. Justiça, para ele, é um ideal irracional²⁹, o que corrobora com a proposta apresentada deste artigo.

Um ordenamento jurídico perde sua validade diante da realidade, que deixa de corresponder-lhe até certo grau. A validade de um ordenamento jurídico que

²⁷ Kelsen, 2013, p. 40.

²⁸ *Idem*, p. 55-56.

²⁹ Kelsen, 2013, p. 80.

regulamente a conduta de determinadas pessoas encontra-se, portanto, em certa relação de dependência pelo fato de que a conduta dessas pessoas corresponde ao ordenamento jurídico – à sua eficácia, como se costuma dizer.³⁰

Apesar de Kelsen encarar como um erro identificar a validade do ordenamento jurídico com sua eficácia, este justifica como preencher a necessidade de aplicação do direito à outra realidade somente através de outra norma, mas essa outra norma não elaborada no tempo necessário causará instabilidade social.

Portanto, somente se se considerar que o direito positivo é a aplicação do injusto proporcional que isso ocorreria.

Se a lei antiga se torna muito desproporcional a um caso novo, deve-se buscar uma resposta mais proporcional para aplicação da injustiça ao indivíduo.

A ideia de trazer universalidade ao objetivo da norma jurídica em ser o injusto proporcional é oriunda da característica principal advém não só de Kelsen, mas como de Montesquieu, que menciona que lei tem um princípio racional universal³¹, mas focaremos na Teoria Pura do Direito para evitar labarismo na construção do trabalho.

A teoria pura dissolve o direito subjetivo em todas as formas sob as quais aparece como entidade diversa do direito objetivo. O pensamento é lastreado na operacionalização das normas estatais e fez da prática jurídica uma técnica que se reputou universal.

Kelsen queria encontrar no Direito uma base válida para todos. Validar universalmente o direito a partir de uma situação regional não caberia, pois como fazer com que o direito de família no lado ocidental funcionasse na China, por exemplo. É na estrutura que ele encontra a universalidade do direito. O traço universal que ele encontra é o dever-ser.

É na imputação do direito que se encontra a universalidade e só assim que se prova a existência do direito e não por seu conteúdo nas normas, que são diversas em todo lugar.

Isso mostra para kelsen a impossibilidade de determinar o conteúdo jurídico em um determinado momento histórico.

³⁰ *Idem*, p. 128.

³¹ QUINTANA, 2014, p. 266.

O presente artigo tenta dar um pouco de universalidade ao subjetivo, mas não em sua integralidade, ou seja, a aplicação e interpretação do conteúdo da norma jurídica de forma estruturante da ciência do Direito, onde todos os ordenamentos jurídicos sejam aplicáveis da mesma forma.

Sabe-se, portanto, que em todos os ordenamentos jurídicos a norma jurídica representará a aplicação da injustiça proporcional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão a que se chega é que a busca o objetivo do homem talvez seja a busca da paz dos indivíduos, sendo essa paz compreendida como a estabilidade de todas as virtudes no ser humano.

E essa paz, o homem enxergou através da história, que só advém em sociedade política e por esse motivo é interessante ter um Estado forte que garanta essa paz. Uma vez que a paz é interrompida por uma ação externa, cabe ao Direito, através da norma jurídica, proporcionalizar a aplicação da injustiça a cada caso.

Aí a explicação de que, uma vez que raciocinamos, já estamos pensando na injustiça, que é a turbulência de nossa paz, e o quanto vamos aplicar de injustiça a um sujeito a fim deste ser punido pela turbulência da paz que causou.

O outro, que obtém o desejo da “justiça”, nada mais é que um beneficiário da aplicação da injustiça à paz do outro, que lhe ocasionou o término de sua paz, ou seja, ao raciocinar sempre seremos injustos e a lei é injusta na sua aplicação, porém, injusta proporcional para se manter a estabilidade.

Uma vez que é desproporcional, a lei não deveria ser aplicável, cabendo ao Estado buscar outros meios de aplicação dessa injustiça proporcional para garantir a paz social na contemporaneidade.

Isso quer dizer que, dentro de um contexto social, serão sempre aplicadas injustiças para preservar a paz social, mas estas devem ser proporcionais.

Por exemplo, ao prender um sujeito se está praticando a injustiça contra sua liberdade de locomoção, mas é proporcional essa injustiça em relação ao crime que este cometeu que perturbou a paz social.

Esse mesmo sujeito que foi injustiçado sabe que dentro da sociedade outras pessoas não vão lhe tirar a vida sem o receio das consequências e, por estar vinculado a

essa proteção este sujeito, ao retirar o direito à vida de outrem, terá sobre ele, como efeito, a aplicação de injustiça de forma proporcional ao mesmo direito que este possui, porém que retirou de outro por sua conduta.

Logo, a função do Direito aqui é uma aplicação da injustiça proporcional e não justiça. A justiça será diversa para o familiar que perdeu o parente, para a vítima e para a sociedade; essa justiça não será universal, mas a aplicação da injustiça proporcional será aceita e utilizada por todos os Estados como forma de manifestação do Direito.

Conclui-se desse exemplo que não se sabe racionalmente se é justiça para os familiares ou vítimas de um crime punir outro indivíduo ou serem indenizados por isso. Na verdade, o que se sabe racionalmente é que a aplicação da injustiça proporcional a estes sujeitos tem o fim de obter a paz social novamente.

Se a lei é feita com interesses de alguns e formalmente correta a sociedade fica presa a isto e, por isto, considerar a lei não justa é na verdade a maior justiça que a sociedade pode ter.

Partindo da premissa de que a norma jurídica promove o injusto proporcional adequamos essa ideia subjetiva de aplicação do Direito em todos os ordenamentos jurídicos, pois o que é ou não justo vai ser diverso em variados contextos sociais, porém o injusto proporcional será sempre presente, encontrando aí, talvez, o início da objetividade da subjetividade da interpretação do Direito.

Talvez a melhor conclusão para este artigo seja uma frase, qual seja: a sociedade é justa quando se aplica justamente o injusto.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais. Vol. 798/2002. P. 23 – 50. Abr / 2002. DTR\2002\235.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **A política da forma jurídica**. Disponível em: https://www.pcb.org.br/fdr/index.php?option=com_content&view=article&id=250:a-politica-da-forma-juridica&catid=2:artigos. Acesso em 26out2016.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª edição. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.

COHEN, Otavio. *AU AU – o que seu cão tem para lhe dizer: cachorros são primos dos lobos que ganharam um superpoder: a capacidade de compreender os humanos. Aprenda a entendê-los também*. Reportagem da capa da Revista Super Interessante. Edição 364. São Paulo: Editora Abril, Ago/2016.

CUNHA, Luciana Gross (coord.). *Relatório Índice de Confiança no Judiciário - ICJBrasil - 2º semestre / 2015*. FGV Direito São Paulo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16539/Relato%CC%81rio%20ICJBrasil%20-%202%C2%BA%20sem%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26out2016.

GOMES, Anderson Ricardo e Vasconcelos Taveira, Rafael de. *Os Princípios Da Proporcionalidade E Da Razoabilidade No Constitucionalismo Brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 82/2013. P. 275 – 312. Jan - Mar / 2013. DTR\2013\474

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 9ª Edição revista da tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KRAUT, Richard (coord). *Aristóteles: a ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Editora Grupo A - Artmed, 2015.

LIMA, RENATO SÉRGIO DE LIMA (coord.) e BUENO, Samira (coord.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública – Índice de Confiança na Justiça*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Ano 9. 2015. Capítulo 2.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

_____. *Filosofia do Direito*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MOREIRA, Pedro da Silva. *O Supremo Tribunal Federal entre Schmitt e Kelsen: o guardião da constituição no julgamento da “ficha limpa”*. RBDC. N. 21. Jan/jun 2013. ISSN 1678-9547 (versão impressa) – 1983-2303 (versão eletrônica). Disponível em <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qznq12nwuEYJ:www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/12/12+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>. Acesso em 26out2016.

NEUMANN, Ulfrid e MARTINS, Antonio. *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 71/2008. P. 205 – 232. Mar - Abr / 2008. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. Vol. 1. P. 523 – 545. Out / 2010. DTR\2008\743.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A Justiça Social em Aristóteles, Kant e Rawls*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 46/2004. P. 203 – 232. Jan - Mar / 2004. DTR\2004\41

QUINTANA, Fernando. *Ética e Política: da Antiguidade Clássica à Contemporaneidade*. Editora Atlas, 09/2014. VitalSource Bookshelf Online. Acesso em 15out2016.